

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

**LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO
LOS PADRES AFINES AL RÉGIMEN DE VISITAS EN
LAS UNIONES DE HECHO PROPIAS, EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

Para optar : El título profesional de abogado
Autor(es) : Bach. Huaroc Guerrero Victor
Asesor : Mg. Tapia Flores Caroline Isabelle
Línea de investigación : Desarrollo humano y derechos
Institucional
Área de investigación : Ciencias sociales
Institucional
Fecha de inicio y : 15-12-2021 y 25-07-2022
culminación

HUANCAYO – PERÚ

2023

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

MG. PAZ VELA MARIANO MAXIMILIANO

Docente Revisor Titular 1

MG. CAJAHUANCA QUISPE RUTH DENISSE

Docente Revisor Titular 2

ABG. SANTIVAÑEZ CALDERON KATYA LUZ

Docente Revisor Titular 3

Dr. ROMERO QUISPE JACOBO

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA:

A Dios, a mis padres, y a todas aquellas personas que me apoyaron en el desarrollo de la presente investigación.

AGRADECIMIENTO

Deseamos agradecer a todas las personas que intervinieron directa e indirectamente para el desarrollo de la presente tesis. Asimismo, deseamos agradecer a nuestro asesor metodológico, por su orientación en el desarrollo y elección del tema de investigación.

CONSTANCIA DE SIMILITUD

CONSTANCIATRABAJOS DE INVESTIGACIÓN POR EL SOFTWARE DE PREVENCIÓN DE PLAGIO
TURNITIN

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, hace constar por la presente, que el informe final de tesis titulado:

“LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO LOS PADRES AFINES AL RÉGIMEN DE VISITAS EN LAS UNIONES DE HECHO PROPIAS, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.”

AUTOR (es) : **VICTOR HUAROC GUERRERO**
ESCUELA PROFESIONAL : **DERECHO**
FACULTAD : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**
ASESOR (A) : **MG. TAPIA FLORES CAROLINE ISABELLE**

Que fue presentado con fecha: 05/06/2023 y después de realizado el análisis correspondiente en el software de prevención de plagio Turnitin con fecha: 08/06/2023; con la siguiente configuración del Software de prevención de plagio Turnitin:

- Excluye bibliografía.
- Excluye citas.
- Excluye cadenas menores a 20 palabras
- Otro criterio (especificar)

Dicho documento presenta un porcentaje de similitud de **27 %**

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecido en el artículo N° 11 del Reglamento de uso de software de prevención del plagio, el cual indica que no se debe superar el 30%. Se declara que el trabajo de investigación: Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 15 de junio del 2023.



Dr. Oscar Lucio Ninamango Solís
**DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.**

CONTENIDO

HOJA DE JURADOS REVISORES	ii
CONSTANCIA DE SIMILITUD.....	iii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONTENIDO	v
RESUMEN	ix
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	xiii

CAPITULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1.Descripción de la realidad problemática	16
1.2.Delimitación del problema	18
1.2.1.Delimitación espacial.....	18
1.2.2.Delimitación temporal	18
1.2.3.Delimitación conceptual	18
1.3.Formulación del problema.....	18
1.3.1.Problema general	18
1.3.2.Problemas específicos.....	18
1.4.Justificación de la investigación	19
1.4.1.Justificación Social	19
1.4.2.Justificación Teórica.....	19

1.4.3.Justificación Metodológica	20
1.5.Objetivos de la investigación	20
1.5.1.Objetivo general.....	20
1.5.2.Objetivos específicos	21
1.6.Hipótesis de la investigación	21
1.6.1.Hipótesis General.....	21
1.6.2.Hipótesis Especificas	21
1.6.3.Operacionalización de categorías	21
1.7.Propósito de la investigación.....	24
1.8.Importancia de la investigación.....	24
1.9.Limitaciones de la investigación	25

CAPÍTULO II

MARCO TÉORICO

2.1.Antecedentes de la investigación.....	26
2.2.Bases teóricas de la investigación	29
2.3.Marco conceptual	31

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1.Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica	351
3.2.Método de investigación	51
3.3.Diseño metodológico.....	51

3.3.1.Trayectoria del estudio	52
3.3.2.Escenario de estudio	52
3.3.3.Caracterización de sujetos o fenómenos	52
3.3.4.Técnicas e instrumentos de recolección de datos	52
3.3.5.Tratamiento de la información.....	53
3.3.6.Rigor científico	53
3.3.7.Consideraciones éticas	53
CAPÍTULO IV	
RESULTADOS	
4.1.Descripción de los resultados	56
4.2.Contrastación de las hipótesis	58
4.3.Discusión de Resultados	59
4.4.Propuesta de mejora	59
CONCLUSIONES.....	64
RECOMENDACIONES	65
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66
ANEXOS.....	68

RESUMEN

El tema plantado aborda un tema esencial y fundamental, por el cual se ha desarrollado todo un análisis dogmático de las instituciones jurídicas identificadas, tomando en cuenta aspectos materiales como el derecho de los padres a visitar a los denominados hijos afines, así como haber realizado toda una valoración dogmática de los derechos del menor.

El problema general de la presente es: ¿De qué manera debe reconocerse el derecho los padres afines al régimen de visitas en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano?, siendo su objetivo general: determinar de qué manera debe reconocerse el derecho los padres afines al régimen de visitas en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano. La hipótesis general planteada fue que: el derecho los padres afines al régimen de visitas debe reconocer en función del principio del interés superior del niño y la socioafectividad en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano. Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, enfoque cualitativo, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, el nivel de investigación es de tipo explicativo, de diseño de investigación no experimental y de carácter transversal. Como conclusión de la presente investigación se ha mencionado lo siguiente: Se ha determinado que el derecho los padres afines al régimen de visitas debe reconocerse en función del principio del interés superior del niño y la socioafectividad en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.

Sobre este aspecto, es bastante relevante señalar que esta regulación propuesta contiene un aspecto fundamental que debe señalarse por la trascendencia social que guarda aparejada, básicamente por el hecho de haber tomado en cuenta elementos necesarios como la figura jurídica del padre afín y del hijo afín, no regulados anteriormente en la legislación peruana, de ahí su necesaria taxatividad sugerida.

Por ende, la propuesta presente se adscribe en un mayor reconocimiento y tutela de los derechos del menor, con la finalidad que puedan tener cada vez una mayor protección en su desarrollo y bienestar.

PALABRAS CLAVES: Derecho los padres afines, Régimen de visitas, Comunicación con los hijos.

ABSTRACT

Like-minded parents whose relationship has been maintained on the best terms with like-minded children and at the same time constitutes a very important model for their integral development, can also demand a visitation regime, based on the principle of the best interests of the boy, girl and Teen. It is considered that this principle to which we refer constitutes the enhancement of rights based on mental and physical integrity, seeking the evolution and development of the personality in a pleasant and healthy environment, with the aim of providing well-being. In short, the principle refers to the well-being of minors, with this circumstance prevailing over any other. The general problem of the present is: How should the right of related parents to the visitation regime be recognized in their own de facto unions, in the Peruvian legal system?, being its general objective: to determine how the right should be recognized. parents related to the visitation regime in their own de facto unions, in the Peruvian legal system. The general hypothesis raised was that: The right of parents related to the visitation regime must be recognized based on the principle of the best interest of the child and socio-affectiveness in their own de facto unions, in the Peruvian legal system. The general methods that were used were the inductive-deductive method, a qualitative approach, the type of research being that of a social legal nature, the level of research is explanatory, non-experimental research design and transversal in nature.

As a conclusion of the present investigation, the following has been mentioned: 1. It has been determined that the right of related parents to the visitation regime must be recognized based on the principle of the best interest of the child and socio-affectiveness in their own de facto unions, in the Peruvian legal system. In the Peruvian legal system, it is possible to recognize the right to the visitation regime for the related father in de facto unions for the best interest of the child and privileging socio-affectiveness.

KEY WORDS: Right of related parents, Visitation regime, Communication with children.

INTRODUCCIÓN

Cabe señalar que la decisión de conceder visitas a familiares debe incorporar los principios del interés de los menores antes mencionados, teniendo en cuenta los sentimientos y deseos de los menores, según su madurez y edad, así como las necesidades afectivas, deportivas y educación, el sistema antes mencionado será determinado por el Juez de Liquidación local, un magistrado evaluará las condiciones descritas y tomará una decisión al respecto.

López (2015) argumenta que, de acuerdo con los principios legales, se deben evaluar las condiciones y el contexto en el que surgen tales necesidades. Quienes evalúan un caso deben procurar aplicar los principios del interés superior del niño, niña y joven, teniendo en cuenta sus perspectivas de futuro y necesidades básicas: alimentación, estado emocional, desarrollo biológico, físico, cognitivo, social y afectivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que todo niño o niña tiene derecho a planificar su vida, el mismo debe ser promovido y cuidado por el Estado. Para aplicar el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia, se deben considerar ciertos elementos, que son la base para poder aplicar el principio: son: las expresiones y deseos; el entorno familiar y social; y finalmente, previsibilidad. La expresión y el deseo están ligados a la capacidad de obrar innata del menor, en relación con el grado de desarrollo afectivo e intelectual que le permite determinar libremente sus deseos y comportamientos; los menores que tienen la madurez suficiente, independientemente de su edad, para ejercer sus derechos y determinar sus deseos; en los casos en que no se pueda contar con la madurez, los menores recibirán la ayuda de especialistas en psicología infantil para determinar sus deseos.

El entorno familiar y social es el conjunto del entorno social, familiar, educativo, cultural, moral, etc. los que involucren a menores de edad; para tomar la decisión adecuada es necesario señalar cada uno de ellos; y, en lo posible, se deben ponderar los derechos teniendo en cuenta las circunstancias y el desarrollo de sus personalidades. Finalmente, la previsibilidad, un intento de predecir condiciones o circunstancias futuras en una situación particular; cualquier decisión administrativa o judicial debe tener previsibilidad.

A nivel metodológico se ha establecido lo siguiente: el problema general de la presente es: ¿De qué manera debe reconocerse el derecho los padres afines al régimen de visitas en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano?,

siendo su objetivo general: determinar de qué manera debe reconocerse el derecho los padres afines al régimen de visitas en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano. La hipótesis general planteada fue que: El derecho los padres afines al régimen de visitas debe reconocer en función del principio del interés superior del niño y la socioafectividad en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano. Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, enfoque cualitativo, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, el nivel de investigación es de tipo explicativo, de diseño de investigación no experimental y de carácter transversal.

Sobre este aspecto, es bastante relevante señalar que esta regulación propuesta contiene un aspecto fundamental que debe señalarse por la trascendencia social que guarda aparejada, básicamente por el hecho de haber tomado en cuenta elementos necesarios como la figura jurídica del padre afín y del hijo afín, no regulados anteriormente en la legislación peruana, de ahí su necesaria taxatividad sugerida. Asimismo, la presente tesis se encuentra dividida en cuatro capítulos, siendo su estructura la siguiente:

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

En el segundo capítulo denominado Marco teórico de la investigación, entre otros componentes vinculados a las bases teóricas, marco conceptual y otros elementos derivados de este aspecto.

En el tercer capítulo denominado Metodología de la investigación, se desarrollan aspectos como: métodos de investigación, tipos y niveles, entre otros componentes esenciales de la investigación.

En el cuarto capítulo denominado Resultados de la investigación.

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

EL AUTOR.

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

Desde un punto de vista general, cabe mencionar que la protección integral de la familia es responsabilidad del Estado Peruano, su deber es brindar protección a cada uno de sus miembros y otorgar los mecanismos adecuados para proteger los derechos de cada uno de sus miembros. Derecho de los miembros, esta declaración se basa en lo dispuesto en el artículo IV de nuestra Carta Magna, expresando el deber del Estado de proteger a la familia y promover la parte de la institución del matrimonio; y poder reconocer el matrimonio como una institución jurídica natural y fundamental para el desarrollo de la sociedad y del país en su conjunto. Asimismo, la ley prescribe la forma del matrimonio y las causas de disolución o separación.

En este sentido, las protecciones dictadas por nuestro orden constitucional, cuya responsabilidad recae en el Estado, otorgan prioridad a la familia de conformidad con el principio de no discriminación, con atención al derecho a la diversidad que debe desarrollarse sin limitaciones, protegiendo todos los modelos de organización familiar, incluidos los modelos familiares para familias mixtas.

