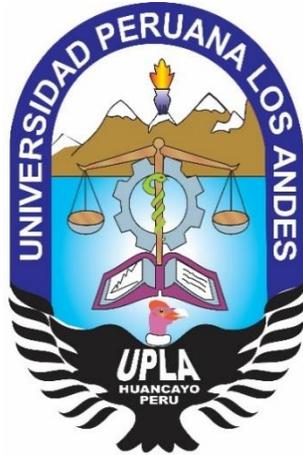


# UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

## Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

### Escuela Profesional de Derecho



## TESIS

- Título : “CRITERIO DEL JUZGADOR EN EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA Y EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN EL 4TO JUZGADO DE FAMILIA DE EL TAMBO, 2017-2018.”
- Para optar : Título Profesional de Abogado
- Autores : Bach. Lizarbe Alcántara, Eulogia
- Asesor : Mg Cifuentes Moya German VICTOR
- Línea de Investigación : Desarrollo Humano y Derechos  
Institucional
- Fecha de inicio y culminación de la investigación : Noviembre 2019 – Noviembre 2020

Huancayo - Perú

2020

## **HOJA DE APROBACIÓN DE JURADOS**

## **DEDICATORIA**

La presente investigación va dedica a mi familia, que. al ser mi centro de bienestar, estuvieron conmigo en cada paso dado desde el inicio de mi carrera profesional hasta el día de hoy, que me encuentro a puertas de culminar una gran etapa de mi vida.

*Eulogia L. A.*

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a la Universidad Peruana los Andes, especialmente a la Escuela Profesional de Derecho, por darme la oportunidad de pertenecer y asistir a sus aulas que alimentaron mi curiosidad en este camino profesional. A mis maestros por dedicarme tiempo y esmero con sus enseñanzas magistrales en cada una de las ramas del derecho.

Además, quiero agradecer a las personas que fueron partícipes en responder el cuestionario. No se menciona nombres por la confidencialidad de los datos, pero quiero enfatizar que su información fue valiosa para la culminación de esta tesis.

## **PRESENTACIÓN**

En el Perú se tiene como normativa de bienestar para el menor el Código del Niño y Adolescente, la cual establece condiciones equitativas que se deben de considerar al momento de determinar la tenencia del menor, sin embargo, los juzgadores muchas veces aplican criterios que priorizan el derecho subjetivo frente al objetivo. Por lo cual, en la investigación se buscó determinar de qué manera el criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor. Desde un aspecto metodológico, la investigación fue abordado desde un tipo de estudio básica, se aplicó un diseño no experimental transversal explicativo, el nivel fue explicativo.

La investigación fue estructurada en cinco capítulos, en el primer capítulo, se describe la realidad problemática, se delimita la investigación, se formulan los problemas y objetivos, y detalla la justificación. En el segundo capítulo, se muestra el marco teórico, lo cual está comprendido de los antecedentes y de las bases teóricas. El tercer capítulo, muestra las hipótesis, variables y la matriz de operacionalización. En el cuarto capítulo, se detalla los aspectos metodológicos utilizados en toda la investigación. Por último, en el quinto capítulo, se presentan la descripción de resultados, la contrastación de la hipótesis, y la discusión de resultados. En consecuencia, luego de haber desarrollado todo el proceso de investigación, los resultados indicaron que en los casos de tenencia se vulnera de forma parcial, el principio del interés superior del niño, principalmente por la subjetividad del juez al emitir un fallo y no por la falta de una norma clara. Por lo que se puede concluir que, en la investigación, se vulneró el interés superior del menor, por aspectos subjetivos, pese de la existencia normas claras.

## ÍNDICE

HOJA DE APROBACIÓN DE JURADOS .....	ii
DEDICATORIA .....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
PRESENTACIÓN.....	v
ÍNDICE .....	vi
ÍNDICE DE TABLAS .....	ix
ÍNDICE DE FIGURAS.....	x
RESUMEN.....	xi
ABSTRACT.....	xii
CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	1
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	1
1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	3
1.2.1. Delimitación Espacial .....	3
1.2.2. Delimitación Temporal .....	3
1.2.3. Delimitación Conceptual o Temática.....	3
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	4
1.3.1. Problema General.....	4
1.3.2. Problemas Específicos .....	4
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	5
1.4.1. Social.....	5
1.4.2. Teórica.....	5
1.4.3. Metodológica.....	6
1.5. OBJETIVOS.....	6
1.5.1. Objetivo General .....	6

1.5.2.    Objetivos Específicos.....	6
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO .....	8
2.1.    ANTECEDENTES .....	8
2.1.1.    Antecedentes Internacionales.....	8
2.1.1.    Antecedentes Nacionales .....	12
2.1.2.    Antecedentes Locales.....	20
2.2.    BASES TEÓRICAS .....	22
2.2.1.    Criterios del juzgador en el otorgamiento de la tenencia.....	22
2.2.2.    Interés superior del niño.....	40
2.3.    MARCO CONCEPTUAL .....	53
CAPÍTULO III HIPÓTESIS .....	57
3.1.    HIPÓTESIS GENERAL .....	57
3.2.    HIPÓTESIS ESPECÍFICAS .....	57
3.3.    VARIABLES.....	57
3.3.1.    Definición conceptual .....	57
3.3.2.    Operacionalización de variables .....	58
CAPÍTULO IV METODOLOGÍA .....	60
4.1.    MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	60
4.1.1.    Método general.....	60
4.1.2.    Métodos específicos .....	60
4.2.    TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	60
4.3.    NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	60
4.4.    DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	61
4.5.    POBLACIÓN Y MUESTRA .....	61
4.6.    TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	62

4.6.1.	Técnica .....	62
4.6.2.	Instrumento .....	63
4.6.3.	Procedimiento de recolección de datos .....	63
4.7.	TÉCNICA DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS .....	63
4.8.	ASPECTOS ÉTICOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	64
CAPÍTULO V RESULTADOS .....		65
5.1.	DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS.....	65
5.1.1.	Resultados del criterio del juzgador.....	65
5.1.2.	Resultados del interés del menor.....	66
5.1.3.	Análisis de los casos judiciales estudiados .....	67
5.1.4.	Derecho comparado .....	75
5.2.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	76
5.2.1.	Prueba de la primera hipótesis específica .....	76
5.2.2.	Prueba de la segunda hipótesis específica.....	77
5.2.3.	Prueba de la tercera hipótesis específica.....	78
5.2.4.	Prueba de la hipótesis general .....	80
5.3.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....	81
CONCLUSIONES .....		83
RECOMENDACIONES .....		84
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		86
ANEXOS.....		93

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Operacionalización de variables .....	59
Tabla 2 Resultados de frecuencia y porcentaje del criterio del juzgador.....	65
Tabla 3 Resultados de frecuencia y porcentaje de la vulneración del interés del menor .....	66

## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Percepción de justicia en juicios de alimentos 2018 .....	2
Figura 2. Resultados descriptivos del criterio del juzgador. ....	65
Figura 3. Resultados descriptivos del interés superior del niño.....	66

## **RESUMEN**

La presente investigación se desarrolló en la ciudad de Huancayo, durante el periodo comprendido entre los años 2019 y 2020, se tomó las instalaciones del 4to Juzgado de Familia de El Tambo, para recabar la información sobre los criterios del juzgador en el otorgamiento de tenencia; ya que, el propósito de la investigación fue determinar de qué manera el criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia. Para ello se determinó el criterio subjetivo del juzgador, regulación normativa sobre tenencia posterior al divorcio, y se analizó la tenencia del menor como consecuencia del proceso de divorcio en la legislación extranjera a diferencia de la legislación nacional. Asimismo, la investigación se justificó en base a lo social, teórico y metodológico. La investigación tomó principalmente como base teórica la Constitución Política del Perú, la Ley N°27337 del Perú, Ley N°29269 y el Código Civil del Perú. Desde un aspecto metodológico, la investigación fue abordado desde un tipo de estudio básica, se aplicó un diseño no experimental transversal explicativo, el nivel fue explicativo, la población estuvo conformada por las sentencias del 4to Juzgado de Familia del distrito de El Tambo, y el tamaño de la muestra fue de 5 sentencias. La técnica que se empleó fue el análisis documental, y el instrumento fue un cuestionario. Los resultados demostraron que en caso de tenencia se estaría vulnerando el principio del interés superior del niño, de manera parcial, y principalmente por la subjetividad del juez al emitir un fallo y no por la falta de una norma clara. Por lo que se puede concluir que, en la investigación, se vulneró el interés superior del menor, por aspectos subjetivos, pese de la existencia normas claras.

Palabras clave: Tenencia, interés superior del menor, criterios del juzgador

## **ABSTRACT**

This investigation was developed in the city of Huancayo, during the period between 2019 and 2020, the facilities of the 4th Family Court of El Tambo were taken, to collect information on the criteria of the judge in the granting of tenure; since, the purpose of the investigation was to determine how the criterion assumed by the judge in custody as a result of the divorce process violates the best interests of the minor in the processes processed in the 4th Family Court. For this, the subjective criterion of the judge was determined, normative regulation on post-divorce custody, and the custody of the minor as a consequence of the divorce process in foreign legislation was analyzed, as opposed to national legislation. Likewise, the research was justified on the social, theoretical and methodological grounds. The research mainly took as a theoretical basis the Political Constitution of Peru, Law No. 27337 of Peru, Law No. 29269 and the Civil Code of Peru. From a methodological aspect, the research was approached from a basic type of study, an explanatory transversal non-experimental design was applied, the level was explanatory, the population was made up of the sentences of the 4th Family Court of the El Tambo district, and the sample size was 5 sentences. The technique used was documentary analysis, and the instrument was a questionnaire. The results showed that in the case of custody, the principle of the best interests of the child would be violated, partially, and mainly due to the subjectivity of the judge when issuing a ruling and not due to the lack of a clear rule. Therefore, it can be concluded that, in the investigation, the best interest of the minor was violated, due to subjective aspects, despite the existence of clear rules.

Keywords: Tenure, best interests of the minor, judge's criteria

## **CAPÍTULO I**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA**

Aun cuando el Código del Niño y Adolescente en el Perú (2000), establece condiciones equitativas para que los padres y madres tengan o no una competencia por la tenencia de hijos durante la realización de un proceso de divorcio, hay jueces que aún mantienen una abrumadora preferencia por favorecer a las madres, en perjuicio de los padres de acuerdo a especialistas en derecho de familia. Es así que, de cada diez juicios con motivo de la tenencia de un menor en el país, nueve son ganados por la madre, y solo uno por el padre, y eso se debe a que subsiste en la jurisdicción peruana una mentalidad conservadora de pensar que los hijos deben quedar con la madre, atendiendo inadecuadamente al interés superior del niño para asegurar su integridad. De acuerdo al artículo 84 de dicho código en el Perú (2008) se establecieron dos criterios para resolver un asunto de tenencia por parte de un juez: El menor debe de quedarse con el progenitor con quien pudo tener una convivencia por un periodo más prolongado, siempre y cuando este le vaya a ser favorable; y que los hijos que sean menores a los tres años de edad se deben de quedar con su madre. Por lo que, se señala como criterio general que el juez da mayor importancia a otorgar la tenencia o custodia del menor, a el padre o madre que de una mayor garantía en relación al derecho del niño, niña o adolescente (Agencia Peruana de Noticias Andina, 2018).

Por otro lado, en otros países este dilema ya se ha resuelto con la tenencia compartida, pero en el Perú aún existe resistencia para aplicar dicha alternativa, debido a que un padre que solicite una tenencia tiene que acumular pruebas que demuestren que es mejor opción que la madre. Una vez que se pierde la tenencia, el padre tiene derecho a un régimen de visitas establecidas por el juez, pero presentando inconvenientes debido a que el padre que perdió la tenencia debe estar al día en los pagos de la pensión alimentaria. Hay padres que pueden cometer el error de cumplir con sus pagos, pero no exigir recibo, lo que

los expone a que la madre pueda desconocer estos depósitos y pedir una liquidación. En el caso de que los padres se queden sin un trabajo, y por ende sin una fuente de ingresos, se quedarán sin visita, el código establece que este viene a ser un derecho para los padres e hijos de forma que estos se puedan ver. Sin embargo, en la realidad peruana resulta difícil que un juez lo tome en cuenta haciendo prevalecer el aspecto pecuniario que se recoge en el código (Agencia Peruana de Noticias Andina, 2018).



Figura 1. Percepción de justicia en juicios de alimentos 2018

Es así que, de acuerdo a información de los justiciables del proceso de alimentos, en el Perú se da una percepción sobre la forma en el que actúan los órganos del poder judicial, en relación a los trámites o las resoluciones de los procesos. Al cierre del 2017, un 47,5% de los entrevistados sostienen que no se hizo justicia en su caso, un 39,2% estima que, si se hizo justicia, y solo un 13,3% no precisan una respuesta exacta, debido a que el proceso aún no se concluyó para ellos. Las Cortes Superiores de Justicia de Huancavelica, Puno y Áncash presentaron los porcentajes más altos de percepción positiva. Por el contrario, las Cortes de Tacna, Callao y Ucayali registraron los índices más altos de percepción negativa. Teniendo en cuenta al sexo de los padres demandantes las opiniones evidenciaron una gran diferencia (ver figura 1) (Defensoría del pueblo del Perú, 2018).

“El 89,6% de los que opinaron que se hizo justicia fueron mujeres, frente a un 9,9% de hombres. Respecto de quienes consideraron que no se hizo justicia, ocurre una situación similar, el 86,5% fueron mujeres y solo un 12,9% fueron hombres” p.49. Tomado de “Informe N° 001-2018-DP/AAC: El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos”, por Defensoría del pueblo del Perú, (2018), Lima.

Por todo lo mencionado, surgió la necesidad de determinar de qué manera el criterio asumido por los jueces respecto a situaciones de tenencia como consecuencia de los procesos de divorcio vulneran el interés superior del menor en la realidad huancaína. Dados los recursos disponibles del investigador, así como su acceso a la información, se estudiarán los procesos que fueron tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.

## 1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

### 1.2.1. Delimitación Espacial

Este trabajo de investigación se llevó a cabo en la ciudad de Huancayo, distrito del Tambo, en las instalaciones del 4to Juzgado de Familia de El Tambo, cuya dirección es Parra del Riego N°400, Huancayo.

### 1.2.2. Delimitación Temporal

De modo que realice la planificación, verificación, desarrollo, culminación y sustentación de esta tesis de investigación, ésta se desarrolló a partir de noviembre de 2019 hasta febrero de 2020.

### 1.2.3. Delimitación Conceptual o Temática

El soporte para el desarrollo de la investigación se tomó en cuenta, los criterios del juzgador en el otorgamiento de la tenencia, el criterio subjetivo, la regulación de la normativa sobre tenencia, protección e la legislación nacional. Además, se tomó en cuenta el desarrollo según Ballesté (2012), el soporte del

interés superior del niño, como derecho conocido como una cláusula general, o un concepto de tipo jurídico que es indeterminado. Es por ello que, no se interpreta de manera estática, sino de una forma dinámica, flexible pues garantiza el desarrollo integral del menor.

Además, se tuvo en consideración los siguientes conceptos: La tenencia como el deber y el derecho que tienen todos los progenitores para que se dé una relación directa como una convivencia de tipo inmediata con los hijos (Varsi, 2012). El interés superior del niño es considerado como un principio de gran importancia, debido a que su aplicación es obligatoria en todos los procesos legales que se refieren a las etapas de la vida de la niñez y adolescencia, teniendo en consideración a la evolución y el desarrollo de su personalidad en un ambiente propicio, cuyo fin primordial vaya a ser el bienestar general de los mismos (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006).

### 1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

#### 1.3.1. Problema General

¿De qué manera el criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018?

#### 1.3.2. Problemas Específicos

1. ¿De qué manera el criterio subjetivo del juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018?

2. ¿De qué manera la regulación normativa sobre tenencia vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018?
3. ¿Cómo está protegido la tenencia del menor como consecuencia del proceso de divorcio en la legislación extranjera a diferencia de la legislación nacional

#### 1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

##### 1.4.1. Social

Esta investigación aporta, como fuente para próximas investigaciones, además, en base a las recomendaciones tomar en cuenta en la toma de decisiones, y como un documento para el uso del 4to Juzgado de familia, tomando en cuenta el criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia.

El desarrollo de esta investigación permitió el aporte a los temas referidos de la tenencia y al interés superior del menor de manera que se explicó cómo se tratan los asuntos de custodia, pero en una realidad específica. Si bien es cierto se especificaron la misma base legal para los juicios de tenencia en la jurisdicción peruana, el estudio de esta investigación permitió evidenciar cual fue el criterio que tienen los jueces del 4to juzgado de familia en el distrito de El Tambo para la determinación de la tenencia de un menor en el marco del interés superior del mismo en la realidad huancaína.

##### 1.4.2. Teórica

Esta investigación justifica su desarrollo porque tomó en cuenta el soporte teórico haciendo uso de la Constitución Política del Perú (1993), la Ley N°27337 del Perú (2000), su modificatoria con la Ley N°29269 (2008) y el código civil del Perú (1984) en el marco de la tenencia de menores. Dando soporte a la investigación haciéndola consistente, también se explicó, en la

misma realidad, el uso de Ley N°30466 del Perú (2016), la protección integral del niño según (1999), el contenido de la convención de los derechos del niño del mundo (2006), todo ello en el marco que sustenta la consideración del interés superior del menor. Por lo tanto, esta investigación hace uso de la teoría en base al criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia. Y servirá de soporte en la búsqueda del análisis y respuesta inmediata.

#### 1.4.3. Metodológica

La investigación se llevó a cabo porque – considerando la gran importancia del cuidado y bienestar de los más indefensos como son los niños – es indispensable que se haga un estudio del efecto del criterios de los jueces en el interés superior del menor, considerando nuevas formas de investigación que permitan obtener y analizar datos más precisos y reales de la situación actual de la jurisdicción regional. Por lo tanto, la justificación metodológica de la presente se sustenta en resaltar técnicas nuevas para estudiar cada variable que se estudió en la presente.

### 1.5. OBJETIVOS

#### 1.5.1. Objetivo General

Determinar de qué manera el criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.

#### 1.5.2. Objetivos Específicos

1. Determinar de qué manera el criterio subjetivo del juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del

menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017 - 2018.

2. Determinar de qué manera la regulación normativa sobre tenencia posterior al divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017 - 2018.
3. Analizar cómo está protegido la tenencia del menor como consecuencia del proceso de divorcio en la legislación extranjera a diferencia de la legislación nacional

## **CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO**

### **2.1. ANTECEDENTES**

#### **2.1.1. Antecedentes Internacionales**

El estudio “Las reformas legales en el sistema Judicial Ecuatoriano en relación con los litigios de tenencia de los hijos” fue realizado por González (2020) como un requisito lograr su titulación como Magister en derecho, con mención en Derecho procesal, de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

El fin del estudio fue realizar un planteamiento de reforma jurídica para el actual régimen de tenencia de los niños, considerando el principio de interés superior del niño. Para ello, el autor llevó a cabo un estudio con un enfoque mixto, en el que se empleará el método hipotético – deductivo y en el que se recopiló datos a través de la encuesta, como técnica de recolección. Los resultados principales de la investigación indican que el 60% de los encuestado manifestó que lo mejor para los niños sería coexistir bajo un régimen de tenencia compartida antes que una tenencia prerrogativa de uno de sus progenitores; asimismo, el 51.3% consideró que la tenencia debe ser evaluada a profundidad por los jueces para que la sentencia sea favorable, mayormente, a los intereses del niño y adolescente. Con dichos resultados se concluyó lo siguiente: En la legislación ecuatoriana, se lograría mayor calidad de vida de los niños y adolescentes, en los casos en los matrimonios decaerían, si es que se trabaja en el respeto, sobre todas las cosas, de sus derechos; por otro lado, los litigios por la tenencia de los niños disminuirían si es que se garantiza que la tenencia será compartida tanto para el padre como para la madre. El estudio aporta en la presente con su propuesta de reforma jurídica para que las resoluciones judiciales, en casos de disputa de tenencia, que se den en Ecuador beneficie a los menores a través de la tenencia compartida, ya que este modo se garantiza que el menor pueda desarrollarse con la formación de ambos padres.

La tesis de investigación que lleva el título “Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado”, fue realizada por Duarte (2015) con el fin de obtener el grado de Magister en Derecho con énfasis en Derecho de Familia de la Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.

El fin del estudio fue determinar si es posible conceder, tanto al padre como a la madre una custodia compartida. Para lograr lo propuesto, se realizó un estudio en el que se implementó un razonamiento práctico con técnicas de investigación documental, estudio de caso y análisis comparativo. Luego de haber analizado el Interés superior y la corresponsabilidad, la custodia como deber de protección y cómo es la actual normativa sobre la custodia compartida en Colombia, se llegó a la conclusión que i) desde un enfoque general, la participación de los padres, luego del divorcio, es muy importante en cada una de las facetas culturales, étnicas, y religiosas del menor con desarrollo legislativo y jurisprudencial; ii) es necesario que se tenga una referencia expresa de su significado, sus objetivos y riesgos, con el fin de evitar las consecuencias negativas a las que se puede ver expuesto el menor, cuando comparte con su padre en un espacio cerrado y la familia que lo recibe como visitante periódico. El aporte de este estudio es el análisis de la importancia de la presencia del padre y la madre, en los casos de divorcios, en el desarrollo cultural, psicológico, y físico del menor; por lo que, su recomendación es válida, al igual que el antecedente anterior, al sugerir que se de mayor importancia a la tenencia compartida.

