

**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Escuela Profesional de Derecho**



**UPLA**  
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

**TESIS**

**LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA ENTRE EL  
ARTÍCULO 340° DEL CÓDIGO CIVIL CON EL 76° DEL  
CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE PERUANO**

Para optar : El título profesional de abogada

Autora : Camarena Hurtado Prescila

Asesor : Mg. Sandoval Castro Delfín Antonio

Línea de investigación institucional : Desarrollo humano y derechos

Área de investigación institucional : Ciencias sociales

Fecha de inicio y de culminación : 29-03-2022 a 29-03-2023

**HUANCAYO – PERÚ  
2023**

**Acta de aprobación de los jurados**

DR. LUIS POMA LAGOS  
Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Hector Arturo Vivanco Vasquez  
Docente Revisor Titular 1

MG. Jessica Patricia Huali Ramos De Afan  
Docente Revisor Titular 2

ABG. Katya Santiváñez Calderon.  
Docente Revisor Titular 3

MG. Mariano Maximiliano Paz Vela  
Docente Revisor Suplente

**Dedicatoria**

Esta tesis la dedico en primer lugar a Dios, por bendecir mi camino y permitirme alcanzar una de mis más anheladas metas. A mis padres que, gracias a su apoyo incondicional, han sido el impulso y el báculo que ha guiado mi vida para así terminar de manera satisfactoria mi carrera profesional.

### **Agradecimiento**

Agradezco a Dios, que ha guiado mi camino prodigándome siempre de sus bendiciones e iluminando mi camino a cada paso de mi recorrido por el sendero de la existencia, habiéndome puesto como guía a mis padres, quienes con su amor y ejemplo han sido el motor que impulso mi formación personal y profesional orientado al cumplimiento de mis sueños y aspiraciones profesionales, que hoy traslucen su materialización

Asimismo, deseo agradecer al Dr. Sandoval Castro Delfín Antonio por haberme guiado en la asesoría de esta investigación y al mismo tiempo al Mg. Pierre Vivanco por sus correcciones metodológicas que con mucho agrado fueron tomados en cuenta y siempre estar de forma incondicional para la mejora de la tesis.

## Constancia de similitud



**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



# CONSTANCIA

TRABAJOS 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 INTERPRETACIÓN JURÍDICA ENTRE EL ARTÍCULO 340° DEL CÓDIGO CIVIL CON EL 76° DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE PERUANO”**

**AUTOR (es) : CAMARENA HURTADO PRESCILA**  
**ESCUELA PROFESIONAL : DERECHO**  
**FACULTAD : DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ASESOR (A) : MG. SANDOVAL CASTRO DELFÍN ANTONIO**

Que fue presentado con fecha: **07/02/2023** y después de realizado el análisis correspondiente en el software de prevención de plagio Turnitin con fecha: **09/02/2023**; 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 **11 %**

*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, 10 de febrero del 2023.

Dr. Antonio Oscuivilca Tapia  
**DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN (e)**  
**DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.**

## Contenido

<b>Acta de aprobación de los jurados.....</b>	<b>ii</b>
<b>Dedicatoria.....</b>	<b>iii</b>
<b>Agradecimiento .....</b>	<b>iv</b>
<b>Constancia de similitud .....</b>	<b>v</b>
<b>Resumen .....</b>	<b>x</b>
<b>Abstract.....</b>	<b>xi</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>xii</b>
<b>Capítulo I: Determinación del problema .....</b>	<b>15</b>
1.1. Descripción de la realidad problemática .....	15
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. ....	19
1.5. Objetivos de la investigación .....	19
1.5.1. Objetivo general.....	19
1.5.2. Objetivos específicos. ....	20
1.6. Hipótesis de la investigación .....	20
1.6.1. Hipótesis general. ....	20
1.6.2. Hipótesis específicas.....	20
1.6.3. Operacionalización de categorías. ....	20
1.7. Propósito de la investigación.....	21
1.8. Importancia de la investigación.....	21
1.9. Limitaciones de la investigación .....	21
<b>Capítulo II: Marco teórico .....</b>	<b>22</b>
2.1. Antecedentes de la investigación.....	22