Según la Sentencia de la Corte Constitucional en el Oficio N° 09332-2006-PA/TC, la octava razón, especifica la definición de familias mixtas, especificando que son familias formadas principalmente sobre la base del estado civil de viudez o divorcio. Nuevamente, esta nueva estructura familiar nace para crear una nueva fundación o matrimonio o compromiso; una familia mixta puede ser conceptualizada como una estructura familiar impulsada principalmente por la institución del matrimonio o la llamada convivencia; donde uno o dos miembros han tenido hijos en relaciones anteriores.

Esto introduce la imagen de la familia mixta, define y reconoce su existencia, e indica cómo se integra, y es así como este modelo de familia empieza a ocupar su lugar en la jurisprudencia, cada vez más modelo de familia. Más efectivo. En la sociedad peruana, por lo tanto, el Estado debe brindarles protección, no solo los derechos de la familia modelo clásica.

Asimismo, cabe señalar que, en el Código Civil peruano en materia de parentesco, es decir, el Código Civil contiene en su estructura normativa el artículo 237, mediante el cual regula el parentesco, disponiendo que el matrimonio crea parentesco en condiciones de afinidad; los cónyuges y sus parientes consanguíneos entre; también estipula que ambos cónyuges son de la misma sangre y familiaridad en el parentesco y parentesco, como en la consanguinidad.

También se señaló que la condición de parentesco lineal no termina con la disolución del matrimonio, el segundo parentesco colateral subsiste mientras viva el ex cónyuge. De lo anterior se desprende que el parentesco entre el padre y el hijo se basa en la condición de parentesco en primer grado, esto ocurrirá siempre que la familia reconstituida establezca su vínculo en la institución del matrimonio. También debe señalarse que una unión de hecho no crea parentesco en este grado, ya que la condición es la institución del matrimonio.

Así, por ejemplo, en la legislación argentina, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, si bien fue un avance y un modelo al introducir la figura del padre relevante y reconocer sus derechos y deberes; en cuanto a derechos de visita, es diferente a la legislación nacional sobre el derecho de visita, solo es diferente en el nombre legal, que se llama derecho de comunicación, pero es diferente en el contenido del derecho de visita y la persona que tiene derecho a ello. solicitarlo. tienen el mismo trato que el derecho interno.

De esta manera, la convivencia familiar crea sentimientos de respeto mutuo, afecto, consideración, estima y unión entre los padres e hijos emparentados, lo que redundará en el desarrollo socioemocional entre estos miembros del vínculo familiar mixto, que debe ser para conservar y garantizar su custodia de la separación de la pareja de hecho.

Se menciona como pregunta principal de investigación: ¿de qué manera debe reconocerse el derecho los padres afines al régimen de visitas en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano?

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La tesis ha fijado como espacio de estudio la ciudad de Huancayo.

1.2.2. Delimitación temporal

La tesis ha determinado como datos de estudio el año 2020.

1.2.3. Delimitación conceptual.

- Régimen de visitas
- Patria potestad.
- Padre afín.
- Familia ensamblada.
- Derecho a disfrutar de la relación con sus hijos.
- Continuidad de relaciones con los hijos.
- Adecuada comunicación con los hijos.
- Régimen de visitas razonables.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera debe reconocerse el derecho los padres afines al régimen de visitas en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿Cómo debe reconocerse el derecho los padres afines para permitir la continuidad de relaciones con los hijos afines en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿Cómo debe reconocerse el derecho los padres afines para mantener una adecuada comunicación con los hijos afines en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Social

La presente investigación se justifica a nivel social, ya que beneficiará a los padres e hijos involucrados, por lo que existe una disposición que permite reconocer el régimen de visitas en dicha relación.

Cabe mencionar que el padre es una figura reconocida por diversos autores, esto se da a través de la jurisprudencia y congresos científicos a nivel internacional, enfatizando el papel que debe jugar en el marco de la familia para el beneficio inmediato de la familia. menor Por lo que se ha venido analizando si es necesaria la regulación legal para fortalecer el vínculo entre el padre o la madre de parentesco y el hijo de parentesco. Cabe señalar que la imagen del

padre ha sido reconocida por diferentes legislaciones y jurisprudencia, destacando el papel que juega. En este sentido, el padre o madre emparentado desarrolla una función de padre o madre sustituto y cumple un rol complementario al padre o madre biológico con quien forma una familia mestiza.

1.4.2. Científica – teórica

La indagación se justifica teóricamente en tanto plantea los elementos normativos básicos que definen claramente el régimen de visitas de los padres involucrados. Por tanto, se puede argumentar que respecto del reconocimiento del derecho al régimen de visitas, es a favor de los padres involucrados en su propia unión de hecho; restringir o impedir la capacidad de ejercer sus derechos, pudiendo perseguir a cualquier persona que corresponda. , adjuntar pruebas y salir como menor de edad. Por lo tanto, en el artículo 90, relativo al régimen de visitas, los magistrados otorgan los referidos derechos a los parientes por consanguinidad hasta las cuatro generaciones y hasta el segundo grado, siempre que sea en el interés superior del niño, niña o adolescente.

Los padres, como lo indica la norma, son los únicos titulares que pueden reclamar el régimen de visitas con relación a sus hijos, quienes no se encuentran bajo su protección directa, sin embargo, a juzgar por la interpretación de la norma que regula la materia, podemos estar seguros de que la voluntad del legislador Facultades extendidas a los parientes de cuarto y segundo grado. Entre ellos, el pariente padre o madre cuyo núcleo de la nueva familia proviene del matrimonio puede solicitar el régimen de visitas para los hijos biológicos del cónyuge en función de la relación de parentesco, por tratarse de la relación de parentesco lineal en línea de primer grado, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 del Código Civil.

1.4.3. Metodológica

La investigación se justificó a nivel metodológico porque se diseñó un instrumento de investigación, que en este caso ha sido la ficha de análisis bibliográfico, bastante y recurrentemente empleada en este tipo de tesis, en donde se ha analizado puntualmente las teorías más vinculadas a las categorías de estudio seleccionadas.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo General

Determinar de qué manera debe reconocerse el derecho los padres afines al régimen de visitas en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Establecer cómo debe reconocerse el derecho los padres afines para permitir la continuidad de relaciones con los hijos afines en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.
- Determinar cómo debe reconocerse el derecho los padres afines para mantener una adecuada comunicación con los hijos afines en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.

1.6. Hipótesis y variables

1.6.1. Hipótesis

1.6.1.1. Hipótesis General

El derecho los padres afines al régimen de visitas debe reconocer en función del principio del interés superior del niño y la socioafectividad, en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.

1.6.1.2. Hipótesis Específicas

- El derecho los padres afines para permitir la continuidad de relaciones con los hijos afines en las uniones de hecho propias debe reconocerse para garantizar un adecuado desarrollo del menor, en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.
- El derecho los padres afines para mantener una adecuada comunicación con los hijos afines debe reconocerse para garantizar el bienestar de los menores, en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.

1.6.3. Operacionalización de categorías

CATEGORÍAS	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	SUBCATEGORÍAS	INSTRUMENTO
Derecho los padres afines.	(Varsi, 2015) considera que “el padre o madre afín desarrolla una función sustitutiva de padre o madre y un rol complementario para el padre o madre biológica con la cual ha instituido su familia ensamblada. La legislación comparada nos muestra que la paternidad afín ha generado un mayor grado de responsabilidad, más que en el tema de filiación. La función sustitutiva hace referencia al silencio que mantiene un de los progenitores con respecto al hijo o hija biológica, cuyo lugar ahora lo ocupa el padre o madre afín” (p. 144).	<ul style="list-style-type: none"> -Derecho de comunicación. -Derecho a disfrutar de la relación con sus hijos. 	Ficha de análisis bibliográfico.
Régimen de visitas.	“El régimen de visitas es una figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones entre los hijos y el padre o la madre que no ejerce la patria potestad. Más que un derecho de los padres, es un derecho de los hijos que repercute en su desarrollo emocional.”. (Varsi, 2004, p. 250)	<ul style="list-style-type: none"> -Continuidad de relaciones con los hijos. -Adecuada comunicación con los hijos. 	Ficha de análisis bibliográfico.

1.7. Propósito de la investigación:

Las familias mestizas, al igual que las familias tradicionales, tienen conflicto porque el conflicto es parte de la convivencia; solo la sabiduría y la comprensión pueden ayudar a superar los desacuerdos que puedan surgir dentro del núcleo familiar; sin embargo, no todos desarrollan o poseen esta capacidad para resolver su propio conflicto; muchas veces se busca la justicia para poder llegar a una solución que de alguna manera satisfaga sus necesidades frente a las expectativas de resolver los problemas familiares.

En el caso de una familia mixta, si el nuevo cónyuge forma una relación que no funciona correctamente o no es del interés de ambos, se pueden volver a separar, viendo los lazos afectivos que florecieron en la nueva estructura de los 2. estructura destruida. Es aquí donde encontramos un vacío legal que no es reconocido, ni siquiera en nuestros estatutos, por las disposiciones del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, específicamente el régimen de visitas. El artículo 89 de la Ley establece que: Se restringe u obstaculiza el ejercicio del derecho del padre o de la madre a visitar al hijo, quien vulnere sus derechos puede ser demandado y se debe adjuntar a la demanda un certificado de nacimiento.

Asimismo, el artículo 90 establece que este derecho a visitar a los menores corresponde también a los familiares de cuarto y segundo grado. El artículo 90 puede agregar padres afines. Nuestras leyes no reconocen la paternidad afectiva en el contexto de familias combinadas o reorganizadas en el ámbito nacional, el padre o la madre interesados no pueden reclamar legalmente el régimen de visitas de la parte relacionada, por no ser el padre o la madre biológicos. Sin embargo, para aquellas familias combinadas que han constituido un matrimonio, normativamente adquieren el parentesco por parentesco.

El artículo 237 del Código Civil Peruano establece que el sistema matrimonial crea parentesco a través del parentesco entre los cónyuges y las familias de ambos contrayentes; Es importante recalcar que los lazos de afinidad no terminan con el matrimonio. Mientras existan cónyuges divorciados, los familiares de segundo grado son dominantes en las líneas colaterales por encima del segundo grado.

1.8. Importancia de la investigación

Según el artículo 237 del Código Civil Peruano, se puede concluir que los hijos de parientes se relacionan únicamente por la institución del matrimonio con el padre o madre de la sociedad, únicamente a nivel de línea recta, continuando dicho vínculo aún después la ruptura del matrimonio. Esta condición es un mecanismo jurídico que da validez y legitimidad a los derechos del padre interesado para ejercer el régimen de visitas al hijo interesado. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, este derecho sólo puede adquirirse a través del matrimonio; en el caso de familias mestizas nacidas de su propia unión de hecho, su situación jurídica no genera relación de parentesco y, por tanto, no pueden aplicarse las condiciones previstas en el régimen de visitas.

De acuerdo con el párrafo anterior, el vacío legal que analizamos tiene que ver con tratar de dar una solución viable al problema ya señalado, que podría incorporarse al artículo 90 de la Ley de la Niñez, la Niña y la Adolescencia, que establece que si Es un régimen justo de Visitas que se pueden otorgar a terceros no relacionados por razones que redunden en el interés superior del niño, niña o joven.

Desde este punto de vista, es el magistrado quien decide si existe necesidad, sustentado en una declaración del padre o madre biológicos del menor. Esto dependerá de poder demostrar que el vínculo socioemocional desarrollado entre el niño y el padre relevante ha creado una dependencia socioemocional muy fuerte.

1.9. Limitaciones de la investigación:

Sobre el tema planteado, podemos indicar que la principal limitación existente se encuentra basada en que se han desarrollado y escrito pocas tesis de alcance nacional. Existe una escasa bibliografía sobre el tema planteado, por lo que esta se ha convertido una limitación de carácter material.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.6. Antecedentes de la investigación

A nivel internacional se citan las siguientes investigaciones:

(Castillo, 2016), con su tesis titulada: *“El régimen de visitas determinado mediante resoluciones judiciales y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el Distrito Metropolitano de Quito, en el año 2016”*. Sustentada en la Universidad Central del Ecuador, para optar el título profesional de Abogado. En la investigación se usó el método deductivo y el método exegético, de diseño descriptivo, las técnicas utilizadas fueron las entrevistas y las encuestas, en cuanto a instrumentos se usaron el cuestionario, las fichas bibliográficas, fichas textuales y cuaderno de notas. Siendo las siguientes sus conclusiones:

- Esta guía legal brinda a los lectores una mejor comprensión de los derechos de los niños y jóvenes en torno al régimen de visitas.
- Busca sensibilizar a los padres de familia sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes aplicables al régimen de visitas para evitar su entorpecimiento.
- Informar a los padres de familia sobre sus derechos para proteger a los niños, niñas y adolescentes bajo el régimen de visitas.