Ronnfeldt (2016) publicó la tesis de investigación titulada “Does Gender Still Matter? Child Custody Bias in the Illinois Family Court System” para la obtención del MBA en derecho en la unidad de posgrado denominada Department of Criminal Justice Sciences de la Illinois state university. Bloomington - Normal.

El objetivo consistió en lo siguiente, determinar la importancia del género en casos de custodia de menores en el sistema de la corte de familia de Illinois. La metodología que se aplicó fue la siguiente. Dada la naturaleza y el tema tratado se utilizó un muestreo por conveniencia. La técnica de recolección fue la encuesta. Los instrumentos que se utilizaron para este trabajo fueron cuestionarios electrónicos enviados por correo electrónico. *Se pudo concluir que los resultados de la investigación son la réplica de aquellos obtenidos en estudios realizados en la misma corte al año 2000, debido a que la percepción de los jueces en casos de custodia de menores coincide respecto a la consideración de la doctrina que da énfasis al interés superior del menor, de la cual su administración fue aplicada de manera imparcial para que se pueda dar la garantía de las recompensas de la custodia en donde la mayoría de las madres han sido favorecidas desproporcionalmente.* El aporte de esta investigación consistió en lo siguiente, durante más de 15 años en la corte de Illinois fue marcada la percepción de la doctrina del interés superior de menores beneficiando desproporcionalmente a las madres por encima de los padres, en donde ni siquiera el factor de solvencia económica resultó relevante para que los jueces den una custodia compartida, dando este poder a las madres.

Ziphokazi (2016) realizó la investigación que se titula “The best interests of the child: a critical evaluation of how the South Africa court system is failing to use section 7 of the Children's Act accordingly in divorce proceedings”; para obtener el MBA en el programa de Ley Privada y Derechos Humanos en la Institución University of Cape Town. Ciudad del Cabo.

El objetivo consistió en lo siguiente evaluar la falla del uso de la sección 7 en procesos de divorcios respecto a la doctrina del interés superior de menores en el sistema jurídico de Sudáfrica. Esta investigación tuvo un enfoque cualitativo y aplicó con un diseño no experimental de tipo descriptivo. La metodología empleada fue la de casos para esta investigación. La técnica de recolección fue la revisión documental. Los instrumentos que se utilizaron fueron las fichas bibliográficas. Se pudo concluir que, mediante la consideración

del interés superior del menor, la Ley internacional y la Ley común legal se puede enfocar la protección de menores de una manera adecuada, es así que se evidenció que la sección 7 fue creada debido a que la Ley común precedente no permitía atender adecuadamente las demandas a nivel constitucional. Esta investigación aportó con lo siguiente, las modificaciones de secciones, Leyes, apartados y artículos se realizan debido a los fallos, en el caso de esta investigación para que se cumpla efectivamente y no se vulnere más el interés superior de los menores (tanto adolescentes como niños) con referencia a los casos de custodias en el sistema legal de Sudáfrica.

Acosta (2017) elaboró la investigación “El interés superior del niño y la custodia compartida” para titularse como abogado de tribunales y juzgados en la Universidad Técnica de Ambato. Ambato.

El objetivo consistió en lo siguiente “Investigar de qué manera incide el interés superior del niño en la custodia compartida” (p.11). Esta investigación básica tuvo un enfoque mixto. El diseño que se empleó para esta tesis fue no experimental descriptivo con un corte transeccional. La técnica empleada fue la encuesta y se aplicó el cuestionario. Se pudo concluir lo siguiente, respecto al alcance legal de la jurisdicción ecuatoriana “la tenencia de los hijos, en la mayoría de veces, le corresponde a la madre; sin tomar en consideración el interés superior del niño, que podría llegar a determinarse a través de una evaluación que proteja a los niños o niñas, quienes se encuentran privados de compartir en igualdad de condiciones con su padre o su madre” (p. 86). El aporte de esta tesis tuvo que ver con lo siguiente, que en diferentes legislaciones la percepción acerca del interés superior de menores en casos de custodia está afectada por las Leyes del país y el criterio final del juez de familia, es así que en legislaciones como en la ecuatoriana el interés superior del niño está por debajo, en la mayoría de veces, del interés de la madre en casos de custodia debido a que a la fecha no había tenencia compartida, la cual recién fue aceptada con la reforma del Art. 106 del CONA al 2017.

Salinas (2015) realizó una investigación el cual lleva por nombre “La custodia compartida como mecanismo para la aplicación del principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes” dirigida a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ambato; para optar por el Título de Abogada.

El fin de esta investigación fue establecer la custodia compartida como una forma de aplicar el fundamento constitucional del interés superior de los menores. El enfoque de este estudio fue cuantitativo, el tipo aplicado, el diseño fue experimental y nivel fue correlacional, la técnica utilizada para la recolección de datos fue el análisis de caso y la encuesta, los instrumentos empleados fueron la entrevista, analizar el caso de la Unidad Judicial de Familia Mujer, Niñez y Adolescencia. La conclusión final señala que la custodia de los menores en Ecuador se otorga de manera preferente a la madre, ya que los criterios patriarcales donde se pretende la atribución de funciones de acuerdo al sexo, se considera que la madre debe de cuidar a los hijos frente al divorcio paralelo a padre el cual es catalogado como proveedor. El aporte de esta investigación radicó en que en la legislación ecuatoriana al 2015 se han estado basando en una serie de criterios patriarcales para el otorgamiento de la custodia de menores a las madres y el pago de pensión de alimentos por parte de los padres, todo legitimado por el art. 106 del CONA que a la fecha ya requería una modificación urgente para la legitimización de la conciliación de divorciados mediante la custodia compartida.

#### 2.1.1. Antecedentes Nacionales

Mauricio (2019) llevó a cabo la investigación “Fundamentos jurídicos y fácticos para otorgar la tenencia compartida, en aplicación del interés superior del niño y a la luz de la legislación comparada” para que logre su titulación con el grado de Maestro en Derecho con mención en Derecho Civil Empresarial, de la Universidad Privada “Antenor Orrego”, Escuela de Posgrado, Trujillo.

La finalidad de la investigación fue establecer los fundamentos jurídicos y fácticos que otorguen dicho régimen, teniendo en cuenta el enfoque de interés del niño y la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada. Para ello, se llevó a cabo un estudio básico en el que se empleó un diseño descriptivo – explicativo. Realizado el estudio se llegó a la conclusión que los fundamentos requeridos fueron la adecuada aplicación del principio de interés superior del niño, la evaluación psicosocial de los padres, el compromiso compartido, el seguimiento a los padres, y el estado económico de ambos. El aporte de esta investigación es el análisis de los factores que son indispensables analizar para que se determine la tenencia del menor; ya que, de acuerdo con otros antecedentes, no es recomendable que se brinde la custodia únicamente a la madre; por ello, este estudio se considera indispensable porque recomienda que se haga un análisis más profundo de cada caso.

La tesis que lleva el título “El interés superior del niño en el proceso de tenencia” se realizó para que la autora Morales (2017), obtenga el grado de Maestra en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Escuela Universitaria de Posgrado, Lima.

El propósito de la tesis fue determinar cómo el desconocimiento del plazo razonable tiene efectos en el interés superior del menor en los procesos de tenencia sentenciados por el Juzgado Segundo de Familia del Callao. Para cumplir con lo propuesto se llevó a cabo un estudio de tipo aplicado y de nivel descriptivo – explicativo, que empleó el método exegético, hermenéutico, y sistemático, y como diseño, el no experimental, correlacional – causal. Los resultados principales dejaron saber que el 98% de los encuestados indicó estar de acuerdo en que con la aplicación del interés superior del niño se debe tomar decisiones buscando lo mejor para el menor. Este y otros resultados fueron procesados estadísticamente y se llegó a la conclusión que la aplicación del interés superior del niño es imperativa cuando se busca conocer qué padre tiene mejores condiciones para la adecuada formación intelectual, física, y emocional del menor. El aporte de este estudio es la determinación de que las decisiones

judiciales que se tomen deben buscar, únicamente, el bienestar del menor y no solo debe estar basado en la percepción de los jueces; por ello, para determinar la tenencia de un menor es importante que se analice otros factores y también se considere la posibilidad de brindar la tenencia al padre, en caso se compruebe que el desarrollo del menor tiene más garantía con el padre.

Arcana (2018) realizó el informe titulado “La aplicación del interés superior del niño en la variación de tenencia” [Informe de investigación], para titularse como Abogada. Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Norbert Wiener.

El objetivo de este trabajo fue determinar de qué forma la aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente hará que se pueda realizar el fomento respecto a las variaciones de los fallos de tenencia. El enfoque fue cuantitativo, aplicada en el tipo, con un nivel correlacional y la aplicación de un diseño experimental. 20 abogados especialistas en Derecho de familia fueron los que conformaron la población, y el tamaño de la muestra fue de 30 abogados. Como técnicas se utilizó la encuesta, pruebas estadísticas, los instrumentos fueron el cuestionario. La conclusión indica que este estudio permite afirmar que el principio del interés implica la protección integral del menor. El aporte de esta investigación radicó en lo siguiente, en la legislación peruana se aplica la doctrina destinada a la protección integral del menor tomando como aspectos, la consideración y el respeto del interés superior del mismo con respecto a situaciones de tenencia de menores.

Chávez y Chevarría (2018) realizó una investigación titulada “El interés superior del niño, niña y adolescente: Un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia” dirigida a la Pontificia Universidad Católica del Perú para optar el Título Profesional de Abogada.

El objetivo de este estudio es comprobar si los ítems usados por los jueces destinados a los casos de familia y aquellos magistrados del poder judicial que se encargan de las resoluciones de los procesos sobre la tenencia en base a la normativa. El enfoque de este estudio fue cuantitativo, con un tipo descriptivo, el diseño es correlacional y un nivel descriptivo. La muestra empleada fue de 18 niños entre ambos sexos. La encuesta fue la técnica que se aplicó, y la entrevista y el cuestionario, fueron los instrumentos utilizados. La conclusión final es que la doctrina de la protección integral se debe orientar al interés superior que posee el menor como un derecho, un principio y una regla para el desarrollo del mismo, la cual demanda conseguir su bienestar. El aporte de esta investigación se relacionó con la alineación de la doctrina sobre la protección integral del menor, para la determinación correcta de su interés superior en situaciones de tenencia en la jurisdicción peruana.

Rojas (2018) realizó el informe el cual lleva por nombre “La tenencia compartida acordada en los centros de conciliación extrajudicial y la vulneración del principio del interés superior del niño en el Perú” dirigida a la Universidad Privada Antenor Orrego Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela Profesional de Derecho para titularse profesionalmente como Abogado.

El objetivo de este informe fue decretar de que forma la conciliación extrajudicial de la Ley de Conciliación N° 26872 (artículo 7°) que considera la tenencia compartida, garantizará que cumpla con el principio del Interés del niño o adolescente en el país. El enfoque fue cuantitativo, el tipo fue básico, con un nivel correlacional, y se aplicó un diseño no experimental, la población se conformó de 1500 actas de tenencia y de Cambios en Trujillo 2013-2016. Las muestras para esta tesis correspondieron a tres actas de conciliación las cuales fueron judicializadas para la emisión del fallo de la tenencia compartida en la ciudad de Trujillo. Este tipo de tenencia en la regulación del país, no garantiza el cumplimiento efectivo del principio del interés superior del menor, ya que no existe evidencia de que existan criterios y procedimientos específicos para su aplicación, comprobando así de manera favorable la hipótesis de la tesis de

investigación. El aporte de esta investigación tuvo que ver con lo siguiente, en la legislación peruana se evidenció un vacío que se refiere a la no garantía del interés superior del menor para situaciones de tenencia compartida, por lo que el criterio del juez es clave para el respeto del interés superior del menor ya sea por debajo o por encima de los intereses de los padres demandantes en juicios de tenencias.

Ríos y Saravia (2018) realizó una investigación el cual lleva por nombre “La tenencia del niño y su principio de interés superior” dirigida a la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana para titularse como Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial.

El propósito de la investigación consistió en lo siguiente: determinar la relación entre la tenencia del menor y el principio de interés superior del mismo. Para lo cual, su enfoque fue cuantitativo, de tipo descriptiva, descriptiva en el nivel, se aplicó un diseño no experimental. El tamaño de la muestra fue de 30 abogados. Se empleó la entrevista como técnica y el cuestionario como instrumento. La conclusión final indica que se demostró una relación estadística significativa entre el interés superior del menor, la cual fue determinada por las reglas internacionales y nacionales, teniendo en cuenta la legalidad de la tenencia de acuerdo a Ley. El aporte de esta investigación tuvo que ver con que la identificación de la legalidad de la tenencia de menores en el Perú está sustentada con la consideración de los criterios del interés superior de los menores.

Zamora (2018) realizó la investigación titulada “Análisis del proceso de tenencia, respecto de los criterios técnicos jurídicos orientados por el síndrome de alienación parental y el interés superior del niño y adolescente, en base al expediente N° 190-2009-1° JF” dirigida a la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo para optar por el Título Profesional de Abogado.

El objeto estudiado fue estudiar los aspectos técnicos jurídicos que se deben evaluar y tener en consideración respecto al síndrome de alienación parental, de acuerdo a los procesos que tenga que ver con los fallos de tenencia, la influencia de salvaguardar el principio del interés superior. El enfoque fue cuantitativo, el correlacional en el nivel, de tipo aplicado, y con un diseño no experimental. La técnica empleada fue la encuesta, el instrumento la entrevista. Se concluyó en que la patria potestad es una función refleja del deber de los mayores en la mantención y educación de los menores hijos, de protegerlos de acuerdo a sus intereses pecuniarios mientras estos aún sean menores de edad. El aporte de esta investigación radica en la consideración del ejercicio efectivo de la figura de patria potestad de manera que se haga efectivo el cumplimiento de los intereses del menor hasta que tenga la mayoría de edad respecto a procesos de tenencia en la jurisdicción peruana.

Obispo (2018) realizó la tesis que lleva con nombre “La tenencia compartida y vulneración al interés superior del menor en el derecho de familia peruana” dirigida a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela de Derecho para optar el Título Profesional de Abogado.

El informe tuvo por objetivo centrar al informe de acuerdo a La Tenencia Compartida y Vulneración al Interés Superior del Menor desde el punto de vista dogmático-jurídico que se pregunta si corresponde en establecimiento de la existencia de vulnerabilidad al interés superior de los menores con respecto a la decisión judicial del fallo de la tenencia compartida, el enfoque fue cuantitativo, el tipo es descriptivo, con un nivel descriptivo y diseño transaccional. La población se basó en el tiempo de estudio 2017-2018. Las técnicas fueron el fichaje, los documentos, el análisis, los documentales, los instrumentos de recolección fueron los diversos tipos de fichas de lectura, mixtas, textuales, etc. La conclusión fue la descrita a continuación: El principio del interés superior de los menores es un fundamento y también un aspecto de relevancia respecto al desarrollo integral de los menores, ya que éste repercute a un periodo largo en la

vida adulta para desarrollar un proyecto de vida. El aporte de esta investigación radicó en evidenciar la importancia de considerar el interés superior del menor durante un proceso de tenencia para asegurar su integridad, ya se emita una tenencia exclusiva o compartida.

Chopitea (2017) realizó el informe que lleva con nombre “Vulneración del principio del interés superior del niño por la inaplicación de la tenencia compartida en los procesos de divorcio y tenencia, tramitados en el primer juzgado de familia de Tarapoto durante el 2015-2016” dirigida a la Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho para optar por el título en la profesión de derecho.

Con la elaboración del informe se propuso determinar cómo es que se da la vulneración del principio del interés superior del menor al no darse la aplicación de la tenencia compartida y realizados en el Primer Juzgado en el periodo 2015-2016. En su metodología se consideró un enfoque cualitativo, de tipo descriptivo, la investigación fue de nivel correlacional y se empleó el diseño no experimental, las técnicas empleadas fueron la de revisión documental, entrevistas; además, guía de observación y de entrevista, fueron parte de los instrumentos. La población se conformó por 119 expedientes. La conclusión final fue evidenciar la aplicación de la tenencia compartida en la ciudad de Tarapoto, el cual resultó ser una utopía un poco lejana a la modalidad predominante de tenencia elegida por los jueces. El aporte de esta investigación tuvo que ver con los siguiente, a pesar de que la consideración de protección integral es la base para que se considere el interés superior del menor respecto a juicios para el fallo de tenencias en la legislación peruana, en la jurisdicción de Tarapoto la consideración de la tenencia compartida resultó ser complicada debido a los vacíos y criterios para la aplicación de dicho interés para la tenencia compartida, más no para la tenencia de exclusividad.

Cáceres (2016) realizó el informe titulado “Vulneración y violación del interés superior del niño, en la tenencia compartida de familias disfuncionales en el distrito del Cusco año 2015” dirigida a la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Escuela de Post Grado para optar por el grado de Magíster en la carrera de Derecho con mención en Derecho civil y procesal civil.

El fin de este informe fue determinar la vulnerabilidad del interés del menor, en familias disfuncionales para su tenencia, el enfoque de este informe fue cuantitativo, de tipo descriptivo, correlacional en el nivel y se aplicó un diseño no experimental. La observación fue la que se empleó, y se aplicó serie de ítems para la observación como parte del instrumento. Este informe permite concluir que se debe de considerar siempre los derechos del menor teniendo en cuenta la aplicación del principio del interés superior del niño. Con la investigación se dio un aporte, al señalar que la identificación de la buena praxis en juicios de tenencia compartida, la cual tiene que ver con la consideración del interés superior de los menores.

López (2016) realizó el trabajo de tesis cuyo título es el siguiente: “Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de familia de lima: principio de interés superior del niño” dirigida a la Universidad de Huánuco Facultad de Derecho y Ciencias Políticas para optar el Título Profesional de Abogado.

El objeto estudiado fue establecer los componentes que intervienen en el proceso de la asignación de tenencia de un menor en los Juzgados de Familia. El enfoque fue cuantitativo, el tipo cualitativo, el nivel es descriptivo, con un diseño funcional. La población fueron los expedientes de los juzgados de Lima, en específico los de la familia, la muestra estuvo conformada por 10 expedientes, cada uno con resoluciones para la conclusión de dichos procesos legales que se llevaron a cabo el año 2015. El instrumento que se aplicó fue la entrevista. La investigación permite concluir que la tenencia de tipo mono parental o también llámese exclusiva se representa como una figura disociadora respecto a la

relación paterna y filial provocando un estado de orfandad parcial artificial sobre los menores, así como también el ejercicio casual la paternidad o maternidad. El aporte de esta investigación radico en evidenciar el terrible daño que se genera en los menores con tenencias monoparentales o exclusivas, por lo que es papel de los jueces para la emisión de mejores sentencias de tenencia respetando el interés superior de los menores con tenencias compartidas.

Noblecilla (2014) realizó una investigación titulada “Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño”, para la Universidad Privada del Norte, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, para titularse profesionalmente como Abogado.

El objetivo consistió en lo siguiente, establecer aquellos aspectos determinantes para la tenencia de menores, los cuales van en contra del interés superior del niño. El enfoque fue cuantitativo, de tipo básico, con un nivel y la aplicación de un diseño correlacional, la población lo conformaron los expedientes de procesos de tenencia. Las técnicas utilizadas fueron las encuestas y entrevistas, los instrumentos empleados son los fichajes bibliográficos y análisis de documentales. Se concluye que los factores de los menores fueron los siguientes: el menor de 0-8 años debe de estar al lado de la madre, mayor tiempo de convivencia, contar con la opinión del menor, el sexo del padre, informes psicológicos y sociales y las demandas en contra del progenitor. Es así que el aporte de esta tesis radicó en lo siguiente, la evidencia de la consideración de todos los factores clave de la tenencia de modo que ser favorezca al interés superior del menor para la salvaguarda de su integridad.

#### 2.1.2. Antecedentes Locales

Romero (2019) publicó la investigación titulada “El incumplimiento del régimen de visitas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 2016 – 2017” para titularse como abogado en la Universidad Continental. Huancayo.

El objetivo de esta tesis fue “Determinar cuáles son los remedios contra el incumplimiento del régimen de visitas reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los años 2016 y 2017” (p. 15). El enfoque que se aplicó en la investigación consistió en un trabajo descriptivo ex post facto, con un corte de naturaleza sincrónica. La técnica de recolección fue el análisis documental. Se utilizó el instrumento ficha de registro de datos. Se pudo concluir lo siguiente, “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. 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” (p.64). Es así que el aporte de esta investigación consistió en lo siguiente, una vez decidido el destino del menor afectado por un proceso legal de custodia, entra en juego también el art. 91 del código referido a la integridad de los niños y adolescentes, pues el menor tiene que ser aceptado de acuerdo al criterio del juez para las visitas de uno de los padres que haya perdido la custodia, de modo que aporte al desarrollo armónico del menor como parte del interés superior del mismo.

Retamozo (2018) elaboró la investigación que se titula “Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre demanda de alimentos en el expediente N° 01012-2016-0-1501-JP-FC-02. del distrito judicial de Junín 2018” para adquirir el título de abogado en la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote. Lima.

El objetivo consistió en lo siguiente la determinación de la calidad de las sentencias en estudio. El enfoque que se aplicó fue el siguiente, investigación mixta de diseño no experimental exploratorio- descriptivo, retrospectivo con un corte transversal. La técnica de recolección fue la observación. El instrumento que se utilizó fue la lista de cotejo. Con la investigación se pudo determinar que la calidad de las sentencias de las dos instancias fue de un rango muy alto. El aporte de este trabajo trató de lo siguiente, de acuerdo al criterio del juez se

emitirán sentencias de calidad que, dada la ejecución de procesos legales de custodias definidas, pueden ir de la mano también con demandas de alimentos en harás de que no se vulnere ningún derecho del menor.