2.1.1. Nacionales.....	22
2.1.2. Internacionales.....	38
2.2. Bases teóricas de la investigación.....	45
2.2.1. La interpretación jurídica.....	45
2.2.1.1. Nociones generales.....	45
2.2.1.2. Concepto.....	46
2.2.1.3. Objetivo de la interpretación jurídica.....	47
2.2.1.4. Sujetos.....	49
2.2.1.5. Dinamismo de la interpretación.....	50
2.2.1.8. Clasificación de la interpretación.....	55
2.2.1.8.1. Según los sujetos.....	55
2.2.1.8.2. Según los medios.....	56
2.2.2. Artículo 340° del Código Civil y artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes.....	69
2.2.2.1. Qué es la norma jurídica y cuáles son sus elementos.....	69
2.2.2.1.1. Definición de norma jurídica.....	69
2.2.2.1.2. Elementos de la norma jurídica.....	70
2.2.2.2. Lo que prescriben los artículos 340 del Código Civil y 76 del Código de los Niños y Adolescentes.....	71
2.2.2.2.1. El matrimonio.....	72
2.2.2.2.2. El Divorcio.....	73
2.2.2.2.3. Clases de divorcio.....	74
2.2.2.3. Sistemas legislativos que imperan en el divorcio.....	77
2.2.2.3.1. Sistema legislativo subjetivo o de culpa de un cónyuge.....	77
2.2.2.3.2. Sistema legislativo objetivo.....	78
2.2.2.3.3. Sistema legislativo mixto.....	78
2.2.2.4. Patria potestad.....	79
2.2.2.4.1. Nociones generales.....	79
2.2.2.4.2. Evolución jurídica de la patria potestad romana.....	80
2.2.2.4.3. Definición de patria potestad.....	82
2.2.2.4.4. Características.....	84
2.2.2.4.5. Elementos constitutivos.....	85
2.2.2.4.6. Fundamento.....	87
2.2.2.4.7. Titularidad y ejercicio de la patria potestad.....	88

2.3. Marco conceptual .....	91
<b>Capítulo III: Metodología .....</b>	<b>94</b>
3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica .....	94
3.2. Metodología.....	95
3.3. Diseño metodológico.....	96
3.3.1. Trayectoria metodológica. ....	96
3.3.2. Escenario de estudio. ....	97
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	97
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	97
3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos. ....	97
3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos. ....	98
3.3.5. Tratamiento de la información.....	98
3.3.6. Rigor científico .....	99
3.3.7. Consideraciones éticas .....	100
<b>Capítulo IV: Resultados .....</b>	<b>101</b>
4.1. Descripción de los resultados .....	101
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno. ....	101
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos.....	113
4.2. Contrastación de las hipótesis .....	117
4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno. ....	118
4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos.....	127
4.2.4. Contrastación de la hipótesis general. ....	131
4.3. Discusión de los resultados .....	132
4.4. Propuesta de mejora .....	134
<b>Conclusiones .....</b>	<b>136</b>
<b>Recomendaciones .....</b>	<b>137</b>
<b>Referencias bibliográficas .....</b>	<b>139</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>146</b>
Anexo 1: Matriz de consistencia .....	147
Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías.....	148
Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento.....	149
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos.....	150
Anexo 5: Validación de expertos del instrumento .....	152

Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó los datos .....	152
Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos .....	152
Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas .....	152
Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos .....	152
Anexo 10: Evidencias fotográficas.....	152
Anexo 11: Declaración de autoría .....	153