(Emil, 2014), con su tesis titulada: *“El régimen de visitas y su aplicación en los juzgados de la familia, mujer, niñez y adolescencia del Cantón Portoviejo en el Centro de Mediación de la Corte Provincial de Justicia de Manabí – año 2013”*. Sustentada en la Universidad de Guayaquil, para optar el grado de Magister en Arbitraje y Mediación. Se aplicó una investigación de campo, analítica, documental, utilizándose la información existente y se sustentó la relación causa-efecto de la metodología de aplicación. Siendo sus técnicas: la entrevista y la observación, así mismo como instrumentos se usaron la encuesta estructurada, la entrevista no estructurada y las fichas documentales. Señalando las siguientes conclusiones:

- A pesar de que, si se aplicara a la mediación para atender procesos judiciales en materia de niñez y adolescencia, aún falta información sobre las ventajas de derivar dichos procesos a mediación, lo que genera la posibilidad de que algunos

procesos no sean se acepta por temor de las partes a la Mediación, lo que dificulta la aplicación de la doctrina de la celeridad que la ley pretende otorgarles.

- Los procedimientos de mediación tienen la misma fuerza que las sentencias en los procesos de niñez y adolescencia, por lo que someter estos procesos a mediación no vulnera los derechos de los menores y de hecho agiliza la ejecución.

- Personal de los Juzgados de Familia, Mujer, Niñez y Juventud de Manabí 1°, 5° y 6° y Centro de Mediación de la Corte Provincial de Manabí conocen el uso de la mediación en el proceso judicial en el ámbito de la niñez y la adolescencia. Sin embargo, los menores no siempre están presentes. mecanismos para informar a la comunidad al respecto.

(Jordán & Mayorga, 2018), con su investigación titulada: ***“El régimen de visitas tras la separación de los padres. Casos Ambato”***. Sustentada en la Universidad Nacional de Ecuador, para optar el título profesional de abogado. Menciona las siguientes conclusiones:

- La barrera de acceso al régimen es una figura jurídica que, a pesar de estar plasmada en normas jurídicas nacionales e internacionales, ha sido objeto de constantes violaciones que la ley no ha logrado aplacar. Se pueden seguir promulgando leyes que protejan integralmente a los niños, pero poco se logrará si la justicia no actúa sobre los conflictos personales de los padres antes, durante o después de la separación.

-Abusando de la ley para proteger la protección de las mujeres dándoles la custodia total de sus hijos, dándoles la posibilidad de manipularla con impunidad. El poder judicial aún desconoce la naturaleza de la administración de justicia en los conflictos familiares, y es consciente de que en muchos casos no se logrará la reducción de la emisión, dado que el proceso judicial aumenta o en muchos casos los padres abdican y renuncian. sus derechos y, sin saberlo, violaron los derechos de sus hijos.

- La mediación familiar es un mecanismo alternativo que se puede utilizar para restablecer la relación entre los padres, que a su vez puede desempeñar un papel preventivo, ya que ayuda a ambas partes a comprender sus respectivos derechos y obligaciones. El Comité Judicial debe buscar fortalecer la resolución

alternativa de conflictos para proporcionar una administración de justicia genuina en casos de familia.

A nivel nacional se pueden referenciar los siguientes antecedentes:

(Sánchez & Ramos, 2020), con su tesis titulada: ***“La necesidad de incorporar el derecho de régimen de visitas de los padres afines a los hijos afines a causa del fallecimiento de los padres biológicos en las familias ensambladas en el Código Civil Peruano”***. Sustentada en la Universidad César Vallejo, para optar el título profesional de Abogado. La investigación fue de tipo cualitativa y de diseño no experimental – descriptiva. Las técnicas que se utilizaron fueron, la encuesta y el análisis de documentos, asimismo el instrumento usado fue la guía de cuestionario. Planteando las siguientes conclusiones:

- Se ha determinado que el sistema de visitas de los padres integrantes de familias mixtas es fundamental para el desarrollo integral de los menores, ya que permite, protege, garantiza y cumple con sus derechos fundamentales y con ello su pleno desarrollo, ya sea a nivel físico, mental y Emocional, y nos muestra en las realidades de nuestra vida que una gran proporción de las familias no tienen padre o madre biológicos, o si los tienen, no asumen la responsabilidad de orientar y dirigir la estabilidad de los menores, en el sentido de que Lo anterior decía que otra persona que no tenga conexión biológica con el menor pero tenga una conexión emocional con el menor puede asumir esa responsabilidad si es posible.
- Debido a los cambios sociales en curso en la estructura familiar tradicional, existe una falta de supervisión para mantener la relación y el intercambio emocional entre los padres, por lo que existe la necesidad de incorporar los derechos de visita de los padres en el propósito de la familia adoptiva. Los miembros de esta estructura familiar, dan seguridad jurídica y garantizan el principio del interés superior del niño, y no causarán perjuicios a los menores por la posible ruptura de esta nueva familia.
- En derecho comparado, los países que regulan el sistema de familias reconstituidas y la visita de los padres por fallecimiento de los padres biológicos de las familias reconstituidas son Argentina, Estados Unidos, Uruguay y la España francesa.

- Existen dos normas legales que regulan e incorporan el régimen de visitas de los padres interesados a los hijos interesados, la primera regula el régimen de visitas en dichas estructuras familiares, y la segunda establece que tendrán los derechos y deberes de los padres en esta nueva estructura familiar la pertenencia, y si es obligatoria o auxiliar.

(Guzmán, 2016), con su tesis titulada: ***“Necesidad de regular el otorgamiento del régimen de visitas a padres deudores alimentarios, como una forma de protección del interés superior del niño y del adolescente. Arequipa, 2015”***. Sustentada en la Universidad Nacional de San Agustín, para optar el título profesional de Abogado. Los métodos que se emplearon en el análisis fueron, el método sistemático, el método histórico sociológico y el método inductivo – deductivo. Por otro lado, para la recolección de datos se utilizaron las técnicas de la observación y el análisis documental. Asimismo, como instrumentos de investigación se emplearon las fichas de observación y las fichas bibliográficas y documentales. Siendo las siguientes sus conclusiones:

- Según nuestra legislación, la naturaleza jurídica del régimen de visitas es un derecho familiar subjetivo que permite la continuación de la relación o relación entre padres e hijos, habilitando a ambas partes, padres e hijos, a mantener las relaciones familiares y favorecer el desarrollo de la familia de los menores hombre, cuya constitución descansa en la necesidad de asegurar la unidad de la familia y de proteger los afectos legítimos que emanan de este orden relacional.
- En nuestro ordenamiento jurídico, la aprobación o establecimiento de un régimen de visitas exige el cumplimiento de determinados requisitos, tales como la relación de parentesco con un menor, el cumplimiento de una obligación alimentaria o, en su defecto, la prueba de su posible insuficiencia material. Brindarlo, fomentar y apoyar las relaciones, es menor, tener en cuenta la opinión del menor, y las cualidades personales de quien lo solicita.
- Análisis de nuestra legislación, así como de la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, la vigencia del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, se puede apreciar que los derechos de visita no son del todo necesarios condicionados a cuestiones económicas, como el cumplimiento íntegro de las obligaciones alimentarias, ya que la imposición de esta condición vulnera los derechos de visita de los menores.

- Téngase en cuenta que en los juzgados de familia de Arequipa un alto porcentaje de las solicitudes de visita son declaradas improcedentes o denegadas por la improcedencia de solicitudes no subsanadas debido a que el demandante no ha demostrado que está cumpliendo con sus obligaciones de paternidad (58,8%), Art. 88 de la Ley de la Niñez y la Adolescencia debe ser reformada para garantizar que el régimen de visitas esté debidamente justificado y aplique el principio del interés superior del niño y del joven.

(Guerrero, 2019), con su tesis titulada: ***“Reconocimiento del derecho al régimen de visitas para el padre afín en las uniones de hecho propias”***. Sustentada en la Universidad César Vallejo, optar el título profesional de Abogado. Empleó como método de investigación el método inductivo-deductivo, de nivel de investigación explicativo, de tipo jurídico básico, de diseño no experimental, siendo sus conclusiones las siguientes:

- El investigador validó y validó su hipótesis, pudiendo concluir que, en el interés superior del niño y priorizando el socioemocional, los derechos de visita de los padres interesados deben ser reconocidos en su propia combinación de hechos.

- En el ordenamiento jurídico peruano, los derechos de visita del padre involucrado en la unión de hecho pueden ser reconocidos en el interés superior del niño y el privilegio socioemocional. Pueden utilizarse como fundamentos jurídicos los vínculos socioemocionales, esto es, los sentimientos de respeto, afecto, consideración, estima y solidaridad familiar, y el interés superior del niño, a través de los cuales se busca asegurar el pleno desarrollo del menor, y constituyen la Motivación para la jurisprudencia, y las investigaciones doctrinales y aplicadas.

- Nuestro país ha dado un paso importante para reconocer y definir el modelo de familia mixta a través de la jurisprudencia y para reconocer ciertos derechos y deberes de los integrantes del núcleo de esta familia. La sentencia del Oficio N° 09332 - 2006 - PA/TC constituye una guía para el tratamiento jurídico de la familia sucesora.

- En el plano legal, la Corte Constitucional adoptó la Sentencia N° 09332-2006-PA/TC, estableciendo la definición de familias mixtas, indicando que se forman sobre la base de la viudez o divorcio de uno de los Con base en una estructura

familiar en cual uno o ambos de sus miembros tienen hijos de relaciones anteriores.

- En la unión de hecho, los derechos derivados de la patria potestad son los mismos que en el matrimonio. En cuanto al reconocimiento del régimen de visitas a favor del padre interesado en su propia unión de hecho, existe un trato desigual y discriminatorio, pues el juez pretende otorgarle el régimen de visitas como tercero no familiar, debilitando la personalidad parental de la figura paterna de parentesco.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Patria potestad

Para (Josserand, 2010) la patria potestad “es el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre, sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben” (p. 80).

Por su parte (Messineo, 1995) refiere que “la patria potestad es un conjunto de poderes (a los que corresponde otros tantos deberes), en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica (dependiente de la edad) y de su consiguiente incapacidad de obrar” (p. 99).

2.2.1.1. Características de la patria potestad

Para el estudio dogmático de las instituciones identificadas a nivel jurídico, se pueden argumentar los siguientes elementos conceptuales, que son detallados de esta forma:

a) Institución exclusiva de los padres:

No sólo tradicionalmente, sino en esencia, la patria potestad se establece en los padres, sólo les afecta a ellos, y no se extiende a los mayores ni a los parientes colaterales, si es para cuidar a parientes menores, lo harán a nombre de tutores, en lugar de que la patria potestad.

Es cierto que en el orden familiar todos deben contribuir a la realización de los intereses comunes de los miembros del

núcleo familiar, pero para los padres que son el tronco originario de la familia, este derecho y deber les corresponde sin perjuicio del caso del deber de ayudar a otros miembros de la familia, esta forma de exclusión se acentúa aún más en el caso de las familias nucleares dependientes del vínculo paterno-filial.

Debemos reconocer que existen leyes que extienden la patria potestad a los mayores, como la legislación en Ecuador y México, sin embargo, esto no nos parece prudente, más cuando existen otras instituciones familiares para el cuidado de menores cuyos padres no son responsables. Esta característica incluye situaciones en las que la patria potestad es ejercida por uno solo de los socios cuando el otro socio fallece, es suspendido de su cargo o desaparece (Arévalo, 2015).

La relación paterna filial es muy relevante para poder sustentar cada elemento vinculado a los derechos y deberes que se derivan para poder tutelarlos a nivel del ordenamiento jurídico, lo cual ha dado paso inclusive a su regulación expresa en el Código Civil, para una mejor regulación.

b) Derecho inalterable, intrasmisible e irrenunciable:

De esta manera se puede plantear conceptualmente que “existe en función de una necesidad natural en los incapaces que es necesario cubrir, esta es la razón de su irrenunciabilidad, y si ello fuera factible, estaríamos ante el caso de un incumplimiento del deber de protección y asistencia del menor” (Cabrera, 2015, p. 38).

c) Sus normas son de orden público;

El orden público entraña interés de la sociedad en la institución, “no puede ni debe quedarse en el ámbito de los particulares, pues su ejercicio lleva a formar familias consolidadas, estables, y eso interesa y conviene a la sociedad” (Castro, 2010, p. 47).

d) Carácter temporal:

La patria potestad “se extiende hasta cumplir los 18 años de edad, y por excepción se sale de ella a los 16 años por matrimonio, o título adquirido que lo habilita para ejercer una profesión industrial u oficio” (Chunga, 2016, p. 90).

e) Rango constitucional:

La patria potestad por su importancia y trascendencia es igualmente tratada en la ley de leyes como es la Constitución, “como si fueran solo intereses particulares, sino que su interés trasciende hacia la sociedad, y de allí el rango de precepto constitucional” (Corral, 2005, p. 74).