Chávez y Montalvo (2017) realizaron la tesis que se titula “los estándares mínimos de valoración para la custodia y la tenencia compartida, en la ciudad de Huancayo, 2016-2017” para lograr la titulación como abogada en la Universidad Peruana Los Andes. Huancayo.

El objetivo consistió en la determinación de los estándares mínimos de valoración para la custodia influyen en la tenencia compartida. La metodología que se aplicó fue la siguiente, básica con un diseño no experimental explicativo con un corte de naturaleza longitudinal. La técnica de recolección fue la encuesta, Los instrumentos que se usaron fueron los cuestionarios Se pudo concluir que el estudio de los estándares estudiados es de gran importancia debido a la emisión de sentencias de tenencia de tipo compartida de manera no se actué en perjuicio del interés superior del niño. El aporte de esta investigación radicó en lo siguiente, con el cumplimiento de los estándares mínimos de valoración de una custodia resulta una buena tenencia compartida lo cual se adapta a la realidad cumpliendo todos los elementos relacionados a la no vulneración del interés superior del niño.

## 2.2. BASES TEÓRICAS

### 2.2.1. Criterios del juzgador en el otorgamiento de la tenencia

#### A. *Doctrina del criterio del juzgador*

De acuerdo a lo que plantea Balmes en 1845, el criterio consiste en tener buenos pensamientos, lo cual supone tener conciencia de la verdad, o dirigir el entendimiento hacia la verdad. En base a esto y según lo dispuesto por la RAE, el criterio viene a ser el juicio para conocer la verdad, para lo cual se requiere de proceso o lineamientos para conocer la verdad o no de ciertos temas; en

consecuencia, debe entenderse que la capacidad envuelve la capacidad personal para que se tomen decisiones. Un ejemplo de lo anterior es el siguiente enunciado que formula una persona: “Mi reloj es...”. Este enunciado manifiesta que la persona ha realizado, previamente, una evaluación de cierto objeto con el propósito de cumplir con lo propuesto. Es importante destacar que los criterios son utilizados en muchas ramas de las ciencias y en la misma cotidianidad, que ya antes han sido determinados como normas o leyes que deben ser cumplidas para dar explicaciones antes de las conclusiones. Es así que, el criterio va a estar en función de lo aprendido, de lo vivido, y de las experiencias que tenga cierta persona, sin olvidar los principios propios, cuando se busque aplicar el criterio a temas que tengan que ver con las leyes, la moral, y el orden jurídico en una determinada sociedad (Artavia & Picado, 2016).

Es importante señalar que las decisiones de los jueces siempre van a depender de sus emociones; sobre esto, Gonzales (2009) señala que la colera, la alegría, el miedo, entre otras emociones, suelen tener influencia en la manera en que se piensa y se percibe las cosas y las situaciones; en base a esto, se considera que el juez va a elegir, sin dudar, alternativas como criterios, que distará mucho se el juez, cuando tenga que decidir, no ha sentido ninguna emoción.

Gonzales (2009) agrega que las emociones vienen a ser factores determinantes en la toma de decisiones; lo cual supone que los jueces verán limitadas sus capacidades para elegir, reduciendo su libre albedrío para tomar decisiones, dejando de lado el control de lo que haga, y estando más vulnerable su responsabilidad del cargo para el cual fue designado. En consecuencia, las emociones que sí participan en el derecho son lo que pueden modificar la responsabilidad funcional de los jueces; aquella emoción que cambie su manera de actuar y tengan efectos diferentes a lo que se esperaba cuando tenía que decidir. Por ejemplo, puede darse el caso en que un padre, cegado por el daño que le hicieron a su hijo, asesine a los culpables; y, al sentir que era lo justo el juez decida exculparlo; de este modo, es sencillo considerar que las emociones de los jueces pueden complicar los reproches a los cuales están expuestos.

En el derecho penal se suele considerar la conducta de las personas acusadas del delito. Solo los actos intencionales que se dan por conciencia y voluntad suelen reprocharse; en consecuencia, para probar que cierto hecho es un acto, se requiere entenderla, hacer una reconstrucción como suceso enfocado a la voluntad del agente y explicable a la luz de sus intenciones (Artavia & Picado, 2016).

## *B. Criterio subjetivo*

### a. La Tenencia del menor

#### 1. Definición

Según Varsi (2012) la tenencia consiste en el deber y el derecho que poseen los progenitores para poder sostener tanto una relación directa como una convivencia inmediata con los hijos, también es el derecho del hijo menor de tener convivencia con el progenitor que le proponga las adecuadas condiciones de vida. La tenencia, constituye un atributo que se relaciona con el ejercicio de la patria potestad la cual está enfocada en que se pueda lograr el desarrollo de la personalidad de los menores y que adicionalmente no es exclusiva de los progenitores.

Es la situación que tiene que ver con la Ley respecto al ejercicio de la patria potestad como un atributo que fue concedido a los padres que tienen el derecho de tener a sus hijos consigo (Llanos, 2009).

Según Garay (2009), la tenencia es la condición mediante la cual el menor de edad estará al cuidado del padre, madre o una tercera persona que posea un interés legítimo, a la vez, señala que la tenencia resulta ser una institución jurídica establecida en el derecho.

De acuerdo al el Capítulo II de la Ley N° 27337 en el Perú (2000), aprueba el nuevo código de los niños y adolescentes respecto a la tenencia del niño y del adolescente, en el artículo 81° se menciona que la tenencia, surge

“Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento” (p.18).

Artículo 82°.Corresponde a la variación de la tenencia, en caso de que esta resulte necesaria el Juez con la ayuda de un equipo multidisciplinario, decide que se ordene que ésta se vaya a hacer efectiva de una manera progresiva para que de esta forma no le produzca daño o trastorno en el menor. Por otro lado, el juez decidirá y determinará que el fallo sobre la tenencia sea cumplido de forma inmediata, con excepción de que pueda encontrar en peligro la integridad del menor.

Artículo 84°.- Facultad del Juez, de darse el caso de no se pueda llegar a un acuerdo entre los padres, sobre la tenencia del menor, se podrá aplicar lo siguiente: el menor podría quedar a custodia del progenitor con quien haya vivido y tiempo más prolongado, para ello se debe de considerar que la decisión sea beneficiosa para el niño. También, en casos que el niño tenga los tres años, le corresponderá quedar al cuidado de la madre. Finalmente, se tendrá que especificar, aprobar un régimen de visitas.

## 2. Tenencia provisional

### La patria potestad

En Perú (1993), en el artículo 6° de la Constitución Política se precisa que el ejercicio de la figura jurídica de la patria potestad consiste en deberes y derechos que deben ejercerlos progenitores, los cuales están vinculados a brindar seguridad, dar alimentación y educación a los menores.

Cornejo (1998), por su parte, señala el ejercicio de la figura de la patria potestad, conforma a un conjunto de obligaciones como de derechos que le son

impuestos y investidos a cada uno de los progenitores. Se precisa también que dichos derechos y obligaciones se encuentran relacionados con el hecho de proteger a la persona y sus bienes, como también de usufructuar los mismos y modelar la personalidad del menor.

A la vez, según el Art. 418° del Código Civil, Decreto Legislativo N°295 (2015), el ejercicio de la patria potestad debe ser concebido como un derecho y un deber para los padres, para la protección de la integridad de sus hijos, así como también la de sus respectivos bienes.

En relación a la tenencia y patria potestad después de la separación de hecho se puede decir lo siguiente:

Según Mejía y Ureta (2007), que al presentarse la separación de hecho, no se requiere reportar la situación de los hijos a la correspondiente autoridad judicial, esto obedece al hecho de que cuando el menor se queda con uno de los padres, este último toma la patria potestad, la cual, si y solo si ninguno de los progenitores se opone, se establece de acuerdo común, en contraste, cuando las partes no logran ningún acuerdo, según la legislación, la tenencia deberá ser resuelta de manera judicial.

La patria potestad, mientras el matrimonio perdure, puede ser ejercida por los dos progenitores, correspondiéndole la representación legal de los menores a ambos padres, en contraste, al darse por finalizado el matrimonio, según el Art. 420° del Código Civil, Decreto Legislativo N°295 (2015), esta, la patria potestad, será ejercida por uno de los progenitores a quien se le confié a los menores, suspendiéndose, de esta manera, el ejercicio de la patria potestad al otro progenitor.

Así también, según el Art. 76° del Código de los niños y adolescentes, Ley N°27337 en el Perú (2000), la patria potestad no se suspende en casos de divorcio ulterior y/o separación convencional, haciéndose valer, de esta manera, los derechos de igualdad entre progenitores, dado que la patria potestad de uno

de ellos no puede ser suspendida sin existir una causa que implique el impedimento del ejercicio de dichos derechos.

Respecto a la tenencia y el principio de interés superior de los hijos se asevera lo siguiente:

Según Peña (2016), el principio del interés superior del niño es considerado como un aspecto fundamental, al momento de disputarse la tenencia del menor, la patria potestad o el régimen sujeto a supervisión de las visitas del progenitor que perdió la tenencia, así mismo, según el Código de Niños y Adolescentes, Ley N°27337 (2000), que la decisión que tomara el juez, para definir a quien de ambas partes se le otorgara la tenencia del menor, tendrá que ser la más beneficiosa para el menor en cuestión con referencia a un proceso de tenencia.

Cuando se habla de la decisión más favorable al menor, se hace referencia al interés superior de los hijos, el cual constituye una obligación, para las autoridades e instituciones, relacionada a la toma de decisiones que protejan y promuevan los derechos de los menores, tomándose así el interés de los hijos como una consideración primordial (Cillero, 2004). Finalmente, Peña (2016) señala que, cuando el futuro de un menor de edad se encuentra en juego por un proceso judicial, el principio de interés superior del menor debe ser considerado prioritariamente, así como también la libertad del menor para expresar sus opiniones respecto a sus progenitores.

#### Variación de la tenencia

Cuando existe una circunstancia debidamente comprobada, la tenencia que fue establecida de manera judicial puede variar, es decir, el principio de cosa juzgada no rige sobre temas relacionados a la tenencia de menores debido a que es admisible la posibilidad de modificaciones de la tenencia. Respecto a temas procesales, no existe el carácter definitivo para la tenencia, esto obedece al hecho de que esta puede modificarse en base a las circunstancias, por lo que la

posibilidad de ser modificada siempre está presente. Así mismo, la única norma suprema que la rige es la del resguardo de la salud mental, física y moral del menor (Chunga, Chunga, & Chunga, 2012).

El Art.82° del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N°27337 en el Perú (2000), establece que, cuando es necesaria la variación de la tenencia del menor, el juez podrá determinar que dicho suceso se desarrolle de forma gradual, ya que se busca en todo momento que no genere ningún tipo de trastorno o daño en el menor. Solo en casos, de que la integridad del menor se vea en peligro, se podrá determinar que el suceso se aplique de forma inmediata.

El Art.87° del código de los niños y adolescentes, Ley N°27337 en el Perú (2000), respecto a la tenencia provisional, esta procede cuando el menor tenga menos de tres años de edad, también procederá cuando se percibe que se encuentra en peligro la integridad física del menor. Previamente al dictamen fiscal, el juez tendrá que resolver dicha situación en un plazo de veinticuatro horas, mientras que, para las otras situaciones, el juez tendrá que resolver en función al informe que desarrolló el equipo adjunto en el caso. La acción especificada sólo podrá proceder cuando uno de los padres lo solicite, por carecer de la custodia del menor en cuestión. La tenencia provisional no procederá como una medida cautelar.

#### b. Valoración de los medios

De acuerdo al art.82° del código de los niños y adolescentes, Ley N°27337 en el Perú (2000) para obtener la tenencia el juez requiere de la valoración de los medios estipulados en el artículo 81° del código de los niños y adolescente y el mismo cuerpo legal del artículo 85°.

Es necesario tomar en cuenta los aspectos descritos a continuación:

- **Estado y situación actual del menor:** Esto quiere decir, como punto principal de debe de probar el vínculo filial que existe entre el actor, la demandada y el menor, corroborada con el acta de

nacimiento, se debe determinar las condiciones y aptitudes físicas y psicológicas del actor y de la demandada.

- **La idoneidad moral y material de la madre:** La evaluada debe presentar estabilidad emocional, por encontrarse en evaluación psicológica para no generar dificultades en las interacciones sociales, ni para sí mismas, con el fin de contrastar que la persona no presente alguna conducta que ponga en riesgo la integridad física y psicológica del menor
- **La idoneidad moral y material del padre:** En este caso el padre que solicita la tenencia debe cumplir con apersonarse a las oficinas del equipo multidisciplinario, con el fin de someterse a evaluación psicológica.
- **Situación psico emocional del menor:** En este caso el menor debería presentar estabilidad emocional, y un apego afectivo al padre o madre.
- **Opinión del menor relacionado:** El menor debe presentar una idea positiva, favorable evidenciándose obediencia y sin rechazo a la alienación parental.

### *C. Regulación normativa sobre tenencia*

La normativa legal acerca de la tenencia consiste en lo siguiente:

- En el Perú (2008) de acuerdo a la modificatoria del nuevo código de los niños y adolescentes respecto al artículo 81° y 84 para la incorporación efectiva respecto a la tenencia de tipo compartida.
- En el Perú (2000) de acuerdo al nuevo código de los niños y adolescentes en el libro III (instituciones familiares) en los artículos 81° – 87°.
- En el Perú (1993) de acuerdo a la constitución política en los artículos 6°, 7°, 9°, 18°.
- En el Perú (1984) en conformidad al Código civil en los artículos 46°, 54°.

### *D. Protección de la legislación nacional a diferencia de la legislación comparada*

#### *a. Legislación nacional (p. 34)*

En el Perú (1993), de acuerdo a la constitución política se afirma lo descrito a continuación:

- Artículo 6. La política nacional tiene como propósito, que se difunda la maternidad y la paternidad. Ya que se considera que es un derecho y un deber que ambos, deban alimentar, brindar educación y dar seguridad a sus hijos. Y ellos tendrán el deber de asistir a sus padres.
- Artículo 7. En este artículo se sostiene que, los peruanos tienen “el derecho a la protección de su salud, la del medio familiar” (p. 6). Este artículo, evidencia la conformidad con la convención de los derechos del niño según la resolución 44/25 de la asamblea general en 1989 (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006).

- Artículo 9. Los estados deberán velar porque el niño no sea separado de sus padres, en contra de su voluntad, con excepción de que lo determine la Ley. Asimismo, se aplicará cuando por el bien del niño es necesario que se dé la separación de los padres, además, se haya evidenciado maltrato comprobado, descuido de ambos padres, o que los padres vivan en lugares distintos, para lo cual se tendrá que determinar por medio de un mandato judicial, la residencia del menor.
- Los estados partes deberán garantizar el reconocimiento y obligación de los padres hacia sus hijos, para garantizar su mejor desarrollo. Asimismo, es de importancia para el progenitor y para el representante legal del menor, que se cumpla con el interés superior del menor.

Según el Código de los niños y adolescentes aprobado con la Ley N°27337 en el Perú (2000), de acuerdo al libro tercero de las instituciones familiares en el Capítulo II se considera lo siguiente: En el artículo 81 del código se establece lo siguiente: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento” (p.18).

En el artículo 81 de la Ley N°27337 se precisa a la tenencia en un ambiente de convivencia entre los hijos con sus progenitores. En este punto surge la relación de carácter fáctica la cual servirá como la base para que se puedan ejercer los demás derechos, así como también se pueda asegurar el cumplimiento de los deberes, todo esto en beneficio de la vida en común, evidenciándose con la convivencia bajo un mismo techo. Por lo cual, las relaciones personales que fueron mencionadas entre los progenitores y sus hijos se constituyen como la base para que se dé la operación normal de todos los demás atributos que tengan

que ver con el ejercicio de la patria potestad, lo cual implica que el que reciba la tenencia deberá responsabilizarse de la educación del menor, de su representación cuando sea necesario, y de corregirlo. Asimismo, se considera que la tenencia deberá ser determinada en función a dos vertientes bien definidas, una corresponde a la perspectiva de los padres con su derecho para poder vivir con sus hijos y la segunda perspectiva tiene que ver con los hijos respecto al derecho de los mismos para poder vivir con ambos progenitores. Sin embargo, en la realidad no se cumple debido a las separaciones de los mismos, entre otras ocurrencias que tienen que ver con el abandono, divorcio, reconocimiento de hijos, entre otras situaciones legales del quehacer del derecho familiar. Si bien es cierto la tenencia, se considera un derecho de los padres que es típico para que estos puedan convivir con sus hijos, se debe garantizar también el desarrollo integral de los mismo (Llanos, 2009).

Con la Ley N° 29269, Ley de la tenencia compartida en el Perú (2008), se modificó el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes Ley 27337 en el Perú (2000), cuyo texto señala lo descrito a continuación: “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” (p. 1). En el caso de que no exista ningún acuerdo, o en el supuesto de que pueda ser perjudicial para los hijos, la tenencia podrá ser resuelta por la sentencia del juez especializado. El juez especializado tendrá que dictar las medidas que sean necesarias para que la tenencia tenga un cumplimiento efectivo, por lo que este podrá disponer y considerar también una tenencia compartida de modo que se respete en todo momento el interés superior del menor. Asimismo, al ser modificado Art. 81° del código del niño, se enfatiza que la figura legal de la tenencia en el país se amplía, en esta modificación no solo se considera el ejercicio de la tenencia monoparental, sino también se considera el ejercicio de la tenencia compartida (cuando se otorga este tipo de tenencia, ambos progenitores son soportados por la Ley para que se

encarguen de la educación, cuidado y la protección de los menores, a pesar de que estos se encuentren separados).

Con la Ley que incorpora la tenencia compartida en Perú (2008) se modificó el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes Ley 27337 en el Perú (2000), en este artículo se precisa lo siguiente: de no existe acuerdo entre las partes interesadas en cualquiera de sus modalidades (exclusiva, compartida o temporal), el juez tendrá que resolver teniendo en consideración a las siguientes situaciones específicas sin que se considere ninguna ambigüedad u otro criterio para su interpretación: “El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable. El hijo menor de tres años permanecerá con la madre y para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor” (p. 2).

En el caso de que no exista un acuerdo o, en el caso de que las medidas tomadas perjudiquen al niño, el juez será quien, resuelva la tenencia del menor, o disponer la tenencia compartida, para salvaguardar el interés superior de niño, niña o adolescente. En base a ello, el juez también deberá considerar la opinión del menor, con el propósito de garantizar una vez más el interés superior (Rojas, 2018).

En el Perú (2000) de acuerdo a la Ley N°27337 en el artículo 82 se establece la variación de la tenencia del menor. Es así que, al ser necesario que se varíe la tenencia, dicha variación deberá realizarse de forma progresiva para no ocasionar daños psicológicos en el menor. Sólo en circunstancias excepcionales, en las que el niño se encuentre en peligro, la disposición tendrá que ser inmediata. En el artículo 83° se establece la petición, en donde cualquiera de los progenitores a quien su conviviente o conyugue le haya arrebatado a su hijo, o en otra situación en la cual se le reconozca el derecho a la custodia y tenencia.

Para interponer una demanda por cualquiera de las partes, deberán solo presentar: el documento de identificación, el acta de nacimiento del menor y algunas otras pruebas necesarias. Además, el artículo 85 se considera la opinión del menor, razón por la cual el juez especializado tendrá que escuchar la opinión del niño y del adolescente respecto a su futuro. En el artículo 86 se encuentran las modificaciones de las resoluciones, en donde la emisión de la resolución acerca de la tenencia podrá ser modificada por circunstancias que se hayan podido probar de una manera adecuada, esto se tramita como una acción nueva, para luego ser interpuesta pasado los seis meses requeridos de la resolución que es originaria a no ser que la integridad de la niña, niño y el adolescente vaya a estar en peligro.

En el Perú (2000), de acuerdo a la Ley N°27337 en el artículo 87° se establece la tenencia provisional en donde se podrá solicitar la tenencia de carácter provisional en caso de que el menor sea menor de tres años, o en el caso de que este estuviera en peligro dada una vulneración implícita de su integridad física. Previo a la emisión del dictamen fiscal. El juez tendrá que resolver en un plazo de veinticuatro horas según Ley y para las demás situaciones, este tendrá que resolver considerando el informe que elaboró el equipo multidisciplinario que evaluó la situación y al menor. Esta acción solo puede proceder cuando el padre o madre que no recibió la custodia del menor. Sin embargo, dicha solicitud no puede proceder respecto a una tenencia de carácter provisional como una medida de tipo cautelar debido a que esta se encuentra fuera de proceso.

#### a. Legislación comparada

En la legislación ecuatoriana, las instancias que protegen la familia, tienen la obligación de priorizar la integridad de los niños y adolescentes para su formación integral. En base a ello, la tenencia es considerado como una acción colateral que se da con la separación de los padres, y en la que puede intervenir la Ley. De acuerdo al Art. 67 de la constitución de dicho país; se considera a la familia como el núcleo fundamental para la formación social que implica un

mejor desarrollo integral de todos los miembros que la componen, específicamente de los niños, niñas y adolescentes. Razón por la cual, cada uno de los miembros de la familia son beneficiarios del apoyo y de la protección en la jurisdicción ecuatoriana, y de esta manera se puedan asumir de la mejor manera los derechos y deberes (Delgado, 2018).

