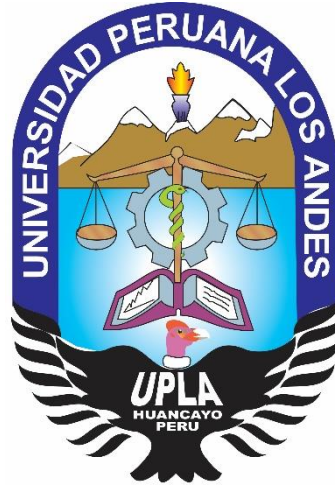


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

- TITULO** : **EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y LA AFECTACIÓN PSICOLÓGICA POR OMISIÓN AL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.**
- PARA OPTAR** : **EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO.**
- AUTORES** : **BACH. TEYSON BRAYAN AROTOMA OLIVERA
BACH. LISBET YOLANDA RODRIGUEZ
MERCADO**
- ASESOR** : **ABG. MARCO GUTARRA BALTAZAR.**
- LÍNEA DE INV.** : **DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS**
- RESOLUCION DE EXPEDITO** : **5240-DFD-UPLA-2021
5241-DFD-UPLA-2021**

HUANCAYO – PERU

2021

ASESOR:

ABG. MARCO GUTARRA BALTAZAR

DEDICATORIA:

A nuestros padres y familia, por su amor incondicional. Porque en cada paso que damos, ellos están siempre presentes.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, deseamos expresar nuestro agradecimiento al asesor de esta tesis, Dr. Marco Gutarra Baltazar, por la dedicación y apoyo al presente trabajo, por el respeto a nuestras sugerencias e ideas, por la dirección y el rigor que ha facilitado a las mismas. Asimismo, en segundo lugar, expresamos nuestra más sincera gratitud a cada una de las personas que intervinieron en el desarrollo de la presente, por brindarnos su apoyo moral, tiempo y conocimientos, así como al personal que nos apoyó en la recolección de los datos de la presente tesis.

ÍNDICE

DEDICATORIA:	4
AGRADECIMIENTO	5
RESUMEN.....	8
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I.....	14
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
Descripción del problema	14
Delimitación del problema	15
Delimitación espacial	15
Delimitación temporal	16
Delimitación conceptual.	16
Formulación del problema.....	16
Problema general	16
Problemas específicos	16
Objetivos	17
Objetivo General	17
Objetivos Específicos	17
Justificación de la investigación.....	17
Social	17
Científica – teórica	18
Metodológica.....	18
Hipótesis y variables	19
1.6.1. Hipótesis	19
Variables.....	19
CAPÍTULO II	21
MARCO TEÓRICO	21
Antecedentes de la investigación.....	21
Bases teóricas	32

CAPÍTULO III.....	82
METODOLOGÍA.....	82
Método de investigación.....	82
Tipo de investigación.....	84
Nivel de investigación.....	84
Diseño de investigación.....	84
Población y muestra.....	84
Población.....	84
Muestra.....	84
Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	85
Técnicas de recolección de datos.....	85
Instrumentos de recolección de datos.....	85
Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	85
CAPÍTULO IV.....	86
RESULTADOS.....	86
4.1. Presentación de resultados.....	86
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	96
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	98
ANEXOS.....	100

RESUMEN

El régimen de visitas “garantiza la continuidad de relación entre el hijo con el padre que no lo tiene. De modo que, no sólo es derecho del padre, sino también del hijo, por lo que teniendo en cuenta los derechos del niño reconocidos en el Código de Niños y Adolescentes, así como en la Declaración de los Derechos del Niño, sentencias del Tribunal Constitucional que han resaltado la importancia de las relaciones familiares para el desarrollo integral de los menores, el derecho de visita no debería estar condicionado al pago de las deudas alimentarias” (Garrido, 2020, p. 33).

El problema general de la presente es: ¿de qué manera el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano?, siendo su objetivo general: determinar de qué manera el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano. La hipótesis general planteada fue que: el incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle un estado de abandono y descuido.

Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, el nivel de investigación es de tipo explicativo, de diseño de investigación no experimental y de carácter transversal.

Como conclusión de la presente investigación se mencionó la siguiente: se ha determinado que el incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle un estado de abandono y descuido, n, toda vez que se trata de una omisión frente al cumplimiento de un deber tan natural como es la relación paterno – filial, esto es, cuando quien tiene el privilegio

de visitar al menor simplemente no lo hace, generando una suerte de abandono moral y descuido.

PALABRAS CLAVES: Régimen de visitas, Afectación psicológica por omisión, Afectación al derecho al bienestar del menor, Afectación al derecho a la integridad del menor.

ABSTRACT

The visitation regime guarantees the continuity of the relationship between the child and the father who does not have one. So, it is not only the right of the father, but also of the child, so taking into account the rights of the child recognized in the Code of Children and Adolescents, as well as in the Declaration of the Rights of the Child, judgments of the Constitutional Court that have highlighted the importance of family relationships for the integral development of minors, the right of visit should not be conditioned to the payment of maintenance debts.

The general problem of the present one is: in what way does the unjustified breach of the visitation regime constitute a psychological affectation by omission to the minor in the Peruvian legal system? Its general objective is: to determine in what way the unjustified non-compliance of the visitation regime it constitutes a psychological affectation by omission to the minor in the Peruvian legal system. The general hypothesis raised was that: the unjustified breach of the visitation regime does constitute a psychological affectation by omission to the minor in the Peruvian legal system, by generating a state of abandonment and neglect.

The general methods used were the inductive-deductive method, its type of research being of a social legal nature, the level of research is explanatory, non-experimental research design and cross-sectional in nature.

As a conclusion of the present investigation, the following is mentioned: it has been determined that the unjustified breach of the visitation regime does constitute a psychological affectation by omission to the minor in the Peruvian legal system, by generating a state of abandonment and neglect, n, every time that it is an omission in the face of the fulfillment of a duty as natural as the parent-child relationship, that is, when whoever has the privilege of visiting the minor simply does not do so, generating a kind of moral abandonment and neglect.

KEY WORDS: Visitation regime, Psychological affectation by omission, Affection of the right to the minor's welfare, Affection of the right to the integrity of the minor.

INTRODUCCIÓN

Nuestra legislación actual contempla que “frente al incumplimiento de régimen de visitas existe la variación de la tenencia, empero, si nos ponemos a pensar, nos daremos cuenta que esta es una sanción únicamente para aquel progenitor que teniendo la tenencia impide que se ejecute el régimen de visitas, no obstante, hay que tener presente, que esta situación no es la única que se presenta, pues también el progenitor que tiene el derecho de visitar a su hijo, simplemente no asiste a la visita” (Fuenzalida, 2020, p. 99).

Pues bien, a fin de dar respuesta a dicho planteamiento, hemos considerado conveniente “la creación de un registro de obstructores de lazos familiares para que queden asentados aquellos padres que impiden u obstaculizan el cumplimiento de régimen de visitas, pues ha llegado la hora de defender integralmente los derechos que les asisten a nuestros niños, pues de la misma manera que se obliga a brindar alimentos, lo cual sirve para su seguridad material, del mismo modo los padres deben brindar a sus hijos aspectos morales, éticos, culturales y espirituales, tan venidos en estos tiempos” (Varsi, 2020, p. 23)

A nivel metodológico se ha establecido lo siguiente: como problema general formulado: ¿de qué manera el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano?, siendo su objetivo general: determinar de qué manera el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano. La hipótesis general planteada fue que: el incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle un estado de abandono y descuido.

Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, el nivel de investigación es de tipo explicativo, de diseño de investigación no experimental y de carácter transversal.

Asimismo, la presente tesis se encuentra dividida en cuatro capítulos, siendo su estructura la siguiente:

En el primer capítulo denominado Planteamiento del problema, se desarrolla la descripción de la realidad problemática, formulación del problema, justificación de la investigación y la delimitación de la investigación.

En el segundo capítulo denominado Marco teórico de la investigación, se desarrollan ítems como: antecedentes de la investigación, marco histórico, bases teóricas de la investigación, marco conceptual y marco legal.

En el tercer capítulo denominado Metodología de la investigación, se desarrollan aspectos como: métodos de investigación, tipos y niveles, población y muestra, diseño de investigación, técnicas de investigación e instrumento, y técnicas de procesamiento y análisis de datos.

En el cuarto capítulo denominado Resultados de la investigación, se consideran los siguientes ítems: presentación de resultados y la discusión de resultados.

Y finalmente, se han redactado las conclusiones y recomendaciones; como las referencias bibliográficas y anexos.

LOS AUTORES.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Descripción del problema

Desde una consideración general debe mencionarse que el incumplimiento del régimen de visitas incide según diversos estudios psicológicos (Valera, 2016) en la vulneración de diferentes emociones del niño, lo que se expresa como una afectación a su estado psicológico, pero por omisión. De ahí la relevancia de investigar un tema muy poco tratado a nivel doctrinal y jurisprudencial.

También debe señalarse que el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre puede incidir en la vulneración de los derechos del niño como es el caso de poder disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados, ya que el padre ausente no mantendrá algún tipo de vínculo afectivo con el menor. Hay que tener en cuenta, “que la necesidad de otorgar la tenencia de un menor es con la finalidad de buscar vincularlo e interrelacionarlo con el padre que no tiene la tenencia, ya que de ello dependerá que el menor se desarrolle adecuadamente y no sufra de algún tipo de desequilibrio emocional” (Garrido, 2020, p. 33).

De esta manera, puede esbozarse que el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre incide en la falta de protección al derecho al bienestar y la integridad del menor. Dicho incumplimiento contradice la esencia misma de la institución jurídica del régimen de visitas, que debe resultar favorecedor y enriquecedor de la relación padres hijos a través de un trato fluido, constante y armónico entre todos ellos. En tal sentido, “el derecho de visitas le permite al progenitor retirar al hijo del domicilio donde vive, para mantener con él el trato más pleno, en un ámbito de privacidad, y no en presencia del otro progenitor. Aunque, los jueces ejercerán, a pedido de parte o del Ministerio Público, el necesario control para evitar que, a través de este derecho, el progenitor ponga en peligro la salud física o espiritual del hijo” (Paredes, 2020, p. 88).

Es indispensable “hacer mención que el ejercicio común de la tenencia de los hijos no ofrece dificultades cuando ambos progenitores conviven pues ejercen ambos la titularidad de la autoridad parental. El problema se suscita cuando los padres se separan. Es ahí, donde se hace necesario un régimen de visitas que garantice el desarrollo emocional y psicológico de menor en condiciones normales” (Montes, 2020, p. 39). Por ello el tratamiento del régimen legal de la tenencia debe conducirse adecuadamente para no vulnerar los derechos más elementales de los menores. Y más aún cuando se fijan legalmente los días en los que debe operar el régimen de visitas y este no se cumple.

Delimitación del problema

Delimitación espacial

La presente investigación situó como espacio de estudio la ciudad de Huancayo.

Delimitación temporal

La investigación consideró en cuanto a sus datos de estudio el año 2020.

Delimitación conceptual.

- Incumplimiento injustificado de régimen de visitas
- Afectación psicológica por omisión al menor.
- Patria potestad.
- Derecho a la comunicación de los padres.
- Violencia psicológica.
- Tratamiento legal del régimen de visitas.
- La necesidad de fijar el régimen de visitas a favor de aquel que no cuenta con la tenencia.
- Régimen de visitas limitado o fijo.

Formulación del problema**Problema general**

¿De qué manera el incumplimiento injustificado de régimen de visitas constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano?

Problemas específicos

1.3.2.1. ¿Cómo el incumplimiento injustificado de régimen de visitas constituye una afectación al derecho al bienestar del menor en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3.2.2. ¿De qué manera el incumplimiento injustificado de régimen de visitas constituye una afectación al derecho a la integridad del menor, en el ordenamiento jurídico peruano?

Objetivos

Objetivo General

Determinar de qué manera el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano.

Objetivos Específicos

1.4.2.1. Establecer cómo el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación al derecho al bienestar del menor en el ordenamiento jurídico peruano.

1.4.2.2. Determinar de qué manera el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación al derecho a la integridad del menor, en el ordenamiento jurídico peruano.

Justificación de la investigación

Social

La presente investigación se justificó a nivel social en el sentido de que beneficia a los menores cuyos padres se encuentra separados y que al fijarse el régimen de visitas, uno de ellos no cumple con realizar dichas visitas o se encuentra impedido de forma injustificada.

Debe mencionarse que el régimen de visitas “es una institución jurídica que busca mantener la relación afectiva de un menor de edad con sus progenitores. Específicamente con el que no cuenta con la tenencia. Sin embargo, en la práctica, muchos padres se desentienden y en otros casos el padre que tiene la tenencia no da cumplimiento al régimen de visitas, lo cual afecta directamente al niño, ya que lo ideal es que el niño se crie con ambos padres” (Prado, 2020, p. 55). En estos

casos, se debería dar una mayor protección o informar a los padres de lo esencial que es para el menor, contar con la visita del padre que no tiene la tenencia

Científica – teórica

La investigación se justificó a nivel teórico en la medida que ha fijado los criterios dogmáticos para establecer el tipo de violencia psicológica por omisión cuando se produce el incumplimiento injustificado del régimen de visitas. En la actualidad, se ha podido observar que los padres incumplen con el régimen de visitas, inclusive las sentencias judiciales.

Dichos actos, “terminan siendo denunciados ante las fiscalías penales, por el delito de sustracción de menor. Estos comportamientos se deben ir disminuyendo a través de capacitaciones, charlas, etc. de tal manera que los padres comprendan que los más afectados con estos actos son los menores” (Paredes, 2019, p. 22).

En tal sentido, “es de vital importancia, tener en cuenta que en el régimen de visitas tiene que estar en concordancia con el interés superior del niño. Es decir, se debe preferir su bienestar que otros aspectos. Es necesario que las instituciones protectoras de la familia inculquen a los padres que a los niños no se les debe privar de un régimen de visitas, ya que el mismo va contribuir al desarrollo óptimo del menor” (Garrido, 2020, p. 33).

Metodológica

La investigación se justificó a nivel metodológico porque se diseñó un instrumento de investigación, que en este caso será la ficha de análisis bibliográfico, que ha servido para poder estudiar los diferentes aspectos teóricos vinculados al tema de tesis, a efectos que pueda ser empleado por futuros investigadores.

Hipótesis y variables

1.6.1. Hipótesis

Hipótesis General

El incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle un estado de abandono y descuido.

Hipótesis Específicas:

- El incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación al derecho al bienestar del menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle daños de carácter psicológico.
- El incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación al derecho a la integridad del menor, en el ordenamiento jurídico peruano al perjudicarlo en su desarrollo personal y social.

Variables

- Variable independiente:

Incumplimiento injustificado de régimen de visitas.

- Variable dependiente:

Afectación psicológica por omisión.