2.2.1.2. Ejercicio de la patria potestad

Asentado sobre la base que “lo que no ocurre en el caso de la extinción o pérdida de la patria potestad, pues en este caso desaparece definitivamente la titularidad, y con él, el ejercicio” (Gallegos, 2008, p. 140).

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

Es importante señalar que exista “la igualdad legal de hombre y mujer ante la ley y por ello, la equiparidad de derechos y obligaciones de los padres frente a sus hijos, criterio este que no se empleó en el Código Civil de 1936” (Gamarra, 2004, p. 60).

Sobre el caso, se puede plantear que el “juez deberá decidir el ejercicio de la patria potestad a favor de uno de los padres, o los casos de suspensión, y extinción de la patria potestad respecto de uno o ambos padres, fijándose causales específicas para cada uno de ellos” (Mejía, 2014, p. 59).

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

Veamos por separado cada uno de estos casos:

- **Separación legal o divorcio:**

Basado esencialmente en que “ejercerá la patria potestad aquel padre o madre que no dio lugar a la separación, mientras tanto el otro, aquel que incurrió en la causal que provocó la separación quedará suspendido en el ejercicio” (Montoya, 2007, p. 49).

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

2.2.2. Deberes de los padres para con sus hijos

a) Velar por el desarrollo integral de sus hijos:

Los padres tienen la responsabilidad primordial de garantizar un nivel de vida para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de sus hijos; reglas, incluido un nivel de vida adecuado y acceso a la atención de la salud; normas relativas al desarrollo, incluida la educación, el acceso a la información, la recreación y el

tiempo libre, las actividades culturales, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; refiriéndose a normas de protección que abarcan todos los derechos antes mencionados, pero también “abarca todas las formas de explotación y crueldad, y finalmente se refiere a la norma del derecho a la participación, que incluye la libertad de expresión y la capacidad de influir en la vida misma” (Silva, 2006, p. 158).

Como se han indicado anteriormente, la relación paterna filial es muy relevante para poder sustentar cada elemento vinculado a los derechos y deberes que se derivan para poder tutelarlos a nivel del ordenamiento jurídico, lo cual ha dado paso inclusive a su regulación expresa en el Código Civil, para una mejor regulación.

b) Proveer su sostenimiento y educación:

“esta función es encomendada a los centros educativos, pero ello no implica cesión de parte de los atributos de la patria potestad, pues como ya se tiene escrito, esta es intransferible” (Varsi, 2004, p. 23).

c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes:

La tarea educativa debe verse desde dos planos, “todo ello recae en los padres, y el otro plano se ubica más bien en la educación escolarizada, en la transmisión de cultura y conocimientos, esta última, es tarea propia de profesores, pedagogos, educadores y se lleva a cabo en el colegio, universidad, instituto o ente del saber” (Varsi, 2020, p. 29).

“La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”.

Así, “resulta trascendente reconocer este deber de los padres, pues su cumplimiento posibilitará que el hijo salido a la capacidad se

encuentre en situación de atender a sus propios requerimientos” (Sánchez, 2003, p. 48).

d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente:

En cuanto a la corrección moderada debemos entenderla “como un derecho de los padres en circunstancias en que los hijos no obedecen o respetan su autoridad” (Hinojosa, 2008, p. 62).

e) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil:

Esta representación viene siendo limitada a propósito de la aparición del Código de los Niños y Adolescentes, “que ha otorgado capacidad civil a los adolescentes que desarrollan actividades económicas, a quienes les reconoce derechos para actuar en nombre propio” (Cornejo, 2008, p. 41).

2.2.3. Derechos de los padres

- a) Tenencia:** refiere el inciso e) del citado artículo como atributos de la patria potestad “tenerlos en su compañía recurriendo a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos”, pues bien, “este es quizás uno de los derechos más importantes que confiere esta institución, y que se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos, esta relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos, y el cumplimiento de los deberes y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo, estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que opere la patria potestad” (Bardales, 2020, p. 29).

“La tenencia es un derecho exclusivo de la patria potestad y no puede extenderse hacia terceros; ahora bien, si fuere el caso de darse la situación en que los menores no vivan con sus padres y se encuentren en poder de un tercero” (Varsi, 2004, p. 35).

Sin embargo, muchos consideran que la tutela es sólo un derecho de los padres, y no consideran que la tutela sea el derecho del niño a vivir con los padres y a no ser separado de ellos a menos que esté justificado; al respecto, el artículo 9 de la Convención sobre la Derechos del Niño establece que los Estados partes garantizarán

que los niños no sean separados de sus padres en contra de su voluntad, excepto después de una revisión judicial, por las autoridades competentes de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables, nuestra Corte Suprema, mientras actúen en el interés superior de los niños. y adolescentes, de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables, esta separación es necesaria en el interés superior del niño, pues es interesante que la Resolución 4881-2009 no otorga la tutela al padre, pleno ejercicio de la patria potestad, “sino al abuelo, lo cual es un precedente a considerar importante, pues en algunos casos la tutela paterna o materna no es suficiente para hacer efectiva la concesión de la tenencia al titular de la patria potestad” (Chunga, 2016, p. 41).

- b) **Régimen de visitas:** refiere el artículo 422 del Código Civil, que en todo caso, los padres tienen el derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias; este precepto legal es la base del derecho de visitas que igualmente es regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, que en su artículo 88 señala que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos; sobre el particular cabe señalar que tanto el Código Civil como el Código de los Niños y Adolescentes, adolecen de un error al pronunciarse sobre este derecho, pues lo fijan para aquellos padres que no ejercen patria potestad, y ello es cierto en parte, pues, “en efecto los que no gozan del ejercicio de la patria potestad tienen derecho al régimen de visitas, pero lo que no dicen es que igualmente tienen este derecho, incluso los padres que ejerciendo patria potestad no gozan de la tenencia de sus hijos” (Bermúdez, 2012, p. 175), verbigracia, el caso de la separación convencional, en que ambos padres siguen ejerciendo la patria potestad, pero solo uno de ellos goza de la tenencia, entonces al otro progenitor se le establece un régimen de visitas; quizás lo más aconsejable hubiera sido establecer este régimen a favor del padre o madre que no ejerce la tenencia de su hijo.

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

En ese sentido, se puede argumentar que "no hay duda de que el cariño sigue siendo el mismo, es decir, yo no te castigo por ver la tele, o por no salir, porque está mal que hagas esas cosas, pero no por eso dejé de amarte" (Varsi, 2004, p. 61).

El párrafo anterior también establece que los padres podrán acudir a las autoridades competentes cuando las modestas correcciones no sean suficientes, entendiéndose que en estos casos los padres podrán acudir a los tribunales de familia especializados, quienes intervendrán para que puedan formular medidas de protección, que podrán incluir, incluso, la de los menores. participación en programas oficiales o comunitarios de defensa que brinden educación, salud y atención social o atención integrada en establecimientos de protección especial.

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

Sobre este componente teórico "se señala que los hijos pueden ayudar a sus padres, siempre y cuando ello no implique atentar contra la salud, o perjudicar el proceso educativo de los menores" (Arévalo, 2015, p. 52).

2.2.4. Derecho al régimen de visitas

Se puede plantear que "el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", así como en su artículo 9.1, que establece que "los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos".

Así, queda evidenciado que "el derecho de visitas no solo es una prerrogativa del padre no custodio, sino que además es un derecho del hijo. De este modo, en un conflicto generado sobre este derecho, no solo

se debe de atender a los intereses de los padres, sino que además al interés del hijo; es más, de existir conflicto entre los intereses de los padres y la del menor, se deberá atender prioritaria a este último” (Ferrer, 2020, p. 98).

Para el Tribunal Constitucional, “el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar, reconocidos en los artículos 1 y 2, inciso 1) de la Constitución” (García, 2019, p. 99).

2.2.5. Variación del régimen de tenencia

En relación a la Casación N. 4311-2015 Lima, “esta contiene un tema relevante consistente en la posibilidad de variar judicialmente un régimen de visitas acordado previamente de manera voluntaria por las partes, al amparo del principio del interés superior del niño. Recordemos que si bien los acuerdos conciliatorios resuelven una situación de controversia entre las partes y evitan la revisión judicial de los hechos, esta premisa de inmutabilidad de los acuerdos en base a los efectos de cosa juzgada que tiene el acta de conciliación extrajudicial no resulta aplicable a los temas de familia que son materias conciliables (alimentos, régimen de visitas y tenencia)” (Buendía, 2020, p. 31), toda vez que en aplicación del principio de revisión de derechos -que opera exclusivamente en estos temas de familia, por oposición al principio de cosa juzgada-los acuerdos son susceptibles de variación ya sea de manera voluntaria o, como ha ocurrido en este caso, de manera forzosa por decisión judicial impulsada por una de las partes.

Debe tenerse presente, además, que la justificación más importante para que se apruebe la variación del acuerdo conciliatorio ha sido la aplicación del principio del interés superior del niño, que ordena a todas las autoridades en su actuación, a decidir tomando en consideración lo más favorable al menor involucrado en la controversia. En este caso, atendiendo a que el establecimiento de un régimen de visitas se realiza con la finalidad de favorecer a un menor a fin de que mantenga contacto con

uno de sus padres que no ejerce la tenencia, de verificarse que ese régimen determinado de manera previa ya no le es beneficioso al haber variado las condiciones que dieron origen a su establecimiento, resulta totalmente válido que dicho régimen de visitas pueda ser modificado con posterioridad, estableciéndose nuevas condiciones que permitan cumplir a cabalidad el mantenimiento de estas relaciones paterno filiales, pero siempre desde la óptica del establecimiento de condiciones más favorables al menor.

La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que tienen ambos padres en relación con sus hijos. Etimológicamente proviene de las voces latinas patria (padres) y potestas (poder, dominio), esto es, el poder que ejercía el padre sobre los bienes y las personas de todo el grupo familiar.

Actualmente:

- Está referida a los hijos.
- Es ejercida por padre y madre, y
- Hay deberes y derechos del padre hacia los hijos y viceversa.

Las características de la patria potestad son las siguientes:

- Es una institución que solo se ve en el derecho de familia. Lo que da lugar a la patria potestad es la filiación. En el caso de hijos matrimoniales, el solo hecho del matrimonio establece la filiación, por el contrario, si el hijo es extramatrimonial, necesitará del reconocimiento previo.
- Es una institución exclusiva de los padres.
- Es un derecho irrenunciable. Por naturaleza se debe entender que los padres deben cuidar a los hijos. El hecho de que no se ejerza algunos derechos no significa que se permita su renuncia.
- Tiene carácter temporal, concluyendo con la mayoría de edad de los hijos, en la que cesa la representación legal y el deber de cuidado,

De ordinario, la tenencia es concebida como el derecho preferente ejercido por uno de los padres de encargarse directamente del cuidado de

los hijos, cuando los miembros de la pareja se han separado de hecho o de derecho.

La tenencia es el atributo más importante de la patria potestad, y es el derecho que tiene el padre y la madre de tener al hijo viviendo consigo bajo el mismo techo. Si los padres viven juntos, ambos ejercen la tenencia, si se separan, se tendrá que determinar la tenencia, pero los demás deberes persisten. Esto supone una reorganización de los roles en la familia, potenciando el rol parental, ante la desintegración del rol conyugal o convivencial que desaparece como consecuencia de la separación de la pareja y eventual divorcio.

El artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley N° 29269, prevé que la tenencia debe ser establecida previamente de común acuerdo entre ellos o tomando en cuenta el parecer del niño o adolescente, siendo que a falta de acuerdo es el juez quien decide a que progenitor encargará la tenencia, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

En la práctica, la determinación de la tenencia puede darse en dos escenarios:

- Un primer escenario es aquel en el que la tenencia puede ser determinada de mutuo acuerdo por los propios padres, supuesto que puede ser confirmado a través de la realización de una conciliación judicial o extrajudicial.
- En otro escenario, y ante la falta de acuerdo de los padres, vemos que la tenencia será establecida de manera unilateral por el magistrado. En este caso, el juez debe tener en cuenta los criterios que para el establecimiento judicial de la tenencia precisa el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir: teniendo en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con el que vivió más tiempo, siempre que le sea favorable; si el hijo es menor de tres años deberá permanecer con la madre; y, para el padre que no obtenga la tenencia o custodia del menor, deberá señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de estos

supuestos, el juez debe priorizar el otorgamiento de la tenencia al padre que mejor garantice el derecho del menor a mantener contacto con el otro progenitor.

Empero, en algunos casos se llega a sostener que resulta posible que ambos padres puedan ejercer una tenencia compartida con la finalidad de que la separación de los padres cause el menor daño a los hijos, ejerciendo ambos iguales deberes y derechos respecto de los hijos.

Como señala (Pinedo, 2020), “existe un mito respecto a la tenencia compartida, que la considera como un reparto equitativo del tiempo de convivencia del menor con cada uno de sus padres, lo que en realidad es una interpretación simplista de dicha institución, pues ese reparto equitativo está referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos” (p. 83), y no se limita a criterios meramente temporales.

Si bien es cierto este modelo ha sido desarrollado en diversos países, no necesariamente encuentra correspondencia en nuestra realidad, donde la tenencia es ejercida por uno de los progenitores y el otro padre tiene derecho a un régimen de visitas, pero con el compromiso de acudir con una pensión de alimentos a favor de sus hijos.

En la práctica, el gran problema que se presenta en sede conciliatoria es el tema referente al cumplimiento de los alimentos durante el ejercicio del régimen de tenencia compartida, pues al ser la tenencia ejercida por ambos padres, la discusión versa respecto al hecho de que sucede con la obligación de acudir con los alimentos dentro del esquema acreedor-deudor alimentario. En este escenario, una de las partes suele proponer que cada progenitor acuda a sus hijos con los alimentos durante el periodo de ejercicio de la tenencia, lo que supone una suspensión de la obligación alimenticia.

Por su parte, los otros progenitores no desean que se suspenda el pago de la pensión alimenticia aun durante el lapso que la tenencia es ejercida por el otro padre. Resulta un tema discutible que deberá ser resuelto por las propias partes tomando en consideración no lo que les conviene a ellas sino a sus menores hijos.

“La idea principal para el establecimiento de un régimen de visitas es que, si uno de los padres no tiene la posibilidad de vivir con su hijo, puede visitarlo en horarios previamente establecidos. Es una modalidad que se establece con el fin de mantener el vínculo emocional de los padres con los hijos y ejercer los deberes y derechos de la patria potestad, menos la tenencia” (Bernaes, 2020, p. 30).

Lo cual se consigue no solamente a través de visitas físicas, pudiéndose hablar del derecho de relación o de mantener relaciones personales o contacto directo con el padre o madre con quien no se convive, por lo que es preferible referirse a un "derecho de comunicación".

De sólo se puede pensar que únicamente los padres pueden ejercer el derecho de visitar a sus hijos, pero debe señalarse que inclusive otros familiares como los abuelos y los tíos estarían en aptitud de poder ejercer el derecho de visita, conforme lo señala el artículo 90 del Código de los Niños y Adolescentes.

El establecimiento del régimen de visitas puede hacerse de dos formas:

- De manera voluntaria, mediante el acuerdo de voluntades de ambos padres a través de una conciliación extrajudicial o procesal.
- De manera forzosa en sede judicial, cuando uno de los padres haya sido impedido o limitado de ejercer su derecho de visitar a su hijo, para lo cual deberá acreditar el cumplimiento de su obligación alimentaria para con sus hijos o, de ser el caso, la imposibilidad de cumplimiento de la misma. El incumplimiento del régimen de visitas contenido en un mandato judicial podrá originar el pedido de variación de la tenencia por parte del progenitor perjudicado por el incumplimiento.

El establecimiento del régimen de visitas completo debe incluir el tiempo que se pasará con el hijo, incluido los viajes al interior o exterior. Además, debe contemplar fechas especiales como los cumpleaños, vacaciones y feriados. Otro criterio a considerar es el referido a la edad del menor (es diferente cuando es recién nacido a cuando está en edad

escolar), y los horarios y rutinas tanto del menor como del padre que ejerce la tenencia y del padre que va a realizar las visitas.

Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes señala como condición para que los padres puedan ejercer el derecho de visitas el hecho de cumplir con el pago de alimentos, este criterio es de exclusividad en el ámbito judicial, pues puede ser flexibilizado en el ámbito de las conciliaciones extrajudiciales, en las cuales puede realizarse un acuerdo sobre régimen de visitas sin que necesariamente se tenga que llegar a acuerdos sobre pensión de alimentos.

Si una pensión de alimentos, o un régimen de visitas o la tenencia han sido establecidos a través de una sentencia, no existe ningún impedimento para que en aplicación del principio de revisión de derechos las partes puedan intentar que se modifique ese derecho reconocido en dicho instrumento judicial. En otras palabras, en estos temas de familia, la sentencia no posee la autoridad de cosa juzgada, siendo que, si varían las condiciones para el establecimiento de determinado derecho, las partes pueden solicitar la variación del mismo. Así, en alimentos puede pedirse el aumento o la reducción e incluso la exoneración de la pensión alimenticia. De manera coincidente, puede pedirse la variación del régimen de visitas y la tenencia. “La situación inversa, es decir, una pensión de alimentos, régimen de visitas o tenencia establecido a través de un acuerdo conciliatorio, pueden ser variados a través de una sentencia o un acuerdo conciliatorio posterior” (Prado, 2020, p. 19).

En este sentido, la variación a la que hemos hecho referencia puede realizarse de dos maneras:

- De manera forzosa, a través de la interposición de la demanda respectiva, para que sea el juez el que decida si ampara la pretensión de variación (de los alimentos, tenencia o régimen de visitas), emitiendo una sentencia que en términos prácticos-reemplaza a la anterior.
- De manera voluntaria, a través de un acuerdo conciliatorio. En este supuesto, la conciliación puede ser extrajudicial o judicial.

Al no exigirse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, puede ser que las partes intenten un acuerdo conciliatorio en sede extrajudicial, haciendo referencia en el procedimiento “-y en la eventual acta con acuerdo- que existe una sentencia que de manera previa ha establecido la pensión de alimentos, el régimen de visitas o la tenencia, y que a través del acuerdo al que se ha llegado, se procede a la variación” (Valencia, 2020, p. 19).

En el caso de la conciliación judicial, esta se dará al interior de un proceso de aumento, reducción o exoneración de alimentos, o de variación de la tenencia o régimen de visitas. En estos procesos, el juez se encuentra obligado a convocar a la realización de una audiencia de conciliación procesal, tal como lo exigen las pautas que respecto del proceso único señala el Código del Niño y del Adolescente, específicamente su artículo. De llegar a un acuerdo, se hace innecesaria la expedición de una sentencia y el acuerdo conciliatorio suscrito ante el juez reemplaza a la anterior sentencia.

En este orden de ideas, vemos que una sentencia sobre alimentos, régimen de visitas o tenencia puede ser variada por una sentencia posterior; y es perfectamente posible que un acta de conciliación -judicial o extrajudicial- también pueda modificar esa misma sentencia previa.

La conciliación extrajudicial es una herramienta sumamente útil en el manejo de conflictos de familias separadas que han pensado en acudir a ella antes que judicializar sus controversias relativas a alimentos, visitas y tenencia. Pero también ha demostrado su eficacia en aquellos casos en los que la pareja matrimonial ha decidido acudir al procedimiento de divorcio rápido, para solucionar de mutuo acuerdo el tema de la disolución del vínculo matrimonial en sede notarial o municipal.

“Nótese que el hecho de acudir a la vía del divorcio rápido supone una serie de actos previos en la pareja, pues en primer lugar habrán tenido que dialogar respecto de la necesidad de poner fin a su relación matrimonial, luego de lo cual tendrán que transitar necesariamente por un centro de conciliación extrajudicial para que el conciliador los ayude a plasmar en un acta todos los temas referidos al acuerdo que regulará el

establecimiento de una pensión de alimentos a favor de sus hijos (y eventualmente a favor de uno de los cónyuges)” (Ferrer, 2020, p. 99), el régimen de visitas y la tenencia, así como la liquidación de la sociedad de gananciales.

Es decir, cuando la pareja acude a la municipalidad o a la notaría, tendremos que todos estos temas han sido resueltos previamente por ellos con la ayuda del conciliador, siendo que el notario o el alcalde a cargo del procedimiento de divorcio rápido únicamente se limitará a formalizar dichos acuerdos y finalmente declarar la disolución del vínculo matrimonial al final del referido procedimiento.

Esto no quiere decir que un conciliador siempre tendrá acuerdos conciliatorios al finalizar todos los procedimientos conciliatorios a su cargo, pero en los temas relacionados con el divorcio rápido hay mayor probabilidad de que se logren acuerdos al existir una intención previa de las partes de lograr acuerdos que les permita obtener la declaración de disolución del matrimonio apelando al mutuo acuerdo. Además, en los casos que el diálogo entre las partes presente problemas, la labor del conciliador consistirá en restablecer y fortalecer ese proceso de comunicación.

En este orden de ideas, el empleo de la conciliación extrajudicial persigue que los acuerdos a los que puedan llegar las partes sean pro ducto del consenso, lo que les otorga una mayor vocación de cumplimiento respecto de una solución judicial dada en una sentencia, la cual es impuesta a las partes y genera un esquema en el que una parte gana y la otra pierde.

Los acuerdos conciliatorios no son impuestos a las partes, pues son producto de su ánimo de conciliar, razón por la que las partes consideran que esos acuerdos conciliatorios representan perfectamente la satisfacción de sus intereses de manera mutua, y por ello mismo son conscientes de que deben ser cumplidos a cabalidad, siendo el valor del acta de conciliación como título ejecutivo garantía de su cumplimiento ante la actitud de alguna parte de no querer cumplir lo libremente acordado.

Pero el tema de la conveniencia de la conciliación extrajudicial reposa también en la posibilidad de ayudar a los miembros de la familia a

reorganizar sus relaciones familiares. Así, el conciliador ayudará a las partes a que entiendan que, si bien es cierto que el rol conyugal ha fenecido, esto no debe significar que el rol parental deba desvanecerse. Por el contrario, a través de la coparentalidad debe hacerse notar a los padres que ese rol debe potenciarse a fin de que sea cumplido de una mejor manera. En otras palabras, “si la relación de pareja no funcionó, deben seguir esforzándose por ser los mejores padres, y ese sentido, entender que debe seguir existiendo un grado de relacionamiento entre los progenitores, pero únicamente a nivel del cuidado y atención respecto de los hijos” (García, 2020, p. 91).

Independientemente de que la conciliación extrajudicial en temas de familia tenga un carácter facultativo respecto de su empleo, no debe ser visualizada únicamente como un requisito administrativo a ser empleado por algunas parejas que hayan decidido separarse de manera definitiva, sino que debe recalcarse su utilidad, a fin de que pueda ser vista también como una posibilidad de resolución pacífica de los innumerables problemas familiares que se presentan en la realidad, los mismos que pueden ser apreciados en un ambiente menos litigioso y más humano.

Los efectos de cosa juzgada son propios de los acuerdos conciliatorios en temas civiles-tanto a nivel procesal como extrajudicial-y también son similares a los de una sentencia firme y consentida que pone fin de manera definitiva al proceso y que posee autoridad de cosa juzgada.

Complementando lo anterior, se debe precisar que en la construcción de los acuerdos conciliatorios hay una manifestación de voluntad coincidente que es producto de acuerdos, “en los que prima la autonomía de la voluntad de las partes orientada a poner fin a controversia través de actos de concesión unilateral o bilateral, mientras que en la sentencia tenemos la decisión unilateral de un juez que, al resolver la controversia, impone su criterio a las partes” (Fuentes, 2020, p. 111).