Un proceso de tenencia de acuerdo a la legislación del Ecuador procede cuando el juez determine dar el cuidado del menor a uno de los progenitores, sin que se altere la conceptualización de la patria potestad.

El juez determina que se deberá de dar un régimen de visitas para la parte que no pudo acceder a la tenencia del menor. Asimismo, consideran que la tenencia de tipo compartida si es necesaria para esta legislación.(Delgado, 2018).

Adicionalmente, en Ecuador teniendo en cuenta a la contextualización sobre los derechos que tienen los menores para casos de divorcios por mutuo acuerdo, se ratificó la convención sobre los derechos de los menores en el año 1990 y se especificó que todos los estados parte pondrán el desempeño al máximo para que se pueda garantizar el reconocimiento de que ambos progenitores y los representantes legales (de ser el caso) tienen las mismas obligaciones respecto al desarrollo y crianza del menor. Razón por la cual, los estados están obligados a que se asegure el pago de la pensión alimenticia por parte de cualquiera de los progenitores o también por otras personas que vayan a tener una responsabilidad financiera frente al menor en cuestión. Adicionalmente, se puede determinar y fijar el régimen de visitas. Por otro lado, en esta legislación el derecho de alimentos tiene garantías que no pueden ser transferidas o renunciables. Además, los criterios para la fijación de la pensión alimenticia serán de acuerdo a las necesidades que tenga el niño y serán afectas a un incremento regular conforme vaya creciente, el cual aún podrá ser prorrogado si el menor al cumplir la mayoría de edad tiene alguna discapacidad o esté estudiando (Cadena, 2015).

En la legislación colombiana, de acuerdo al marco constitucional y legal se indica que todos los menores carecen de una condición de fortaleza y esta se manifiesta con la incapacidad física y mental para que puedan llevar una vida que sea totalmente independiente, por esta razón requieren que se les brinde una protección especial, esta debe ser brindada por el estado, la familia y la sociedad de la cual sea parte. Según las relaciones de tipo domésticas, tanto el cuidado y la custodia de los personales de los hijos se refieren a la protección del menor. En el artículo n°44 de la Constitución Política de Colombia se precisa que el amor y el cuidado vienen a ser los derechos de carácter prevalente y fundamental de los niños. Además, en el artículo n°22 del código que concierne a la infancia y la adolescencia se determina y se precisa que los menores tienen el derecho de tener y también crecer en el seno de una familia, en la cual puedan ser acogidos y no ser expulsados de ella bajo ninguna circunstancia. Por otro lado, en el ordenamiento civil colombiano no se define de forma expresa a la definición del cuidado personal de menores. No obstante, en el artículo 23 del citado código, que se refiere a la infancia y la adolescencia colombiana, se especifica que todos los niños y adolescentes tienen el derecho a que sus padres asuman de manera directa y también oportuna su custodia para su desarrollo integral, con carácter solidario y permanente (Novoa, 2017).

Se debe precisar que la figura de la custodia en la legislación colombiana demanda de un derecho de los menores y un encargo para los progenitores para su cuidado, crianza y educación de forma adecuada. De esta forma, de manera particular todos los actos y acciones tienen que ver con la protección y la garantía del desarrollo integral de los menores, por lo que dicho encargo lo tendrán que ejercer ambos padres cuando vivan juntos de ser el caso. Sin embargo, cuando los progenitores se hayan separado, la acción más recomendable consiste en la garantía efectiva del derecho de los menores, de manera que estos no vayan a ser separados de sus familias, generando así el establecimiento de un régimen amplio para las visitas del menor, de modo que el padre denominado no custodio (por perder la custodia del menor) pueda afianzar los vínculos referidos al afecto,

trato y la comunicación con sus hijos. No obstante, en la legislación colombiana es viable totalmente que se establezca una conciliación entre los padres, o en su defecto se decida por el juez competente para sentenciar una custodia compartida. Es así que ya sea la primera o la segunda situación, se deberá procurar que los intereses supremos del menor no se sometan a alguna forma de vulneración (Novoa, 2017).

De acuerdo a la legislación en Costa Rica, se especifica en su código referido a la niñez y a la adolescencia que según el art. 105 los menores de edad tienen una participación durante el proceso legal de tenencia y su opinión debe ser tomada en cuenta para lo cual el juez tiene la potestad de considerar la madurez emocional del niño para lo cual podrá requerir apoyo de un equipo interdisciplinario para evaluar al niño, pero en la presencia del mismo. Por otro lado, con el artículo n° 154 se permite la posibilidad de conciliar antes, incluso durante el proceso legal de tenencia. Además, en el artículo 167 todos los procesos de régimen de visitas se remiten a centros de conciliación. (República de Costa Rica, 1998).

En Argentina, de acuerdo a la Ley integral (Ley N° 26021) se toma en cuenta la opinión de los menores en juicios de tenencia, así como también que se garantice la máxima satisfacción y la integridad de los menores. Es así que los menores tienen derecho “a opinar, ser oído y que sus opiniones sean tomadas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo” (p. 96) por lo cual ese derecho deberá ser tomado en cuenta en todos los ámbitos en que se desenvuelva el menor. Por otro lado, en la Ley de mediación se considera la medición familiar para la comprensión de controversias extra patrimoniales como patrimoniales que se originen con motivo de los intereses de los miembros para que se conserve el vínculo matrimonial salvo excepciones (República Argentina, 2005).

De acuerdo a la legislación boliviana y en conformidad a su código de familia, en el artículo 145 se precisa la situación legal de los hijos, en donde el juez puede definir con mandato judicial el fallo de una sentencia referida a la

tenencia de un menor teniendo en consideración dos factores fundamentales los cuales son: El interés material y el interés moral del menor de edad. Razón por la cual, todas las convenciones o proposiciones que sean propuestas por los progenitores podrán ser aceptadas siempre y cuando estos estén durante el ejercicio de la figura que se denomina patria potestad. Razón por la cual, los menores de edad que darán bajo la tutela del progenitor que vaya a ofrecer mayores garantías para el aseguramiento del cuidado e integridad del menor, por lo que el otro conyugue deberá contribuir con la manutención del menor de acuerdo a sus posibilidades y como lo solicite el juez. Adicionalmente, por otras razones como la educación, salud y moralidad se puede otorgar una guarda a los abuelos en primera instancia, a los hermanos de los conyugues en segunda instancia o a terceras personas que sean reconocidas por el juez como idóneas (Gobierno de Bolivia, 1977).

Teniendo en consideración al tratamiento legal de la tenencia en el quehacer legal de Ecuador, Colombia, Costa Rica, Bolivia y Argentina se puede evidenciar que la tenencia se concibe como una materia que puede ser conciliable en términos de derecho de familia considerando la opinión de los menores en los asuntos que les vaya a corresponder. Debido a ello, la interpretación de cada juez según la jurisdicción para los fallos, mediaciones y hasta conciliaciones. Por otro lado, es necesario enfatizar que en la legislación de Costa Rica incluso se considera una salida legal para conciliar durante y antes del juicio de tenencia cosa que no es expresa en otras legislaciones, así como también la derivación de los juicios consecuentes por alimentos (después de los juicios de tenencia) a centros de conciliación.

### **La tenencia como deber y derecho de los Progenitores:**

La tenencia como deber y derecho de los progenitores resalta su importancia por ser una facultad que tienen los padres separados de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. Como resultado, el hijo convivirá como uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas

que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica.

### **Proceso único**

“El Proceso Único de Ejecución debe estar compuesto de aquellos actos necesarios para lograr la satisfacción del acreedor en función de lo que establece el título, entonces los actos ejecutivos son necesariamente distintos en función del tipo de prestación del bien, el fin es la satisfacción del Acreedor” (Mejía & Ureta, 2007).

### **El proceso de divorcio**

El proceso de divorcio, muestra una serie de requisitos generales, puedes disolver tu vínculo matrimonial mediante el llamado “Divorcio Rápido” o Procedimiento no contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior. Para ello uno de los requisitos es acudir a la municipalidad distrital o provincial donde se efectuó el matrimonio civil o en la que corresponda al último domicilio conyugal (lugar donde vivió junta la pareja).

Según el código de los niños y adolescentes aprobado con la Ley N°27337 en el Perú (2000), de acuerdo al libro tercero de las instituciones familiares en el Capítulo II se considera lo siguiente: En el artículo 81 del código se establece lo siguiente: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento” (p.18).

En el artículo 81 de la Ley N°27337 se precisa a la tenencia en un ambiente de convivencia entre los hijos con sus progenitores. En este punto surge la relación de carácter fáctica la cual servirá como la base para que se puedan ejercer los demás derechos, así como también se pueda asegurar el cumplimiento

de los deberes, todo esto en beneficio de la vida en común, evidenciándose con la convivencia bajo un mismo techo. Por lo cual, las relaciones personales que fueron mencionadas entre los progenitores y sus hijos se constituyen como la base para que se dé la operación normal de todos los demás atributos que tengan que ver con el ejercicio de la patria potestad, lo cual implica que el que reciba la tenencia deberá responsabilizarse de la educación del menor, de su representación cuando sea necesario, y de corregirlo. Asimismo, se considera que la tenencia deberá ser determinada en función a dos vertientes bien definidas, una corresponde a la perspectiva de los padres con su derecho para poder vivir con sus hijos y la segunda perspectiva tiene que ver con los hijos respecto al derecho de los mismos para poder vivir con ambos progenitores. Sin embargo, en la realidad no se cumple debido a las separaciones de los mismos, entre otras ocurrencias que tienen que ver con el abandono, divorcio, reconocimiento de hijos, entre otras situaciones legales del quehacer del derecho familiar. Si bien es cierto la tenencia, se considera un derecho de los padres que es típico para que estos puedan convivir con sus hijos, se debe garantizar también el desarrollo integral de los mismo (Llanos, 2009).

#### 2.2.2. Interés superior del niño

##### A. *Definición*

En derecho es conocido como una cláusula general, o un concepto de tipo jurídico que es indeterminado. Es por ello que, no se interpreta de manera estática, sino de una forma dinámica, flexible ¿pues garantiza el desarrollo integral del menor (Ballesté, 2012).

El interés superior de los menores de edad se basa principalmente en el bienestar integral del mismo, que se constituyen como sujetos de derecho, para poder garantizar su desarrollo social, físico, y psicológico, pero que necesariamente se respeten todas sus libertades y derechos, teniendo en gran consideración al principio que se refiere a la no discriminación, el desarrollo integral y la supervivencia del menor de edad, así como también el respeto y la

consideración de todas las opiniones del mismo de modo que se pueda hacer efectivo el interés superior del menor de edad (Llancari, 2010).

Se constituye como un principio de carácter fundamental cuya aplicación es obligatoria para los procesos legales referidos a la etapas de la vida de la niñez y adolescencia, este consiste en la potenciación de los derechos que se refieren al respeto de la integridad tanto psíquica como física de todos los niños, teniendo en consideración a la evolución y el desarrollo de su personalidad en un ambiente que sea adecuado y confortable para ellos, cuyo fin primordial vaya a ser el bienestar general de los niños (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006).

#### *B. Jurisprudencia peruana del interés superior del menor*

Una de las misiones más importantes del Estado peruano es garantizar que los niños, adolescentes, madres y ancianos, en estado de abandono, sean protegidos; además, se considera, como instituciones naturales e indispensable, a la familia y el matrimonio. En base a esto, el Código del niño y del Adolescente considera como niños a los seres humanos desde la concepción hasta los doce años de edad, y se considera adolescentes a los seres humanos desde los doce hasta los dieciocho años. El Estado se encuentra en la obligación de proteger al niño concebido para todo lo que le sea favorable. El derecho a la vida del aun no nacido está estipulado en el artículo número uno del Código; según este, el mismo Estado garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de cualquier amenaza a su integridad y desarrollo mental y físico (Pacheco, 2017).

El Código de los niños y adolescentes, según el Tribunal Constitucional (TC) establece los derechos y libertades de los mismos; el Sistema Nacional de Adopción se encarga de la regulación, y el sistema de justicia especializada se encarga de las funciones de las instituciones familiares. En el aspecto penal, el Código indica un procedimiento especial en casos en los que se vulnere la ley penal; en estos casos, el niño estará sujeto a la educación, y los adolescentes a medidas socio – educativas (Pacheco, 2017)

Las disposiciones expuestas demuestran el respeto que se guarda a los derechos de los niños y de los adolescentes, y establecen que en toda decisión que tome el Estado, se tendrá en consideración el Principio del Interés Superior del niño y del adolescente (Pacheco, 2017)

La norma más actual es la estipulada en la Ley N° 30467, que dicta el enfoque jurisprudencial del Tribunal Constitucional en dicha materia. En dicha norma, se establece que el Interés Superior del Niño (ISN) es un principio y derecho de procedimiento que brinda al menor el derecho de que se valide, sobre todas las cosas, sus intereses superiores en todas las decisiones que tengan efecto directo o indirecto en los niños y adolescentes, asegurando que sus derechos humanos no sean vulnerados (Pacheco, 2017).

Para que dicho principio sea aplicado se establecen cinco parámetros:

- Parámetros de carácter global, no divisible, e interdependiente.
- Reconocimiento del niño como beneficiarios principales de los derechos
- Naturaleza y alcance general de la Convención sobre los Derechos del niño
- Protección y respeto de los derechos validados en la Convención sobre los Derechos del Niño
- Consecuencias inmediatas y posteriores de las decisiones que tienen que ver con el desarrollo del niño, a largo plazo.

Asimismo, se han especificado ocho garantías procesales para que los objetivos puedan cumplirse (Pacheco, 2017); estos son:

- El derecho a la expresión
- La resolución de los hechos

- La percepción del tiempo
- La involucración de profesionales cualificados
- Representación letrada del menor con la autorización respectiva
- Argumentación jurídica de la decisión que se tomó
- Las herramientas para analizar las decisiones que se tomaron en consideración de los derechos del niño.

En este contexto, los conflictos que podrían surgir entre el ISN, desde un enfoque personal, y los de un grupo de menores, deben resolverse, caso por caso, valorando los intereses de todas las partes, y hallando una solución que beneficie a las mismas. De igual manera, debe realizarse lo mismo si se identificaron conflictos entre los derechos de las personas (Pacheco, 2017).

### *C. Doctrina del interés superior del menor*

El principio de interés superior del menor, estipulado en el tercer artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el artículo noveno del Título preliminar del Código de niños y adolescentes del Perú, detalla todos los objetivos y demás medidas que deben ser asumidas por las entidades estatales y privadas para brindarles un mejor bienestar social a los menores. Por ello, se considera que el Poder judicial, a través de todas sus áreas de trabajo, sobre todo del área especializada en infancia, deben tomar decisiones que beneficien, por sobre todas las cosas, al interés superior de los menores, más allá de los intereses doctrina sea aplicada sin ningún problema (Sokolich M. , 2013).

Parte de la respuesta que se desea tener, se puede apreciar en la práctica judicial, ya que la mayoría de magistrados toman decisiones o resuelven controversias aplicando la doctrina en mención, con el fin de cuidar el bienestar y tranquilidad del menor. Sobre esto, diversos autores señalan que el interés superior del niño es una directriz floja que no está determinada y que puede ser

interpretada según percepción del juez, acorde a factores jurídicos y psicosociales, que podrían considerarse solamente excusas para tomar decisiones más allá de los derechos básicos de un interés superior extrajurídico; es por ello que en diversos estudios se dejó bien en claro que el aspecto indeterminado de este principio no hace posible que las interpretaciones sigan una misma línea, por lo que se facilita que se dicten resoluciones que no reparen daños o que mantenga insatisfechas las exigencias de seguridad jurídica (Sokolich M. , 2013)

Como es de suponerse, la reflexión solo se basa en las decisiones jurisdiccionales que, al no contar con justificaciones, y con solo invocar al Principio del Interés Superior del Niño, dan solución a la litis, pasándose por alto, así, seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva. La seguridad jurídica es un principio consustancial que analiza el valor superior que está inmerso en la esencia garantista de la carta magna, que está proyectado a todo el orden jurídico y pretende garantizarle al sujeto una idea razonable sustentada en la actuación de los poderes del Estado, pero, sobre todo, de todo el colectivo, al llevarse a cabo en las causas del derecho y la legalidad (Sokolich M. , 2013)

Miranda (2006) indica que los inconvenientes que surgen sobre el Principio en mención son a raíz de su enfoque de concepto jurídico no determinado y sin definición de la propia Convención; de esto modo, indica que la las decisiones que se deben tomar para beneficiar al menor se deja al criterio del juez; sin embargo, éste no se encuentra ante un concepto sin fundamento, sino que las resoluciones deben buscar garantizar que los derechos básicos de los menores sean respetados, ya que estos no pueden actuar por sí mismos; por ello, los jueces deben hacer una valoración conjunta de todos los factores concurrentes, entre ellos: los años del menor, aspectos personales; se considera también que el interés del menor será un factor que funcionará como un criterio que rijan la toma de decisiones cuando se observe diferencias con otros intereses válidos, sobre todo el interés de los padres; en estos casos, las diferencias tendrán que resolverse dando mayor importancia a los intereses del menor.

Sokolich (2013) concluye que la doctrina del principio evaluado debe ser considerada una guía para tomar decisiones públicas o privadas, sobre todo en la legislatura peruana; no obstante, su enunciación no justifica la decisión, peor aún, no puede ser valorada como un instrumento de la arbitrariedad, sino que debe ser una efecto lógico de la valoración de todo caudal probatorio que sea un aporte al proceso, que de pie a que el juez haga uso de la apreciación razonada para tomar decisiones que beneficien al menor.

#### *D. Principio garantista del menor*

Este principio enfatiza la doctrina destinada a la protección Integral de los menores. En esta se reconoce a todos los menores ya sean niñas, niños, o adolescentes con una serie de “derechos civiles, económicos, culturales, políticos y también sociales” (p. 3) los cuales se pueden resumir en los principios descritos a continuación: la no discriminación de los menores por ninguna razón o circunstancia, el respeto del interés superior del niño para que se pueda asegurar la integridad del mismo en todo aspecto, de esta forma podrá desarrollar sus diferentes actividades en un ambiente adecuado, el derecho a la supervivencia, vida y el desarrollo ya que al ser un sujeto en desarrollo este le permitirá aportar a su sociedad en el largo plazo, y el respeto de la opinión que vaya a tener el menor de edad respecto a todos los asuntos que le puedan afectar de una manera u otra, para que se garantice su interés superior (Sokolich, 2013).

En el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Estos derechos requieren una protección especial. Es así que esta convención reconoce como sujetos de derecho a todos los menos, además se reconoce a los adultos (en calidad de progenitores) como los sujetos que tienen una serie responsabilidades. El interés superior del niño es un principio que obliga a los estados a cumplir de forma correcta el contenido de la convención sobre los derechos del menor, como una base fundamental para la protección de este grupo vulnerable.

También, la exigencia de la adecuación de las normas internas para la protección (Gonzales, 2007).

#### *E. Satisfacción de los derechos fundamentales del menor*

##### a. Factores

Teniendo en cuenta que el principio del interés superior, fundamentalmente en la protección integral de los menores de edad, al ser considerados como un grupo vulnerable de la población (como los ancianos y mujeres) estos requieren de un mayor cuidado, atención y hasta de protección de todos sus intereses, también se requiere que se consideren sus derechos. Razón por la cual, las diferentes autoridades, según el territorio, tendrán que garantizar, observar, también atender y respetar interés superior del niño en su jurisdicción (Contreras, 2015).

De forma que las autoridades puedan establecer diversos criterios para que se pueda aplicar de manera adecuada el principio que se refiere al interés superior de los menores de edad. Por lo cual, se tiene en consideración a los factores descritos a continuación:

#### **Expresiones y deseos de los menores**

Tanto los menores de edad (considerando a niños, niñas y también los adolescentes) tienen una capacidad que es natural para poder decidir de forma libre aquello que deseen decir e incluso hacer. Esto se determina a través del grado de desarrollo ya sea emocional e intelectual que tenga el menor. Razón por la cual, es importante la evaluación de la capacidad y la madurez que tienen los menores de edad para cada particular. De manera que se determine la madurez de los menores que se constituyen como sujetos de derecho, los cuales se encuentran en desarrollo, es necesario que se solicite el soporte de un equipo idóneo que este conformado por profesionales que sean expertos en la materia (ya sean psicoterapeutas, psicólogos, psiquiatras, además de otro tipo de profesionales), de forma que estos les puedan realizar una serie de pruebas a

los menores para conocer y evaluar sus opiniones personales, deseos, e incluso las diversas expresiones que puedan tener, debido a que lo más importante consiste en asegurar el bienestar de los mismos, para lograr eso, es necesario que se analicen las expresiones y las diversas opiniones de los menores para que así se pueda determinar, que es lo que más les conviene para garantizar su integridad física y psicológica (Contreras, 2015).

### **Entorno familiar de los menores**

Este entorno engloba a las diversas circunstancias que sean tanto “a nivel personal, como familiares, sociales, educativas, morales, culturales, entre otras circunstancias” (p. 51) que rodeen al menor de edad al niño, la niña y los adolescentes” las cuales se tendrán que tener en consideración para cualquier decisión debido a que los menores gozan del derecho pleno para el goce y disfrute de su vida, pero en un entorno familiar, social, educativo y cultural que sean adecuados para el menor. Todo menor ya sea (niño, niña y adolescente) tiene el derecho pleno que se refiere al desarrollo de la personalidad, razón por la cual, en su entorno familiar, se deben promover e inculcar necesariamente los valores clave como la honestidad, la dignidad, libertad, seguridad, respeto, entre otros valores. Es así que, el desarrollo integral implicará el crecimiento, el aprovechamiento inteligente, así como también el uso moral de las capacidades de los menores caracterizados como sujetos de derecho en desarrollo, con el objetivo de que se garantice su acceso a una serie de beneficios como “la libertad, seguridad, integridad, igualdad, educación, salud, disfrute, amor, comprensión” (p.51), así como que puedan desenvolverse en un medio ambiente propicio y sano para el menor (Contreras, 2015).