Operacionalización de las variables

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES	INSTRUMENTO
Incumplimiento injustificado de régimen de visitas.	“La actitud de impedir a las niñas, niños y adolescentes que mantengan relaciones afectivas y de convivencia con sus progenitores, como consecuencia de la disolución de pareja, es	-Genera agresividad y rebeldía en los niños. -Genera baja autoestima.	Ficha de análisis bibliográfico.

	una conducta injusta y antijurídica. Asimismo, el hecho que quién ostenta la posibilidad de cumplir con dicho régimen y no lo hace, también vulnera el derecho de los menores para entablar una relación armónica con sus padres” (Arévalo, 2018, p. 94).		
Afectación psicológica por omisión.	“La violencia sea cual sea la forma en la que se manifieste siempre tiene repercusiones en la personalidad de quien es víctima, teniendo problemas sobre la salud física y mental. Los niños víctimas de violencia, en este caso víctimas de violencia familiar por omisión, se vuelven agresivos y rebeldes, pues dicha conducta ha sido aprendida por imitación u observación”. (Varsi, 2004, p. 250)	-Afectación al derecho al bienestar del menor. -Afectación al derecho a la integridad del menor.	Ficha de análisis bibliográfico

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Antecedentes de la investigación

A nivel internacional se referencian las siguientes investigaciones:

Jordán & Mayorga (2018), con su investigación titulada: *“El régimen de visitas tras la separación de los padres. Casos Ambato. (Ecuador)”*, sustentada en la Universidad de Ambato, para optar el título profesional de abogado. Teniendo como objetivo: “analizar la aplicación del régimen de visitas tras la separación entre padres, para determinar el incumplimiento del régimen de visitas por parte de las madres que tienen la tenencia de los hijos” (p. 11), de nivel de investigación explicativo, de tipo jurídico social, empleando como instrumento de investigación la ficha de análisis documental, siendo sus conclusiones las siguientes:

- “El impedimento del régimen de visitas es una figura jurídica que a pesar de encontrarse plasmado en la norma jurídica nacionales e internacionales ha sido objeto de constantes vulneraciones que la ley no logra apaciguar. Podrán seguir creándose leyes sobre protección integral de los hijos, pero poco se podrá hacer

si la administración de justicia no trabaja los conflictos personales de los padres antes, durante o después de la separación” (p. 100).

- “El abuso de la protección que la ley ampara a la mujer al tener la custodia total de los hijos, le da la posibilidad de manipularla sin recibir castigo alguno. La justicia aun no logra entender la esencia de la administración de justicia de los conflictos familiares, y están conscientes que la reducción que se dicte en muchos de los casos no será cumplida, ante este hecho los procesos judiciales se incrementan o en muchos de los casos los padres se dan por vencidos y renuncian a su derecho e inconscientemente vulneran también el de su hijo” (p. 101).
- “La mediación familiar es un mecanismo alternativo que puede ser utilizado para restablecer la relación entre los padres y a su vez puede tener efectos preventivos porque ayuda a las partes a tomar conciencia de los derechos y obligaciones que le corresponden a cada uno. El Consejo de la Judicatura debe buscar reforzar los métodos alternativos de solución de conflictos para brindar una verdadera administración de justicia en los casos de familia” (p. 102).

Villavicencio (2016), con su tesis titulada: ***“Establecer como causal de revocatoria de la tenencia de los hijos cuando el padre o madre ha incumplido la sentencia, como medio que conserva las relaciones familiares”***, sustentada en la Universidad de Loja, para optar el título profesional de abogado. La investigación es de carácter socio-jurídica, utilizó el método inductivo, como técnica de investigación empleó la encuesta, siendo las siguientes sus conclusiones:

- “Es necesario poder implementar en el Código Civil ecuatoriano, la figura de la tenencia compartida y revocatoria, para que los progenitores compartan los derechos en la toma de decisiones, las responsabilidades y la autoridad en

relación con la crianza, cuidado, salud, educación y el bienestar de los hijos, una vez que se ha producido un divorcio” (p. 99).

- “El establecimiento de la tenencia compartida y revocatoria en nuestro ordenamiento jurídico, puede adaptarse a brindar las facilidades para intervenir equilibradamente sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de los menores, sin embargo, es de ayuda para que los jueces no tengan impedimento para establecer la custodia compartida, sin menoscabo en el deber y obligación de cada padre y madre, fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor” (p. 99).
- “El Código Civil vigente en nuestro país respecto del divorcio y la situación de los menores es muy amplio y no permite tutelar de manera efectiva el interés superior del niño, lo que imposibilita que los padres divorciados compartan la custodia de los hijos” (p. 100).
- “Que es significativo considerar otras legislaciones como la de Colombia, Perú y Venezuela, brindan total importancia a la familia y con las características de sus legislaciones constitucionales y secundarias se establece una responsabilidad compartida y equitativa en el desarrollo, crianza y bienestar de sus hijos pese al divorcio” (p. 101).

Zurita (2016), con su investigación titulada: “*El régimen de visitas y el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos*”, sustentada en la Universidad Técnica de Ambato, para optar el título profesional de abogado. Basado en un enfoque cuantitativo – cualitativo, teniendo como modalidad el de carácter documental, en cuanto al nivel de investigación esta es exploratoria y de tipo descriptiva, fijando las siguientes conclusiones:

- “El incumplimiento del régimen de visitas ha ocasionado que a más de quebrantar continuamente con una resolución judicial también se deje a la deriva los derechos de los niños, niñas y adolescentes, quienes han tenido que lidiar no únicamente con la separación de sus padres sino también con el impedimento de mantener contacto y relación permanente con ambos progenitores” (p. 92).
- “En el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no existe sanción exacta para el progenitor que posee la tenencia o el ejercicio de la patria potestad de los niños, niñas y adolescentes y que impide que se cumpla con el régimen de visitas, este ha sido normado sin poner en consideración aspectos fundamentales como lo es una base de horas sobre la cual el juzgador pueda establecer el tiempo prudente y necesario para que los niños, niñas y adolescentes puedan desarrollarse acorde a sus necesidades afectivas y emocionales, sin tener que crecer con la ausencia física y emocional de uno de sus progenitores” (p. 93).
- “Una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, donde se establezca una base para el régimen de visitas y sanciones al progenitor que posee la tenencia o el ejercicio de la patria potestad e impida que se cumpla con el régimen de visitas, permitirá precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes protegiendo su derecho a mantener relaciones permanentes y regulares con ambos progenitores cuando se encuentren separados por alguna circunstancia” (p. 93).
- “Al impedir que el niño, niña y adolescente mantenga relaciones de tipo afectivo y convivencia periódica con el progenitor con el que no vive, a más de ser una conducta injusta y antijurídica, afecta su desarrollo integral, interés superior y

especialmente su derecho a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores sin dejar de lado los perjuicios psicológicos y afectivos que se llegan a producir en sus vidas” (p. 93).

Ronceros (2018), con su investigación titulada: *“La regulación normativa del sistema de tutela de visitas”*, sustentada en la Universidad Nacional de Colombia, para optar el título profesional de abogado. Teniendo como objetivo: explicar los métodos interpretativos a nivel jurídico para regular el sistema de tenencia, de nivel de investigación explicativo, de tipo jurídico social, empleando como instrumento de investigación la ficha de análisis documental, siendo sus conclusiones las siguientes:

- “Cuando los cónyuges se separan, uno de ellos se tiene que quedarse con los hijos, asumiendo la responsabilidad de cuidarlos. Es decir, un padre tiene la tenencia y el otro el régimen de visitas. Así pues, la tenencia y custodia de los hijos es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. La tenencia es un derecho que se atribuye a un solo padre” (p. 100).
- “El derecho de solicitar la variación de la tenencia le pertenece a quien no la tiene. El padre que tiene al hijo consigo, tienen mayor responsabilidad de quien no lo tiene a su lado, el padre que cede la tenencia al otro, confía en los cuidados que este prodigará a su hijo. Sin embargo, la ley establece la facultad que tiene todo padre de solicitar la variación de la tenencia en caso de que dichos cuidados sean insuficientes o no existan. Es un atributo de la patria potestad, que se le confió a cualquiera de los padres el derecho a cuidar y atender a sus hijos menores de edad reconocidos” (p. 101).

Galarza (2018), con su investigación titulada: *“El régimen de tenencias en la legislación ecuatoriana”*, sustentada en la Universidad de Cuenca, para optar el título profesional de abogado. Teniendo como objetivo: explica de qué manera se regula el régimen de tenencias en la legislación ecuatoriana, de nivel de investigación explicativo, de tipo jurídico comparativo, empleando como instrumento de investigación la ficha de análisis documental, siendo sus conclusiones las siguientes:

- Los niños son sujetos de derecho, tenemos que preocuparnos por su bienestar, el hecho que el padre o la madre se disputen su tenencia hace que los niños se vean como un trofeo, que uno de los dos padres va a ganar. Las cosas no deben ser así, hay que pensar primero en sus derechos, ya que, si se les da una formación inapropiada, van a crecer con una serie de temores, que perjudicarán su desarrollo psicológico. Todos queremos y amamos a nuestros hijos, por lo que, debemos procurar su desarrollo integral.
- El constante incremento de las rupturas matrimoniales y de la paternidad extramatrimonial da lugar a que, cada vez con mayor frecuencia, se susciten conflictos en relación con la tenencia y las visitas de los hijos de padres no convivientes.

A nivel nacional se pueden referenciar los siguientes antecedentes:

Manayay (2019), con su investigación titulada: *“Análisis en torno al incumplimiento del régimen de visitas y su implicancia con la violencia familiar psicológica por omisión”*, sustentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, para optar el título profesional de abogado, Siendo su objetivo: determinar si el incumplimiento de régimen de visitas constituye violencia familiar psicológica por omisión, de nivel de investigación descriptivo, de tipo jurídico dogmático, estableciendo las siguientes conclusiones:

- “El incumplimiento de régimen de visitas constituye violencia familiar psicológica por omisión, toda vez que se trata de una omisión frente al cumplimiento de un deber tan natural como es la relación paterno – filial, esto es, cuando quien tiene el privilegio de visitar al menor simplemente no lo hace, generando una suerte de abandono moral y descuido” (p. 100).
- “De todas las causales de incumplimiento de régimen de visitas la que causa violencia familiar psicológica por omisión es precisamente aquella en la que el padre no asiste a ver a su hijo, pues el menor está esperando la visita de su padre que no ve, sin embargo, este no llega, generándose tristeza en el menor, tipificándose de esa manera la violencia familiar psicológica por omisión” (p. 101).
- “El incumplimiento de régimen de régimen de visitas genera daños al menor, pues se crean problemas de diversa índole, tales como la: tristeza, dejar de comer, bajo rendimiento en la escuela, agresivo, etc., que deberían ser tratados a tiempo y no dejar que el tiempo transcurra, para que este problema en su adultez se reproduzca” (p. 101).
- “Se recomienda la creación del registro de obstructores de vínculos, para que sean asentados aquellos padres irresponsables, este registro debería darse únicamente para casos extremos, de la misma manera que se planteó la ley del registro del deudor alimentario moroso y únicamente bajo esta consideración, es que justifico la creación de esta ley” (p. 102).

García (2015), con su investigación titulada: “*Violencia familiar y régimen de visitas para el agresor en el ordenamiento peruano*”, sustentada en la Universidad de Piura, para optar el título profesional de abogado, de nivel de investigación

descriptivo, empleando como instrumento de investigación la ficha de análisis documental, siendo sus conclusiones las siguientes:

- “La violencia familiar no se justifica bajo ninguna circunstancia y no es sino la expresión de cobardía y de abuso de poder” (p. 100).
- “Se ha sabido por estudios sociológicos, que, en el Perú, una de cada tres mujeres ha sufrido en alguna etapa de su vida violencia familiar. Como resultado de esto, se puede observar que esta violencia afecta la integridad emocional de estas personas, lo cual hace que se anule su proyecto de vida y se genera así, el daño a la persona” (p. 100).
- “Es imprescindible que el Estado y la sociedad contribuyan a un cambio en las actitudes y opiniones del público en general para poder progresar hacia una mayor sensibilidad social y una mayor intolerancia ante la violencia familiar. Considero que, si la sociedad logra transmitir el mensaje de que todo tipo de violencia es totalmente inaceptable e intolerable, se podrá al fin, recuperar la sensibilidad ante tantos casos de violencia. Lo que se necesita es un compromiso social” (p. 101).

Guzmán (2016), con su investigación titulada: *“Necesidad de regular el otorgamiento del régimen de visitas a padres deudores alimentarios, como una forma de protección del interés superior del niño y del adolescente, Arequipa, 2015”*, sustentada en la Universidad Nacional de San Agustín, para optar el título profesional de abogado, siendo su objetivo: determinar la naturaleza jurídica del régimen de visitas en nuestro ordenamiento jurídico, de nivel de investigación explicativo, de tipo jurídico dogmático, teniendo como conclusiones los siguientes aspectos:

- La naturaleza jurídica del régimen de visitas conforme nuestra legislación es de un derecho subjetivo familiar que permite la relación o la continuidad de la relación entre padres e hijos, haciendo que ambas partes, padres e hijos, puedan mantener las relaciones familiares en pro del desarrollo integral del menor, y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones.
- “En nuestro ordenamiento jurídico el otorgamiento o establecimiento del régimen de visitas requiere de la satisfacción de ciertos requisitos, como la relación de familia con el menor, el cumplimiento de la obligación alimentaria con el hijo, o en su defecto acreditar su imposibilidad material de poder ofrecerla, fomentar y favorecer las relaciones humanas, que se trate de un menor de edad, tener en cuenta la opinión del menor, y la calidad personal de quien lo solicita” (p. 111).
- “Analizando nuestra legislación, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, la vigencia del principio de interés superior del niño y adolescente, se puede ver que no es completamente necesario que el derecho de visita esté condicionado a cuestiones económicas como el cabal cumplimiento de las obligaciones alimentaria, pues imponer dicha condición más bien se vulneran los derechos de visita del menor” (p. 111).

Buscaglia (2019), con su investigación titulada: ***“Influencia del régimen de visitas y el interés superior del niño”***, sustentada en la Universidad Nacional Federico Villarreal, para optar el título profesional de abogado, de nivel de investigación descriptivo, de tipo jurídico dogmático, teniendo como conclusiones los siguientes aspectos:

- El derecho de visitas tiene como objeto un conjunto de relaciones, desde la simple visita en sentido estricto hasta estancias y convivencia de varias semanas y cualquier forma de comunicación, entre dos personas, de las cuales una es un menor de edad y, por otro lado, el padre o la madre separados familiarmente del hijo, quien no ejerce la custodia y tenencia del hijo.
- “Se considera que la finalidad del régimen de visitas es fomentar y favorecer las relaciones humanas (el verse, tratarse y conocerse mejor) y la corriente efectiva entre el titular del derecho y del menor, es decir pensando en situaciones concretas y vivenciales, más que en abstractos términos jurídicos, entre padre (madre) e hijo, entre hermanos, abuelos, nietos, separados” (p. 112).