## Resumen

La presente investigación tuvo como la **pregunta general** de investigación fue: ¿De qué manera se desarrolla la interpretación jurídica entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente?, como **objetivo general** fue analizar la manera en que se desarrolla la interpretación jurídica entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano, y como hipótesis general fue: “La interpretación jurídica entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa”, por tal motivo, es que nuestra investigación guarda un **método de investigación** de enfoque cualitativo teórico, utilizando un método general denominado la hermenéutica, asimismo presenta un tipo de investigación **propositiva jurídica**, con un nivel explicativo y un diseño observacional, de ahí, la investigación por su naturaleza, utilizará la técnica del análisis documental y ser procesados mediante la argumentación jurídica a través de los instrumentos de recolección de datos como la ficha textual y de resumen que se obtengan de cada texto con información relevante. El **resultado** más importante fue: La aplicación de la patria potestad está conformado derechos y deberes debe acompañarse de otros criterios y principios como el interés superior del niño, a fin de procurar que sus decisiones que los involucren beneficien su proceso evolutivo. La **conclusión** más relevante fue: La interpretación jurídica sistemática entre los artículos 340° y 76° es negativa, pues, el primero promueve solo la tenencia exclusiva, aun cuando esta no resulta ser la opción más idónea porque no todos los casos son iguales: Finalmente, la **recomendación** fue: Modificar el art. 340° del Código Civil.

**Palabras clave:** Patria potestad, separación convencional, tenencia exclusiva y compartida.

### **Abstract**

The present investigation had as the general research question was: How is the legal interpretation developed between article 340 of the Civil Code with 76 of the Code of Children and Adolescents?, as a general objective was to analyze the way in which The legal interpretation between article 340 of the Civil Code with 76 of the Peruvian Child and Adolescent Code is developed, and as a general hypothesis it was: "The legal interpretation between article 340 of the Civil Code with 76 of the Child Code and Peruvian adolescent develops in a negative way", for this reason, it is that our research keeps a research method of theoretical qualitative approach, using a general method called hermeneutics, it also presents a type of legal propositional research, with an explanatory level and a observational design, hence, research by its nature, will use the technique of documentary analysis and be processed through the argument legal mentation through data collection instruments such as the textual and summary record obtained from each text with relevant information. The most important result was: The application of parental authority is made up of rights and duties must be accompanied by other criteria and principles such as the best interests of the child, in order to ensure that their decisions that involve them benefit their evolutionary process. The most relevant conclusion was: The systematic legal interpretation between articles 340° and 76° is negative, since the first promotes only exclusive possession, even when this does not turn out to be the most suitable option because not all cases are the same: Finally, the recommendation was: Modify art. 340° of the Civil Code.

**Keywords:** Parental authority, conventional separation, exclusive and shared possession.

## Introducción

La presente tesis lleva como **título**: “La interpretación jurídica entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del código del niño y adolescente peruano”, cuyo **propósito** fue la de modificar el artículo 340° del Código Civil, porque los justiciables, ni el juez tienen en claro cómo deben proceder al momento de determinar el tipo de tenencia en favor de los hijos menores de edad, **a fin de** que no sea puesto en riesgo el interés superior del niño.

Asimismo, se utilizó la **metodología paradigmática** de la investigación propositiva, la cual consistió en interpretar la legislación civil sobre el artículo 340°, asimismo los textos doctrinarios versados en el ejercicio de la patria potestad y la tenencia, a fin de analizar sus tipos y el contenido de cada una, luego se empleó la hermenéutica jurídica el cual analiza los textos legales como el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes y la Constitución Política, entre otros para poder conocer los alcances de los diversos conceptos jurídicos y juicios jurídicos a someter en contraste con el mismo ordenamiento jurídico; finalmente, se utilizó la argumentación jurídica para llegar a teorizar las unidades temáticas, es decir, las categorías y subcategorías que se han puesto en análisis en la presente investigación.

Para lograr nuestro cometido, hemos decidido sistematizar la investigación en cuatro capítulos para una mejor comprensión de la tesis.

En el **capítulo primero** denominado Determinación del problema se ha desarrollado el problema de la tesis. Se ha consignado la descripción del problema, la delimitación, los objetivos, hipótesis, la justificación, el propósito, la importancia y las limitaciones de la tesis.

Así, el problema general fue: ¿De qué manera se desarrolla la interpretación jurídica entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano?, luego el objetivo general fue: Analizar la manera en que se desarrolla la interpretación jurídica entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano, mientras que la hipótesis fue: La interpretación jurídica entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa, porque el tipo de

tenencia que se otorgará dependerá del interés superior del menor, más de otros elementos.