### **Predictibilidad**

Este factor consiste en la búsqueda de la antelación y preparación ante la condición o la situación futura de los menores (ya sean niños, niñas o adolescentes). Para cada situación en particular, se deberá tener en consideración que toda decisión administrativa o de carácter judicial se tendrá

que valorar necesariamente teniendo en cuenta a las condiciones futuras que vayan a enfrentar los menores como sujetos de derecho que se encuentran en pleno desarrollo. Es así que el principio que se refiere al interés de los menores de edad (ya sean niños, niñas y adolescentes) genera un escenario para la previsión de una actuación en el presente, con el objetivo de que se puedan establecer los resultados futuros a favor de los menores. Es así que, la predictibilidad enfocada adecuadamente permitirá orientar mejor el desarrollo integral de los niños, niñas y los adolescentes (Contreras, 2015).

b. Parámetros

En la Ley N°30466 en el Perú (2016) se establecen los diferentes parámetros para que se pueda considerar de manera primordial al interés superior del niño. En el artículo 3 se establece lo siguiente: para la consideración del interés superior del niño según la observación general n°14 con un carácter primordial. Los parámetros que fueron establecidos, en los cuales se reconoce como los sujetos de derecho a todos los menores que se encuentran en desarrollo, sus derechos están establecidos a nivel internacional debido a que integran un grupo vulnerable. En los parámetros se promueve tanto el respeto, el cumplimiento de los derechos y la protección de los mismos con la finalidad de que se garantice el interés superior de tanto las niñas, niños y también los adolescentes:

Los parámetros son los siguientes:

- El carácter universal interrelacionado, indivisible y también interdependiente de los derechos que tienen los niños del mundo.
- El alcance global y la naturaleza de la convención en la cual se precisaron a los derechos del niño.
- Los niños se constituyen como titulares de derechos y se reconoce a los como tales.

- La protección, el respeto y también la realización de todos los derechos que han sido reconocidos en la convención del niño.
- Las consecuencias y efectos a través del tiempo respecto a las medidas que tengan una relación con el desarrollo de los menores.

c. Garantías procesales

En el artículo 4 de la Ley N°30466 en el Perú (2016) se han definido y establecido las diferentes garantías procesales, aquí se señala lo siguiente: para la consideración de un carácter primordial respecto al interés superior del niño de acuerdo a la observación general n°14. En este artículo las garantías se orientan a los asuntos de su interés particular y a la participación activa de los mismos de manera que se garantice con esto el derecho de que puedan expresar sus diferentes opiniones. Para que esto sea efectivo, se debe contar con profesionales que estén capacitados para evaluarlos, resultado de ayuda para el momento en que se tome una decisión que vaya a garantizar el interés superior para cada caso en concreto según corresponda.

Las garantías procesales son las descritas a continuación:

- El derecho del niño a que pueda expresar su opinión, teniendo en consideración a los diferentes efectos que la Ley le vaya a otorgar.
- La determinación de los hechos plausibles a través del apoyo de un equipo de profesionales idóneos, los cuales estén capacitados con buenas prácticas en la evaluación del interés superior de los menores.
- La percepción acerca del tiempo transcurrido por la realización del proceso legal, con motivo de que la dilatación de los procedimientos y de los procesos puede vulnerar de una manera u otra a la evolución de los menores, ya que, a diferencia de los adultos ellos se encuentran aún en desarrollo.

- La autorización respectiva de los padres para cada caso en particular para la representación letrada de los menores.

- La consideración de tipo primordial acerca del interés superior del niño de modo que se pueda realizar una argumentación jurídica teniendo como referencia a la decisión de tenencia que fue tomada.

- Los mecanismos adecuados para que se revise o examine a todas las decisiones que tengan que ver con los niños.

- La consideración de los derechos del niño para la evaluación adecuada del impacto de la decisión tomada.

- La participación de profesionales que estén calificados para las labores en mención

#### *F. Desarrollo armónico integral del menor*

De acuerdo a los “principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (p. 8). En este documento se reafirman los derechos de carácter fundamental que se refieren al hombre como un ser con dignidad y que también tiene valor como un ser humano, también se afirmó a la familia como aquel grupo importante que constituye a la sociedad, para lo cual se realizó la convención de los derechos del niño, niña y adolescente, la cual fue establecida en 1959 y reafirmada en 1989, ahí se consideró que los menores deben recibir la protección y asistencia necesarias (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006).

Se reconoce que el menor deberá de desarrollarse en el seno de la familia, bajo un ambiente de amor, comprensión y felicidad. Por esa razón los menores tienen los siguientes derechos fundamentales: igualdad, protección, nombre y nacionalidad, alimentación atención médica y vivienda adecuada, educación y

atenciones especiales en caso de alguna discapacidad, comprensión y amor en el ambiente en donde se desarrolle, educación gratuita y diversión, ayuda y atención en caso de enfrentar algún peligro, protección contra el trabajo forzado y el abandono, educación orientada a la justicia y solidaridad en el mundo (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006).

Según Beloff (1999) la doctrina que se refiere a la protección integral del niño, tiene como origen a la convención que se realizó para hacer valer los derechos del niño en todo el mundo. Por lo cual, en esta convención se pudo establecer el marco que es mínimo para que se pueda dar el respeto, así como el reconocimiento de los derechos de los menores (se considera propiamente a los menores de edad ya sean las niñas, los niños o los adolescentes), los cuales tienen que ser establecidos teniendo en cuenta a las diversas políticas, así como también las distintas prácticas en todos los países en los cuales se pudo ratificar dicho documento. De acuerdo a Hawie (2015) la doctrina que tiene que ver con la protección integral tiene como base a dicha convención, en la cual se precisa que los menores (ya sean adolescentes, niños o también niñas) vienen a ser unos sujetos los cuales están investidos de una capacidad y que también tienen la necesidad de recibir un respeto especial, por lo cual esto está intrínsecamente relacionado con una percepción pero a nivel autónomo de sus diferentes necesidades, así como también situación que les rodea, debido a que los menores están investidos por una condición de ser sujetos de derecho que están en desarrollo.

Adicionalmente se tiene que considerar que la doctrina de la protección integral de los menores incluye a todos los derechos fundamentales, asimismo en este documento se reconoce a cada menor como un sujeto que tiene derechos que son exigibles. Esto conlleva a un esfuerzo de carácter jurídico para el establecimiento de diversos movimientos sociales y políticas gubernamentales en favor de la niñez y adolescencia de acuerdo al territorio en donde se desenvuelva el menor (Galvis, 2009) . Por otro lado, En esta doctrina de protección integral, también se reconoce el interés superior para niños, niñas y

los adolescentes, ya que son sujetos de derecho, teniendo en consideración a la dignidad del mismo como fundamento y la necesidad de que se priorice el desarrollo adecuado de los menores (Campos, 2009). La doctrina destinada a la protección integral de los menores abarca el desarrollo integral de los mismos. La doctrina de protección integral surgió en la convención sobre los derechos del niño (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006), en esta se reconoce a los menores como unos sujetos de derecho que están en desarrollo, en ese documento se reconoce el interés superior del niño y se protegen sus derechos fundamentales con el objetivo de que se logre el desarrollo pleno de los mismos en todos los aspectos de su vida para cada caso particular (Galvis, 2009).

### **La protección de la tenencia del menor**

La protección de la tenencia del menor como consecuencia del proceso de divorcio en la legislación extranjera a diferencia de la legislación nacional, se encuentra desprotegido. En la normativa peruana la protección del menor en casos de conflicto de tenencia por los progenitores, está totalmente asegurada, tanto por la Constitución Política del Perú y el Código del Niño y del Adolescente, y respectivas modificatorias, en las cuales se rescatan cierto aspectos esenciales, como son: a) priorizar el interés superior del niño, b) tener en cuenta la opinión del menor para su custodia, c) emitir fallos en materia de tenencia al progenitor que mejor garantice el bienestar general del menor. Es decir, en la legislación nacional el menor no se encuentra desprotegido

## **La regulación normativa sobre tenencia que vulneran el interés superior del niño.**

La normativa legal acerca de la tenencia consiste en lo siguiente:

- En el Perú (2008) de acuerdo a la modificatoria del nuevo código de los niños y adolescentes respecto al artículo 81° y 84 para la incorporación efectiva respecto a la tenencia de tipo compartida.
- En el Perú (2000) de acuerdo al nuevo código de los niños y adolescentes en el libro III (instituciones familiares) en los artículos 81° – 87°.
- En el Perú (1993) de acuerdo a la constitución política en los artículos 6°, 7°, 9°, 18°.
- En el Perú (1984) en conformidad al Código civil en los artículos 46°, 54°.

El Principio del interés superior del niño se creó con el fin de una protección plena para los niños y así, evitar arbitrariedades y abusos. Este principio significa que el niño se encuentra primero sobre todas las cosas. La presunción *pater is est* afecta de forma relativa al principio de interés superior del niño pues afecta a la identidad, filiación, nombre y personalidad. “Además, la presunción *pater is est* es determinante para la identidad del niño y, por tanto, también respecto al nombre, filiación y personalidad; la vulneración al derecho a la identidad afecta a los otros derechos que engloba tales como filiación, nombre y personalidad”. (Ballesté, 2012)

### **2.3. MARCO CONCEPTUAL**

- **Tenencia.** Es una institución de tipo jurídica cuya base se sustenta en el derecho propiamente dicho, en la cual se genera una condición aceptada por la Ley respecto a un menor de edad (ya sea niño o adolescente) que se encuentra bajo el cuidado de un progenitor o una tercera persona que este investida por un interés legítimo (Garay, 2009).

- **Patria potestad.** Según Cornejo (1998) constituye un conjunto de obligaciones como de derechos los cuales son impuestos a los progenitores. Estos derechos y obligaciones se encuentran relacionados con la protección de tipo integral del menor, la protección de sus bienes, el usufructo de los mismos, así como también la modelación de la personalidad del menor.
- **Valoración de los medios.** De acuerdo a la Ley N°27337 del Perú (2000) es la valoración de diferentes medios que realiza un juez como paso previo a la emisión de una sentencia para la tenencia de un menor.
- **Estado y situación actual del menor:** Según la Ley N°27337 del Perú (2000) es uno de los medios sometidos a valoración por un juez que permite probar la existencia de un vínculo filial para la emisión de una sentencia para la tenencia de un menor.
- **La idoneidad moral y material de la madre:** De acuerdo a la Ley N°27337 del Perú (2000) es uno de los medios sometidos a valoración por un juez que permite evidenciar la estabilidad emocional de la madre de modo que no se vulnere ni se ponga un riesgo a la integridad de un menor, para que se pueda emitir una sentencia de tenencia.
- **La idoneidad moral y material del padre.** De acuerdo a la Ley N°27337 del Perú (2000) cuando el padre solicita la tenencia debe cumplir con ir a las oficinas del equipo multidisciplinario para tener una evaluación psicológica que de un resultado favorable que no ponga en riesgo la integridad de un menor para la emisión de una sentencia de tenencia.
- **Situación psico emocional del menor:** De acuerdo a la Ley N°27337 del Perú (2000) es uno de los medios sometidos a valoración por un juez que permite evidenciar la estabilidad emocional del menor así como un determinado apego afectivo al padre demandante de modo que no se

vulnere ni se ponga un riesgo a la integridad de un menor, para que se pueda emitir una sentencia de tenencia.

- **Opinión del menor relacionado:** Según la Ley N°27337 del Perú (2000) es uno de los medios sometidos a valoración por un juez que permite evidenciar una percepción y actitud positiva por parte del menor correspondiendo con obediencia y la falta de rechazo al padre demandante de modo que no se vulnere ni se ponga un riesgo a la integridad de un menor, para que se pueda emitir una sentencia de tenencia.
- **Regulación normativa sobre tenencia.** Es la base legal que se refiere a la tenencia que sustenta la institución jurídica establecida en el derecho de una soberanía (Garay, 2009).
- **Protección de la legislación nacional a diferencia de la legislación comparada.** Es la concepción que engloba al quehacer legal respecto a la tenencia de menores en la jurisdicción de un país comparado a otro país.
- **Principio garantista del menor.** Es un principio que trata sobre la doctrina de la protección Integral de los menores en donde se reconoce sus derechos, civiles, culturales, económicos, políticos y sociales (Sokolich, 2013).
- **Satisfacción de los derechos fundamentales del menor.** Implica asegurar los derechos del menor, como la no discriminación, el respeto del interés superior, el respeto por el derecho a la vida, su desarrollo y supervivencia, así como el respeto a la opinión de los menores de modo que el menor se pueda expresar de una forma adecuada, pueda vivir en un entorno adecuado, y se le vayan a garantizar las condiciones futuras para su desarrollo (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006).

- **Expresiones y deseos de los menores.** Es la capacidad natural de los menores para que puedan decidir con libertad que desean decir o también hacer de acuerdo a su grado de desarrollo emocional e intelectual (Contreras, 2015).
- **Entorno familiar.** Integra al conjunto de circunstancias de diversa índole que rodean a un menor, este entorno debe ser tomado en consideración ante cualquier decisión legal (Contreras, 2015).
- **Predictibilidad.** Es la intención por la que debe pasar toda decisión de carácter judicial o de tipo administrativo, en la cual se pueda valorar las condiciones futuras a las **cuales** podría estar expuesto un menor (Contreras, 2015).
- **Parámetros del interés superior del niño.** Según la Ley N°30466 del Perú (2016) son aquellos parámetros que reconocen los derechos de los menores su objetivo es promover y hacer cumplir los mismos de forma que se garantice el interés superior del menor.
- **Garantías procesales.** Según la Ley N°30466 del Perú (2016) son las garantías que se enfocan en que la participación de los niños, niñas y adolescentes en los asuntos, vayan a ser de su interés a nivel personal. Por lo cual, mediante este tipo de garantías, se garantiza el derecho del menor para que pueda expresar sus opiniones, que haya disponibilidad de profesionales que estén capacitados para la evaluación propicia de los mismos.
- **Desarrollo armónico integral del menor.** Consiste en el reconocimiento y el respeto de los derechos de los menores que están sustentados en la doctrina de protección integral de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en desarrollo (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006).

## **CAPÍTULO III HIPÓTESIS**

### 3.1. HIPÓTESIS GENERAL

El criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio, vulnera el interés superior del menor, al ser subjetivo, al no existir normas claras de protección en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.

### 3.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- La interpretación subjetiva del juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera ampliamente el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.
- La existencia de normas clara respecto a la tenencia posterior al divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.
- La protección de la tenencia del menor como consecuencia del proceso de divorcio en la legislación extranjera a diferencia de la legislación nacional, se encuentra desprotegido.

### 3.3. VARIABLES

Para el desarrollo de esta investigación se consideraron las siguientes variables:

- Variable independiente: Criterio del juzgador en el otorgamiento de la tenencia
- Variable dependiente: Interés superior del niño

#### 3.3.1. Definición conceptual

- Criterio del juzgador en el otorgamiento de la tenencia

Según Varsi (2012) la tenencia consiste en el deber y el derecho que poseen los progenitores para poder sostener tanto una relación directa como una convivencia inmediata con los hijos, también es el derecho del hijo menor de tener convivencia con el progenitor que le proponga las adecuadas condiciones de vida. La tenencia, constituye un atributo que se relaciona con el ejercicio de la patria potestad la cual está enfocada en que se pueda lograr el desarrollo de la personalidad de los menores y que adicionalmente no es exclusiva de los progenitores.

- Interés superior del niño

Es un principio de carácter fundamental, de aplicación obligatoria para los procesos legales referidos a la etapas de la vida de la niñez y adolescencia, implica que se potencialice los derechos a la integridad física y psíquica de todos los niños, teniendo en consideración el desarrollo de la personalidad del menor, en un ambiente adecuado para ellos, cuyo fin primordial vaya a ser el bienestar general de los niños (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006)

### 3.3.2. Operacionalización de variables

Tabla 1

*Operacionalización de variables*

<b>Variable</b>	<b>Definición conceptual</b>	<b>Dimensiones</b>	<b>Indicadores</b>	<b>Ítems</b>	
Criterio del juzgador en el otorgamiento de la tenencia	Según Varsi (2012) la tenencia consiste en el deber y el derecho que poseen los progenitores para poder sostener tanto una relación directa como una convivencia inmediata con los hijos, también es el derecho del hijo menor de tener convivencia con el progenitor que le proponga las adecuadas condiciones de vida. La tenencia, constituye un atributo que se relaciona con el ejercicio de la patria potestad la cual está enfocada en que se pueda lograr el desarrollo de la personalidad de los menores y que adicionalmente no es exclusiva de los progenitores.	Criterio subjetivo	La tenencia	1, 2	
			La valoración de los medios	3, 4	
		Regulación normativa sobre tenencia	Base legal acerca de la tenencia	5, 6	
			Protección de la legislación nacional a diferencia de la legislación comparada	Legislación nacional	7, 8
				Legislación comparada	9, 10
Interés superior del niño	Es un principio de carácter fundamental cuya aplicación es obligatoria para los procesos legales referidos a la etapas de la vida de la niñez y adolescencia, este consiste en la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de todos los niños, teniendo en consideración a la evolución y el desarrollo de su personalidad en un ambiente que sea adecuado y confortable para ellos, cuyo fin primordial vaya a ser el bienestar general de los niños (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006)	Principio garantista del menor	No discriminación	11, 12	
			Derecho a la vida, supervivencia y al desarrollo del niño	13, 14	
		Satisfacción de los derechos fundamentales del menor	Asuntos que afecten la vida personal del niño	15, 16	
			Factores	17, 19	
				Parámetros	20, 21
		Desarrollo armónico integral del menor	Garantías procesales	22, 23	
			Dignidad del menor	24, 25	
			Desarrollo del menor	26, 27	

## **CAPÍTULO IV METODOLOGÍA**

### **4.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN**

#### **4.1.1. Método general**

Para desarrollar esta investigación se hizo uso del método analítico-sintético (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014). Se aplicó el método analítico de modo que se puedan utilizar una serie de criterios del tema de estudio para ser agrupados en una categoría específica. Luego, se utilizó el método sintético para que reconstituya los criterios estudiados de modo que se obtenga la esencia de las variables de investigación (Katayama, 2014).

#### **4.1.2. Métodos específicos**

Asimismo, como método específico se aplicó el método jurídico – social, el cual permitió el estudio de normas específicas, procedimientos de manera que se descompongan para luego caracterizarlas dentro de un contexto para verificar su aplicación y los resultados generados (Villabella, 2015).

### **4.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

Esta investigación fue básica o fundamental debido a que su desarrollo tiene como objetivo recopilar información para aportar y agregar base de conocimiento respecto a información ya existente (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014). Es por eso que, para esta investigación, se aportará al estudio del derecho de familia respecto y al interés superior del menor y a los casos de tenencias de menores en la realidad huancaína (4to juzgado de familia del distrito de El Tambo).

### **4.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN**

La investigación fue de nivel explicativo porque su objetivo consistió en dar la respuesta acerca de las causas de los eventos social referidos al tema de

estudio (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014). Razón por la cual, en este trabajo de investigación, el interés principal se centró en explicar la ocurrencia del criterio de los jueces respecto a la tenencia de menores teniendo en cuenta el interés superior del menor.

#### 4.4. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Se aplicó el diseño no experimental transversal explicativo, porque no se manipularon las variables de investigación, pero si se observaron en el contexto o la realidad. Asimismo, el estudio se realizó en un momento de tiempo y su finalidad radicó en explicar la relación causal entre las variables de estudio asociados al tema de investigación (Espinoza, 2010).

El diseño es representado por el siguiente diagrama:

$$M_1 \rightarrow O_{1xy}$$

Donde:

- $M_1$ , correspondieron a las muestras que se estudiarán.
- $O_1$ , fueron las observaciones que se realizaron en cada una de las muestras.
- $xy$  fueron las variables que se controlaron al nivel estadístico.

#### 4.5. POBLACIÓN Y MUESTRA

La población para este estudio correspondió a 30 sentencias del 4to Juzgado de Familia del distrito de El Tambo, el cual está ubicado en la ciudad de Huancayo. También se consideraron 42 personas de ambos sexos. Además, se consideraron países que son comparables con el Perú.

Dada la disponibilidad de tiempo, recursos y el tamaño de la población, se escogieron 5 sentencias del 4to juzgado de familia que fueron emitidas en el distrito de El Tambo.

Asimismo, para hallar la muestra de personas que serían consideradas en la recopilación de información, se aplicó el muestreo aleatorio simple:

$$n = \frac{Z^2 \cdot N \cdot p \cdot q}{e^2(N - 1) + Z^2 \cdot p \cdot q}$$

En donde:

Z= Nivel de confianza al 95%

N= Tamaño de la población.

p= Proporción de la población que tuvo la característica de interés.

q= Proporción de la población que no tuvo la característica de interés.

e= margen de error del 10%

Aplicada la fórmula se determinó que el número de elementos de la muestra sería de 30 personas.

El muestreo será probabilístico aleatorio simple, toda vez que se elegirá la información al azar, de manera que se obtenga información para el alcance de los objetivos.