González (2019), con su investigación titulada: “*Sistema de tutela para el menor en el régimen de visitas*”, sustentada en la Universidad Nacional de Trujillo, para optar el título profesional de abogado, de nivel de investigación descriptivo, de tipo jurídico dogmático, teniendo como conclusiones los siguientes aspectos:

- “Si usted no tiene una buena relación con el otro progenitor del menor, puede solicitar al tribunal una orden que establezca los períodos del régimen de visitas, cómo, cuándo, por cuánto tiempo y cada cuánto tiempo serán las visitas. Si su relación es o fue abusiva, puede solicitar al tribunal que establezca fechas y horarios de visita para no tener que hablar con el otro progenitor acerca de estos detalles” (p. 123).
- “En ocasiones, el tribunal puede establecer un calendario graduado para el régimen de visitas. Esto significa que el padre con régimen de visitas tendrá un tiempo limitado con el niño al principio, que se irá ampliando gradualmente con el transcurso del tiempo. El calendario graduado le permite a su hijo ir conociendo y

confiando en el padre que lo visita. El tribunal puede utilizar un calendario graduado si su hijo no ha pasado mucho tiempo con el padre que lo visita o si se separaron cuando el niño era muy pequeño” (p. 124).

A nivel local se referencian las siguientes investigaciones:

Romero (2019), con su tesis titulada: *“El incumplimiento del régimen de visitas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Junín, 2016-2017”*, sustentada en la Universidad Continental, para optar el título profesional de abogado. El tipo de investigación es descriptivo-ex post facto de corte transaccional, el enfoque fue cualitativo, en cuanto al diseño es no experimental, con un nivel de investigación correlacional, de corte transversal o sincrónico. Como técnica de investigación se utilizó el análisis documental, y como instrumento fue la ficha de registro de datos. Asimismo, se han considerado las siguientes conclusiones:

- “La tenencia es el derecho y deber por el cual el padre tiene una relación directa y física con el hijo respecto al cumplimiento de los deberes que pueda generar la patria potestad” (p. 99).
- “El régimen de visitas es el derecho y deber por el cual el padre no beneficiado con la tenencia puede estar en presencia directa, física y temporal con su hijo para colaborar en su desarrollo emocional y psicológico” (p. 100).
- Pueden presentarse casos en los que el régimen de visitas sea incumplido por parte del padre a cuyo favor se dictó. Asimismo, pueden presentarse circunstancias en las que el padre que ostenta la tenencia no permita al otro padre (favorecido con el régimen de visitas) cumplir con el programa dispuesto mediante acuerdo conciliatorio previo o por determinación judicial.

- El único dispositivo normativo que se pronuncia respecto al incumplimiento del régimen de visitas es el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual establece de forma poco clara cómo proceder frente al incumplimiento del régimen de visitas dispuesto, ya que sólo se sitúa en aquellos en los que dicho régimen ha sido determinado judicialmente.

Bases teóricas

2.2.1. Patria potestad

Para Josserand (2010) la patria potestad “es el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre, sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben” (p. 80), en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos. Es de notar la mención a la ley como la fuente de la patria potestad, pues es esta la que en última instancia la que concedería los derechos e impondría los deberes.

Por su parte Messineo (1995) refiere que la patria potestad “es un conjunto de poderes (a los que corresponde otros tantos deberes), en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar sus intereses patrimoniales” (p. 99), en consideración a su falta de madurez psíquica (dependiente de la edad) y de su consiguiente incapacidad de obrar. “Este concepto se encuadraría dentro de lo que podría denominarse el estatuto de la patria potestad, entendiéndose por tal al conjunto de principios que guían las relaciones paternas filiales” (Garrido, 2020, p. 88).

El Código Civil de 1984 en su artículo 418, “establece que por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores; sobre el particular debemos notar que el legislador propone el objeto de la institución familiar, guardando conformidad a lo ya establecido en la Constitución de 1993, en el artículo 6, que en su segundo párrafo, establece que es deber y derecho de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos” (Palacios, 2020, p. 33), mientras que por otro lado los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres; por lo tanto está claro que en esta institución familiar coexisten derechos y deberes, “con la nota generalmente de reciprocidad, más aún en determinados casos, los atributos que encierra la patria potestad se convierten en derecho-deberes, por cuanto se concibe como derecho del padre y que a la vez es un deber, verbigracia el atributo referido al derecho de los padres a dirigir el proceso educativo, y como todos sabemos, igualmente constituye el deber de los progenitores de educar a sus hijos” (Salas, 2020, p. 49), asimismo “el derecho de tenencia, que es un atributo de los padres de tener a los hijos consigo, pero que encierra en su ejercicio un deber de los padres, como es el de custodia, que implica guardar, proteger y cuidar a los hijos” (Parra, 2020, p. 33).

Para nosotros, la patria potestad es una institución del derecho de familia, que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendentes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos. Este concepto pretende abarcar “no solo los derecho-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones” (Varsi, 2004, p. 139), la de los padres que “encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que, al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida,

posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas” (Varsi, 2020, p. 33).

Características de la patria potestad

Aspectos que le dan vida propia a la institución, y que por cierto ayudan a distinguirlas de otras instituciones, incluso de aquellas otras que también se ubican en el Derecho de Familia, como es el caso de la tutela y curatela. Veamos cuáles son estas:

a) Institución exclusiva de los padres:

No solo por tradición, “sino por naturaleza, la patria potestad es concebida en función de los padres, solo a ellos alcanza, no extendiéndose a los ascendientes, ni a parientes colaterales, los cuales, si fuera el caso de cuidar a un pariente menor de edad, lo harían con el título de tutores, mas no de patria potestad” (Varsi, 2020, p. 39).

Se ha señalado a decir de Aguilar (2008) que la responsabilidad moral, natural de proteger a los hijos “corresponde a aquellos que los han traído al mundo, a los que les han dado vida, esto más que como imperativo legal, como un imperativo moral, y así lo sienten los padres” (p. 99), por ello la institución en sus primeras regulaciones legales, como en el derecho romano, corresponde al *pater familia*, y de allí su nombre: patria que significa padre, y potestad, que significa atribuciones.

Es cierto que, “en el orden familiar, todos deben de contribuir a lograr el bien común de los miembros del núcleo doméstico, pero es a los padres, como el tronco de donde se origina la familia, la que recae este derecho-deber en forma

exclusiva, sin perjuicio del deber de ayuda que se deben los otros miembros de la familia, esto se hace aún más evidente tratándose de la familia nuclear, que descansa en la relación de padres e hijos” (Fuentes, 2020, p. 66).

Debemos reconocer que existen algunas legislaciones, “que extienden la patria potestad a los ascendientes, como es el caso de la legislación ecuatoriana y la mexicana; sin embargo, no nos parece prudente ello, sobre todo cuando existen otras instituciones familiares que se ocupan de los menores cuyos padres no se encuentran al frente de ellos. En esta característica se comprende la situación del ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte de uno solo de los padres, cuando el otro ha muerto, o está suspendido o se ha extinguido la patria potestad” (Arévalo, 2015, p. 22).

b) Derecho personalísimo:

La institución está contemplada en función de los padres, “y solo de ellos, y no es posible que se pueda ceder o delegar. La ley reconoce a los padres este derecho, como progenitores de sus hijos, y su ejercicio compete exclusivamente a ellos, y si fuera el caso que los padres no sean idóneos para asumir tales funciones, o lo vengán haciendo mal en perjuicio de sus hijos” (Velarde, 2020, p. 34), entonces estaremos ante la posibilidad “de desplazarlos de la patria potestad, pero no para concedérselos a otros, sino que vendrán otras personas a cuidar al menor, ante un llamado que hace la ley, y bajo el título de tutores, con similares funciones, pero no idénticas a la patria potestad” (Plaza, 2020, p. 69).

Como hecho anecdótico señala la legislación mexicana, “que en un caso y en forma excepcional se posibilita que el padre ceda la patria potestad, cuando por

su edad, no pueda estar al frente de su hijo, figura esta que no se da en nuestro país” (Bermúdez, 2012, p. 66).

c) Derecho inalterable, intrasmisible e irrenunciable:

Deriva de su característica “de ser un derecho personalísimo, en tal mérito, los padres no pueden alterar el contenido de la patria potestad ni para aumentar o reducir atribuciones pues constituye un todo unitario, no siendo igualmente posible su transmisión en todo o parte, pues antes que derechos comprenden deberes” (Puente, 2020, p. 99), y su cesión sería una suerte de abandono o incumplimiento de estos deberes, asimismo no es factible renunciar a la patria potestad, pues nadie puede renunciar a un deber, recordemos que la patria potestad “existe en función de una necesidad natural en los incapaces que es necesario cubrir, esta es la razón de su irrenunciabilidad, y si ello fuera factible, estaríamos ante el caso de un incumplimiento del deber de protección y asistencia del menor” (Cabrera, 2015, p. 38).

d) Sus normas son de orden público;

Significa que “no cabe pactarse contra ellas, son normas de imperativo e ineludible cumplimiento, no hay la más mínima posibilidad de que las partes pretendan pactar contra la institución, pues cualquier pacto sería írrito, nulo y no produciría efectos” (Bardales, 2020, p. 66). El orden público entraña interés de la sociedad en la institución, “no puede ni debe quedarse en el ámbito de los particulares, pues su ejercicio lleva a formar familias consolidadas, estables, y eso interesa y conviene a la sociedad” (Castro, 2010, p. 47).

e) **Carácter temporal:**

La patria potestad “tiene sentido en tanto que exista un incapaz al que hay que cuidar, entonces cuando esta sale a la capacidad, ya no tiene sentido la patria potestad, pues el sujeto en pleno ejercicio de sus derechos podrá cautelar sus propios intereses, y la ley le proporciona los medios para hacerlo por sí mismo” (García, 2019, p. 67), por ello en nuestro país “la patria potestad se extiende hasta cumplir los 18 años de edad, y por excepción se sale de ella a los 16 años por matrimonio, o título adquirido que lo habilita para ejercer una profesión industrial u oficio” (Chunga, 2016, p. 90).

f) **Rango constitucional:**

La patria potestad “por su importancia y trascendencia es igualmente tratada en la ley de leyes como es la Constitución; su categoría de norma constitucional hace que la institución alcance reconocimiento del Estado y la sociedad entera, lo que significa que las relaciones jurídicas que se dan dentro de la patria potestad” (Varsi, 2020, p. 99), no se quedan en el plano estrictamente privado, “como si fueran solo intereses particulares, sino que su interés trasciende hacia la sociedad, y de allí el rango de precepto constitucional” (Corral, 2005, p. 74).

Ejercicio de la patria potestad

En doctrina “se hace el distingo entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, correspondiendo la primera a quien goza legítimamente de un derecho declarado o reconocido, esta titularidad requiere la concurrencia de dos elementos, uno de origen natural dada por la procreación y el otro con esencia jurídica; en

cuanto al ejercicio vendría a ser la posibilidad de obrar un derecho” (Aguilar, 2020, p. 69).

“El Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes no se detienen en esta distinción, y usan el término ejercicio para significar tanto la titularidad como el ejercicio, sin embargo somos de opinión que las diferencias existen, y estas aparecen a propósito del cese temporal de la patria potestad” (Garrido, 2020, p. 44), en que se mantiene la titularidad pero no el ejercicio, “lo que no ocurre en el caso de la extinción o pérdida de la patria potestad, pues en este caso desaparece definitivamente la titularidad, y con él, el ejercicio” (Gallegos, 2008, p. 140).

a) Ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos matrimoniales:

En forma clara “el artículo 419 del Código Civil señala que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal, y si hay disenso resuelve el juez de familia” (Fuentes, 2020, p. 55); sobre el particular habría que anotar “la igualdad legal de hombre y mujer ante la ley y por ello, la equiparidad de derechos y obligaciones de los padres frente a sus hijos, criterio este que no se empleó en el Código Civil de 1936” (Gamarra, 2004, p. 60), por cuanto en dicho cuerpo legal si bien es cierto que la patria potestad “era compartida por ambos padres, se precisaba a continuación que si había disenso prevalecía la opinión del padre, explicable en un sistema en el que la mujer era una suerte de dependiente del hombre, pues este gozaba de la potestad marital, y por ello se le concedía prácticamente todos los derechos, tales como la fijación del domicilio conyugal, la representación legal” (Bardales, 2020, p. 77), la administración y disposición de los bienes sociales y demás, “sin embargo, a raíz de la Constitución de 1979

con la igualdad legal del hombre y la mujer, y luego recogida por la Constitución de 1993, esta potestad tuvo que dar paso a una justa y equitativa igualdad de derechos y responsabilidades del hombre y la mujer dentro del matrimonio” (González, 2020, p. 99).

El Código Civil “al hacer mención al disentimiento, alude a la falta de conformidad al sentir u opinar entre los cónyuges, respecto a los asuntos propios de la patria potestad, entiéndase a los atributos y responsabilidades que entraña esta institución, por lo tanto, el disentimiento no está referido a la titularidad ni ejercicio de la patria potestad, que en el caso de cuestionarse” (Montes, 2020, p. 88), el mismo código establece criterios para que el juez se pronuncie sobre ello, y así tenemos los casos de separación legal, divorcio e invalidación del matrimonio, supuestos estos en los que el “juez deberá decidir el ejercicio de la patria potestad a favor de uno de los padres, o los casos de suspensión, y extinción de la patria potestad respecto de uno o ambos padres, fijándose causales específicas para cada uno de ellos” (Mejía, 2014, p. 59).

b) Patria potestad en el caso de separación legal, divorcio e invalidación de matrimonio:

Veamos por separado cada uno de estos casos:

- **Separación legal o divorcio:** “se llega a la separación de cuerpos, o legal, por la vía de la separación convencional conocida antes como mutuo disenso, y por la separación legal por causal” (Palacios, 2020, p. 88).

En la separación convencional “que implica un acuerdo libre y voluntario de separación sin explicitar el motivo de ella, los cónyuges deben

pronunciarse sobre los regímenes de alimentos, liquidación de gananciales y patria potestad, pues bien, en el caso de la patria potestad, lo que los cónyuges acuerdan a tenor de lo establecido en el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes” (Montes, 2020, p. 99), es el ejercicio “de la tenencia del hijo por parte de alguno de los cónyuges; sin embargo ambos siguen siendo titulares y en ejercicio de la patria potestad, aun cuando al padre o madre a quien no se le confía el hijo tendrá un ejercicio disminuido, pues no gozará de esta tenencia” (Fuentes, 2020, p. 77).