Queda claro que ambos instrumentos (las sentencias firmes y las actas de conciliación) tienen un punto de contacto cuando analizamos las consecuencias que generan: i) la resolución definitiva de la controversia, ii) la imposibilidad de revisión y decisión en sede judicial de los hechos

controvertidos, y iii) la decisión jurisdiccional o los acuerdos, según corresponda, deben ser cumplidos voluntariamente por la parte obligada, y será ante un incumplimiento que la parte perjudicada por esta inacción podrá recurrir ante el órgano jurisdiccional para hacer valer las obligaciones incumplidos a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Pero debemos poner énfasis en que estos efectos de inmutabilidad de la cosa juzgada no son absolutos toda vez que, como veremos luego, hay un ámbito donde el acto resolutivo de la controversia puede ser objeto de una modificación posterior, ya sea por acto de voluntad de las partes o por una nueva decisión del juzgador, al variar las condiciones por las que reconoció un derecho, y que es muy propia del derecho de familia (expresado, por ejemplo, en las acciones de aumento, reducción o exoneración de pensión alimenticia, así como en el establecimiento de un régimen de visitas y la determinación de la tenencia de los hijos) en las que las sentencias ni los acuerdos conciliatorios pueden ser considerados como inmutables ni mucho menos se podrá afirmar que se encuentran protegidos por el manto protector de la cosa juzgada.

El principio de cosa juzgada es muy común en el derecho procesal “sobre la situación de las partes que dieron origen y justificaron el reconocimiento de determinado derecho. Recalcamos que este principio lo apreciamos exclusivamente en el derecho de familia y que se materializa en temas como los de pensión de alimentos, régimen de visita y tenencia, los que pueden ser variados posteriormente a su determinación” (Salas, 2020, p. 111).

En este orden de ideas, resultaría un contrasentido afirmar que las sentencias o los acuerdos conciliatorios que resolvieron previamente una controversia en temas de alimentos, visitas o tenencia poseen autoridad o efectos de cosa juzgada y no pueden ser variados posteriormente, ya sea a través de una nueva acta de conciliación o un nuevo proceso de aumento, reducción o exoneración (para el caso de alimentos) o de variación (para la tenencia o visitas).

En este sentido, si existe una sentencia o un acuerdo conciliatorio previo que ha determinado el establecimiento de una pensión alimenticia, o una tenencia o un régimen de visitas, no se puede afirmar que dicho instrumento tiene efectos de cosa juzgada, pues si bien es cierto posee las características de impugnabilidad y coercibilidad, no posee la inmutabilidad; pues contenido puede variar-sea de manera unilateral por nueva decisión jurisdiccional, sea de manera bilateral y consensuada por un acuerdo conciliatorio-, “con lo cual no podría proceder una defensa procesal del demandado alegando que el instrumento que ha establecido la pensión alimenticia de manera previa es inmutable y deviene en cosa juzgada, justamente porque esta ausencia de inmutabilidad es la que habilita a cualquiera de las partes a solicitar un aumento” (Ferrer, 2020, p. 19), (para el caso del acreedor alimentario) o una reducción o exoneración (en el caso del deudor alimentario), o una variación (para la tenencia o régimen de visitas).

Al respecto la casación N. 2511-2004-Ica establece que:

“[...] Atendiendo a la naturaleza del derecho alimentario, éste se encuentra sujeto a las variaciones en la situación legal de las partes en el tiempo, además es un principio universalmente aceptado que no existe cosa juzgada en materia de fijación de pensiones alimentarias”.

Por su parte, la casación N° 4670-2006-La Libertad señala que:

“A diferencia de la generalidad de las sentencias que tienen la calidad de consentidas o ejecutoriadas, la recaída en un proceso de alimentos no tiene la calidad de cosa juzgada, en razón de que los alimentos pueden ser sujetos de aumento, disminución, exoneración, cese, entre otros, según sean las necesidades del alimentista o la capacidad del obligado, por lo tanto, los procesos de los cuales derivan permanecen siempre abiertos y no se consideran concluidos”.

“Si esto es posible, entonces no debería existir impedimento legal alguno para que las partes que deseen intentar resolver estas controversias puedan hacerlo mediante el empleo de la conciliación extrajudicial evitando el inicio del proceso” (Puente, 2020, p. 92).

Pero más importante es reconocer que el principio de cosa juzgada no puede ser aplicado a las actas o a las sentencias que reconocen derechos alimentarios, de tenencia o de visitas puesto que carecen de inmutabilidad. Así, el principio de revisión de derechos se opone al principio de cosa juzgada y habilita a cualquiera de las partes a solicitar una variación de ese derecho -sea de manera dialogada o a través de la decisión del juez- si es que variaron las condiciones que originaron ese reconocimiento. “Este argumento de inmutabilidad de los conciliatorios y de las sentencias en temas de familia debe ser descartado de plano, ya sea que se emplee como argumento de defensa por parte del demandado o como fundamento para rechazar una demanda por parte del juez” (Fuentes, 2020, p. 39).

Creemos que el sistema de lista mixta para los asuntos de familia tiene una importante relevancia, puesto que debemos entender que los conflictos y, en particular, los familiares no solo tienen un origen o alcance legal, sino humano y social, y a diferencia de una controversia civil de deuda o desalojo que se extingue con el cumplimiento de la deuda o con la desocupación del inmueble; los conflictos familiares surgen de relaciones humanas vinculadas en el tiempo, puesto que los padres e hijos tienen una vinculación de por vida, y los padres del menor estarán vinculados a través de sus hijos, más allá de la existencia del divorcio o separación legal, pues la relación parental y paterno filial es indisoluble.

En este sentido, es relevante comentar y analizar la procedencia o no de la variación de la tenencia fijada en un acuerdo conciliatorio a partir de lo señalado en la Casación N. 2538-2014-Lima, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, así como las condiciones y mecanismo de procedencia que harían viables la variación.

La tenencia de los hijos es un atributo de la patria postead y, por ende, un derecho de los padres de tener y criar a sus hijos cuando están separados de hecho o de derecho. Empero, la tenencia también es un deber de los padres, pues su finalidad es la custodia y cuidado de los hijos, garantizando su desarrollo integral y bienestar, así como el de sus bienes - de haberlos por uno de los padres. Por consiguiente, la tenencia de un

menor como institución jurídica familiar es un derecho deber de los padres respecto de sus hijos.

De otro lado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 81 del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes (en adelante, CNA) la Tenencia es una facultad que tienen los padres separados de hecho para determinar libremente quien de ellos se quedará a cargo del cuidado de los hijos, y solo a falta de acuerdo entre ellos o si el acuerdo resulta perjudicial para los hijos, será el juez especializado quien resolverá la tenencia.

Empero, según la Casación N. 1769-2015-La Libertad: "La tenencia es una institución jurídica creada por el derecho no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para que, a través de ellos, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos entre los que se destaca el derecho a tener una familia y no ser separado de ella [...]". Por consiguiente, es importante destacar que la determinación de la tenencia de un menor debe estar enfocada a que es lo mejor para el menor en congruencia con su desarrollo íntegro y armónico dentro del núcleo familiar que va integrar, sea del padre de la madre.

2.2.6. Criterios a tener en cuenta para la tenencia de menores

Al respecto debemos señalar que, para la aplicación de los tres criterios, será necesaria una interpretación sistemática de las normas legales del derecho de familia y en especial de los menores, debiendo tener en cuenta entre otras, el principio transversal del interés superior del niño o adolescente, y en ningún caso deben tomarse en cuenta estos criterios si su aplicación taxativa vulnera dicho principio, por ende, al desarrollo íntegro y bienestar de los niños o adolescentes. Más aun cuando el último párrafo del artículo comentado señala que el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

Debemos tener presente que en concordancia con el artículo IX del CNA es un deber de las autoridades y la sociedad el considerar el interés superior del niño y adolescente en las medidas que adopten, en consecuencia, en las decisiones de tenencia del menor que tomen sus

padres o en la facilitación de negociación de acuerdos de tenencia que ejerce el conciliador extrajudicial debe tenerse presente que estos criterios legales señalados en el CNA deben ser interpretados siempre en concordancia con el intereses superior del menor. “Esto no solo porque se trata de un deber legal del conciliador, sino también porque es un deber moral del cual no podemos apartarnos, en aras de que las decisiones que afecten a menores se adopten siempre para su bienestar integral” (Salas, 2020, p. 49).

El principio de interés superior del menor está contemplado en nuestra Constitución Política, Código del Niño y Adolescente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, así como en la propia ley y reglamento de conciliación como hemos manifestado precedentemente. Por ello, debemos entender a este principio como un conjunto de acciones tendientes a garantizar las condiciones materiales, afectivas que permitan un desarrollo y bienestar integral del menor para una vida digna en la sociedad".

El interés superior del menor tiene un concepto triple porque es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que se constituye en una garantía de orden internacional para la protección de los niños y niñas. El Tribunal Constitucional ha precisado que "...en todo proceso judicial en el que deba verificarse la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación".

En consecuencia, los conciliadores extrajudiciales especializados y acreditados en asuntos familiares por la DCMA para atender y facilitar la resolución de conflictos familiares como la tenencia de menores, están en el deber de ayudar a las partes para que las decisiones que adopten como padres sobre la tenencia de sus hijos constituya una decisión para el bienestar de ellos, atendiendo a las necesidades de los menores de cada caso en particular.

Como hemos manifestado precedentemente la tenencia de menores constituye un derecho disponible de naturaleza extrapatrimonial y, por tanto, una materia conciliable en un Centro de Conciliación Extrajudicial

o ante una Defensoría del Niño y Adolescente, pudiendo las partes-padres del menor- arribar acuerdos de forma consensual con la ayuda de un tercero llamado conciliador y atendiendo al interés superior de los niños y adolescentes.

Es así, que cuando los padres del menor en ejercicio de su autonomía de voluntad recurren a un Centro de Conciliación Extrajudicial o Defensoría del Niño y Adolescente, puede ser porque están formalizado una situación de hecho donde uno de ellos ya está ejerciendo la tenencia, o porque es la audiencia de conciliación el espacio que los ayudará a tomar la decisión sobre la tenencia de su hijo. “En cualquiera de los casos, los padres están buscando establecer la tenencia de derecho, es decir, formal y legal, que garantice el respeto y cumplimiento futuro de la misma. Sin embargo, más allá de la existencia del acuerdo al que puedan arribar las partes y que se manifieste en una tenencia de derecho, los padres del menor tienen libertad, siempre que el acuerdo resulte más favorable para los hijos, en decidir por una tenencia provisional o indeterminada, unilateral o compartida” (Flores, 2020, p. 22).

Es así que cuando en un proceso judicial está en juego derechos de los niños, niñas o adolescentes es necesario que los jueces cumplan un rol tuitivo no solo respecto a la familia sino para la protección de los derechos de los menores.

La incorporación del principio de flexibilidad a través del Tercer Pleno Casatorio en los procesos judiciales que resuelven conflictos familiares y que sobre todo involucran a menores resulta ventajosa y fundamental para preservar los derechos fundamentales de los niños y niñas.

Por ello, es importante que los jueces y conciliadores tengan en consideración que los casos de familia son problemas humanos inherentes a la dignidad de la persona involucrada, “por lo que todo proceso judicial o extrajudicial debe ser tuitivo orientado a resolver conflictos interpersonales, por tanto, debe ser una prioridad el dar solución inmediata a estas controversias y, en la medida de lo posible evitar judicializar el

conflicto familiar, en tanto ello no favorece la coparentabilidad, ni las relaciones paterno-filiales" (Salas, 2020, p. 39).

La variación de la tenencia de un menor fijado en un acta de conciliación se puede producir en vía extrajudicial, cuando las partes de mutuo consenso deciden modificar su acuerdo conciliatorio con una nueva acta, al considerar que existen razones justificadas que motiva la variación de la tenencia a favor del otro padre, o para variar la tenencia unilateral a una compartida, atendiendo por ejemplo a la edad del menor.

De otro lado, la variación de la tenencia en vía judicial se puede presentar atendiendo a dos supuestos:

1. Cuando a través de un proceso judicial de ejecución de acta se demanda la variación de la tenencia del menor, al haberse con templado expresamente en el acta de conciliación la variación de la tenencia a favor del otro padre/madre por incumplimiento del régimen de visitas.
2. Cuando no existiendo en el acta de conciliación acuerdo expreso de variación de tenencia, pero sí de régimen de visitas, se incumple, obstaculiza o dificulta su cumplimiento. Ante este supuesto, coincidimos con la posición plasmada por la Sala Civil Suprema en la Casación que es materia de comentario y análisis en el presente artículo, que la procedencia de "la variación de la tenencia fijada en acuerdo conciliatorio, tiene sustento legal, en tanto la ley permite la variación de la tenencia", conforme a lo dispuesto en el artículo 91 del CNA, que establece la variación de la tenencia.