#### 4.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

##### 4.6.1. Técnica

Para recolectar los datos que vayan a sustentar la investigación, se hizo uso de las técnicas de análisis documental para recopilar evidencias escritas que permitan sustentar la hipótesis de la investigación. También se empleó la técnica de la encuesta debido a que se pudo obtener información importante

(de primera mano) para que se pueda explicar la problemática referida al tema de investigación (Espinoza, 2010).

#### 4.6.2. Instrumento

Para poder recolectar los datos que vayan a sustentar la investigación se hizo uso del instrumento cuestionario (Espinoza, 2010). Razón por la cual se utilizó un cuestionario en base a los instrumentos desarrollados según Arcana (2018), Rios y Saravia, (2018), López (2016) y Burgos (2017).

#### 4.6.3. Procedimiento de recolección de datos

Para la recolección de datos, se acudió al 4to juzgado de familia para obtener las sentencias; asimismo, se aplicó una encuesta, se desarrolló un análisis documental para el derecho comparado en base a la legislación de cinco países, y por último se realizó un análisis de la normativa peruana.

### 4.7. TÉCNICA DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Este trabajo tesis se desarrolló con la ayuda del programa informático MS – Excel para el registro de la información acerca de los cuestionarios. Después se realizó el análisis estadístico.

Se realizaron las siguientes actividades:

- En primer lugar, se revisó, y se adjuntó un cuestionario que fueron aplicados en las muestras ya definidas.
- En segundo lugar, se aplicó en cuestionario ajustado.
- En tercer lugar, de acuerdo a la metodología de Hernández, Fernández y Baptista (2014), se utilizaron los formatos para las fichas bibliográficas destinadas la evaluación de las 5 sentencias de la muestra respecto al tema de investigación.

- Luego, se realizó el análisis estadístico descriptivo de toda información recopilada para el respaldo final del informe final, se aplicó el análisis estadístico inferencial para la prueba de hipótesis (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014).
- Finalmente, se preparó la presentación de la información obtenida para el sustento del informe final de la investigación.

#### 4.8. ASPECTOS ÉTICOS DE LA INVESTIGACIÓN

De modo que se lleve a cabo la presente investigación se aplicaron los procedimientos correctos, se respetaron los principios de ética para cumplir el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

Toda la información que se utilizó para la investigación fueron fidedignas. Ya que se buscó no cometer faltas éticas, tales como el plagio, falsificación de datos, falta de citas bibliográficas, entre otras faltas, fundamentalmente se está teniendo en consideración desde la etapa de presentación del proyecto, hasta la sustentación del mismo.

Motivo por el cual, me someto a las pruebas necesarias para que se valide todo el contenido del presente proyecto de investigación.

## CAPÍTULO V RESULTADOS

### 5.1. DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS

En esta sección de la investigación se detallan los resultados encontrados a partir del instrumento de investigación, del derecho comparado y la normativa peruana sobre tenencia en casos de divorcio.

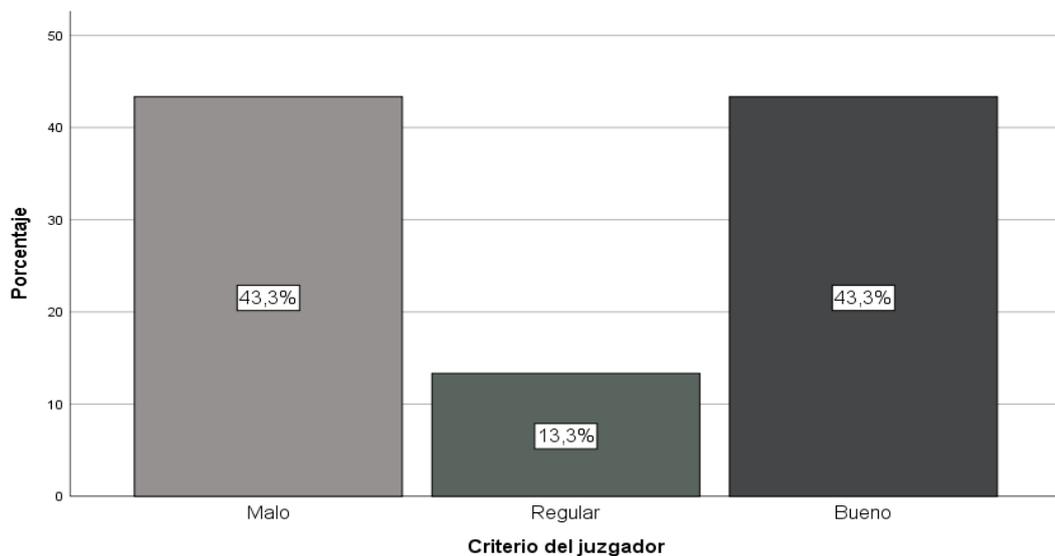
#### 5.1.1. Resultados del criterio del juzgador

Tabla 2

*Resultados de frecuencia y porcentaje del criterio del juzgador*

Criterio del juzgador	Frecuencia	Porcentaje (%)
Malo	13	43.3
Regular	4	13.3
Bueno	13	43.3
Total	30	100.0

*Nota.* Datos obtenidos del instrumento de estudio.



*Figura 2.* Resultados descriptivos del criterio del juzgador.

Interpretación:

De acuerdo a la Figura 2, el 43.3% de los encuestados indicaron que el criterio del juzgador fue malo, el 13.3% lo calificó como regular y el 43.3%

indicó que fue el juez tuvo un buen criterio a la hora de decidir la tenencia del niño en casos de divorcio. Claramente la gráfica de barras no muestra una tendencia buena o mala para el criterio del juzgador, esto claramente puede deberse a que el criterio se forma de manera subjetiva, a pesar de tomar elementos objetivos como la normativa que protege el bienestar del niño, en varias ocasiones lo que prima es la experiencia del juzgador.

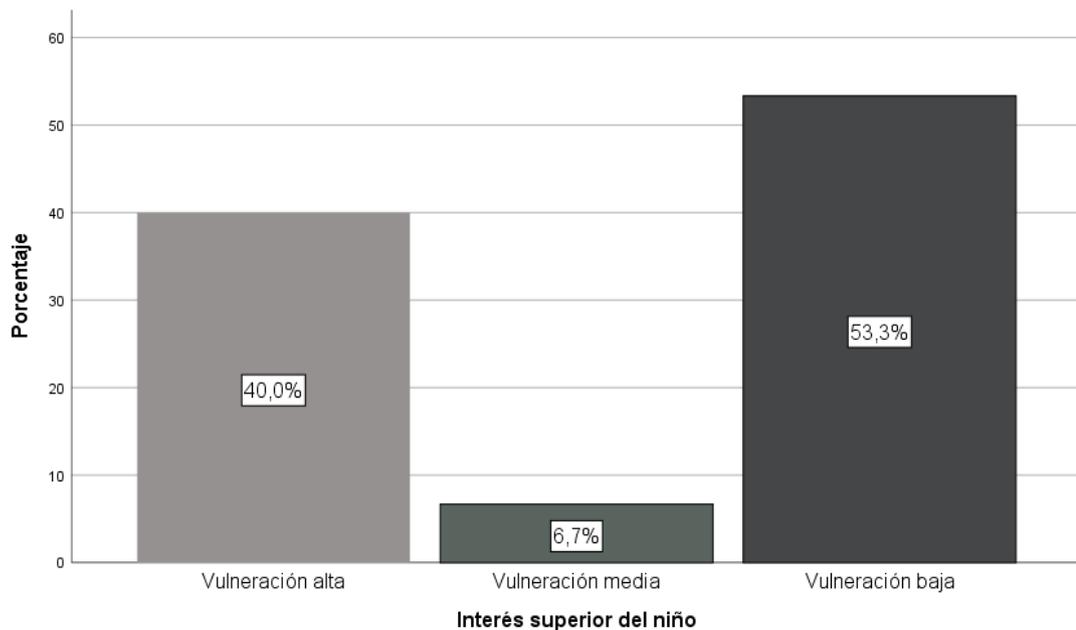
### 5.1.2. Resultados del interés del menor

Tabla 3

*Resultados de frecuencia y porcentaje de la vulneración del interés del menor*

Interés superior del menor	Frecuencia	Porcentaje (%)
Vulneración alta	12	40.0
Vulneración media	2	6.7
Vulneración baja	16	53.3
Total	30	100.0

*Nota.* Datos obtenidos del instrumento de estudio.



*Figura 3.* Resultados descriptivos del interés superior del niño.

### Interpretación:

En cuanto a la vulneración del interés superior del niño, de acuerdo con la Figura 3, el 53.3% consideró que existe una vulneración baja, mientras que el 40% manifestó que hubo una vulneración baja. Similar a los resultados anteriores, no existe una clara tendencia hacia un determinado resultado. Sin embargo, el porcentaje que indicó la existencia de una alta vulneración por el interés superior del niño en casos de demanda por tenencia, representa un problema; por el hecho de que estas situaciones no deberían presentarse. Vulnerar el principio de interés superior representa una falta a la normativa nacional e internacional.

#### 5.1.3. Análisis de los casos judiciales estudiados

Dentro del estudio se ha evaluado 5 expedientes judiciales con materia de tenencia: a continuación, se presenta un resumen de estos expedientes.

##### a. Primer caso

Corresponde al Expediente N°03256-2015-0-1501-JR-FC-01, con Materia: Tenencia. Los argumentos de la parte demandante, señalan que producto de una relación con la demandada, procrearon una hija, de quien tuvo conocimiento recién al año y medio después de que la niña nació; asimismo, sostiene que la niña fue reconocida por otra persona, ante ello impugna judicialmente por medio de una demanda, para que se le reconozca como padre biológico. El demandante, señala también que su menor hija ha sido víctima de maltrato físico y psicológico por parte de la madre y el padrastro, e incluso se le ha prohibido ver a la menor. A dicha situación, le suma que la madre intenta que la niña tenga como figura paterna a su padrastro, a ello del demandante acota que el comportamiento del padrastro no es la mejor, ya que tiene antecedentes de ser violento contra la hija y la madre. Además, el demandado enfatiza que se debe de considerar que su condición profesional le permite ofrecer una mejor calidad de vida para su menor hija. Por último, señala que su hija desde sus

primeros años de edad fue criada por sus abuelos maternos, y enfatiza que la madre la madre abandonó en todo ese tiempo a su menor hija, y a la fecha no cuenta con un trabajo estable para poder ofrecerle una vida adecuada a la menor.

Los argumentos de la parte demandada, señalan que, si bien ambos procrearon a su menor hija, el padre biológico al enterarse evadió su compromiso como padre; motivo por el cual, la madre después de un año se vio en la obligación de asentar la partida de la menor, declarando a otra persona como padre. Asimismo, la demandada desmiente que se haya opuesto a que el padre biológico se acerque a su hija, que exista una denuncia por abandono, que pretenda que la menor tenga como figura paterna al padrastro, y que exista violencia familiar. En relación a lo expuesto por el demandante, sobre el abandono de la menor, la demanda sostiene que efectivamente la niña se quedaba al cuidado de sus abuelos, porque ella tenía que salir a trabajar para sustentar los gastos de la menor, debido a que el padre biológico nunca le dio dinero. Además, sostiene que a la fecha la niña tiene un buen rendimiento académico, reflejo de una sólida formación.

Teniendo en conocimiento los argumentos de la parte demandada y la parte demandante, se consideró como norma aplicable para la demanda, el Art.81, el Art. 85, y el Art. 420 del Código de los Niños y Adolescentes. Asimismo, se consideró que la tenencia debe de entenderse como un derecho del hijo, lo cual implique que cuente con un protector que cumpla con las exigencias que la Ley estipula para su bienestar. Para lo cual, no solo se debe de analizar las características positivas de los padres, sino también se debe de considerar factores externos, como son: el tiempo de convivencia con el padre o madre, edad y sexo del menor. Bajo los antecedentes ya mencionados, se evidencia que la situación actual de la menor, refleja que a la fecha se encuentra viviendo con su progenitora. Y con el fin de poder conocer las condiciones psicológicas y físicas de la misma, se determinó su evaluación psicológica. Los resultados demuestran que la madre se encuentra estable emocionalmente y no presenta características de ser una persona violenta. A ellos, se le suma los resultados

expuestos por la trabajadora social, que indica que se ha estructurado una familia con un ambiente favorable para la menor, la misma que reconoce al padrastro como figura paterna, pese a que tiene conocimiento de la existencia de su padre biológico, y en consecuencia se considera no existe factores para que la tenencia de la menor sea otorgada al padre. De igual manera, se solicitó una evaluación psicológica al padre; sin embargo, el demandante no cumplió con lo solicitado, evidenciando desinterés y falta de responsabilidad frente a los mandatos. Asimismo, frente a lo mencionado por el demandante sobre las violencias físicas y psicológicas que recibía su menor hija, se presentan expedientes que demuestran que no existió violencia alguna contra la menor. Dicho resultado fue comprobado en la prueba psicológica por la que pasó la menor, lo cual señala que la niña presenta estabilidad emocional, se identifica de forma afectiva con la madre, y no presenta ningún afecto hacia el padre biológico, lo cual permite deducir que la niña no ha sido víctima de violencia alguna.

En función al análisis ya mencionado, se prioriza el bienestar del menor en función a los artículos 1° y 2° de la Constitución; por lo tanto, al evidenciarse que la madre demuestra ser una persona capaz de hacerse cargo de su menor hija, a diferencia del padre biológico que no pese a tener dinero, no tiene la habilidad y responsabilidad para hacerse cargo del cuidado y protección de una menor, no se presentan sustentos suficientes para quitar la tenencia a la madre, declarándose infundada la demanda del progenitor.

b. Segundo caso

Representa al expediente: 01440-2012-0-1501-JR-FC-04, con Materia: Tenencia. Los argumentos de la parte recurrente (abuela materna), señalan que, a causa de la muerte de su hija, se vio obligada a hacerse cargo de su nieta, ofreciéndole alimentación, educación, protección, vivienda. Asimismo, sostiene que la madre de la menor, antes de que fallezca, fue víctima de violencia por parte del padre, quien recién se acercó a la menor desde que la madre falleció, ya que nunca vivió con ella, y a la fecha solo la apoya económicamente para

cubrir sus estudios. El hecho de que el padre nunca haya vivido con su hija, y que la abuela se haya hecho cargo de la menor, ha fortalecido su vínculo entre ambas, incluso la menor la percibe con una imagen maternal. Lo mismo que ha conllevado a que la abuela presente las condiciones para mejorar el desarrollo social y emocional para la menor, ya que sustenta que sus otros hijos ya son independientes, y ella tiene toda la capacidad para hacerse cargo de la menor. Por otro lado, los argumentos de la parte emplazada, se sustentan en el Art. 81 y Art. 85 del Código del Niño y Adolescente, que señala que el menor debe de permanecer con su progenitor; sustentando también que la edad de la abuela la limita a que pueda hacerse cargo del desarrollo integral de la menor. Además, desmiente que no se haya preocupado de las necesidades de su hija, mientras la madre vivía.

Para el análisis de dicha demanda, se tomó en consideración primordialmente el derecho a la protección del menor, lo cual fue sustentado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Art. 19 de la Convención sobre Derechos Humanos, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, entre otras normativas. En base a ello el Art. 4 de la Constitución reconoce la protección del niño, y sostiene que este debe de tener una protección especial, que le permita desarrollarse de forma más íntegra. Y al verse visto afectado el núcleo familiar a causa de la separación de los padres, surge la tenencia como medio que permite seguir atendiendo aquellos derechos que necesita el niño. La tenencia se determina por acuerdo de los padres, de no existir dicho acuerdo la situación será resuelta judicialmente, en función al Art. 81 y Art. 83 del Código del Niño y Adolescente.

Retomando la demanda de tenencia entre la abuela materna y el progenitor de la menor, se determinó que, no habiendo un acuerdo entre ambas partes, es necesario que intervenga la ley, para lo cual fue necesario la declaración de la menor, para poder conocer sus intereses; en la entrevista ella manifiesta su deseo por querer vivir con su progenitor, en base a ello se considera

que el principio del interés del niño es un aspecto primordial para determinar su tenencia. Asimismo, el Art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, considera que se debe de respetar la decisión del menor, y pese a que este separado de unos de sus padres, debe de mantener contacto para que se pueda asegurar el desarrollo integral del menor. Si bien existen algunos criterios más para determinar la tenencia como: el tiempo de convivencia que se tiene el menor, la edad del niño; el criterio que tiene un mayor valor es el principio de interés del menor.

En el caso analizado no fue posible que la abuela materna obtenga la tenencia del menor, porque se estaría restringiendo el derecho del niño o adolescente de crecer a lado de su progenitor; sin embargo, dicha decisión no excluye a la abuela materna de algunos derechos hacia la niña ya que es parte de su familia. Además, la persona la tenencia podrá tener un régimen de visitas, en el caso de la abuela estas visitas serán abiertas y sin limitaciones. En consecuencia, la demanda fue declarada infundada, la tenencia de la menor queda a cargo del padre y la abuela materna tiene el permiso para poder visitar a la menor sin ninguna restricción.

#### c. Tercer caso

Representa al expediente: 017688-2008-0-1501-JR-FC-04. Cuya materia también es de tenencia. En este caso se interpuso una demanda de apelación de la madre contra el padre de sus dos menores hijos, solicitando la tenencia de los mismos y un régimen de visitas a favor de la demandante. Alegando que no se ha considerado los informes psicológicos de los menores, que estos son víctimas de violencia familiar; asimismo, que la madre si cumple con el pago de las pensiones, y que no se han tomado en cuenta los medios probatorios presentados. Ante tal situación, se toma en consideración el Art. 81 y Art. 82 del Código del Niño y Adolescente, que regula la tenencia de los hijos. Asimismo, la madre sostiene que ha sido víctima de violencia por parte del padre de los menores, y que sus hijos fueron presionados por su padre para poder llevárselos. Sin

embargo, el demandado señala lo contrario, e indica que la madre es la que ha causado violencia en su hijo, ante dicha situación se resalta que el juez considera medios probatorios veraces para poder determinar su decisión, dichos medios son valorados en función al principio de la unidad de la prueba, lo cual implica que las pruebas deben de ser analizadas de forma conjunta en el procesos, sin análisis aislados ni exclusivos, con la finalidad de obtener mejores conclusiones que conlleven a la verdad en un proceso.

La demandante en su afán por apelar la tenencia de sus hijos, presenta diversos medios probatorios, que después de ser analizados no cumplen con el análisis necesario, afectado el proceso. La nulidad de medios probatorios por parte de los jueces se sustenta en el Art. 50 del Código Procesal Civil, el cual señala que los jueces deben expresar el requisito faltante, o en su defecto si no cumple con los requisitos solicitados, deberá declararlo nula. Tomando en consideración lo mencionado, al evidenciarse que efectivamente en la demanda no se cumplen con los medios probatorios necesarios, se declara infundada la petición de la demandada, quedando con la tenencia el padre de los menores. En relación a las visitas, estas deben estar comprendidas en el acta de conciliación que se suscribe en la defensoría del niño y del adolescente. Además, se determina que los menores deberán ser sometidos a una terapia psicológica.

#### d. Cuarto caso

Corresponde al expediente: 2010-00690-0-1501-JR-FA-04. En este caso, el demandante expuso que mantuvo una relación de convivencia con la demandada, y producto de ello, procrearon a un hijo. Pero debido a los problemas de incompatibilidad entre ambos, fue necesario que se separar. Además, el demandante sostuvo que la causa de la separación fue la mala conducta de la madre, que implicada un gran descuido para su hijo. En base a los antecedentes, fue necesario que el demandante tome la decisión de salir del hogar y dejar al niño al cuidado de la madre. Sin embargo, la demandada alega que el menor extrañaba a su padre y por tal motivo, decide que el padre se haga

cargo por un año de su custodia, por lo cual, ambos firman un acuerdo que permite que la madre visite al niño en todo el tiempo que se estipulo. Ante ello, el demandante exige que sea reconocida la tenencia y la custodia de su menor hijo. En el proceso de la demanda, se pudo evidenciar la conducta rebelde de la madre, al no querer cumplir con las estipulaciones que por ley corresponden realizar dentro del proceso de tenencia; como, por ejemplo, tener que pasar por una prueba psicológica, o asistir a la audiencia de conciliación.

En el proceso se consideraron los Art. 196 y Art. 197 del Código Procesal Civil, los cuales señalan que se debe valor de forma conjunta los medios probatorios que presenten ambas partes. Se sostuvo que el demandado pierde la oportunidad de poder ejercer su defensa constitucional, cuando no cumple con lo solicitado por la ley, pese a que ello este amparado por el principio de preclusión. Además, se consideró el Art. IX, del título preliminar de Código del niño y adolescente, para determinar la tenencia, y en la que se enfatiza que, si bien el niño quedara al cuidado solo de uno de los padres, ambos deberán seguir cumpliendo con sus obligaciones como padres, para garantizar el bienestar del niño. Asimismo, se enfatiza que la tenencia puede darse por mutuo acuerdo entre ambas partes, o de forma judicial al no llegarse a un acuerdo; en la evaluación de tenencia, se deben de considerar factores internos y externos.