En el caso de la separación legal por causal, “los criterios fijados para que el juez conceda el ejercicio de la patria potestad a favor de uno de los padres, están señalados en el artículo 340 del Código Civil” (Barral, 2020, p. 79), siendo el primero de ellos, el de la inocencia, esto es, “ejercerá la patria potestad aquel padre o madre que no dio lugar a la separación, mientras tanto el otro, aquel que incurrió en la causal que provocó la separación quedará suspendido en el ejercicio” (Montoya, 2007, p. 49); ahora bien, si los dos han dado lugar a la separación, entonces el criterio de la inocencia no juega y, por lo tanto, entran otros elementos como el sexo y edad de los hijos; así tenemos que las mujercitas de cualquier edad se quedarán con la madre, y entre los varones se hace la diferencia: si son mayores de 7 años se quedarán con el padre, y si son menores de 7 años, con la madre. Es de notar que estas reglas no son de obligatoria observancia sino referenciales, y el juzgador los tomará como elementos de juicio, por cuanto en última instancia su decisión estará basada en lo que más convenga a los intereses del hijo.

– **Invalidez del matrimonio:** sea por nulidad o anulabilidad del matrimonio, el juez al pronunciarse en la sentencia, deberá igualmente según el artículo 282 del Código Civil, decidir el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos menores de edad, y para ello deberá sujetarse a las reglas establecidas para el divorcio, reglas contenidas en el artículo 340 ya estudiadas; sobre el particular habría que precisar que en este caso, estaríamos ante un matrimonio putativo regulado en el artículo 284, matrimonio invalidado que produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio, y en atención a ello, “diremos que si uno de los cónyuges actuó de mala fe, este, no ejercerá patria potestad, sino que la potestad será ejercida por aquel cónyuge que ignoraba el impedimento matrimonial, esto es, actuó de buena fe” (Plácido, 2003, p. 102).

2.2.2. Deberes de los padres para con sus hijos

a) Velar por el desarrollo integral de sus hijos: Sobre el particular “debemos mencionar que es el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 74 el que regula este deber, el que no fue consignado en el Código Civil en el artículo 423, numeral que contiene los atributos de la patria potestad. En efecto el artículo 423 del Código Civil ha sido modificado por el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes” (Fuentes, 2020, p. 77), por lo tanto, cuando nos referimos a los atributos de la patria potestad aludimos a este cuerpo legal, por ser el vigente.

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

de sus hijos; ahora bien, dentro de esta responsabilidad, se ubica el concepto de desarrollo integral, concepto este que es tratado en la Convención sobre los Derechos del Niño al referirse a las normas de supervivencia que incluye niveles de vida adecuados y acceso a servicios médicos” (González, 2020, p. 79); normas referidas al desarrollo que incluye la educación, acceso a la información, al juego y tiempo libre, a las actividades culturales, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; normas referidas a la protección que abarca todos los derechos ya mencionados, pero también “cubre todas las formas de explotación y crueldad, y por último normas referidas a los derechos de participación, que incluye la libertad de expresar opiniones y poder manifestarse en cuestiones que afectan la propia vida” (Silva, 2006, p. 158).

Por lo tanto, “cuando se menciona desarrollo integral, prácticamente estamos cubriendo todo lo necesario para el menor, tanto en el aspecto material como moral, pues allí queda cubierto, el sustento diario, la protección, la salud, educación y la formación con ejemplos de vida” (Montes, 2020, p. 77), sin embargo, “pese a ello los legisladores han creído conveniente, en normas aparte, pormenorizar los deberes de los padres” (Varsi, 2004, p. 138).

- b) Proveer su sostenimiento y educación:** “Deber que se ubica dentro del concepto del instituto jurídico de los alimentos, sin embargo se prefiere mencionarlos por separado, y es así que cuando se alude al sostenimiento, nos estamos refiriendo al sustento diario, a la habitación, a la salud del menor y por cierto a la recreación” (Fuentes, 2020, p. 79); ahora bien, en lo que atañe

a la educación, es indudable que son los padres los que asumen esta responsabilidad educativa que implica transmisión de valores, formación espiritual y moral, y en cuanto a la transmisión de cultura y conocimientos, como los padres no necesariamente son pedagogos o educadores, “esta función es encomendada a los centros educativos, pero ello no implica cesión de parte de los atributos de la patria potestad, pues como ya se tiene escrito, esta es intransferible” (Varsi, 2004, p. 23).

- c) **Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes:** “La tarea educativa debe verse desde dos planos, una la de formación moral y espiritual, en donde resulta importante el cultivo de la personalidad, la internalización de valores morales, reglas de conducta y de socialización, todo ello recae en los padres, y el otro plano se ubica más bien en la educación escolarizada, en la transmisión de cultura y conocimientos, esta última, es tarea propia de profesores, pedagogos, educadores y se lleva a cabo en el colegio, universidad, instituto o ente del saber” (Valverde, 2020, p. 77).

Esta última tarea no recae en el padre, sin embargo, es él, quien tiene derecho a escoger la educación y el centro de enseñanza que crea pertinente para su hijo; al respecto es ilustrativo el artículo 13 de la Constitución peruana que a la letra dice: “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”.

Parte importante de este deber “también lo constituye la capacitación para el trabajo atendiendo a la vocación y aptitudes del menor. El menor debe comprender la importancia y valor del trabajo, como medio de dignificar a la persona, e instrumento de atención a la satisfacción de necesidades” (Fuentes, 2020, p. 77), en esa medida, “resulta trascendente reconocer este deber de los padres, pues su cumplimiento posibilitará que el hijo salido a la capacidad se encuentre en situación de atender a sus propios requerimientos” (Sánchez, 2003, p. 48).

- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente:** Cuando “su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente: Cuando se enseña con el ejemplo que se traduce en una vida recta, sobre la base del respeto, consideración, siendo solidarios en nuestros actos de la vida diaria, si ello es observado por nuestros hijos, valdrá más que mil palabras sobre moral o rectitud, en ese sentido se acierta cuando como deber se impone a los padres educar a sus hijos con el ejemplo” (Varsi, 2020, p. 80).

En cuanto a la corrección moderada debemos entenderla “como un derecho de los padres en circunstancias en que los hijos no obedecen o respetan su autoridad” (Hinostroza, 2008, p. 62), sin embargo, “desde ya adelantamos que esta corrección no puede comprender el castigo físico, y en atención a ello es que se usa el término moderado como limitante al derecho de corrección. Esta corrección será comentada a propósito de los derechos de los padres en la patria potestad” (Fuenzalida, 2020, p. 77).

- e) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil:** Refiere el Código Civil

en su artículo 45, “que los representantes legales de los incapaces, ejercen los derechos civiles de estos según las normas referentes a la patria potestad. Pues bien, son los padres los representantes legales de sus hijos y en atención a ello los terceros que contraten o reclamen contra estos, tendrán que hacerlo con los padres” (Planas, 2020, p. 77). Esta representación viene siendo limitada a propósito de la aparición del Código de los Niños y Adolescentes, “que ha otorgado capacidad civil a los adolescentes que desarrollan actividades económicas, a quienes les reconoce derechos para actuar en nombre propio” (Cornejo, 2008, p. 41).

El titular de la patria potestad “y en ejercicio de la misma goza de esta representación legal, por lo tanto, quien se vea suspendido en su ejercicio o se ha producido la extinción de la potestad, no será el representante legal” (Espinoza, 2020, p. 88).

2.2.3. Derechos de los padres

El artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes al consignar los atributos que confiere la patria potestad a los padres, también nos menciona los derechos que son reconocidos a estos, veamos cuáles son:

a) Tenencia: refiere el inciso e) del citado artículo como atributos de la patria potestad “tenerlos en su compañía recurriendo a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos” (Varsi, 2019, p. 44), pues bien, “este es quizás uno de los derechos más importantes que confiere esta institución, y que se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos, esta relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos, y el cumplimiento de los deberes y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo, estas relaciones

personales entre padres e hijos constituyen la base para que opere la patria potestad” (Martínez, 2020, p. 78).

El Código de los Niños y Adolescentes “equipara la tenencia a la custodia, sin embargo, creemos que ello es un error, pues la tenencia es el atributo, facultad, derecho de los padres a vivir con el hijo, ahora bien, ya en el ejercicio del derecho surge el deber de los padres de custodiar a sus hijos, que no es otra cosa que vigilarlos, cuidarlos, protegerlos” (Fuenzalida, 2020, p. 91).

“La tenencia es un derecho exclusivo de la patria potestad y no puede extenderse hacia terceros; ahora bien, si fuere el caso de darse la situación en que los menores no vivan con sus padres y se encuentren en poder de un tercero” (Varsi, 2004, p. 35), pues bien, este tercero cuidará del menor provisionalmente en tanto se dilucide su situación, y así estará actuando como guardador o tutor provisional con deberes y derechos específicos a estas instituciones.

“El precepto también se pone en el caso de que los menores no se encuentren en poder de los padres sin la autorización debida, en tal circunstancia resulta lógico gobernar ello, y parece prudente la forma como lo ha hecho el legislador, al señalar que los padres pueden recurrir a la autoridad para recuperarlos, autoridad que podría ser la Policía nacional, o los juzgados de familia, pero en este último caso ello implicaría ya una acción judicial” (Fuentes, 2020, p. 77).

Sin embargo, muchos consideran “la tenencia solo como derecho de los padres, pero no ven a la tenencia como un derecho de los niños, a vivir

con sus padres y a no ser separados de ellos, a no ser que las circunstancias lo justifiquen; sobre el particular el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos” (Velarde, 2020, p. 77), 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, sobre el particular y por resultar interesante, en tanto que actuando sobre la base del interés superior del niño y adolescente” (García, 2019, p. 79), nuestra Corte Suprema, en una resolución Casatoria N° 4881-2009 otorga la tenencia no al padre, en pleno ejercicio de patria potestad, “sino a los abuelos, precedente importante a tener en consideración, en atención a que hay casos en los que no basta que el padre o madre sea el titular de la patria potestad para obligatoriamente conceder tenencia” (Chunga, 2016, p. 41).

“Aquel padre o madre que no goce de la tenencia se le establecerá un régimen de visitas a su favor, pues bien, cabe preguntarnos en qué consiste este régimen, cómo se fija, y en qué casos se establece. Tratemos de responder a todas estas interrogantes” (Varsi, 2020, p. 23).

b) Régimen de visitas: “refiere el artículo 422 del Código Civil, que en todo caso, los padres tienen el derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias; este precepto legal es la base del derecho de visitas que igualmente es regulado por el Código de los Niños y Adolescentes” (Barral, 2020, p. 55), que en su artículo 88 señala que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos; sobre el particular cabe señalar que tanto el

Código Civil como el Código de los Niños y Adolescentes, adolecen de un error al pronunciarse sobre este derecho, pues lo fijan para aquellos padres que no ejercen patria potestad, y ello es cierto en parte, pues, “en efecto los que no gozan del ejercicio de la patria potestad tienen derecho al régimen de visitas, pero lo que no dicen es que igualmente tienen este derecho, incluso los padres que ejerciendo patria potestad no gozan de la tenencia de sus hijos” (Bermúdez, 2012, p. 175), verbigracia, “el caso de la separación convencional, en que ambos padres siguen ejerciendo la patria potestad, pero solo uno de ellos goza de la tenencia, entonces al otro progenitor se le establece un régimen de visitas; quizás lo más aconsejable hubiera sido establecer este régimen a favor del padre o madre que no ejerce la tenencia de su hijo” (García, 2019, p. 22).

En efecto “el padre o madre que no ejerce la tenencia de su hijo, debe tener acceso a este, con la finalidad de que la menor sufra lo menos posible con la separación legal, divorcio, invalidez de matrimonio o separación de hecho de sus padres, derecho de visitas que implica la relación y comunicación con el hijo, de manera que ni siquiera la culpa en el divorcio podrá ser una razón suficiente para negar al cónyuge culpable este derecho” (Martínez, 2020, p. 63).

Tradicionalmente a este derecho “se le ha llamado derecho de visita, denominación que no es del todo apropiada, pues la necesidad de comunicación entre el padre y el hijo implica mucho más que la simple visita periódica que puede hacer el padre al menor. Estarían pues incluidos en este derecho, otras prerrogativas como el derecho a mantener correspondencia con el menor, la convivencia por lapsos de tiempo, o periodos vacacionales” (Puentes, 2020, p. 55).

“El derecho de visita no solo debe contemplarse como un derecho del padre, sino también como un deber, y consecuentemente como un derecho del menor” (Aguilar, 2008, p. 109).

En la práctica este derecho se ve plasmado “a través del régimen de visitas, establecido judicialmente o conciliatoriamente, en el que se fijan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el cual el padre o madre que no tiene la tenencia de su hijo pueda comunicarse con él, y así le permita al menor un desarrollo normal, evitando que crezcan sin la figura paterna o materna, según sea el caso” (García, 2019, p. 77).

c) Corrección moderada: “señala el artículo 74 en su inciso d), que los padres tienen el deber de darles a sus hijos buenos ejemplos de vida, y a continuación establece como derecho de los padres, la corrección moderada, y que cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente” (Varsi, 2020, p. 77).

Este derecho de corrección “nos lleva a plantearnos la pregunta si dentro de la corrección se encuentra el castigo, tal como lo contemplan legislaciones como la chilena, colombiana y ecuatoriana, entre otros; sobre el particular tenemos un concepto claro de la respuesta que debemos dar ante la falta del hijo” (Fuentes, 2020, p. 88), y es que los padres por ningún motivo deben aplicar castigo físico a sus hijos, pues si así lo hacemos estamos engendrando en ellos la violencia; entonces ni golpes, ni gritos ni ofensas, sino y dependiendo de la edad y circunstancias que rodean al hecho, privarlos de algo que a él le guste; sin embargo, no estamos hablando de encerrarlo en su habitación o dejarlo sin comer o negarle algo ya concedido de antemano, nos referimos a algo “que no deje lugar a dudas de que nuestro cariño sigue

siendo el mismo, es decir, te castigo sin ver televisión, o sin salir a jugar porque estuvo mal que hicieras tal cosa, pero no por eso dejo de amarte” (Varsi, 2004, p. 61).

El inciso en mención, señala igualmente “que cuando la corrección moderada no fuera suficiente, entonces los padres pueden recurrir a la autoridad competente; entendemos que en estos casos, se estaría contemplando la posibilidad de que los padres soliciten al Juzgado de Familia especializado” (Prado, 2020, p. 21), su intervención para que ellos “dicten las medidas de protección a favor del niño o adolescente, medidas que podrían comprender, incluso la participación del menor en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social o la atención integral en un establecimiento de protección especial” (Planas, 2020, p. 77).

d) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación:

“Este derecho fue consignado en el Código Civil, como facultad de los padres de aprovechar de los servicios de sus hijos; sobre el particular creemos que es acertado el cambio, por cuanto el término aprovechamiento podría entenderse como una suerte de utilización” (Planas, 2020, p. 67), y extremando la nota hasta explotación, hoy con mayor propiedad, “se señala que los hijos pueden ayudar a sus padres, siempre y cuando ello no implique atentar contra la salud, o perjudicar el proceso educativo de los menores” (Arévalo, 2015, p. 52). Este derecho está en consonancia con el artículo 24 inciso d) del Código de los Niños y Adolescentes, referidos a los deberes de

estos, aludiendo al deber de prestar su colaboración en el hogar, de acuerdo a su edad.