Sin embargo, debemos precisar que la variación de la tenencia también tiene sustento legal en el artículo 82 del CNA que dispone la variación de la tenencia por orden del juez, cuando resulte necesaria; la misma que debe efectuarse en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al menor, y sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del menor, el juez, por decisión debidamente motivada, ordenará que su fallo se cumpla de forma inmediata. "En este mismo sentido, el artículo 86 del CNA dispone que la resolución sobre tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas y la acción debe de interponerse cuando hayan

transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente. En ambos preceptos legales podemos observar que la decisión de la variación de la tenencia del menor debe privilegiar su protección y bienestar en concordancia con el principio de interés superior del niño o adolescente” (Flores, 2020, p. 91).

Teniendo en cuenta que el acta de conciliación con acuerdos totales y parciales que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16 de la ley de conciliación tiene mérito de título de ejecución y se ejecuta conforme lo dispone el artículo 18 de la ley de conciliación en un proceso de ejecución de resolución judiciales; es decir, que los acuerdos contenidos en el acta de conciliación, al igual que lo dispuesto en una sentencia firme es de obligatorio cumplimiento; en el supuesto de variación de la tenencia fijada en un acta de conciliación.

2.3. Marco conceptual

a) Responsabilidad parental:

“El título de pater familias correspondía a todo aquel hombre que no dependía de la potestad de otra persona, con independencia de que tenga o no hijos; generalmente era el integrante de mayor edad en la familia y su estatus estaba sustentado en la patria potestas” (Arias, 2020, p. 49).

b) Relación con el padre afín:

“La carencia de un vínculo biológico entre padre e hijo afín, no implica que exista una apatía respecto a las necesidades de este último, indicando que la legislación debe fortalecer a la familia ensamblada y reconocer papeles parentales al padre afín para favorecer la unidad familiar y salvaguardar el desarrollo integral del niño o el adolescente” (Aguilar, 2011, p. 122),

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

El enfoque metodológico ha sido el de carácter cualitativo. Según (Sierra, 2020), “este tipo de investigación se elige cuando se quiere comprender o explicar el comportamiento de un grupo objetivo, pero también si se buscan nuevas ideas o productos, o si simplemente se quiere probar algo” (p. 98).

En relación a la postura epistemológica jurídica, se considera a la postura iusnaturalista, que consiste en aquella, “el iusnaturalismo es una doctrina filosófica cuya teoría parte de la existencia de una serie de derechos que son propios e intrínsecos a la naturaleza humana. Esta doctrina apoya la idea de que existe una serie de derechos que son propios del ser humano, sin distinción alguna, y que son anteriores a los derechos humanos y los derechos naturales establecidos como parte de un orden social” (García, 2020, p. 44).

3.2. Método de investigación

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

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

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

3.3. Diseño metodológico

El diseño de investigación que se empleará en la presente tesis es de carácter no experimental, porque las variables no se manipularán deliberada e

intencionalmente. Asimismo, el diseño será de tipo transversal o transeccional, porque los datos de estudio serán recolectados en un determinado momento.

3.3.1. Trayectoria del estudio

La trayectoria metodológica hace referencia al cómo se va a proceder desde que se instala la metodología hasta la explicación de manera sistemática de los datos, en otras palabras, se hace referencia a una explicación holística del cómo se va a realizar la tesis desde un enfoque metodológico.

3.3.2. Escenario de estudio

El escenario de estudio se ha realizado todo esto en el marco del tema vinculado al régimen de visitas y su eventual suspensión en un caso determinado. En ese contexto, se han abordado criterios para determinar las principales fundamentaciones jurídicas que se han determinado a nivel del análisis documental.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos

En relación a este aspecto, se ha tomado en cuenta el análisis de documentos, a partir del instrumento seleccionado, y no se ha basado en encuestas o entrevistas a determinados sujetos particulares, por ello, se puede esgrimir que el fenómeno de investigación planteado ha sido el análisis documental.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

En la presente investigación se utilizó el análisis documental como técnica de recolección de datos:

(Hernández, 2017) refiere que la observación como técnica de investigación “busca establecer relaciones entre el objeto analizado y lo que se pretende conocer o verificar de él. Para ello el investigador se vale de sus cinco sentidos, y puede utilizar elementos y maquinarias que amplíen su capacidad de análisis y que brinden mayor cantidad y calidad de datos” (p. 34).

El instrumento de investigación empleado ha sido la ficha de análisis documental, que para Carrasco (2019), consiste en: “aquel

documento que servirá para poder realizar el análisis de los documentos obrantes, siendo importante poder determinar la finalidad del estudio” (p. 74).

Al respecto, mediante el presente instrumento de investigación, se ha empleado desde un ámbito teórico para determinar cómo se puede desarrollar la suspensión del régimen de visitas.

3.3.5. Tratamiento de la información

Se realizó un análisis descriptivo para el procesamiento de los datos interpretados a partir de la teoría recogida para la presente investigación, considerando las principales corrientes dogmáticas que sobre el caso se han elaborado, tomando en cuenta teorías y jurisprudencias.

3.3.6. Rigor científico

El rigor científico hace referencia a la seriedad del cómo se han obtenido los datos de una población de estudio y sobre todo si la divulgación de dichos datos vulnera el derecho a la intimidad; respecto a la presente investigación, es preciso indicar que no se está utilizando datos personales.

3.3.7. Consideraciones éticas

Para Valderrama (2020) los aspectos éticos de una investigación vienen a ser la “forma correcta de obtener la información, el trato adecuado de los sujetos a investigar, la confidencialidad, entre otros. Cualquier investigación que no respete aspectos éticos no podría ser considerada como una investigación pertinente” (p. 18).

Al respecto, se aplicarán los siguientes aspectos éticos de la investigación:

- Integridad científica:

La integridad científica “se refiere a la práctica correcta de los métodos de investigación, de modo que dicha práctica sea honesta, transparente, justa y responsable.” (Valderrama, 2020, p. 19). Ante ello,

la investigación versará bajo las fuentes de información debidamente consultadas y citadas de manera adecuada.

- Conflicto de Intereses:

Para Carruitero (2015) el conflicto de intereses “ocurre cuando el investigador puede ver influenciada la objetividad de los resultados debido a intereses económicos, comerciales o de otra índole sobre productos o servicios empleados o abordados en la investigación.” (pág. 19). En la presente investigación se podrá denotar que no existe ningún tipo de conflicto de interés que pueda subjetivizar la investigación.

- Mala conducta científica:

La mala conducta científica “incluye acciones u omisiones para llevar a cabo una investigación distorsionando los resultados de forma deliberada” (Valderrama, 2020, p. 19).

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Descripción de resultados

Al respecto se han considerado los siguientes elementos jurídicos para sustentar el análisis e interpretación teórica de las principales corrientes doctrinarias analizadas:

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

Bien se dice que “los padres somos el ejemplo de los hijos y los hijos son el vivo reflejo de lo que son los padres. Anteriormente a la mujer se le educaba para un comportamiento pasivo, aceptando dependencia emocional y también la violencia en su contra, mientras los hombres tenían un comportamiento activo, haciendo ejercicio de su poder a través de la violencia” (Aguilar, 2020, p. 63).

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

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

- Baja autoestima:

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

Varsi (2019) nos dice que “el derecho que tienen los padres es también de los hijos, es decir, ambos se deben visitar, para tener una adecuada comunicación, con la finalidad de fortalecer lazos afectivos de ambos, evitando la desintegración de la familia, además hace mención que el incumplimiento de régimen de visitas es un daño familiar” (p. 88).

Bermúdez (2020) considera que tanto “la disminución parental (síndrome de alienación parental) como la obstrucción del vínculo, son figuras autónomas que se complementan para generar un perjuicio en las relaciones paterno-filiales, siendo este perjuicio invisible para la ley, porque ese perjuicio, generado ahora en su infancia, serán problemas en los hijos a futuro” (p. 31).

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

“Creemos como adultos que esta situación ya pasará, es pasajera, típica de su edad cuando algo malo le pasa, pero esto no es así debido a que el menor guarda ese sentimiento para después, porque puede volver a comer, ya no está triste, estar alegre frente a una situación determinada” (Espinoza, 2019, p. 55).

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

4.2. Contrastación de las hipótesis

Nuestro Código Civil no hace un reconocimiento al parentesco por afinidad en el caso de las uniones de hecho, por lo que a primera vista podríamos pensar que no sería posible hablar de este vínculo entre padres e hijos afines en estas uniones; sin embargo, ello queda aclarado por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia emitida en el expediente 2478-2008- PA/TC, donde reconoció específicamente que el conviviente de la madre de dos escolares puede participar en la APAFA, reconociendo del vínculo por afinidad de los padres afines en las uniones de hecho.

No obstante el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia del vínculo entre padres e hijos afines en el contexto de una unión de hecho este reconocimiento resulta insuficiente pues, no en todos los casos las entidades administrativas y judiciales van a admitir solicitudes concernientes a supuestos que no están expresamente contemplados en las normas, lo que finalmente va en desmedro de los derechos de las personas que requieren atención; por ello es necesario que se modifique el Código Civil y cuando menos se acoja el parentesco por afinidad entre padre e hijo afín dentro de la unión de hecho.

La doctrina que hemos revisado en esta investigación establece que, para considerar que existe una relación entre padre afín e hijo afín, en primer lugar, debe haber convivencia; lo que coincide con lo expresado por el Tribunal Constitucional en las sentencias analizadas y con lo afirmado por cinco de los siete especialistas a que hemos entrevistado; en tal sentido, no estamos frente a la figura del padre afín cuando no habita el mismo hogar con el hijo de su pareja, dado que en ese caso no hay una participación ni colaboración con su crianza.

Para entender la convivencia como requisito, debemos partir del hecho que la parentalidad es la función social que idealmente cumplen los progenitores que involucra la crianza y el cuidado cotidiano de los hijos y que esa cotidianeidad implica la convivencia en el mismo hogar; en ese sentido, para

considerar la existencia de una relación padre afín – hijo afín, debe estar presente el ejercicio de una parentalidad socio afectiva en donde se participe directamente en la crianza y cuidado diario del niño, niña o adolescente en el día a día. En esa línea, cinco de los siete entrevistados coinciden con lo establecido por el Tribunal Constitucional señalando como requisito la convivencia, refiriendo uno de ellos que “se parte de un lazo afectivo fuerte, de una dinámica cotidiana”.

4.3. Discusión de resultados

El fundamento fundamental del orden constitucional es la protección de la célula básica de la sociedad: la familia, institución responsable del desarrollo de la persona. Cabe señalar que cuando hablamos de la familia en nuestro objeto surge una imagen de familia tradicional: padre, madre e hijos, esta estructura corresponde al modelo clásico o también llamado núcleo. En términos prácticos, sin embargo, dejamos de lado el modelo de familia reconstruida (también conocida como familia mixta); si bien no es una institución de nuevas instituciones, nuestra Carta Magna aún no lo tiene en cuenta; legalmente parece que si bien este tipo de familia modelo prolifera en el medio social actual, pero no se le ha prestado la atención y protección que merece para su desarrollo.

Hace algunos años la Corte Constitucional resolvió mediante Oficio N° 09332-2006-PA/TC Cuestiones relativas a familias mixtas en el caso del señor Reynaldo Armando Shols Pérez Afectados por la decisión de no otorgamiento de la cédula de identidad del Centro Naval del Perú a su hija en cuestión, para que pudiera disfrutar de los beneficios del centro, alegando que la menor estaba a su cargo por ser hija de su pareja. La Corte Constitucional falló a favor de la actora, ordenando al Centro Naval del Perú la expedición de los referidos documentos de identidad y el tratamiento de la hija solicitados en la demanda.

Esta situación hace que este órgano supremo interprete la constitución peruana para reconocer a la familia padrastro, lo cual no está reflejado directamente en el estatuto. Las familias mestizas, al igual que las familias tradicionales, tienen conflicto porque el conflicto es parte de la convivencia; solo la sabiduría y la comprensión pueden ayudar a superar los desacuerdos que puedan surgir dentro del núcleo familiar; sin embargo, no todos desarrollan o poseen esta capacidad para resolver su propio conflicto; muchas veces se busca

la justicia para poder llegar a una solución que de alguna manera satisfaga sus necesidades frente a las expectativas de resolver los problemas familiares.

En el caso de una familia mixta, si el nuevo cónyuge forma una relación que no funciona correctamente o no es del interés de ambos, se pueden volver a separar, viendo los lazos afectivos que florecieron en la nueva estructura de los 2. estructura destruida. Es aquí donde encontramos un vacío legal que no es reconocido, ni siquiera en nuestros estatutos, por las disposiciones del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, específicamente el régimen de visitas.