Adicionalmente, en el proceso de tenencia fue necesario que se evalué la capacidad física y psicológica del padre, para poder determinar si está en la capacidad de seguir teniendo la custodia del menor. Los resultados demuestran que el recurrente en relación a su salud mental, se encuentra habilitado para poder cumplir con su menor hijo, a diferencia de la madre que ha sido percibida como una persona rebelde, y con poco interés por su hijo. En función a todo lo ya mencionado, la decisión del juez deberá considerar los siguientes aspectos para determinar la tenencia: tiempo de convivencia que tuvo el menor con uno de las partes, régimen de visitas para el que no reciba la tenencia, ya que esta es considera como una facultad indispensable para el menor, por contribuir en su

desarrollo integral. Sin embargo, la conducta de la madre, no permite que el juez determine el régimen de visitas.

En consecuencia, el proceso de demanda se declara fundada para el demandante, entregándole la custodia y tenencia del menor; se declara improcedente el régimen de visitas de la madre hacia el menor, se determina que tanto los padres como el menor, deban recibir terapia psicológica.

e. Quinto caso

Es el expediente N°00674-2012-0-1501-JR-FC-01, cuya materia fue de tenencia. En este caso, el demandante expuso como fundamento de su demanda, que procreó a una niña, fuera de su matrimonio; sin embargo, en todo momento se preocupó por el bienestar de la menor e incluso la reconoció como su progenitor. Al fallecer la madre de la menor, el demandante le da la facultad de hacerse cargo de ella a la abuela materna, por un tiempo determinado, para posteriormente recién llevarla a vivir con la familia que ya tenía constituida, con el propósito de garantizar su desarrollo integral. Sin embargo, cumplida la fecha estipulada del acuerdo, la demandada se negó a entregar a la menor, lo cual desencadenó que el demandante se vea obligado a presentar una denuncia por delito de sustracción en la modalidad de rehusamiento de entrega. Además, alude que la abuela no cuenta con las facultades y condiciones para tener la responsabilidad de hacerse cargo de su hija, y que, pese a que el demandante tenga una incapacidad física, no lo limita de poder ejercer el cuidado del menor.

La demandada interpone la demanda presentada por el padre, alegando que, a causa de la muerte de su hija, ella tuvo que hacerse cargo de su nieta, ofreciéndole las condiciones necesarias para su bienestar. Desmiente que el padre haya apoyado a la madre en el proceso de gestación, e incluso menciona que el padre tuvo la intención de que la madre aborte a su hijo. Adicionalmente, sostiene que el padre se encuentra incapacitado físicamente, lo cual implica que tenga que depender de terceras personas para que pueda realizar sus actividades; además, que la esposa del padre presentó actitudes amenazantes hacia su hija en

su proceso de gestación. Ante el sustento de la demandada, el demandante enfatiza que la abuela materna solo tiene el propósito de lucrarse económicamente con lo que recibiría por la manutención del menor, y que desde un inicio ya se había tenido un acuerdo de que solo se haga cargo de la menor por un tiempo.

En función a lo ya mencionado, para determinar la tenencia del menor, los criterios que se consideraron tomaron normativas internacionales que velan por la integridad del niño y adolescente. Asimismo, fue necesario que se tenga que utilizar la manifestación de testigos, quienes confirman en su mayoría, lo sustentado por la abuela materna. Por lo tanto, el juez ha admitido la solicitud interpuesta de la demandante-demandada. Asimismo, en relación a todos los antecedentes ya mencionados, no resulta factible que el padre pueda asistir a su hijo, a causa de su incapacidad y el desinterés de su esposa por hacerse cargo del cuidado del menor, y pese a que pueda tener todo el interés de brindar afecto y amor por su hijo, no se ha tenido una relación cercana con la menor desde su nacimiento, a diferencia de la abuela materna. Adicionalmente, el padre no tiene la estabilidad emocional necesaria, debido a su incapacidad física, en relación a lo económico ambas partes tienen la misma capacidad de poder solventar al menor; además se evidenció que la menor tiene un gran lazo con su actual familia.

En consecuencia, se consideró que, si bien la tenencia implica que el menor quede al cuidado de uno de los padres priorizando su bienestar, también se toma en cuenta el principio de interés superior del niño y adolescente. Por lo tanto, se determinó que lo mejor para la menor es seguir bajo la custodia de la abuela materna, y que el padre solo pueda acceder a un régimen de visitas.

#### 5.1.4. Derecho comparado

La normativa peruana se rige del Código de los niños y adolescentes, aprobado por la Ley N°27337 (2000), para determinar la tenencia del menor, al separarse los padres, siempre priorizando el bienestar, interés y desarrollo de

este, asimismo se resalta que las leyes peruanas dan una mayor importancia al interés superior del niño y adolescente. En Bolivia, los criterios se asemejan, ya que la tenencia del menor también se atribuye debido al interés superior del menor, para una mejor estabilidad y bienestar (Rodríguez, 2015). Asimismo, la regulación peruana considera que, para la tenencia del menor, el primer medio para llegar a una conciliación es el mutuo acuerdo entre ambas partes, lo cual se detalla en el Art. 81 del Código de los niños y adolescentes. Esta premisa también es valorada en Colombia, ya que, en el proceso de tenencia, se considera a la conciliación de mutuo acuerdo como un medio eficaz y rápido para que padre y madre lleguen a un acuerdo, en el que dé prioridad a los derechos del menor (Castro, 2017).

La regulación sobre tenencia del niño o adolescente en Ecuador, se sustenta en su Código de la Niñez y Adolescencia aprobado por la Ley 100, en su Art. 106 menciona las reglas necesarias para que se ejerza la patria potestad. Concuere con el Art. 81 de la regulación peruana en tomar en consideración que se debe respetar en primer lugar los acuerdos entre ambos padres. Sin embargo, en la regulación ecuatoriana tienen como edad base los 12 años del menor, para que el juez decida con quien de los padres debe de estar, ya que siempre se busca velar de niño o adolescente; además, la madre es la que tiene mayor preferencia para que se le asigne el cuidado del menor. Además, se resalta que la normativa ecuatoriana sostiene que la ejecución de la tenencia se dará de forma inmediata, podrán ser cambiadas si el juez lo considera necesario en cualquier momento, y es obligatorio que se aplique el derecho de visitas al que no le correspondió la tenencia (Ley 100, 2014).

## 5.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

### 5.2.1. Prueba de la primera hipótesis específica

La interpretación subjetiva del juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera ampliamente el interés superior

del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.

De las encuestas realizadas, un porcentaje considerable (40%) indicó que, en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018, existe una alta vulneración del principio del interés superior del niño; además que el 43.3% consideró que el criterio del juez fue malo. Esta data podría estar corroborando lo mencionado en el párrafo anterior, ya que se evidencia una cierta asociación entre los porcentajes de mal criterio y alta vulneración del principio. Por otro lado, en los 5 casos analizados, el juez siempre tomó en cuenta el interés superior del niño para dar su fallo; además de basarse en la normativa internacional y nacional ya señalada, el juez tuvo un criterio aceptable. Sin embargo, dentro del análisis de la materia el criterio del juez jugó un rol importante en sus decisiones, ya que según la propia experiencia del juzgador en casos de tenencia aún existe la posibilidad de estar sesgados por dar la patria potestad a la figura femenina progenitora.

Asimismo, la normativa en este aspecto es clara y limita a los juzgadores a respetar el principio de interés superior del niño, pero, como toda ley puede ser interpretable, dándole un carácter subjetivo, está influenciada a fallas por lógicas de razonamiento y experiencia del juez, que muchas veces no puede ser la mejor, a pesar que se esté actuando bajo la ley. Por lo tanto, el criterio e interpretación subjetiva del juzgador en la tenencia, en casos de divorcio, estaría vulnerando el principio de interés del niño, pero no ampliamente, en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018. Ya que como existen casos cuya vulneración fue alta, un mayor porcentaje indicó que la vulneración fue baja y que el criterio del juzgador fue el correcto.

#### 5.2.2. Prueba de la segunda hipótesis específica

La existencia de normas claras respecto a la tenencia posterior al divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.

En el Perú, existen normas que protegen al menor en todo tipo de casos (abandono, tenencia, maltrato, etc.). Las normas más representativas se encuentran en los artículos 18, 9, 7 y 6 de la Constitución, los art. 54, 46 del Código Civil y sobre todo los art. 81, 82, 87 del Código del niño y adolescente. Cada una de estas normas se orientan a garantizar el bienestar del menor y su desarrollo integral. Específicamente, los art. 81 y 82 del “Código del Niño y Adolescente”, que sostiene que, en casos de tenencia, el juez debe tener en cuenta a) la situación y estado actual del menor, b) la moral e idoneidad de la madre y el padre, c) la situación psico-emocional del menor, d) el criterio del menor en la tenencia. Toda la normativa existente protege el niño en casos de tenencia, velando por su bienestar. Sin embargo, la norma dice que se debe hacer, más no plantea de manera clara el accionar del juez según cada situación, lo cual sería difícil de estipular, ya que cada caso posiblemente atendido es distinto y único. Por tanto, el criterio del juzgador, su buen racionamiento, y validación de pruebas juegan un rol trascendental para la tenencia de la patria potestad, que, por lógica, influirá sobre el buen o mal crecimiento y desarrollo del niño o adolescente. Por tanto, la legislación peruana es clara en cuanto dar las pautas y normas a los juzgadores para que respeten el interés superior del niño; no obstante, deja un gran campo para que el criterio del juzgador esté presente en los fallos, lo cual es algo subjetivo y está propenso a errores, provocando que de cierta manera se vulnere el principio mencionado. En conclusión, la normativa con respecto a la tenencia posterior al divorcio no vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018, al contrario, protege el respeto por el mencionado principio.

### 5.2.3. Prueba de la tercera hipótesis específica

La protección de la tenencia del menor como consecuencia del proceso de divorcio en la legislación extranjera a diferencia de la legislación nacional, se encuentra desprotegido.

En la normativa peruana la protección del menor en casos de conflicto de tenencia por los progenitores, está totalmente asegurada, tanto por la Constitución Política del Perú y el Código del Niño y del Adolescente, y respectivas modificatorias, en las cuales se rescatan cierto aspectos esenciales, como son: a) priorizar el interés superior del niño, b) tener en cuenta la opinión del menor para su custodia, c) emitir fallos en materia de tenencia al progenitor que mejor garantice el bienestar general del menor. Es decir, en la legislación nacional el menor no se encuentra desprotegido.

Por el lado de la normativa ecuatoriana, en casos tenencia, también toma en cuenta el interés superior del niño; además, el juez deberá determinar un régimen de visitas y deberá asegurar el pago de una pensión alimenticia que no pueden ser renunciable so transferibles. La legislación colombiana, en el art. 22 de su Constitución, manifiesta que el niño debe de crecer en un seno familiar, y en su art.23 posibilita la custodia del menor, siempre y cuando se garantice el desarrollo integral del niño y sobre todo sus derechos. Asimismo, contempla que, bajo ninguna forma, en casos de custodia, se vulnerará el interés superior del menor. La legislación costarricense tiene la figura de la conciliación entre las partes demandantes, y si el menor es lo suficientemente maduro, el juez tomará en cuenta su opinión. Sin embargo, sobre todo supuesto se encuentra el principio del interés superior del niño; el cual ha sido tomado en sus leyes y código de la infancia y adolescencia. En Argentina, se tiene la Ley N° 26021, la cual sostiene (en casos de custodia) que se debe tomar en cuenta la opinión del menor; además, brinda la garantía que se respete la integridad de los infantes y su máxima satisfacción. Por otro lado, el interés superior del niño, ha sido establecido en el art. 75, de su Constitución; además de rectificarse en la Ley 23849 que fue reproducido a partir de la “Convención de los Derechos del Niño”. Finalmente, la norma boliviana, para casos de custodia, el juez toma en cuenta el interés moral y material del menor. Sumado a ello dentro de la Ley N° 2026, art. 6 que trata sobre el “Código Niño, Niña y Adolescente”, se menciona el respeto por el principio de interés superior del niño.

En suma, en todas las normativas señaladas (incluida la peruana), como primera instancia la patria potestad puede ser una acción conciliable, que es lo más recomendable para la protección del menor. Asimismo, cada uno de estos países en sus respectivas Constituciones tiene un apartado que sostiene los derechos y deberes de los niños y adolescentes. Además, que cada uno de ellos tiene un tipo de “Código” de niños y adolescentes, en el cual prima el principio del interés superior del niño en materia de tenencia. Por lo tanto, las diversas normativas legalmente son parecidas, y cada una de ellas vela por el desarrollo integral del niño; en conclusión, en las legislaciones analizadas el menor no se encuentra desprotegido.

#### 5.2.4. Prueba de la hipótesis general

El criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio, vulnera el interés superior del menor, al ser subjetivo, al no existir normas claras de protección en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.

Ya se ha señalado, que la interpretación de una ley y la subjetividad del juzgador está propensa a fallos y, de cierta manera, no se estaría realizando una buena evaluación de la realidad, por lo cual, el vulneraría el interés superior del niño. Por otro lado, la normativa peruana es clara en dar los pilares, para que los jueces tomen en cuenta al momento de dar la patria potestad a una de las partes interesadas. Es decir, la ley es clara para enfatizar que en principio se debe garantizar el desarrollo integral del niño y adolescente. Esto misma situación ocurre en la normativa internacional, en países como Ecuador, Bolivia, Costa Rica, Argentina y Colombia, tienen un tipo de “Código”, para el niño y adolescente, que entre sus páginas queda establecido el respeto por el interés superior del niño.

Las normas de la legislación peruana sobre protección al niño, están basadas y siguen las declaraciones internacionales que velan por la seguridad del menor; sin embargo, en ocasiones la normativa es interpretable, causando que el

criterio del juez tenga un papel importante al momento de dar un fallo, el cual puede ser objetivo a lo que dice la ley o pueda que vulnere ciertos aspectos, esto debido a un criterio erróneo causado por la propia subjetividad. Por otro lado, la claridad de la normativa, como se mencionó, está presente; no obstante, faltan muchos aspectos que puedan especificar más y no dejar a interpretación del juez, es decir, no deben de ser ambiguas, en tal caso, si se estaría hablando de una claridad total de la legislación y que su aplicación sea objetiva y no subjetiva. Por lo tanto, en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018, en casos de tenencia, se estaría vulnerando el principio del interés superior del niño, de manera parcial, y principalmente por la subjetividad del juez al emitir un fallo y no por la falta de una norma clara.

### 5.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El trabajo encontró que, en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018, en casos de tenencia, la vulneración del principio de interés superior del niño, se estaría vulnerando a causa de la subjetividad del juzgador, principalmente, y no por la falta de una normativa clara. Lo cual estaría sesgando la tenencia de los hijos mayormente a la figura materna, debido a una mera “tradición”, o por el mal criterio del juzgador. Algo similar fue mencionado por Acosta (2017) indicando que, en la mayoría de los casos y por mera “tradición”, la custodia del niño queda a cargo de la madre; es decir, se valora más el interés de la madre que el interés superior del niño. Por su lado, Obispo (2018) evidenció también que es importante considerar el interés superior del menor durante un proceso de tenencia para asegurar su integridad, y que por criterio del juez no se vulnere este principio. Además, López (2016) indicó que el papel de los jueces para la emisión de mejores sentencias de tenencia es crucial para el respeto del interés superior de los menores con tenencias compartidas; sin embargo, su criterio, en ocasiones puede estar errado.

En cuanto a la legislación peruana, se identificó que es clara en cuanto dar las pautas y normas a los juzgadores para que respeten el interés superior del

niño; en casos de tenencia posterior en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018, al contrario, protege el respeto por el mencionado principio. Esto mismo lo señala Arcana (2018), sosteniendo que la legislación peruana aplica la doctrina destinada a la protección integral del menor mediante la consideración y el respeto del interés superior del mismo con respecto a situaciones de tenencia de menores. Similarmente, Chávez y Chevarría (2018) también sostuvieron que la doctrina de protección integral del menor está alineada con el respeto por el interés superior del menor en situaciones de tenencia en la jurisdicción peruana. De igual manera Ríos y Saravia (2018) identificó que la legalidad de la tenencia de menores en el Perú está sustentada con la consideración de los criterios del interés superior de los menores. En contraparte para Rojas (2018) en la legislación peruana se evidencia un vacío que se refiere a la no garantía del interés superior del menor para situaciones de tenencia compartida, por lo que el criterio del juez es clave para el respeto del interés superior del menor ya sea por debajo o por encima de los intereses de los padres demandantes en juicios de tenencias.

Por el lado de las diversas normativas de los países analizados, se halló que legalmente son parecidas, y cada una de ellas vela por el desarrollo integral del niño. Asimismo, lo señala a Salinas (2015), que la legislación ecuatoriana al 2015 se basa en una serie de criterios patriarcales para el otorgamiento de la custodia de menores a las madres y el pago de pensión de alimentos por parte de los padres. Sin embargo, en el trabajo de Ronnfeldt (2016) que, en su estudio hecho en Illinois, las sentencias por custodia, estuvieron marcadas por la percepción de la doctrina del interés superior de menores; no obstante, los fallos beneficiaban desproporcionalmente a las madres por encima de los padres, en donde ni siquiera el factor de solvencia económica resultó relevante para que los jueces den una custodia compartida, dando este poder a las madres.

## CONCLUSIONES

- En los casos de disputa de la tenencia del menor, el juzgado suele tomar decisiones en base al principio de interés superior del niño, acorde a sus criterios, y corriendo el riesgo de cometer errores. Respecto a ello, del estudio se concluyó que, en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018, se vulneró el interés superior del menor, principalmente por ser subjetivo, a pesar de la existencia normas claras de protección en los procesos tramitados.
- La interpretación subjetiva del juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera ampliamente el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018. Esto se evidenció claramente, en las estadísticas, las cuales señalaron que el 40% manifestó que hubo vulneración alta, y que el 43.3% consideró como malo el criterio optado por el juzgador.
- La normativa peruana cuenta con reglas claras respecto a la tenencia posterior al divorcio que no vulneran el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018. Esto nos indica que el país cuenta con normas que protegen al menor, siendo las más representativas las que se encuentran en los artículos 18, 9, 7 y 6 de la Constitución, los art. 54, 46 del Código Civil y sobre todo los art. 81, 82, 87 del Código del niño y adolescente.
- La legislación de otros países cuenta con códigos vigentes del niño y adolescente, que entre sus páginas señalan el respeto por el principio del interés superior del niño; demostrándose así que, en los países estudiados, los derechos del niño se encuentran bien protegidos al igual que en el Perú.

## RECOMENDACIONES

- Para determinar la tenencia de un menor, se recomienda que en lo posible se evite que las decisiones sean tomadas de forma subjetiva, ya que existen normativas claras para que la decisión de con quién se queda el menor sea la más óptima, para lo cual deben aplicar un mejor análisis principalmente del Código del Niño y del Adolescente, y complementar con otras normativas que busquen el interés del menor.
- Para evitar que se vulnere el interés superior del menor, por aplicar una interpretación subjetiva por parte del juzgador, se recomienda que los criterios de decisión se rijan de forma estricta a la normativa del Perú y de ser necesario se tome complemento a la normativa internacional, con el fin de aplicar un derecho objetivo en las decisiones de tenencia, para priorizar en todo momento el mejor bienestar para el menor.
- Para que los juzgadores eviten aplicar un derecho subjetivo, deben de tomar principalmente sus decisiones en función a las normas más representativas que se encuentran en los artículos 18, 9, 7 y 6 de la Constitución, los art. 54, 46 del Código Civil y sobre todo los art. 81, 82, 87 del Código del niño y adolescente. Ya que cada una de estas normas se orientan a garantizar el bienestar del menor y su desarrollo integral.
- En la determinación de una tenencia, se recomienda que, si se presentaran vacíos en la interpretación de normativas, que provoquen que las decisiones sean direccionadas a ser tomadas de forma subjetiva, estas sean reformuladas, en base a las normativas de los países analizados, ya que estos cuentan también con una legislación que da importancia al principio del interés superior del niño.
- Se recomienda que los resultados obtenidos en esta investigación sean publicados y compartidos en los diversos juzgados de la provincia de Huancayo y en las diferentes casas de estudios en las que se enseñe

derecho, con el propósito de que se conozca el efecto de los criterios de los jueces, respecto al otorgamiento de la tenencia, en el interés superior de los menores.

- Si los resultados hallados en esta investigación no se hacen públicas ni se comparten se corre el riesgo que las resoluciones judiciales no primen el bienestar del menor y se falle en base a percepciones y criterios errados.
- Se recomienda que se realicen más investigaciones sobre el tema, en diversos distritos y provincias, para conocer los fallos y el estado de los procesos de tenencia de menores, y así se conozca la situación jurídica en toda la región de Junín.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, E. (2017). *“El interés superior del niño y la custodia compartida”*. Ambato: Universidad Técnica de Ambato.
- Agencia Peruana de Noticias Andina. (16 de Junio de 2018). "Señalan necesidad de realizar cambios en los procesos de tenencia de hijos". *Andina*, págs. 1-3.
- Arcana, J. G. (2018). *La aplicación del interés superior del niño en la variación de tenencia*. Lima: Universidad Norbert Wiener, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho.
- Ballesté, I. (2012). "El interés superior del niño: concepto y delimitación". *Revista de la Universidad de Barcelona*, 93-96.
- Beloff, M. (1999). "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar". *Justicia y Derechos del niño*, 9-22.
- Burgos, L. C. (2017). *"Criterios que determinan la tenencia compartida en el juzgado de familia-Chimbote-2017: interés superior del niño"*. Nuevo Chimbote: Universidad César Vallejo.
- Cáceres, Á. (2016). *Vulneración y violación del interés superior del niño, en la tenencia compartida de familias disfuncionales en el distrito del Cusco año 2015*. Cusco: Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Escuela de Post Grado.
- Cadena, J. (2015). *"Derecho de familia"*. Quito: Hermografic Ecuador.
- Campos, S. (2009). "La convención sobre derechos del niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia". *IIDH*, 351-377.
- Castro, A. (2017). La asignación de la custodia y protección personal de las niñas, niños y adolescentes en Colombia, derechos y obligaciones de los padres. *Universidad Católica*, 1-44.