2.2.4. Derecho al régimen de visitas

“Todo niño tiene derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Derecho que no puede ser dejado de lado al momento de resolver los procesos en los que se discute la tenencia y/o las relaciones de los hijos con los padres (visitas)” (Miranda, 2020, p. 63).

Al respecto, en la STC N.º 01817-2009-PHC/TC (caso J. A. R. R. A. y V. R. R. A) y en la STC N.º 02892-2010-PHC/TC (Caso L. F. H.), el Tribunal Constitucional ha destacado que el derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, así como en su artículo 9.1, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.

Así, “queda evidenciado que el derecho de visitas no solo es una prerrogativa del padre no custodio, sino que además es un derecho del hijo. De este modo, en un conflicto generado sobre este derecho, no solo se debe de atender a los intereses de los padres, sino que además al interés del hijo; es más, de existir conflicto entre los intereses de los padres y la del menor, se deberá atender prioritaria a este último” (Varsi, 2020, p. 66).

Para el Tribunal Constitucional, “el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar, reconocidos en los artículos 1 y 2, inciso 1) de la Constitución” (Ferrari, 2020, p. 55).

Nuestra Corte Suprema ha señalado en la CAS. N° 0856-2000 Apurímac, fundamento primero que el “régimen de visitas es aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos” (Fundamento Jurídico Nro. 12).

Plácido (2003) manifiesta que refiere que el derecho de visitas es “el derecho a conservar las relaciones personales con el menor con quien no se convive”. (p.56)

Por su parte Torres (2014) señala que el régimen de visitas:

“Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial. Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente” (p. 107).

En ese sentido, “podemos decir que el régimen de visitas es un derecho que permite conservar la continuidad de las relaciones personales entre los padres con

el menor con quien no se convive. Permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, lo que ayuda en el desarrollo afectivo, emocional y físico del menor, así como la consolidación de la relación paterno filial” (Farías, 2020, p. 66).

Por ello, a pesar “que nuestra legislación hace referencia únicamente a los padres que no ejercen la patria potestad, tal derecho no es solo de los padres, sino también de los hijos. Asimismo, el derecho de visita no solo debe contemplarse como un derecho del padre, sino también como un deber, y consecuentemente como un derecho del menor” (Prado, 2020, p. 77).

Kielmanovich (1998) manifiesta señala que:

“el objetivo que persigue todo régimen de visitas es estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Por ello debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, y aun cuando es al de estos últimos a los que hay que dar preeminencia, debe advertirse que el interés del menor, rectamente entendido, requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con sus padres” (p. 167).

Otra finalidad “es que el régimen de visitas es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor. Claro que en cada caso deberá ser considerado de manera independiente, pues el interés de un menor jamás será el mismo que el interés de otro menor” (Garrido, 2020, p. 77).

Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto la fijación de este régimen (Canales, 2014).

Ello es así “porque la comunicación de los padres con sus hijos, y viceversa, constituye un valioso aporte al crecimiento afectivo de los menores, por lo que se debe asegurar, promover y facilitar dicho contacto. Como derecho lo ejerce aquel padre que no goza la tenencia de su hijo de manera que se le faculte tenerlo en días y horas establecidas, siempre que no interfiera en sus horas de estudio, de recreación o de relación con el progenitor con quien vive” (Fuentes, 2020, p. 66).

Con “el régimen de visitas se busca que los padres no se vean como extraños respecto de los hijos que no tiene a su lado, asimismo que dichos padres estén informados y estén al tanto del desarrollo de sus hijos” (Fuentes, 2020, p. 69).

“Este anhelo de tener trato con los hijos obedece a móviles tan humanos y respetables, que ni siquiera la culpa en el divorcio puede ser un obstáculo para que no se le reconozca” (Varsi, 2020, p. 84).

Como señala Landa (2020) el derecho de visitas encontraría fundamento en el parentesco y las relaciones afectivas entre parientes:

1) Fundamento en el Parentesco: “El parentesco genera entre los sujetos consecuencias que radican en la relación o conexión familiar, lo cual importa un derecho a vincular y tratar entre ellos, de lo cual a su vez derivaría el derecho de visitas cuando tales relaciones puedan ser afectadas. Por ello podemos decir que la relación parental concede a los individuos el derecho de visita” (p. 111).

2) Fundamento en la relación afectiva: “El derecho de visitas se justifica en la relación afectiva que une al titular del derecho y al niño, adolescente y/o incapaz; lo cual determina el derecho de invocación a fin de que tal relación no se vea frustrada. Si bien la raíz biológica en la familia humana es indiscutible y existe otra raíz que es la afectiva la cual puede descartarse” (Huertas, 2020, p. 55).

Por lo tanto, sostenemos, “que aun sin mediar parentesco puede solicitarse el derecho de visitas, siempre y cuando existan entre ambos un vínculo afectivo que sería determinante para el desarrollo personal del niño o adolescente” (Garrido, 2020, p. 77).

El contenido del derecho de visitas comprende: “convivencia o estancias con el niño, adolescente y/o incapaz. Implica las estancias o permanencias del menor durante cierto tiempo en un lugar definido” (Varsi, 2019).

El ámbito de aplicación “en este caso se presenta de manera restringido pues comprendería que el visitante pueda llevar al niño, adolescente y/o incapaz consigo a algún lugar por lapsos breves y en días determinados, nos referimos concretamente a los paseos con el niño, adolescente y/o incapaz o estancias fuera de su domicilio con la obligación de regresarlo en un tiempo limitado, ello refuerza la relación entre ambos” (Salcedo, 2020, p. 66).

También tenemos a las supervisadas o no, “esto debido a que algunas personas acceden a que el otro padre visite solo en la casa y si salen a la calle quieren estar presentes; esto puede justificarse o no, será el Juez quien escuchando a las partes y sobre todo evaluando las pruebas de quien decida el tipo de visitas, pero siempre dentro de lo pedido así que si el abogado no formula bien el pedido

el juez la dará solo un régimen de visitas dentro de casa lo cual no es muy cómodo o en su defecto supervisadas” (García, 2020, p. 49).

El artículo 4° de nuestra Constitución Política señala “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

En ese sentido en nuestro país “el niño y el adolescente merecen una protección especial de parte de la comunidad y del Estado. Es decir, el Estado y la comunidad deben coadyuvar al establecimiento de condiciones adecuadas para los fines de lograr una efectiva protección de los derechos del niño y del adolescente, más aún de aquellos que se encuentran en situación difíciles, como en los casos de separación de sus padres” (Garrido, 2020, p. 55).

Es en atención a esta norma constitucional que se debe establecer las normas legales y reglamentarias “que permitan el desarrollo integral de los menores, entre ellas el ejercicio de la patria potestad, y con ello el caso de tenencia y régimen de visitas para el padre que no los tiene bajo su custodia al menor. A nivel legal, el régimen de visitas se otorga conforme al artículo 422° del Código Civil y el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes” (García, 2019, p. 44).

El artículo 422° del Código Civil establece que “los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias”. El artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes señala que “los padres que no ejerzan la Patria Potestad

tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrará fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”.

Así, conforme al artículo 422° del código Civil “los padres tienen derecho de mantener esa relación de padre a hijo con sus hijos que no está bajo su custodia, con la finalidad de permitir que el menor se desarrolle en un ambiente familiar. Correlativamente, el artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes, dispone que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos” (Prado, 2020, p. 44), aunque fija que ellos deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria.

Asimismo, también es posible “el pedir régimen de visitas en caso que el padre que ejerciendo patria potestad no goza de la tenencia del hijo. También, si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrará fuera del lugar del domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas lo parientes hasta 50 el cuarto grado de consanguinidad, esto es los primos, hermanos, tíos, abuelos, sobrinos, nietos, entre otro conforme a ley” (García, 2019, p. 55).

El régimen de visitas primeramente debe ser visto “por los padres siempre cuidando el interés del niño, no de los padres solamente. Por ello, si el régimen de

visitas se discutiera a nivel judicial, el juez dispone el régimen de visitas, sobre lo acordado por los padres, pero puede variarlo si lo amerita, en atención al interés superior del niño y del adolescente” (Fuenzalida, 2020, p. 69).

Según lo establecido por el Art. 88° del Código del Niño y del Adolescente, los primeros legitimados para requerir son el padre o madre que no tenga bajo su poder al hijo(a), ante la existencia de una separación entre padres.

Tal como asegura Aguilar (2013), “el padre o madre que no tenga tenencia de su hijo debe tener acceso a éste, con el único propósito de que el menor tenga el menor sufrimiento con la separación legal, así como el divorcio, invalidez del matrimonio, o también ante la separación de hecho de los cónyuges; así como el derecho de visita que involucra la relación y comunicación con el menor hijo; en ese sentido, se busca que, el divorcio no sea una razón suficiente para negar que al cónyuge culpable de este derecho” (p. 44).

- Jurisprudencia relevante:

CAS. N° 3564-2010-AYACUCHO

Proceso: Variación de Tenencia

(...)

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas trescientos veinte por N.H.P abogada y representante de C.E.M.P contra la sentencia de vista de fojas trescientos ocho del expediente principal su fecha veinticinco de junio del año dos mil diez, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que confirma la sentencia de primera instancia de fojas doscientos

cincuenta y siete, su fecha veintiocho de diciembre del año dos mil nueve, que declaró fundada la demanda de tenencia solicitada, y dispone que la tenencia de los menores C.A y C.R.M.F sea ejercida por la madre N.S.F.M, estableciendo “el siguiente régimen de visitas para el padre C.E.M.P, los fines de semana, en horarios adecuados, un régimen abierto los días lunes a viernes sin afectar el horario escolar previa coordinación con los indicados menores y su progenitora, un régimen en cuanto al periodo vacacional de fin de año, los menores pasarán treinta días en compañía del padre, con quien podrán viajar dentro y fuera del país, previa coordinación con la progenitora y en forma alterna con la madre en las vacaciones que se programen durante el año escolar” (p. 13).

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Concedido el recurso de casación a fojas veinticinco del presente cuadernillo de casación, por resolución de esta Sala Suprema del veintiocho de setiembre del año dos mil diez a fojas veintisiete del citado cuadernillo ha sido declarado procedente por la causal de infracción normativa de derecho material y procesal, alegando: a) “La infracción normativa del artículo noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, pues el interés superior del niño y adolescente, ha sido infringido al existir un convenio sobre la tenencia de los menores que ha sido vulnerado de hecho por la demandante” (p. 22), máxime si del informe psicológico obrante a fojas doscientos nueve, se denota que la actora no se encuentra en un estado emocional equilibrado para ejercer la tenencia de los menores; b) La infracción normativa de la parte in fine del artículo ochenta y cuatro del Código de los Niños y Adolescentes, pues del informe psicológico de la actora se tiene que esta tiene carácter violento, así como tiende a actuar

con iniciativa y acometividad, poseyendo sentimientos y pasiones fuertes, los cuales influyen decisivamente en su conducta.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, N.S.F.M, interpone demanda contra C.E.M.P, sobre “Variación de Tenencia de Menor, a fin de que se determine la misma a su favor, alegando que producto de sus relaciones convivenciales por más de veinte años con el demandado han procreado cinco hijos: C.A, J.C, Y.M, C.R y C.A.M. F, que desde la fecha de su separación sus dos hijos mayores optaron con vivir con su padre y los menores se quedaron con la actora” (p. 22), hasta el año dos mil tres, mediante acuerdo conciliatorio extrajudicial se acordó que la tenencia de sus dos hijos C.R.M.F y C.A. M.F quedarían a cargo de su padre, asumiendo la demandante la tenencia de la menor Y.M M.F, siendo que el año dos mil ocho se suscribió una nueva acta de tenencia de su hija a favor de su padre; señala que “al visitar a sus hijos en febrero del año dos mil nueve encontró a su menor hijo C.R.M.F con el brazo fracturado y a pedido de ellos regresó a la ciudad de Ayacucho en compañía de los dos menores quienes además presentaban un cuadro de anemia; refiere que a la fecha su situación económica ha cambiado, pues actualmente se ha colegiado como administradora y ha formado su propia empresa, por lo que se encuentra en condiciones de cuidar a sus hijos” (p. 23).

Segundo. - Que, C.E.M.P contesta la demanda señalando haber sostenido una relación convivencial con la demandante y que esta se resquebrajó por la conducta inmoral que la misma demostró y que no obstante el régimen de visitas fijado en la conciliación extrajudicial y sin permiso ni autorización trajo a los

dos menores a la ciudad de Ayacucho, además la demandante ha formulado denuncia en su contra y en contra de sus hijos.

(...) declararon: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por C.E.M.P a fojas trescientos veinte del expediente principal; NO CASARON la sentencia de vista de fojas trescientos ocho del expediente principal, su fecha veinticinco de junio del año dos mil diez, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos cincuenta y siete del principal, su fecha veintiocho de diciembre del año dos mil nueve que declaró fundada la demanda; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por N.S.F.M contra C.E.M.P; sobre Variación de Tenencia de Menor; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.

- Juez debe fijar régimen de visitas, aunque progenitor no esté cumpliendo con la pensión alimenticia del menor:

Dentro de las relaciones familiares siempre se presentarán conflictos. Lamentablemente hay parejas que no logran superar estos difíciles momentos y optan por separarse para iniciar cada uno un nuevo camino.

La situación presentada genera como consecuencia que se interpongan procesos judiciales para solucionar conflictos que muy posiblemente se podrían haber solucionado con una mejor comunicación familiar. Así se suelen interponer demanda de alimentos o de tenencia, esta última con la finalidad de regular quién ostentaría la posibilidad de vivir junto a los menores hijos y quién contaría con el régimen de visitas. Los procesos de tenencia, en este sentido, responden a una

necesidad de solucionar los conflictos presentados, aunque muchas veces sean el origen de muchos otros.

Al resolver el pedido de tenencia, el juez debe velar para que los menores tengan un contacto no solo con uno de los padres sino con ambos.

Atendiendo a lo precisado, el juez al momento de emitir sentencia en los procesos de tenencia, no solo evaluará la procedencia o no de la demanda interpuesta, sino que, además, deberá otorgar al padre que se le excluye de la tenencia, el correspondiente régimen de visitas a efectos de que mantenga el contacto con sus hijos. Esto es así porque no solo es un derecho del padre el frecuentar a sus hijos y visitarlos, sino que principalmente es un derecho de los hijos mantener una cordial relación con ambos padres.