Inmediatamente, en el **capítulo segundo** titulado Marco teórico se desarrolló los antecedentes de la investigación. Así, hemos tenido un panorama general sobre el statu quo de nuestra investigación. Luego, se ha observado en el marco teórico el desarrollo de las bases teóricas sobre cada una de las categorías consignadas: Interpretación jurídica y los artículos 340° y 76°.

En el **capítulo tercero** denominado Metodología, se explicó la forma en cómo se ha desarrollado el trabajo de tesis, teniendo como base fundamental el enfoque de investigación y la postura epistemológica jurídica que aplicó la investigación, la cual fue la del iuspositivismo, luego se tuvo que sustentar la metodología paradigmática, la cual hizo uso del tipo propositivo, es decir, del análisis estructural de las normas jurídicas, para luego describir el escenario de estudio, los sujetos a analizar, el rigor científico que tendrá como norte la tesis y, finalmente, la técnica utilizada que fue la del análisis documental, en el que se revisan documentos y se realizan fichas.

En el **cuarto capítulo** titulado Resultados se sistematizó los datos y se ordenó el contenido clave (los puntos controversiales) didácticamente para poder iniciar la teorización de conceptos. Los resultados más destacados fueron:

- Al haberse hecho evidente la incompatibilidad entre los artículos 340° del Código Civil y el 76° del Código de los Niños y Adolescentes, consideramos que es necesario desvirtuar esta divergencia aplicando los tres criterios establecidos por la interpretación sistemática a fin de calificar a la norma incompatible y preferir a aquella que si guarda armonía con el conjunto de normas del ordenamiento jurídico y los principios constitucionales, principios propios del Código Civil, concretamente, del derecho de familia.
- Es indispensable recordar que el instituto denominado patria potestad tiene una naturaleza tuitiva, precisamente, debido a la condición de edad de los hijos menores y, por ello, busca establecer las facultades claras (deberes-derechos) de los padres en relación con sus hijos, para que ninguna de las partes se extralimite en su accionar.

Asimismo, con dicha información se contrasto cada hipótesis específica como la general, para luego discutir los resultados y generar una propuesta de mejora.

Finalmente, la tesis culmina con las **conclusiones y recomendaciones** a las que ha arribado la investigación.

Es deseo de la tesista, por el trabajo vertido, que la tesis pueda servir con fines académicos y de aplicación inmediata, para que nuestros legisladores puedan regularizar una situación que no se halla acorde a la lógica requerida.

La autora

## Capítulo I: Determinación del problema

### 1.1. Descripción de la realidad problemática

La separación convencional y divorcio ulterior es una clase de divorcio en el cual no es necesario identificar las causas que conducen a la disolución matrimonial, sino simplemente esta ruptura deriva del acuerdo libre y voluntario de los cónyuges, conocido también como divorcio remedio. En relación con ello, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), revela que: “A diario, en el Perú se casan 298 personas. Sin embargo, otras 72 tramitan su divorcio ante el Reniec” (Diario Gestión, 2019); lo cual significa que la mayoría de personas que ha contraído nupcias ha conseguido el documento que indica la disolución del matrimonio, ya sea, por medio de una sentencia en la vía judicial, el acta notarial o municipal que acredita el divorcio de manera formal.

Ahora bien, con relación a la patria potestad de los hijos menores de edad o hijos no emancipados es necesario deslindar a cargo de cuál de los padres se quedarán los mismos; no obstante, para esta determinación el juez ya no se apoyará en la regla general en donde aquel que ha sido culpable del rompimiento del vínculo quedará suspendido en el ejercicio de la patria potestad, esto como una sanción por incumplir los deberes del matrimonio; sino, debido a la ausencia de causas legales de inculpación, el ejercicio de la patria potestad queda vigente para ambos padres (art. 76 del Código de los Niños y adolescentes).

**Por lo cual el diagnóstico del problema (o el problema en sí) se basa en** lo estipulado por el último dispositivo normativo, mismo que sugiere que los padres estando divorciados continúen ejerciendo la patria potestad de su menor hijo, la misma suerte seguirá la tenencia, la cual será compartida.