El artículo 89 de la Ley establece que: Se restringe u obstaculiza el ejercicio del derecho del padre o de la madre a visitar al hijo, quien vulnere sus derechos puede ser demandado y se debe adjuntar a la demanda un certificado de nacimiento. Asimismo, el artículo 90 establece que este derecho a visitar a los menores corresponde también a los familiares de cuarto y segundo grado.

El artículo 90 puede agregar padres afines. Nuestras leyes no reconocen la paternidad afectiva en el contexto de familias combinadas o reorganizadas en el ámbito nacional, el padre o la madre interesados no pueden reclamar legalmente el régimen de visitas de la parte relacionada, por no ser el padre o la madre biológicos. Sin embargo, para aquellas familias combinadas que han constituido un matrimonio, normativamente adquieren el parentesco por parentesco. El artículo 237 del Código Civil Peruano establece que el sistema matrimonial crea parentesco a través del parentesco entre los cónyuges y las familias de ambos contrayentes.

4.4. Propuesta de mejora

Durante la investigación se encontraron fundamentos jurídicos consistentes en los principios de protección a la familia, principio de protección a los menores e incapaces, El principio de igualdad de categorías de filiación, principio de protección de las uniones de hecho y el Principio de promoción del matrimonio. Asimismo, se encontraron fundamentos fácticos que motivan el reconocimiento de la patria potestad del padre afín, consistentes en el crecimiento de las uniones de hecho, divorcio, violencia familiar, viudez.

Se plantea la incorporación de un artículo, de forma que en la legislación peruana se reconozca el ejercicio de la patria potestad del padre afín, consintiendo a este derecho exclusivamente en rotundas y especiales

circunstancias y bajo las mismas prerrogativas legales que nuestras normas han otorgado a los padres biológicos.

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que el derecho los padres afines al régimen de visitas debe reconocerse en función del principio del interés superior del niño y la socioafectividad en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano. En el sistema jurídico peruano si resulta posible reconocer el derecho al régimen de visitas para el padre afín en las uniones de hecho propias aras del interés superior del niño y privilegiando la socioafectividad.
2. Se ha establecido que el derecho los padres afines para permitir la continuidad de relaciones con los hijos afines en las uniones debe reconocerse para garantizar un adecuado desarrollo del menor, en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano. La vinculación socio afectiva, esto es, ese conjunto de sentimientos de estima, afecto, consideración, respeto y solidaridad familiar, así como el interés superior del niño, mediante el cual se busca garantizar el desarrollo integral del menor, puede estatuirse como fundamentos jurídicos que constituyen la motivación de la jurisprudencia donde ya fue reconocida a figura; así también en la doctrina y en las encuestas aplicadas.
3. Se ha determinado que el derecho los padres afines para mantener una adecuada comunicación con los hijos afines, debe reconocerse para garantizar el bienestar de los menores, en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano. En la unión de hecho propia surgen los mismos derechos entorno a la patria potestad tan igual como sucede en el matrimonio. En relación con el reconocimiento de régimen de visitas a favor del padre afín en las uniones de hecho propias, existe un trato desigual y discriminatorio, ya que el juzgador al pretender otorgarle el régimen de visitas en calidad de tercero no pariente mengua la personalidad parental de la figura del padre afín.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda reformar y/o sustituir el artículo 181 del Código de la Niñez y la Adolescencia por otros medios que sí tiendan a abordar los problemas o conflictos de fondo a través del tratamiento clínico, ya sea psicoterapéutico o psiquiátrico según corresponda. Esto es necesario para el desarrollo integral del menor. Actualmente, se ha observado que los padres incumplen el régimen de visitas, incluidas las sentencias judiciales.

2. Se recomienda que, a nivel metodológico, este tema propuesto se desarrolle a partir de un contexto hermenéutico jurídico, a fin de poder interpretar y analizar cada institución jurídica vinculada, y encuentre un sustento teórico los derechos del padre afín.

En tal sentido, la propuesta sugerida desde esta investigación se asienta sobre las bases jurídicas de reconocer los derechos de los hijos afines, con el objetivo que puedan acceder una mejor y mayor tutela de sus derechos, ya que actualmente no existe una regulación específica para su protección, lo que ha hecho que no haya un sistema de tutela similar a lo que se puede observar en otros ordenamiento jurídicos como España o Argentina, en donde existe un avance más progresivo sobre dichas instituciones jurídicas, tomando como referencia fundamental el interés superior del niño.

3. Proponer la inclusión de una disposición que reconozca en la legislación peruana el ejercicio de la patria potestad por el padre interesado, acordándose este derecho sólo en casos enfáticos y excepcionales y bajo los mismos privilegios legales que confieren nuestras normas.

Se debe adecuar nuestra legislación a que las modificatorias planteadas sean efectivamente reconocidas en el ordenamiento jurídico, para lo cual será fundamental que exista un criterio pro interés superior del niño, a fin que este pueda desarrollarse en función a los principios y derechos que desde la Constitución Política se reconoce, tomando en cuenta aspectos esenciales como su derecho al bienestar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar., B. (2008). La familia en el Código Civil Peruano. Lima: Ediciones Legales
- Arteaga, J. (2005). Perturbación psíquica, análisis psiquiátrico-forense. *Revista Colombiana de Psiquiatría, Suplemento No. 1*, 73-81.
- Castex, M. (2003). *El daño en psicopsiquiatría forense*. Buenos Aires: Autoeditado.
- Castro R., J. (2010). Manual de Derecho Civil. Lima: Jurista Editores.
- Chunga, F. (2016). Comentarios al Código de Los niños y Adolescentes. Lima: Editorial Grijley
- Cornejo, H. (1998). Derecho Familiar Peruano. (9° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ferreiro, X. (2005). *La víctima en el proceso penal*. Madrid: Editorial La Ley
- Gamarra R., F. (2004). Código de niños y Adolescentes Comentado. Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García, A. (2015). *Violencia familiar y régimen de visitas para el agresor en el ordenamiento peruano*. Piura: Universidad de Piura.
- Gherzi, C. (2000). *Valuación económica del daño moral y psicológico: daño a la psiquis*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Guzmán, N. (2016). *Necesidad de regular el otorgamiento del régimen de visitas a padres deudores alimentarios, como una forma de protección del interés superior del niño y del adolescente. interés superior del niño y del adolescente. Arequipa, 2015*. Arequipa: Universidad Nacional De San Agustín.
- Jordán, J., & Mayorga, N. (2018). El régimen de visitas tras la separación de los padres. *Verba Iuris*, 49-63.
- Manayay, V. (2019). *Análisis en torno al incumplimiento del régimen de visitas y su implicancia con la violencia familiar psicológica por omisión*. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Mejía, P. y Ureta, M. (2014). Tenencia y Régimen de Visitas. Lima: editorial Librerías y ediciones jurídicas.
- Plácido, A. (2003). Filiación y patria potestad. Lima: Gaceta Jurídica
- Porras, L. (2001). *Investigación científica*. Bogotá: Themis.
- Reynoso, M. (2010). *Investigación Científica*. Lima: San Marcos.

- Romero, L. (2019). *El incumplimiento del Régimen de visitas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de 2016-2017*. Huancayo: Universidad Continental.
- Sánchez, L. (2003). Breves notas sobre la patria potestad: especial problemática de los supuestos de separaciones. Sevilla: Editorial ASTIG
- Varsi, E. (2004). Divorcio, filiación y patria potestad. Lima: Editorial GRILEY E.I.R.L
- Villavicencio, R. (2016). *Establecer como causal de revocatoria de la tenencia de los hijos cuando el padre o madre ha incumplido la sentencia, como medio que conserva las relaciones familiares*. Loja: Universidad Nacional De Loja.
- Zurita, A. (2016). *El régimen de visitas y el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos*. Ambato: Universidad Técnica de Ambato.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de Consistencia

Título: LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO LOS PADRES AFINES AL RÉGIMEN DE VISITAS EN LAS UNIONES DE HECHO PROPIAS, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<p>GENERAL:</p> <p>¿De qué manera debe reconocerse el derecho los padres afines al régimen de visitas en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-¿Cómo debe reconocerse el derecho los padres afines para permitir la continuidad de relaciones con los hijos afines en las uniones de hecho propias, en el</p>	<p>GENERAL:</p> <p>Determinar de qué manera debe reconocerse el derecho los padres afines al régimen de visitas en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-Establecer cómo debe reconocerse el derecho los padres afines para permitir la continuidad de relaciones con los hijos afines en las uniones de hecho propias, en el</p>	<p>GENERAL:</p> <p>El derecho los padres afines al régimen de visitas debe reconocer en función del principio del interés superior del niño y la socioafectividad en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>ESPECÍFICAS:</p> <p>-El derecho los padres afines para permitir la continuidad de relaciones con los hijos afines en las uniones debe reconocerse para garantizar un adecuado desarrollo del menor, en las uniones de</p>	<p>INDEPENDIENTE:</p> <p>Derecho los padres afines</p> <p>DEPENDIENTE:</p> <p>Régimen de visitas</p>	<p>-Derecho de comunicación.</p> <p>-Derecho a disfrutar de la relación con sus hijos.</p> <p>-Continuidad de relaciones con los hijos</p> <p>-Adecuada comunicación con los hijos</p>	<p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Inductivo-deductivo</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Investigación básica.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Nivel explicativo.</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:</p> <p>Diseño transversal, no experimental.</p> <p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS:</p> <p>Observación.</p> <p>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>Ficha de análisis bibliográfico.</p>

<p>ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>-¿Cómo debe reconocerse el derecho los padres afines para mantener una adecuada comunicación con los hijos afines en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano?</p>	<p>ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>-Determinar cómo debe reconocerse el derecho los padres afines para mantener una adecuada comunicación con los hijos afines en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p>hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>-El derecho los padres afines para mantener una adecuada comunicación con los hijos afines debe reconocerse para garantizar el bienestar de los menores, en las uniones de hecho propias, en el ordenamiento jurídico peruano.</p>			
--	--	--	--	--	--

Anexo 2: Operacionalización de Categorías:

CATEGORÍAS	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	SUBCATEGORÍAS	INSTRUMENTO
Derecho los padres afines.	(Varsi, 2015) considera que “el padre o madre afín desarrolla una función sustitutiva de padre o madre y un rol complementario para el padre o madre biológica con la cual ha instituido su familia ensamblada. La legislación comparada nos muestra que la paternidad afín ha generado un mayor grado de responsabilidad, más que en el tema de filiación. La función sustitutiva hace referencia al silencio que mantiene un de los progenitores con respecto al hijo o hija biológica, cuyo lugar ahora lo ocupa el padre o madre afín” (p. 144).	-Derecho de comunicación. -Derecho a disfrutar de la relación con sus hijos.	Ficha de análisis bibliográfico.
Régimen de visitas.	“El régimen de visitas es una figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones entre los hijos y el padre o la madre que no ejerce la patria potestad. Más que un derecho de los padres, es un derecho de los hijos que repercute en su desarrollo emocional.”. (Varsi, 2004, p. 250)	-Continuidad de relaciones con los hijos. -Adecuada comunicación con los hijos.	Ficha de análisis bibliográfico.

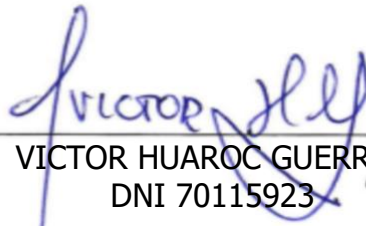
DECLARACIÓN JURADA DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

Yo, **VICTOR HUAROC GUERRERO**, con DNI 70115923 en mi condición de autor(a) de la tesis titulada: “**LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO LOS PADRES AFINES AL RÉGIMEN DE VISITAS EN LAS UNIONES DE HECHO PROPIAS, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**”.

Presentada para optar el TITULO PROFESIONAL de ABOGADO declaro:

1. Que soy el **autor** de la presente tesis, por lo que me hago responsable de él y acepto que mi nombre figure en la lista de autores de tesis de la Universidad Peruana Los Andes
2. Garantizo que la tesis es un documento original y no ha sido publicado, total ni parcialmente, en otra revista académica, libro o cualquier otro medio o plataforma de difusión.
3. No he incurrido en fraude académico o científico, plagio o vicios de autoría. De ser el caso, eximo de toda responsabilidad a la Universidad Peruana los Andes, facultándola para que tome las acciones legales correspondientes, y me declaro como el único responsable.

Huancayo 11 de enero del 2024


VICTOR HUAROC GUERRERO
DNI 70115923