Nuestro ordenamiento reconoce lo anterior en el inciso c) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en el cual se precisa que el juez deberá fijar un régimen de visitas para aquel que en el proceso judicial de tenencia no la obtenga.

Ahora bien, el hecho de que el padre que es excluido de la tenencia no esté otorgando la pensión alimenticia en favor de sus hijos, ¿es motivo suficiente para que no se le fije un régimen de visitas a su favor?

Para responder la interrogante planteada deben diferenciarse dos aspectos: un tema es el referido a la fijación del régimen de visitas y otro es el exigir el cumplimiento de dicho régimen por parte del progenitor beneficiado con este.

El hecho de que el padre no esté otorgando la pensión alimenticia a favor de sus menores hijos no genera un impedimento legal para que el juez, dentro de un

proceso de tenencia, establezca a su favor un régimen de visitas. En cambio, este hecho sí puede tener repercusión cuando el padre pretenda exigir que el régimen establecido se cumpla, debido a que judicialmente, haciéndose una interpretación extensiva de lo dispuesto en el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes¹, se considera que para exigir el cumplimiento del régimen de visitas debe encontrarse una persona al día en el pago de las pensiones alimentarias.

Analizando el caso que se nos propone, al resolver la demanda interpuesta por Laura, si el juez considera que es procedente decretar la tenencia a favor de ella, deberá fijar necesariamente un régimen de visitas a favor de Raúl a pesar de que este no esté cumpliendo con otorgar la debida pensión alimentaria. Como hemos visto, la fijación de este régimen no está supeditada legalmente al cumplimiento de alguna pensión, por lo que, en caso de omitir esta acción, el juez estaría actuando de manera contradictoria a lo dispuesto por nuestro ordenamiento y, sobre todo, perjudicando el interés del menor de edad de mantener un contacto con ambos padres.

2.2.5. Tenencia compartida

“En los últimos años diversos cambios sociales han ido planteando algunas modificaciones legislativas, tales como el reconocimiento de la igualdad jurídica entre los cónyuges, el acceso de la mujer al mundo laboral, nuevas pautas de educación y diversos factores que crean la necesidad de ambos cónyuges de participar de forma activa en el cuidado, atención, asistencia y educación de los hijos” (Fuentes, 2020, p. 55).

La tenencia compartida, como nueva institución del Derecho de Familia, prepondera el interés superior del niño cuando se producen conflictos o separaciones matrimoniales. De esta forma, se determinará que los hijos vivan de forma alternativa, temporal e indistinta con ambos padres, favoreciendo que estos puedan velar plenamente por su formación y desarrollo integral.

La cuestión resaltante es que, a pesar de no vivir juntos, el padre y la madre, ejercen plenamente la patria potestad sobre sus hijos; es decir, plantea para ambos padres las mismas posibilidades para educar, asistir económicamente y cuidar a sus hijos. Ciertamente esta modalidad tiene éxito cuando hay buena comunicación entre los padres.

Son estos aspectos –conceptos y presupuestos– que desarrollaremos a continuación desde su regulación en el ordenamiento jurídico peruano.

El lugar idóneo donde toda persona puede desarrollarse integralmente es la familia. Para esto, la relación con el padre y la madre aportan características especiales e irremplazables que resultan de vital importancia para la formación y desarrollo integral de todo ser humano.

Sabemos que la situación ideal para los hijos y para la sociedad es que el matrimonio se desarrolle según su propia esencia, sin embargo, existen casos en los cuales entre los cónyuges se generan situaciones de conflicto insalvables, donde a pesar de haber agotado todos los medios sin éxito, se opta por una separación. El hijo necesita querer y relacionarse con su padre y con su madre y experimentar así el afecto y la preocupación de ambos. Esta cuestión resulta imprescindible para su sano desarrollo como persona de forma integral.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano señala que:

“el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que esta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños. De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. En este orden de ideas, resulta válido concluir que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño” (Fundamento Jurídico Nro. 13).

Sin embargo, “ello no significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la

fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto” (Palacios, 2020, p. 55).

Y es que, “cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado” (Prado, 2020, p. 44).

Existen dos principios fundamentales para reducir el daño que se produce con estas rupturas de los padres, el primero es el de diseñar soluciones a la medida –no de confección–. Lo que es bueno para unos puede no serlo para otros. Pero cuantas más posibilidades nos permita la ley, más probabilidades tendremos de acertar. El segundo principio es más bien una vacuna inmunizante. Lo más importante para que los hijos superen las dificultades que la ruptura de sus padres les proporcionen se basa en recibir amor de los dos, en no verse mezclados en rencillas y competencias, y en percibir un cierto grado de unidad en la actitud de sus progenitores en cuanto a ellos se refiere.

En este sentido, cuando los padres no vivieran juntos podría presentarse dos tipos de situaciones:

a) Acuerdo del padre y la madre acerca de la tenencia de los hijos: Pueden optar por la tenencia exclusiva de los hijos por parte de uno de ellos y por ende el establecimiento del régimen de visitas para el otro (padre que no ejerce tenencia) o también podrían optar por una tenencia compartida.

Para estos casos, conviene resaltar lo señalado por Varsi (2020) “consideramos que una pareja separada es funcional cuando: sus miembros mantienen la alianza parental, tienen un ejercicio independiente de sus deberes y facultades y aun así pueden realizar acuerdos conjuntos, las discrepancias no trascienden el contexto familiar, cada uno favorece el contacto de los hijos con el otro progenitor” (p. 41).

b) Falta de acuerdo de los padres respecto a la tenencia de los hijos. Para esto, ambos padres deberán acudir ante la vía judicial y el juez con el apoyo de un equipo multidisciplinario y teniendo en consideración diversos criterios, establecerá qué padre resulta más idóneo para ejercer la tenencia de los hijos, estableciendo para el otro un régimen de visita.

La tenencia compartida plantea una nueva forma de regular la tenencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas. Propone que ambos padres ejerzan su autoridad parental; es decir, sus derechos y deberes sobre los hijos, considerando el principio del interés superior del niño y el principio de igualdad entre hombres y mujeres, reconocidos estos en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, el “derecho de hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria (...) este derecho de hijos y progenitores está presidido por un principio rector, cual es el interés superior del niño, traducido en el del favor filii. Desde esta perspectiva, la guarda compartida busca que el hijo conserve su relación con ambos padres en el mayor grado posible, y consecuentemente, sufra la ruptura de sus progenitores en el menor grado posible” (Sánchez, 2016, p. 66).

Otra cuestión importante que plantea la tenencia compartida es el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres. “en nuestro país muchos estudiosos no comprenden realmente los alcances de la tenencia compartida, pero para introducir esta idea lo primero que tenemos que hacer, es romper con el perjuicio social de que solo la madre es capaz de cuidar de los hijos (...)” (Castro, 2017, p. 33).

La complementariedad que existe entre el hombre y la mujer y el aporte que cada uno de ellos está llamado a dar en la sociedad, a través de la formación de los hijos y del desarrollo profesional, nos llevaría a establecer un correcto equilibrio entre aspectos que involucran a la persona como la familia y el trabajo.

Adicionalmente, “podemos señalar que la tenencia compartida “es una novedosa institución del Derecho de Familia aplicada en el sistema anglosajón mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo” (García, 2020, p. 66).

La característica “de esta institución es que ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola a través de la coparentalidad o, como también se le conoce, guarda compartida” (Fuenzalida, 2020, p. 66).

Hay quienes ponen mayor énfasis en la autoridad y respeto que se ejerce en esta institución y en la buena relación que exista entre los padres para beneficiar al hijo.

“La custodia y guarda compartida se puede definir como la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, efectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de los modelos solidarios entre ex esposos, pero aún socios parentales” (Garrido, 2018, p. 33).

Es por esto que podemos afirmar que el fundamento de la coparentalidad es que la relación paterno-filial y la relación familiar no se vean afectadas como consecuencia de la separación o ruptura de la relación de los padres.

Para conseguir este fin, ambos padres deben ejercer de forma conjunta la patria potestad. “aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro” (Plácido, 2019, p. 55).

En suma, podemos decir que la tenencia compartida es una novedosa institución del Derecho de Familia, que ante un hecho objetivo: separación de los padres y la existencia de hijo, se les permita a los padres –a pesar de no vivir juntos– conservar la patria potestad, todo ello orientado a salvaguardar el interés superior del niño.

Un aspecto a destacar inicialmente es que no existe unanimidad respecto a la denominación de esta figura jurídica en el Derecho peruano, se usa el término “tenencia compartida”, pero también los términos guarda compartida, guarda conjunta, custodia alternativa, residencia alternativa, custodia compartida en alternancia, responsabilidad compartida, responsabilidad parental conjunta, tiempo compartido y coparentalidad.

Se comprende que, la denominación es inadecuada y confusa. Compartir quiere decir, en este sentido, tener, usar o consumir una cosa entre varios. Tiene un claro componente de simultaneidad o de ejercicio de algo en el mismo momento, y eso es lo precisamente opuesto a esta forma de guarda. La patria potestad puede compartirse, porque es un derecho sin sustento fáctico. Las resoluciones sobre los menores se pueden adoptar conjuntamente, sin necesidad de encontrarse los progenitores en el mismo espacio, ni en el mismo tiempo. Pero no es así en la custodia, que es especialmente una cuestión de hecho. Para compartirla, se tiene que ejercer de modo simultáneo y en el mismo lugar, y, por lo tanto, el objeto de ella ha de convivir con los sujetos de la guarda. Se comparte la custodia, cuando se comparte la vivencia: cuando se convive con los dos que la comparten. Lo cual es contradictorio con las situaciones para las que se pretende crear esta figura jurídica, que son las de separación de sus titulares.

Nuestras normas en la materia, no evidencian uniformidad respecto a la regulación de la tenencia compartida. El Código Civil rechaza la tenencia compartida, al establecer que los hijos se confían a uno de los cónyuges, quien ejercerá la patria potestad, en tanto que el otro queda suspendido de su ejercicio.

El Código de los Niños y Adolescentes brinda una fuerza especial al acuerdo entre los padres siendo ellos los que, de creerlo conveniente, puedan ejercer una tenencia compartida, teniéndose en cuenta el parecer del niño o adolescente.

Desde octubre de 2008, entró en vigencia la Ley N° 29269, Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la tenencia compartida.

Esta ley planteó las siguientes modificaciones:

Artículo 81.- Tenencia. -

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

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

Artículo 84.- Facultad del juez. -

Antes: “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas.

“En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas” (Espinoza, 2019, p. 49).

En cualquiera “de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor” (García, 2020, p. 55).

Antes de la ley materia de análisis, el ordenamiento peruano contemplaba la tenencia de tipo monoparental, es decir donde solo uno de los padres podía gozar de ella (por lo general, la madre) mientras que al otro debía asignársele un régimen de visitas (por lo general, al padre).

El problema del régimen de visitas está en su ejecución. En muchos casos, quien ejerce la tenencia de los hijos, no cumple con permitir o facilitar que el otro progenitor visite a su hijo, impidiendo de esta manera que se consoliden relaciones importantes entre los padres y sus hijos y dando lugar al denominado síndrome de alienación parental - SAP que genera tanto dolor para los padres que se ven afectados como para los hijos.

Se considera que el SAP es “aquel proceso a través del cual el progenitor que ejerce la tenencia del hijo o hijos, programa o condiciona la conducta de estos para que sienta recelo, temor o cólera hacia el progenitor que no vive con él, considerándose como una de sus principales características que lo realiza sin tener justificación alguna” (Varsi, 2020, p. 111).

Como hemos referido, la tenencia compartida implica que ambos padres, asuman derechos y deberes en igualdad de condiciones y que participen en la toma de decisiones de forma conjunta y coordinada (acuerdo sobre el colegio donde estudiarán los hijos, normas de conducta, valores de la familia, participación en vida escolar, cuestiones médicas, acuerdo acerca de gastos que cada uno asumirá, etc.). Comprende que ambos padres se involucren en todos los aspectos de la vida de sus hijos, así como la posibilidad de aplicar un régimen más adecuado a cada realidad familiar y sobre todo a lo más favorable al niño.

Ante la imposibilidad que los hijos puedan vivir con el padre y la madre, se justifica la existencia de un hogar a tiempo compartido donde el hijo convive un tiempo con el padre y otro tiempo con la madre, permitiendo de esta forma mantener una buena relación con ambos padres de equitativo y plena y no de forma restringida como ocurre con el régimen tradicional de tenencia acompañado del régimen de visitas.

Consideramos que cuando se debe determinar con quién se encontraría mejor el niño y, por lo tanto, con quién se quedará, en virtud del interés superior del niño, resulta más conveniente que la responsabilidad recaiga sobre ambos, ya que aun cuando los hijos deban adecuarse a formas diversas de cumplir sus deberes (de su padre o de su madre), existe entre ambos un acuerdo de velar por

lo que sea lo mejor para su hijo. Este planteamiento permite a la pareja de esposos dejar de lado sus conflictos conyugales y privilegia la situación más adecuada y mejor para sus hijos, cumpliendo lo que realmente implica el hecho de “ser padres”.

Otro aspecto que va en relación con lo anteriormente señalado es que cuando las relaciones entre los padres son maduras y no egoístas, los hijos experimentan la separación de los padres como una situación menos traumática, lo que se está garantizando es el desarrollo psicoemocional sano de los hijos. Es importante que los padres tomen conciencia que los hijos necesitan de la presencia, contacto, amor y relación con ambos padres para su buen desarrollo integral y que es por esto que se debe evitar hablar mal del otro o ponerlo en su contra; es decir, evitar el síndrome de alienación parental ya mencionado anteriormente.

Adicionalmente, es conveniente señalar que esta norma al otorgar la posibilidad que el papá y la mamá puedan ejercer la tenencia de forma conjunta de los hijos, confirma la igualdad entre hombre y mujer reconocida en nuestra Constitución Política y el Código Civil.

Se considera además la obligación que tienen el Estado, la sociedad y la comunidad de cuidar, asistir y proteger al niño para que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social.

El Tribunal Constitucional señala al respecto “así, la eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a

mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado” (Sentencia Nro. 1344-2018-AA, Fundamento Jurídico Nro. 14).

En este sentido, “el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar “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” (García, 2019, p. 66).

Por otro lado, la norma también considera que la tenencia compartida legalmente procede de forma convencional y judicial. Consideramos que para que esta institución pueda ser realmente efectiva más que ser una solución señalada por el juez, debe ser una decisión conjunta de ambos padres, ya que, sin el acuerdo y voluntad de estos de seguirla, resultaría ineficaz.

Otra novedad planteada por esta ley es que el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor, por lo tanto, uno de los criterios importantes que ayudara al juez en la toma de decisión sería que se preferirá a aquel padre que mejor favorezca la buena relación familiar entre los hijos y el otro progenitor.