Acorde a lo mencionado, si ninguno de los padres está calificado como cónyuge culpable, esto no quiere decir que en realidad no haya responsabilidad o culpabilidad en relación con los hijos, pues el daño respecto a ellos será irrefutable, por eso, consideramos que la decisión final que emitirá el juez se fundamente principalmente en el interés superior del niño, mas no en los intereses individuales de sus padres.

Es más, el texto normativo del artículo 76° del Código de los Niños y adolescentes que ampara el ejercicio de la patria potestad compartida contradice lo

establecido por el artículo 340° del Código Civil, mismo que prevé que los hijos quedaran a cargo de uno de los padres, mientras que el otro estará suspendido en su ejercicio.

**En tanto, el pronóstico de la investigación (o repercusión negativa)** radica, en principio, en la no consideración del interés superior del niño, pues los hijos menores de edad, cuyos padres están divorciados, necesitan de un padre líder en quien recaiga la potestad para decidir sobre asuntos relevantes para el desarrollo integral del mismo; sin embargo, al dejar que ambos ejerzan la patria potestad se dará cavidad a que tomen decisiones de forma unilateral, esto es, sin previa coordinación o consentimiento del otro, generando decisiones contrapuestas consecuentes conflictos.

Por otro lado, lo dispuesto por el artículo 76° genera incertidumbre jurídica, toda vez que regula un supuesto jurídico similar al del artículo 340° del Código Civil, pero emite una conclusión jurídica distinta, produciéndose esta forma una antinomia y, por consiguiente, poniendo a los hijos menores de edad en una posición frágil y de vulnerabilidad.

**A lo dicho, el control del pronóstico (o solución) que se ha planteado al respecto** es eliminar la antinomia producida entre los dos dispositivos normativos, concretamente, plantear la modificación del artículo 340° Código Civil, toda vez que este articulado no guarda relación con los objetivos planteados por el interés superior del niño, tal como lo manda la Observación General N° 14 emitido por el Comité de Derechos del Niño.

Pues, uno de los objetivos proyectados por la Observación es que las decisiones judiciales y administrativas toman en cuenta y repesen el interés superior del niño, esto es, garanticen el pleno ejercicio de todos sus derechos establecidos por la Convención; en este orden de ideas, el menor tiene derecho a su libre desarrollo y bienestar, así como a su integridad moral psíquica y física, los cuales se verán potencialmente perjudicados con el ejercicio compartido de la patria potestad por las razones explicadas líneas arriba.

En relación con el fenómeno de estudio, se tiene a las investigaciones internacionales siguientes, Mero (2021) titulada: Tenencia compartida, derechos de los padres o connatural de los niños, niñas y adolescentes, el cual tuvo como

propósito determinar si la tenencia compartida es una facultad que se fundamenta en el derecho inherente de los niños, niñas y adolescentes o, por el contrario, encuentra su base en el derecho de los padres; así mismo, la investigación titulada: *Fundamentación de la patria potestad en Colombia a partir de la Declaración universal de los derechos de los menores en cuanto a la aplicación del interés superior del niño*, por Silva (2020), donde se buscó definir la trascendencia de la adopción de este instrumento internacional en relación con la patria potestad dentro del sistema legal colombiano.

A nivel nacional se tiene a los investigadores: Condori (2021), *Metodología de la investigación jurídica y el impacto científico de las tesis de maestría en derecho de una escuela de posgrado de Tacna, periodo 2017-2019*, donde se buscó evaluar cuál era el impacto jurídico de las tesis en materia jurídica, aludiendo que los métodos normativos usados con frecuencia alcanzan solo una solución a nivel teórico, que difícilmente se puede materializar; por otro lado, tenemos a los autores Chávez y Chevarría (2018): *El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia*, la cual tuvo el propósito de investigar como se viene aplicando el interés superior del niño cuando los cónyuges atraviesan una separación y consecuentemente el divorcio.

Los autores antes citados no han investigado respecto al ejercicio compartido de la patria potestad cuando los padres se someten a la separación convencional y divorcio ulterior, así mismo, tampoco han evidenciado la antinomia existente entre los artículos 340° y 76° del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente.