- Chávez, F., & Montalvo, R. (2017). *“los estándares mínimos de valoración para la custodia y la tenencia compartida, en la ciudad de Huancayo, 2016-2017”*. Huancayo: Universidad Peruana Los Andes.
- Chávez, J., & Chevarría, J. E. (2018). *El interés superior del niño, niña y adolescente: Un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Chopitea, A. P. (2017). *Vulneración del principio del interés superior del niño por la inaplicación de la tenencia compartida en los procesos de divorcio y tenencia, tramitados en el primer juzgado de familia de Tarapoto durante el 2015-2016*. Tarapoto: Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho.
- Chunga, F., Chunga, C., & Chunga, L. (2012). *Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos*. Lima: Grijley.
- Cillero, M. (2004). *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. Chile: OEA.
- Contreras, R. E. (2015). "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido". *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70.
- Cornejo, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Decreto Legislativo N°295. (2015). *Código Civil*. Lima: Poder Ejecutivo .
- Defensoría del pueblo del Perú. (2018). *"Informe N° 001-2018-DP/AAC: El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos"*. Lima: Defensoría del pueblo.
- Delgado, V. (2018). "La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? *Espirales revista multidisciplinaria de investigación*, 1-10.
- Duarte, R. (2015). *Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho.

- Espinoza, C. (2010). *"Metodología de investigación tecnológica. Pensando en sistemas"*. Huancayo, Perú: Imagen Gráfica SAC.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2006). *"Convención sobre los derechos del niño. 1946-2006"*. Madrid: Publicaciones UNICEF Comité español. .
- Galvis, L. (2009). "La Convención de los Derechos del Niño veinte años después". *La Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 587-619.
- Garay, M. (2009). *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio: tenencia unilateral o tenencia compartida*. Lima: GRIJLEY.
- Gobierno de Bolivia. (1977). *"Código de familia"*. Cochabamba: Ministerio de Comunicación de Bolivia.
- Gobierno del Perú. (1984). *"El Código Civil. Decreto Legislativo n°295"*. Lima : El Peruano.
- Gobierno del Perú. (1993). *"Constitución Política Del Perú"*. Lima (Perú), PERU: El Peruano.
- Gobierno del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima: El Peruano.
- Gobierno del Perú. (2000). *"El nuevo código de los niños y adolescentes aprobado con la ley n°27337"*. Lima: El Peruano.
- Gobierno del Perú. (2016). *Ley N° 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales par ala consideración primordial del interés del niño"*. Lima: El Peruano.
- Gobierno del Peru". (2008). *"Ley N°29269. Ley que modifica los artículos 81 y 84 del código de los niños y adolescentes incorporando la tenencia compartida"*. Lima : El Peruano.
- Gonzales, C. (2007). *"El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia"*. Lima.

- González, S. (2020). *Las reformas legales en el sistema Judicial Ecuatoriano en relación con los litigios de tenencia de los hijos*. Guayaquil: Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.
- Hawie, I. (2015). *"Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia"*. Lima: Gaceta jurídica.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *"Metodología de la investigación - Sexta edición"*. México D.F.: Mc Graw Hill education.
- Katayama, R. (2014). *Introducción a la investigación cualitativa*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Ley 100. (2014). *Código de la niñez y adolescencia*. Ecuador: Lexis.
- Ley N°27337. (2000). *Código de los niños y adolescentes*. Lima: Congreso de la República del Perú .
- Llancari, S. (2010). "El interés superior de la niñez como principio fundamental en la convención sobre los derechos del niño Y En El Código de los niños y adolescentes". *Revista UNMSM*.
- Llanos, B. A. (2009). "La Tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida". *Revista PUCP*, 191-197.
- López, V. P. (2016). *Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de familia de lima: principio de interés superior del niño” dirigida a la “Universidad de Huánuco Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Huánuco: Universidad de Huánuco Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Mauricio, F. (2019). *Fundamentos jurídicos y fácticos para otorgar la tenencia compartida, en aplicación del interés superior del niño y a la luz de la legislación comparada*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego, Escuela de Posgrado.

- Mejía, P., & Ureta, M. (2007). *Tenencia y régimen de visitas*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas. .
- Morales, M. (2017). *El interés superior del niño en el proceso de tenencia*. Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal, Escuela Universitaria de Posgrado.
- Noblecilla, S. P. (2014). *Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño*. Trujillo: Universidad Privada del Norte, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carrera de Derecho.
- Novoa, J. (24 de Mayo de 2017). "¿Cómo funciona la custodia de menores compartida?". *Legis. Ámbito Jurídico*, págs. 1-4.
- Obispo, V. C. (2018). *La tenencia compartida y vulneración al interés superior del menor en el derecho de familia peruano*. Huaraz: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela de Derecho.
- Pacheco, L. (2017). La jurisprudencia constitucional peruana en torno al Interés Superior del Niño. En S. Sanz, *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (págs. 151-170). Navarra: Editorial Aranzadi.
- Peña, K. (2016). *Impugnación de Paternidad de hijo Extramatrimonial desde la perspectiva del interés superior del niño en el sistema jurídico peruano. expediente n° 3873-2014-San Martín- caso: xxx. Loreto – Maynas*". Loreto: Universidad San Juan Bautista.
- República Argentina. (2005). *Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*". Buenos Aires: Boletín Oficial de la República Argentina.
- República de Costa Rica. (1998). *Código de la Niñez y la Adolescencia. No. 7739*". San José: Asamblea legislativa de la República de Costa Rica.

- Retamozo, J. H. (2018). "*Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre demanda de alimentos en el expediente n° 01012-2016-0-1501-JP-FC-02. del distrito judicial de Junín 2018*". Lima: Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote".
- Rios, E., & Saravia, H. (2018). *La tenencia del niño y su principio de interés superior*. Iquitos: Universidad Nacional de la Amazonia Peruana.
- Rodríguez, S. (2015). La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. *Rev. boliv. de derecho*, 562-575.
- Rojas, D. R. (2018). *La tenencia compartida acordada en los centros de conciliación extrajudicial y la vulneración del principio del interés superior del niño en el Perú*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela Profesional de Derecho.
- Romero, J. (2019). "*El incumplimiento del régimen de visitas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 2016 – 2017*". Huancayo: Universidad Continental.
- Ronnfeldt, D. (2016). "*Does Gender Still Matter? Child Custody Bias in the Illinois Family Court System*". Bloomington-Normal: Illinois State University.
- Salinas, L. F. (2015). *La custodia compartida como mecanismo para la aplicación del principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes*. Abmato: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ambato.
- Sokolich, M. (2013). "La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano". *VOX JURIS. USMP*, 81-90.
- Varsi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia, Tomo III*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Villabella, C. (2015). "Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones". *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 921-953.

Zamora. (2018). *Análisis del proceso de tenencia, respecto de los criterios técnicos jurídicos orientados por el síndrome de alienación parental y el interés superior del niño y adolescente, en base al expediente N° 190-2009-1° JF*. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

Ziphokazi, S. (2016). *“The best interests of the child: a critical evaluation of how the South Africa court system is failing to use section 7 of the Children's Act accordingly in divorce proceedings”*. Ciudad del Cabo: University of Cape Town.

## **ANEXOS**

## ANEXO 1

### MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: “Criterio del juzgador en el otorgamiento de la tenencia y el interés superior del menor en el 4to juzgado de familia de el tambo, 2017-2018”

Autor(es): Lizarbe Alcantara, Eulogia

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p><b>PROBLEMA GENERAL</b> ¿De qué manera el criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018?</p> <p><b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>¿De qué manera el criterio subjetivo del juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018?</li> <li>¿De qué manera la regulación normativa sobre tenencia vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado</li> </ol>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b> Determinar de qué manera el criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>Determinar de qué manera el criterio subjetivo del juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.</li> <li>Determinar de qué manera la regulación normativa sobre tenencia posterior al divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de</li> </ol>	<p><b>HIPÓTESIS GENERAL</b> El criterio asumido por el juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio, vulnera el interés superior del menor, al ser subjetivo, al no existir normas claras de protección en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.</p> <p><b>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>La interpretación subjetiva del juzgador en la tenencia como consecuencia del proceso de divorcio vulnera ampliamente el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.</li> <li>La existencia de normas clara respecto a la tenencia posterior al divorcio vulnera el interés superior del menor en los procesos tramitados en el 4to</li> </ol>	<p><b>Variable independiente:</b> <b>X= Criterio del juzgador en el otorgamiento de la tenencia</b></p> <p><b>INDICADORES:</b> X1=Criterio subjetivo X2=Regulación normativa sobre tenencia X3= Protección de la legislación nacional a diferencia de la legislación comparada</p> <p><b>Variable dependiente:</b> <b>Y= Interés superior del niño</b></p> <p><b>INDICADORES:</b></p>	<p><b>Método:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>General: Análisis – Síntesis.</li> <li>Específico: Jurídico social</li> </ul> <p><b>Tipo de Investigación:</b> Básica</p> <p><b>Nivel de Investigación:</b> Explicativo</p> <p><b>Diseño:</b> No experimental transversal explicativo</p> <p><b>Población:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>30 sentencias</li> <li>100 encuestados</li> <li>05 Países</li> </ul> <p><b>Muestra:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>5 sentencias</li> <li>30 Encuestados</li> <li>04 Países</li> </ul>

de Familia de El Tambo, 2017-2018?	Familia de El Tambo, 2017-2018.	Juzgado de Familia de El Tambo, 2017-2018.	Y1=Principio garantista del menor	<b>Tipo de muestreo:</b> Dirigido
3. ¿Cómo está protegido la tenencia del menor como consecuencia del proceso de divorcio en la legislación extranjera a diferencia de la legislación nacional?	3. Analizar cómo está protegido la tenencia del menor como consecuencia del proceso de divorcio en la legislación extranjera a diferencia de la legislación nacional.	3. La protección de la tenencia del menor como consecuencia del proceso de divorcio en la legislación extranjera a diferencia de la legislación nacional, se encuentra desprotegido.	Y2=Satisfacción de los derechos fundamentales del menor	<b>Técnicas e instrumentos de recolección de datos:</b> Análisis documental
			Y3=Desarrollo armónico integral del menor	Encuesta

## ANEXO 2

### MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variable	Definición conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítems	
Criterio del juzgador en el otorgamiento de la tenencia	Según Varsi (2012) la tenencia consiste en el deber y el derecho que poseen los progenitores para poder sostener tanto una relación directa como una convivencia inmediata con los hijos, también es el derecho del hijo menor de tener convivencia con el progenitor que le proponga las adecuadas condiciones de vida. La tenencia, es un atributo que se relaciona con el ejercicio de la patria potestad la cual está enfocada en que se pueda lograr el desarrollo de la personalidad de los menores y que adicionalmente no es exclusiva de los progenitores.	Criterio subjetivo	La tenencia	1, 2	
			La valoración de los medios	3, 4	
		Regulación normativa sobre tenencia	Base legal acerca de la tenencia	5, 6	
			Protección de la legislación nacional a diferencia de la legislación comparada	Legislación nacional	7, 8
				Legislación comparada	9, 10
Interés superior del niño	Es un principio de carácter fundamental cuya aplicación es obligatoria para los procesos legales referidos a la etapas de la vida de la niñez y adolescencia, este consiste en la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de todos los niños, teniendo en consideración a la evolución y el desarrollo de su personalidad en un ambiente que sea adecuado y confortable para ellos, cuyo fin primordial vaya a ser el bienestar general de los niños (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2006)	Principio garantista del menor	No discriminación	11, 12	
			Derecho a la vida, supervivencia y al desarrollo del niño	13, 14	
			Asuntos que afecten la vida personal del niño	15, 16	
		Satisfacción de los derechos fundamentales del menor	Factores	17, 19	
			Parámetros	20, 21	
		Desarrollo armónico integral del menor	Garantías procesales	22, 23	
			Dignidad del menor	24, 25	
Desarrollo del menor	26, 27				

## ANEXO 3

### INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Escuela Profesional de Derecho

Buen día Sr(a), este cuestionario pretende recopilar información acerca del criterio del juzgador para el otorgamiento de la tenencia y el interés superior del menor en el 4to Juzgado de Familia del distrito de El Tambo. Toda la información vertida en este documento es confidencial total y esta destinada únicamente para lo fines de esta investigación.

#### I. INFORMACIÓN GENERAL Y PERSONAL

1.1. Apellidos y Nombres:

1.2. Sexo:

M

F

1.3.

Edad:

1.4. Nivel Educativo:

1.5. Cargo:

#### II. CRITERIO DEL JUZGADOR PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

A continuación se le presenta un cuestionario, marque con una X según coinda con su opinión.

Escala	5	4	3	2	1
	Totalmente de acuerdo	De acuerdo	Ni de acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Totalmente desacuerdo

	ÍTEM	Totalmente de acuerdo	De acuerdo	Ni de acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Totalmente desacuerdo
<b>Criterio del juzgador para el otorgamiento de la tenencia</b>						
1	¿Usted considera que la tenencia de un menor se debe determinar tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente?					
2	¿Usted considera que la variación de la tenencia de un menor resulta dañina trastornando al menor?					
3	¿Usted considera que la idoneidad moral y material del padre tiene menor consideración legal antes la idoneidad de la madre por más inadecuada que sea?					
4	¿Usted considera que se debe considerar la estabilidad emocional y el apego del menor frente al progenitor que reclame su tenencia?					
5	¿Usted considera que a pesar de la modificación de la ley N°27337, con la ley N°29269 la legislación sobre tenencia en el Perú resulta inadecuada?					
6	¿Usted considera que la base legal acerca de la tenencia de menores especificada en la constitución y el código civil, código de los niños-adolescentes y sus modificaciones se cumple adecuadamente en la realidad?					
7	¿Usted considera que se respeta la difusión y promoción de la paternidad y maternidad responsable en el país?					
8	¿Usted considera que en la legislación peruana se respeta que los menores sean separados de sus padres contra su voluntad de estos en casos específicos para proteger la integridad del menor?					
9	¿Usted considera que el Perú está más desarrollado en materia legal de tenencia de menores en comparación a otros países?					
10	¿Usted considera que la legislación peruana está desarrollada en materia de tenencia comparada frente a otras legislaciones latinoamericanas?					
<b>El interés superior del menor</b>						
11	¿Usted considera que en nuestra realidad se respeta el derecho a la no discriminación para el incumplimiento del principio garantista del menor?					
12	¿Usted considera que en nuestra realidad el derecho de la no discriminación se alinea con la doctrina internacional de la protección integral menor?					
13	¿Usted considera que en nuestra realidad se respeta el derecho a la vida, supervivencia y el desarrollo para el cumplimiento del principio garantista del menor?					
14	¿Usted considera que en nuestra realidad se respeta el derecho a la vida, supervivencia y el desarrollo se alinea con la doctrina internacional de la protección integral del menor?					
15	¿Usted cree que en nuestra realidad se respeta la opinión del niño en todos los asuntos que lo vayan a perjudicar para el cumplimiento del principio garantista del menor?					
16	¿Usted considera que en nuestra realidad se respeta la opinión del niño?					
17	¿Usted considera que las expresiones y deseos de los menores aportan a la satisfacción de los derechos fundamentales del menor?					
18	¿Usted considera que el entorno familiar de los menores aportan a la satisfacción de los derechos fundamentales del menor?					
19	¿Considera que la predictibilidad de la situación futura que vaya a enfrentar un menor aporta a la satisfacción de los derechos fundamentales del menor?					
20	¿Considera que en nuestra realidad se reconoce a los niños como titulares de derechos en los juicios de tenencia para hacer valer el interés superior del menor?					
21	¿Considera que en nuestra realidad se reconoce totalmente el alcance de la convención de los derechos del niño, niña y adolescente en los juicios de tenencia para hacer valer el interés superior del menor?					
22	¿Considera usted que en nuestra realidad hay profesionales capacitados que evalúan adecuadamente los hechos para garantizar el interés superior del menor?					
23	¿Considera usted que en nuestra realidad la dilatación de procesos legales de tenencia afectan la evolución y el desarrollo normal de los niños vulnerando el interés superior del menor?					
24	¿Considera que en nuestra realidad para los juicios de tenencia se reconoce en pleno desarrollo de la personalidad del niño para que crezca en un ambiente adecuado?					
25	¿Considera que en nuestra realidad para los juicios de tenencia se respetan todos los derechos fundamentales del menor?					
26	¿Considera que en nuestra realidad para los juicios de tenencia se tiene en cuenta la necesidad de propiciar el desarrollo integral del menor?					
27	¿Considera que en nuestra realidad para los juicios de tenencia se tiene en consideración del desarrollo integral del menor en todo aspecto de su vida?					

## ANEXO 4

### BASE DE DATOS: Cuestionario

N°	ítem1	ítem2	ítem3	ítem4	ítem5	ítem6	ítem7	ítem8	ítem9	ítem10	ítem11	ítem12	ítem13	ítem14	ítem15	ítem16	ítem17	ítem18	ítem19	ítem20	ítem21	ítem22	ítem23	ítem24	ítem25	ítem26	ítem27	
1	3	2	3	2	1	2	1	2	3	2	3	2	3	1	2	2	3	2	1	2	2	3	3	3	5	2	2	
2	3	2	3	2	1	2	1	2	3	2	3	2	3	1	2	2	3	2	1	2	2	3	3	3	5	2	1	
3	3	2	3	2	1	2	1	2	3	2	3	2	3	1	2	2	3	2	1	2	2	3	2	3	2	1	2	
4	3	2	3	2	1	2	1	2	3	2	3	2	3	1	2	2	3	2	1	2	2	3	1	3	2	1	2	
5	3	2	3	2	1	2	1	2	3	2	3	2	3	1	2	2	3	2	1	2	2	2	3	3	2	2	1	
6	3	2	3	2	1	2	1	2	3	2	3	2	3	1	2	2	3	2	1	2	5	2	1	2	1	2	2	
7	3	2	3	2	1	2	1	2	3	2	3	2	3	1	2	2	3	2	1	3	2	2	3	3	3	2	1	
8	3	4	2	4	5	3	3	5	3	3	5	4	3	4	4	5	5	4	1	4	4	5	4	4	5	4	4	
9	3	4	2	3	3	2	3	2	3	2	3	2	2	2	3	2	3	1	3	2	3	3	3	2	2	3	3	
10	3	2	1	1	2	1	2	1	1	2	2	1	2	1	2	2	1	1	2	3	3	2	1	1	2	3	1	
11	5	4	4	4	3	4	5	5	4	5	5	4	5	5	4	5	4	3	4	5	5	5	5	4	4	5	5	
12	5	5	4	4	5	5	4	3	3	4	4	4	5	5	5	4	3	4	5	4	5	5	4	5	4	3	3	
13	3	2	2	1	2	2	1	2	3	2	4	4	5	5	5	4	3	4	5	4	5	5	4	5	4	3	3	
14	2	1	3	2	2	2	1	2	1	1	2	1	3	1	2	3	1	3	2	2	2	1	1	2	3	2	3	
15	5	4	3	4	4	5	4	5	4	5	4	1	4	3	5	5	5	4	4	3	4	4	5	4	4	4	4	
16	3	2	1	2	2	1	1	1	2	2	3	2	1	1	2	2	1	1	1	2	2	1	2	2	2	1	2	
17	5	4	5	4	4	4	4	4	4	5	4	5	4	3	4	4	5	4	4	3	5	4	5	4	4	5	5	
18	5	4	4	4	4	5	4	4	4	4	4	5	4	5	5	5	3	4	3	4	4	4	4	5	5	4	3	
19	3	2	3	2	1	2	5	2	3	2	3	2	3	1	2	2	3	2	1	2	2	3	3	3	2	1	2	
20	5	4	3	3	3	4	4	4	4	3	3	3	5	3	5	3	4	4	5	3	4	4	5	5	4	4	5	4
21	3	2	1	1	1	1	2	3	1	3	2	2	3	1	3	2	1	3	2	1	1	3	2	3	3	2	2	
22	5	4	5	4	4	5	3	4	5	3	3	5	3	4	4	5	5	4	5	4	5	5	5	4	5	5	5	
23	3	2	1	1	2	1	2	1	1	2	3	1	3	3	3	2	2	1	1	1	3	3	3	2	3	2	3	
24	5	5	5	5	5	4	4	4	4	5	4	5	5	4	5	4	4	3	5	5	3	4	5	5	4	5	4	
25	4	5	4	5	3	3	4	3	4	3	5	4	3	5	5	4	4	3	4	5	4	5	5	5	4	5	3	
26	5	2	5	4	4	5	3	5	4	4	4	4	5	3	5	4	5	4	3	3	4	4	5	5	5	5	4	
27	5	4	5	4	4	4	5	5	4	3	4	5	3	5	4	4	5	5	5	4	5	4	3	4	4	4	4	
28	5	4	3	4	5	4	3	5	4	3	5	4	3	4	5	4	5	4	3	4	3	3	3	4	4	4	3	5
29	5	4	4	4	3	4	5	5	4	5	5	4	5	5	4	5	4	3	4	5	5	5	5	4	4	5	5	
30	5	4	5	4	4	4	4	4	5	4	5	4	3	4	4	5	4	4	3	5	4	5	4	4	4	5	5	