Lo anteriormente referido se fundamenta en la posibilidad de evitar futuros conflictos entre el padre que no tiene la tenencia y los hijos en los cuales se impide mantener contacto con ellos como una especie de castigo a la pareja, lo que acarrea un daño grande para el buen desarrollo y crecimiento de los hijos, pudiendo configurarse el conocido síndrome de alienación parental, anteriormente señalado.

La cuestión de fondo en la modificación legal a la tenencia resalta la importancia que existe en la relación de la madre y la del padre con sus hijos y la necesidad de afianzar el vínculo afectivo a pesar de la situación conflictiva que existe entre aquellos. Esto ayudará a los hijos a soportar la idea de la separación o conflicto y a verse como personas amadas y con derechos. Igualmente, ayudará a que los hijos no asuman la idea equivocada de haber sido motivo del conflicto ni a verse como objetos sobre los que los padres discuten, utilizan como trofeo o como elemento de castigo.

En los artículos modificados respecto a la tenencia compartida, se hace una precisión respecto a los puntos de referencia que debe tener el juez al momento de resolver. Entre ellos se refiere de manera especial al Interés superior del niño como fundamento para poder dictar la tenencia compartida en los procesos seguidos por tenencia.

Los otros criterios establecidos legalmente son: 1) que el hijo permanecerá con el padre con el que ha pasado más tiempo; y 2) que los niños menores de 3 años permanecerán con la madre.

Respecto a la evaluación que debe realizar el juez se señala que las relaciones entre los progenitores y la de estos con sus hijos no es más que una de las que deberá realizar el juez para intentar tomar una decisión correcta con respecto a la atribución de la guarda. Además de estas, tendrá que sopesar, en cada caso, otras circunstancias que no se mencionan aquí (como la edad de los hijos, la situación laboral de los padres, ubicación de los domicilios de ambos, estado de salud, etc.

Otros criterios señalados a evaluar por el juez al momento de determinar la tenencia de los hijos son:

1.- La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad.

2. La proximidad de los domicilios de los padres de suerte que quede garantizada la estabilidad del entorno del menor.

3. La capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común de manera que el tránsito de un hogar a otro no sea traumático sino imperceptible para los menores que, de otro modo, perderán los referentes y la ya citada estabilidad.

4. La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente.

5. Medios materiales suficientes para hacer frente a los gastos que se originan como consecuencia de la alternancia.

Cuando se hace referencia al interés superior del niño, se refiere a que el niño es reconocido como persona, por lo que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos.

El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone 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”.

Este se comprende cómo “(...) la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

Dentro de las ventajas y desventajas que plantea la tenencia compartida, se consideran las siguientes:

En relación a las ventajas: mayor cooperación, comunicación y preocupación entre los padres para los asuntos de los hijos. Permite a los padres comprensión mutua del que se encuentra en la posición contraria, por lo que se comparten las cargas entre los progenitores y se obliga a estos a adoptar una visión de conjunto respecto de la educación y desarrollo del menor.

Ambos padres tienen el derecho de poder desarrollarse de manera profesional y personal, por lo que se garantiza la igualdad de derechos y deberes del padre y la madre. Ambos son responsables de brindar a los hijos atención, cuidado y dedicación y en ese sentido tienen responsabilidades compartidas y proporcionales.

El niño pasa tiempo y mantiene relaciones paterno-filiales con su padre y su madre y con toda su familia (abuelos, primos, tíos, etc.), compartiendo espacios de tiempo en igual o similar proporción, pueden gozar de una mayor estabilidad emocional puesto que son ambos padres quienes asumen su cuidado, su educación y están presentes en su vida. Ambos padres comparten los gastos de los hijos.

La situación familiar en el Perú en caso de separación de los esposos con hijos, lleva por lo general a que la tenencia del menor sea asignada a la madre (sobre todo cuando el hijo o los hijos son pequeños). Esto resulta razonable pero no podemos dejar de considerar que el padre no solo debe ser visto como el proveedor económico del hogar y por lo tanto resulte una figura ausente para los hijos, sino que también es capaz de velar por el cuidado y desarrollo de estos.

Ante el compromiso de ambos padres en querer ejercer la tenencia compartida, el sistema tradicional del ejercicio de la tenencia monoparental, con el establecimiento de un régimen de visitas para el padre que no ejerza la tenencia, resulta una buena solución para los hijos, pero es necesario que se cumpla con el régimen establecido sin afectar los derechos de los hijos.

2.2.6. Violencia psicológica

Implica cualquier alteración violenta, denigradora y lesiva contra la psique y el aspecto emocional, siendo reconocible de que esta pertenece a un grupo más sensible. Este tipo de lesión puede comprenderse como:

“un síndrome o un patrón psicológico conductual clínicamente significativo, asociado en forma típica con deterioro en una o varias áreas principales de funcionamiento, que genere un fenómeno desadaptativo clínicamente detectable y que exista una relación causal con un evento traumático” (Castex, 2003, p. 41).

De otro lado, se menciona que el análisis psiquiátrico forense, nos permite también determinar que “el daño psíquico constituye un síndrome mental de causa

exógena, que genera mala adaptación y que aparece y evoluciona dentro de un rango temporal prudencial” (Arteaga, 2005, p. 133).

Normativamente, la lesión psíquica implica “la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente de carácter patológico” (Gherzi, 2000, p. 52)

De este modo, es posible entender que: “las consecuencias que la víctima suelen considerar más importante son aquellas que tiene que ver con el impacto psicológico sobre la persona que sufre este tipo de acción” (Ferreiro, 2005, p. 37)

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

Método de investigación

a) Métodos generales:

La investigación utilizó como método de investigación, el método inductivo-deductivo.

Sánchez (2015) sobre el método inductivo refiere “que va de los hechos particulares a afirmaciones de carácter general. Permite analizar casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. Es muy importante por cuanto fundamenta la formulación de las hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones” (p. 53).

En tanto que para Garret (2016) en relación al método deductivo considera “que parte de un marco general de referencia hacia algo en particular. Este método se utiliza para inferir de lo general a lo específico, de lo universal a lo individual” (p. 86).

b) Métodos particulares:

- Método exegético:

Según Valderrama (2015) el método exegético “es el estudio de las normas jurídicas artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador” (p. 180).

Método sistemático:

Para Valderrama (2015) este método “introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente” (p. 17).

Método teleológico:

Para Carruitero (2014) este método “pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico” (p. 45)

Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo básico, que según Sáenz (2012) “busca el descubrimiento de leyes o principios básicos que constituyen el punto de apoyo en la solución de alternativas sociales. Se orienta a la profundización y clarificación de la información conceptual de una ciencia” (p. 56).

Nivel de investigación

La investigación es de carácter explicativo, que, según Sánchez (2015), consiste “en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita

a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables” (p. 193).

Diseño de investigación

El diseño de investigación que se empleó en la presente tesis es de carácter no experimental, porque las variables no se manipularon deliberada e intencionalmente. Asimismo, el diseño es de tipo transversal o transeccional, porque los datos de estudio han sido recolectados en un determinado momento.

Población y muestra

Población

Por el carácter cualitativo de la investigación, no se ha empleado un número determinado para la población de estudio.

Muestra

Por el carácter cualitativo de la investigación, no se ha empleado un número determinado para la muestra de estudio.

Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Técnicas de recolección de datos

En la presente investigación se utilizó la observación como técnica de recolección de datos:

Carrasco (2010) enuncia que la observación como técnica de recolección de datos “busca establecer relaciones entre el objeto analizado y lo que se pretende conocer o verificar de él. Para ello el investigador se vale de sus cinco sentidos, y puede utilizar elementos y maquinarias que amplíen su capacidad de análisis y que brinden mayor cantidad y calidad de datos” (p. 34).

Instrumentos de recolección de datos

El instrumento de recolección de datos que se utilizó ha sido la ficha de análisis bibliográfico, que de acuerdo a Sánchez (2018) es definida como:

“un instrumento de investigación sugerido para tesis de corte cualitativo, a efectos que pueda ser contrasta la teoría y también los fundamentos normativos relacionados al tema objeto de tesis, por el cual el investigador interpreta dichas corrientes doctrinales” (p. 92).

Técnicas de procesamiento y análisis de datos

Respecto del procesamiento y análisis de datos que se empleó en la presente investigación, se consideró utilizar sólo un tratamiento descriptivo para su desarrollo, a partir de los criterios dogmáticos que se han esbozado sobre este aspecto problemático en el Derecho de Familia.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Presentación de resultados

De acuerdo a la doctrina revisada y los casos jurisprudenciales considerados, se debe indicar que es importante mencionar que la violencia sea cual sea la forma en la que se manifieste siempre tiene repercusiones en la personalidad de quien es víctima, teniendo problemas sobre la salud física y mental.

- **Agresividad y rebeldía en los niños:** “Los niños víctimas de violencia, en este caso víctimas de violencia familiar por omisión, se vuelven agresivos y rebeldes, pues dicha conducta ha sido aprendida por imitación u observación, ya que la mayoría de los niños entre dos y seis años y la adolescencia, quiere hacer lo que él considera que es correcto, siendo estos periodos o épocas en la que los padres deben acompañar a sus hijos al ritmo de sus cambios” (Varsi, 2020, p. 66)

Frente a esta situación es que los padres deberían ser condescendientes con sus hijos, pues de lo contrario se crearan en los menores una ola de resentimiento inseguridad y baja autoestima, esto significa educarlos.

Bien se dice que “los padres somos el ejemplo de los hijos y los hijos son el vivo reflejo de lo que son los padres. Anteriormente a la mujer se le educaba para un comportamiento pasivo, aceptando dependencia emocional y también la violencia en su contra, mientras los hombres tenían un comportamiento activo, haciendo ejercicio de su poder a través de la violencia” (Aguilar, 2020, p. 63), si toda esta situación lo pensamos un poco nos daremos cuenta que toda esta enseñanza es violenta y dañina para nuestro cuerpo, mente y emociones, es forzarnos a ser y parecer algo que no queremos ser, es como si nos forzaran a no ser humanos.

- **Trastorno de estrés postraumático:** “El estrés postraumático se presenta después de un evento estresante, en este caso el menor espera la visita de su padre y sin embargo este no viene a visitarlo, incluso la madre le dijo: hoy viene tu padre, el niño espera y espera y nunca se apareció el padre, es este evento que el menor lo considera espantoso emocionalmente, son recuerdos de una mala experiencia” (Fuenzalida, 2020, p. 88)

Esta condición por lo general “mejora después de los tres meses, sin embargo, algunos menores tienen efectos a largo plazo y se sienten muy a menudo crónica y emocionalmente entumecidos, teniendo como síntomas falta de afectuosidad o problemas en la escuela (dificultad para concentrarse), actuar más joven de la edad que tiene o síntomas físicos” (Fernández, 2020, p. 89)

- **Baja autoestima:** Que un niño o adolescente tenga autoestima significa que se valora a sí mismo, y esto resulta importante porque con ello se logra la identidad, esto ayuda a resolver problemas, siendo la persona que realmente quiere ser. Siendo el entorno familiar uno de los factores que influye para la autoestima del menor, lo que significa que la familia es la que transmite valores conocimientos, roles, actitudes y hábitos que una generación pasa a la siguiente.

La familia “con su ejemplo forma la personalidad del menor, infundiendo modos de pensar y actuar los cuales se vuelven habituales. Entonces podemos deducir que la baja autoestima es tener poca valoración de sí mismo, dañando de esta manera su bienestar. Los menores con autoestima baja retienen información negativa de sí mismos, en vez de retener la positiva, es decir se toman todo más a pecho y ven las reacciones de los demás como un ataque, en el ámbito académico” (Garrido, 2020, p. 33), el menor, no adquiere de manera adecuada los conocimientos y habilidades necesarias para la solución de conflictos referentes al material de estudio.

Varsi (2019) nos dice que “el derecho que tienen los padres es también de los hijos, es decir, ambos se deben visitar, para tener una adecuada comunicación, con la finalidad de fortalecer lazos afectivos de ambos, evitando la desintegración de la familia, además hace mención que el incumplimiento de régimen de visitas es un daño familiar” (p. 88), es un daño provocado al niño, pues sufre una pérdida de identidad, no siente la pertenencia a un grupo social, lugar, familia, etc.

Bermúdez (2020) considera que tanto “la disminución parental (síndrome de alienación parental) como la obstrucción del vínculo, son figuras autónomas que se complementan para generar un perjuicio en las relaciones paterno-filiales, siendo este perjuicio invisible para la ley, porque ese perjuicio, generado ahora en su infancia, serán problemas en los hijos a futuro” (p. 31), es decir su problema será una consecuencia de lo que ahora está pasando, en su etapa adulta se repetirá la misma situación, el mismo problema de ahora, generándose un círculo vicioso.

Lo mencionado anteriormente guarda mucha relación con los objetivos planteados en esta tesis, por que como ya hemos analizado efectivamente el incumplimiento de régimen de visitas si constituye una violencia familiar psicológica por omisión, y que se ejerza violencia contra un niño de hecho constituye secuelas negativas y muy graves en

el menor. Y son muy graves, porque el menor al estar “emocionado”, “feliz”, “contento”, “por la llegada de su padre, se cambia de ropa, se hecha colonia y lo espera ansioso, simplemente el padre no se aparece, sea por las razones que sea, no se aparece, ¿Cómo se siente el menor después de esta situación?, sencillamente el menor se siente mal emocionalmente, después de esa situación, no quiere comer, se siente triste, dice: mi papá no me quiere, etc., manifestando este mal momento, a través de sus juegos” (Aguilar, 2020, p. 44), como ya se mencionó líneas arriba.

“Creemos como adultos que esta situación ya pasará, es pasajera, típica de su edad cuando algo malo le pasa, pero esto no es así debido a que el menor guarda ese sentimiento para después, porque puede volver a comer, ya no está triste, estar alegre frente a una situación determinada” (Espinoza, 2019, p. 55); sin embargo, cuando esta sólo ya sea en la escuela, cuando juega, cuando ve televisión, o antes de dormir, tiene en su mente esos malos recuerdos, ese mal momento que vivió esperando a su padre y este no llegó.

Por esta razón “es importante tener contacto físico con los hijos, así participaremos activamente en su proceso de desarrollo, crecimiento y maduración, los progenitores debemos tener relaciones emocionalmente y legalmente correctas, anteponiendo los derechos y bienestar de los hijos, frente a sus intereses personales” (Cárdenas, 2020, p. 21).

4.2. Contrastación de hipótesis

4.2.1. Contrastación de hipótesis general:

“El incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle un estado de abandono y descuido”.

Debemos entender que, “al otorgar el régimen de visitas, hay tres sujetos de derechos, está el papá, la mamá y el hijo. El padre y la madre tienen derechos, obligaciones y deberes; mientras que el hijo solo tiene derechos como: los alimentos, a vivir en familia y ser cuidados, en tanto los padres tienen el derecho de vivir en familia y la obligación de proveer alimentos y cuidar de sus hijos” (Fuenzalida, 2020, p. 119).