De esa manera, tras haber entendido el contexto del problema, formulamos la siguiente interrogante: ¿De qué manera se desarrolla la interpretación jurídica entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano?

## **1.2. Delimitación del problema**

### **1.2.1. Delimitación espacial.**

La investigación al tener la naturaleza jurídica dogmática, analizará detenidamente las instituciones jurídicas de la separación convencional y divorcio ulterior y la patria potestad, y como dichas instituciones se encuentran plenamente reguladas tanto por el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, se sobreentiende que estas rigen en todo el territorio peruano, por consiguiente, diremos que el espacio de aplicación de la presente investigación será obligatoriamente en el territorio peruano, más no en una específica ubicación.

### **1.2.2. Delimitación temporal.**

En función de lo ya mencionado, respecto a la naturaleza dogmática jurídica, y teniendo plena convicción sobre el análisis de las instituciones jurídicas, tales como: la separación convencional y divorcio ulterior y la patria potestad, es necesario mencionar que, al estar plenamente vigentes estas instituciones en el presente año, diremos que la investigación a nivel temporal se delimitara hasta el año 2022, pues hasta momento todavía no ha existido modificación o derogación alguna respecto de los artículos materia de investigación.

### **1.2.3. Delimitación conceptual.**

Los conceptos que serán considerados en la presente investigación serán desde una óptica positivista, debido a la necesidad de analizar instituciones jurídicas, doctrina, jurisprudencia y demás material de esta índole, específicamente, se empleara la teoría *ius positivista*; en consecuencia, nuestras variables serán estudiadas desde un enfoque dogmático-jurídico positivista.

## **1.3. Formulación del problema**

### **1.3.1. Problema general.**

- ¿De qué manera se desarrolla la interpretación jurídica entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano?

### **1.3.2. Problemas específicos.**

- ¿De qué manera se desarrolla la interpretación sistemática entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano?
- ¿De qué manera se desarrolla la interpretación constitucional entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano?

## **1.4. Justificación de la investigación**

### **1.4.1. Justificación social.**

La presente tesis está sujeta primordialmente el propósito de contribuir con la comprensión jurídica de la sociedad sobre del ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental, debido a la relevancia que esta adquiere en relación con los menores al momento de la separación de sus padres, así también, se pretende coadyuvar con la armonía del sistema jurídico peruano, pues no es posible que existan dos normas jurídicas con supuestos jurídicos similares y diferentes resultados., esto podría conducir a los justiciables o patrocinados a tener una incertidumbre e inseguridad jurídica.

### **1.4.2. Justificación teórica.**

El aporte a nivel teórico jurídico radica en el desarrollo sistemático de los elementos de la patria potestad, la titularidad y el ejercicio, mismos que son totalmente diferentes y están encaminados a dotar de determinada capacidad, legitimidad, así como la facultad de ejercer el conjunto de derechos y deberes a los padres; no obstante, se ha notado que el ejercicio compartido podría contravenir al principio de interés superior del niño, pues el hijo menor de edad requiere de un líder y/o máxima autoridad que lo represente y defienda cuando sus intereses se ven contrapuestos con los de algún tercero, más no requiere de dos padres que estando separados toman decisiones manera unilateral y hasta contrapuestos entre sí.

### **1.4.3. Justificación metodológica.**

La justificación a nivel metodológico de la presente investigación se fundará en la realización de un estudio dogmático jurídico, pues al tratarse de instituciones y figuras jurídicas, la mejor herramienta será la utilización de la hermenéutica jurídica, básicamente, la exégesis y la sistemática lógica, por consiguiente, el análisis se llevará a cabo por medio de la argumentación jurídica.

## **1.5. Objetivos de la investigación**

### **1.5.1. Objetivo general.**

- Analizar la manera en que se desarrolla la interpretación jurídica entre el artículo 340 del Código Civil con 76 el del Código del Niño y Adolescente peruano.

### 1.5.2. Objetivos específicos.

- Identificar la manera en que se desarrolla la interpretación sistemática entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Código del Niño y Adolescente peruano.
- Determinar la manera en que se desarrolla la interpretación constitucional entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano.