Con respecto a la obligación de los padres de proveer alimentos existen normas que regulan esta figura jurídica en el Código Civil y en el Código Procesal Civil, que en caso de incumplir con esta obligación acarrearía la privación de la libertad. Paralela “a la figura de los alimentos se encuentra la obligación de los padres de cuidar de sus hijos, no porque los padres se divorcien o se separen significa dejar de lado este aspecto tan importante como es la relación paterno-filial” (Garrido, 2020, p. 66).

Respecto a la relación paterno-filial, se encuentran normas que regulan esta institución como es el régimen de visitas, la cual se otorga al padre que no ejerce la tenencia y se otorga precisamente para no dejar de lado el cuidado del hijo, para vigilar su educación y tener una adecuada comunicación.

En este caso, “si el padre no cumple con el régimen de visitas está omitiendo el deber de cuidado al hijo, está omitiendo a mantener una adecuada comunicación con el menor y está dejando de vigilar su educación, he aquí radica el fundamento del incumplimiento del régimen de visitas para llegar a constituir una violencia familiar psicológica por omisión” (Fuentes, 2020, p. 79), debido a que como padre no está cumpliendo con su obligación, está dejando de hacer lo que se debe hacer, es decir, está provocando una suerte de abandono moral porque

no lo está cuidando, no está viendo por su educación , desconociendo su desempeño escolar.

Como conocedores de lo jurídico sabemos que el deber de cuidado se encuentra tipificado en el libro de familia y también es un derecho de los niños por lo tanto si no se cumple el deber de cuidado se está generando violencia psicológica por omisión.

4.2.2. Contrastación de hipótesis específicas Nro. 01

“El incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación al derecho al bienestar del menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle daños de carácter psicológico”.

“Con el cumplimiento del régimen de visitas se evita el distanciamiento entre padre e hijo, haciendo que los lazos paterno filiales se fortalezcan, favoreciendo y enriqueciendo el desarrollo personal del menor; sin embargo, el incumplimiento del régimen de visitas es un daño familiar, es un daño provocado al niño, pues sufre una pérdida de identidad, no sintiendo la pertenencia a un grupo social” (Varsi, 2020, p. 55).

Solo por causas que impliquen peligro para el menor se puede ver restringido o limitado el derecho de régimen de visitas, aplicando de esta manera el interés superior del menor. Nuestra legislación actual contempla “que frente al incumplimiento de régimen de visitas existe la variación de la tenencia, empero, si nos ponemos a pensar, nos daremos cuenta que esta es una sanción únicamente para aquel progenitor que teniendo la tenencia impide que se ejecute el régimen de visitas” (Barral, 2020, p. 59), no obstante, hay que tener presente, que esta situación no es la única que se presenta, pues también el progenitor que tiene el derecho de visitar a su hijo, simplemente no asiste a la visita.

Ahora conviene destacar “que este incumplimiento acarrea daños en los menores como la tristeza, depresión, falta de sueño, etc., y esto solo en el ámbito biológico, si nos ponemos a pensar, los daños son más severos en el ámbito psicológico, porque simplemente es un daño invisible” (Fuentes, 2020, p. 55), no se manifiesta, repercutiendo directamente en el desarrollo de su personalidad, forjando niños sin esperanzas, sin aspiraciones y sin fortaleza para salir adelante

4.2.3. Contrastación de hipótesis específicas Nro. 01

“El incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación al derecho a la integridad del menor, en el ordenamiento jurídico peruano al perjudicarlo en su desarrollo personal y social”.

De todas las causales de incumplimiento de régimen de visitas “la que causa violencia familiar psicológica por omisión es precisamente aquella en la que el padre no asiste a ver a su hijo, pues el menor está esperando la visita de su padre que no ve, sin embargo, este no llega, generándose tristeza en el menor, tipificándose de esa manera la violencia familiar psicológica por omisión” (Fuentes, 2020, p. 45).

El incumplimiento de régimen de visitas “genera daños al menor, pues se crean problemas de diversa índole, tales como la: tristeza, dejar de comer, bajo rendimiento en la escuela, agresivo, etc., que deberían ser tratados a tiempo y no dejar que el tiempo transcurra, para que este problema en su adultez se reproduzca” (Varsi, 2020, p. 55).

Se recomienda la creación del registro de obstrutores de vínculos, para que sean asentados aquellos padres irresponsables, este registro debería darse únicamente para casos extremos, de la misma manera que se planteó la ley del

registro del deudor alimentario moroso y únicamente bajo esta consideración, es que justifico la creación de esta ley

4.3. Discusión de resultados

El incumplimiento de régimen de visitas constituido como violencia familiar psicológica por omisión bien podría estar subsumido en la ley 30364, específicamente en su art. 6, donde se establece lo siguiente: “La violencia contra cualquier integrante del grupo familiar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, de parte de un integrante a otro del grupo familiar. Se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad”.

Sin embargo, consideramos que esta ley es insuficiente debido a que existen casos muy severos de incumplimiento de régimen de visitas y más aún pensemos en los daños ocasionados a los menores con este accionar de los padres, los cuales constituyen violación a sus derechos.

La medida recomendada “es el registro de obstrutores de vínculos o llamada también registro de obstrutores de lazos familiares, ha sido planteada como un anverso de los registros de deudores de cuotas alimentarias. La finalidad del registro es evitar que los hijos se conviertan en trofeos de parejas divorciadas. Este registro fue iniciado por la Asociación de Padres Alejados de sus Hijos (APADESHI)” (Fuentes, 2020, p. 55), el objetivo de su propuesta es que los hijos no terminen siendo víctimas de la separación de sus padres y condenan a quienes impiden el vínculo con el padre que no convive con el menor.

De acuerdo al registro, los inscritos no podrán postular a cargos electivos, ni ocupar puestos en la administración pública, ni tener créditos de bancos, tampoco ser contratistas ni proveedores del estado, etc., también serán inscritos quienes: - “no faciliten” las visitas no solo con el padre sino también con los abuelos, - no cumplen con la resolución judicial

de régimen de visitas, y; -cuando no haya cesado la actitud obstructiva a pesar de requerimiento judicial.

De lo mencionado anteriormente, podemos decir, que “lo recomendado en el presente trabajo de investigación, es de mucha importancia, pues remediaría los casos más severos de incumplimiento de régimen de visitas, y sin contradecirme, lo ideal sería una llamada de atención judicial a los progenitores que están realizando este tipo de acciones (obstaculizando la relación paterno filial)” (Garrido, 2020, p. 55), sin embargo, esto no suele ocurrir, ya que los jueces son muy pasivos y frente a este tipo de problemas solo suelen conminar a los padres no ejercer violencia.

El incumplimiento de régimen de visitas constituye “violencia familiar psicológica por omisión, toda vez que se trata de una omisión frente al cumplimiento de un deber tan natural como es la relación paterno filial, esto es, cuando quien tiene el privilegio de visitar al menor simplemente no lo hace, generando una suerte de abandono moral y descuido” (Varsi, 2020, p. 77).

CONCLUSIONES

- 1.** Se ha determinado que el incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle un estado de abandono y descuido, n, toda vez que se trata de una omisión frente al cumplimiento de un deber tan natural como es la relación paterno – filial, esto es, cuando quien tiene el privilegio de visitar al menor simplemente no lo hace, generando una suerte de abandono moral y descuido.
- 2.** Se ha establecido que el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación al derecho al bienestar del menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle daños de carácter psicológico, toda vez que este incumplimiento le genera al menor un estado psicológico de aflicción, no permitiéndolo integrarse de forma adecuada a su entorno.
- 3.** Se ha determinado que el incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación al derecho a la integridad del menor, en el ordenamiento jurídico peruano

al perjudicarlo en su desarrollo personal y social, principalmente en relación a su integridad psicológica. Debe indicarse que el régimen de visitas es un derecho subjetivo familiar, un derecho de relación entre padres e hijos, que permite que a ambas partes, sobre todo padres e hijos puedan continuar manteniendo la relación paterno filial, y que no cumplirlo debería ser sancionado.

RECOMENDACIONES

- 1.** Se recomienda que la creación de un registro de obstructores de vínculos para que en este registro quede asentados aquellos padres que impiden u obstaculizan el cumplimiento del régimen de visitas, este registro debería darse únicamente para casos extremos, de la misma manera que se planteó la ley del registro del deudor alimentario moroso y únicamente bajo esta consideración, es que justifico la creación de esta ley.
- 2.** Se sugiere que el artículo 181 del Código de los Niños y de los Adolescentes debe ser modificado y/o sustituido por otros dispositivos que sí tiendan a solucionar el problema o conflicto de fondo mediante terapias clínicas, sean estas psicológicas o psiquiátricas si el caso así lo requiere para el desarrollo integral del menor.
- 3.** En la actualidad, se ha podido observar que los padres incumplen con el régimen de visitas, inclusive las sentencias judiciales. Utilizando a veces a los niños como trofeos. Dichos actos, terminan siendo denunciados ante las fiscalías penales, por el delito de sustracción de menor. Estos comportamientos se deben ir disminuyendo a través de capacitaciones, charlas, etc. de tal manera que los padres comprendan que los más afectados con estos actos son los menores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar., B. (2008). *La familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Ediciones Legales
- Arteaga, J. (2005). *Perturbación psíquica, análisis psiquiátrico-forense*. *Revista Colombiana de Psiquiatría, Suplemento No. 1*, 73-81.
- Castex, M. (2003). *El daño en psicopsiquiatría forense*. Buenos Aires: Autoeditado.
- Castro R., J. (2010). *Manual de Derecho Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Chunga, F. (2016). *Comentarios al Código de Los niños y Adolescentes*. Lima: Editorial Grijley
- Cornejo, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano*. (9° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ferreiro, X. (2005). *La víctima en el proceso penal*. Madrid: Editorial La Ley
- Gamarra R., F. (2004). *Código de niños y Adolescentes Comentado*. Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García, A. (2015). *Violencia familiar y régimen de visitas para el agresor en el ordenamiento peruano*. Piura: Universidad de Piura.
- Gherzi, C. (2000). *Valuación económica del daño moral y psicológico: daño a la psiquis*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Guzmán, N. (2016). *Necesidad de regular el otorgamiento del régimen de visitas a padres deudores alimentarios, como una forma de protección del interés superior del niño y del adolescente. interés superior del niño y del adolescente*. Arequipa, 2015. Arequipa: Universidad Nacional De San Agustín.
- Jordán, J., & Mayorga, N. (2018). *El régimen de visitas tras la separación de los padres*. *Verba Iuris*, 49-63.
- Manayay, V. (2019). *Análisis en torno al incumplimiento del régimen de visitas y su implicancia con la violencia familiar psicológica por omisión*. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

Mejía, P. y Ureta, M. (2014). Tenencia y Régimen de Visitas. Lima: editorial Librerías y ediciones jurídicas.

Plácido, A. (2003). Filiación y patria potestad. Lima: Gaceta Jurídica

Porras, L. (2001). *Investigación científica*. Bogotá: Themis.

Reynoso, M. (2010). *Investigación Científica*. Lima: San Marcos.

Romero, L. (2019). *El incumplimiento del Régimen de visitas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de 2016-2017*. Huancayo: Universidad Continental.

Sánchez, L. (2003). Breves notas sobre la patria potestad: especial problemática de los supuestos de separaciones. Sevilla: Editorial ASTIG

Varsi, E. (2004). Divorcio, filiación y patria potestad. Lima: Editorial GRILEY E.I.R.L

Villavicencio, R. (2016). *Establecer como causal de revocatoria de la tenencia de los hijos cuando el padre o madre ha incumplido la sentencia, como medio que conserva las relaciones familiares*. Loja: Universidad Nacional De Loja.

Zurita, A. (2016). *El régimen de visitas y el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos*. Ambato: Universidad Técnica de Ambato.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y LA AFECTACIÓN PSICOLÓGICA POR OMISIÓN AL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>GENERAL:</p> <p>¿De qué manera el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>ESPECÍFICOS</p> <p>-¿Cómo el incumplimiento injustificado de régimen de visitas constituye una afectación al derecho al bienestar del menor en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>-¿De qué manera el incumplimiento injustificado de régimen de visitas constituye una afectación al derecho a la integridad del menor, en el ordenamiento jurídico peruano?</p>	<p>GENERAL:</p> <p>Determinar de qué manera el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>ESPECÍFICOS</p> <p>-Establecer cómo el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación al derecho al bienestar del menor en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>-Determinar de qué manera el incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación al derecho a la integridad del menor, en el ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p>GENERAL:</p> <p>El incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación psicológica por omisión al menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle un estado de abandono y descuido.</p> <p>ESPECÍFICAS</p> <p>-El incumplimiento injustificado del régimen de visitas constituye una afectación al derecho al bienestar del menor en el ordenamiento jurídico peruano, al generarle daños de carácter psicológico.</p> <p>-El incumplimiento injustificado del régimen de visitas sí constituye una afectación al derecho a la integridad del menor, en el ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p>INDEPENDIENTE:</p> <p>Incumplimiento injustificado del régimen de visitas</p> <p>DEPENDIENTE:</p> <p>Afectación psicológica por omisión</p>	<p>-Genera agresividad y rebeldía en los niños.</p> <p>-Genera baja autoestima.</p> <p>-Afectación al derecho al bienestar del menor.</p> <p>-Afectación al derecho a la integridad del menor.</p>	<p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN: Inductivo-deductivo</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Investigación básica.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN: Nivel explicativo.</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: Diseño transversal, no experimental.</p> <p>POBLACIÓN Y MUESTRA: Por el carácter cualitativo de la investigación, no se ha empleado un número determinado para la población de estudio. Por el carácter cualitativo de la investigación, no se ha empleado un número determinado para la muestra de estudio.</p> <p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS: Observación.</p> <p>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN Ficha de análisis bibliográfico.</p>

		peruano al perjudicarlo en su desarrollo personal y social.			
--	--	---	--	--	--

INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

MATERIAL DOCUMENTAL ANALIZADO	TEORÍA VINCULADA	ANÁLISIS SEGÚN LA VARIABLE INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DEL RÉGIMEN DE VISITAS	ANÁLISIS SEGÚN LA VARIABLE AFECTACIÓN PSICOLÓGICA POR OMISIÓN	REVISIÓN DE LOS INDICADORES DE LA PRIMERA VARIABLE: -GENERA AGRESIVIDAD Y REBELDÍA EN LOS NIÑOS. -GENERA BAJA AUTOESTIMA.	REVISIÓN DE LOS INDICADORES DE LA SEGUNDA VARIABLE: -AFECTACIÓN AL DERECHO AL BIENESTAR DEL MENOR. -AFECTACIÓN AL DERECHO A LA INTEGRIDAD DEL MENOR.	OPINIÓN DE LOS INVESTIGADORES