## 1.6. Hipótesis de la investigación

### 1.6.1. Hipótesis general.

- La interpretación jurídica entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa.

### 1.6.2. Hipótesis específicas.

- La interpretación sistemática entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa.
- La interpretación constitucional entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa.

### 1.6.3. Operacionalización de categorías.

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Items	Escala instrumento
La interpretación jurídica	Interpretación sistemática	Al ser una investigación cualitativa teórica jurídica de corte propositivo, se prescinde de indicadores, ítems y la escala de los instrumentos de recolección de datos, pues estas categorías solo se utilizan cuando se hace un trabajo de campo		
	Interpretación constitucional			
A artículo 340 del Código Civil y 76 del Código del Niño y Adolescente	Patria potestad			
	Decaimiento y disolución del vínculo			
	Interés Superior del Niño			

La categoría 2: “artículo 340 del Código Civil y 76 del Código del Niño y Adolescente” se ha relacionado con las sub categorías de la Categoría 1: “La

interpretación jurídica” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Subcategoría 1 (Interpretación sistemática) de la categoría 1 (La interpretación jurídica) + concepto jurídico 2 (artículo 340 del Código Civil y 76 del Código del Niño y Adolescente).
- **Segunda pregunta específica:** Subcategoría 2 (a Interpretación constitucional) de la categoría 1 (La interpretación jurídica) + concepto jurídico 2 (artículo 340 del Código Civil y 76 del Código del Niño y Adolescente).

### **1.7. Propósito de la investigación**

El propósito es modificar el artículo 340 del Código Civil, a fin de establecer la regla general y mejor conveniente para los hijos cuyos padres se están separando, nos referimos a que el ejercicio de la patria potestad deberá recaer en ambos padres, pero bajo condiciones, mientras el otro continúa siendo el titular de la patria potestad, pero queda suspendido en su ejercicio.

### **1.8. Importancia de la investigación**

Es importante debido a que en la actualidad existe contradicción entre estos dos dispositivos 340° del Código Civil y 76° del Código de los Niño y Adolescentes, respectivamente, ambos con supuestos jurídicos iguales, pero con distintas soluciones jurídicas, lo cual trae a colación incertidumbre e inseguridad jurídica para los hijos menores de 18 años de edad.

### **1.9. Limitaciones de la investigación**

Las limitantes ha sido no conseguir expedientes sobre patria potestad compartida en relación con los hijos menores de edad como resultado de la separación convencional y divorcio ulterior para analizar las motivaciones del juez del cómo han estado resolviendo hasta el momento.

## Capítulo II: Marco teórico

### 2.1. Antecedentes de la investigación

#### 2.1.1. Nacionales.

Como investigación nacional se tiene a la tesis intitulada: Metodología de la investigación jurídica y el impacto científico de las tesis de maestría en derecho de una escuela de posgrado de Tacna, periodo 2017-2019, por Condori (2021), sustentada en la ciudad de Tacna para obtener el grado académico de Maestro en Investigación Científica e Innovación por la Universidad Privada de Tacna, la cual tuvo como objetivo examinar cuál es el impacto jurídico de las tesis en materia jurídica, es decir, verificar por dónde transitan estas con el propósito de definir si existe la necesidad de cambiar la forma y gestión de la investigación en este campo de las ciencias sociales, pues se considera que los métodos normativos empleados con frecuencia alcanzan únicamente el primer peldaño (satisfacen la solución a nivel teórico); entre estos métodos utilizados encontramos: al método histórico jurídico, sociológico jurídico, método del análisis económico del derecho, entre otros, para abordar problemas actuales, reales y de contexto social; sin embargo, hoy en día, dice el investigador, existe la necesidad de que los investigadores realicen investigaciones que resuelvan problemas socio jurídicos y sean pasibles de ser plasmados en la realidad, además resuelvan puntualmente un problema en concreto y no solo se queden en el planteamiento teórico; relacionándose de este modo con el fenómeno de estudio que estamos planteando, en tanto estamos interesados en desarrollar y resolver la colisión entre dos normas (art. 340° y 76° del Código civil y Código de los Niños y Adolescentes) con presupuestos jurídicos iguales y distintas conclusiones jurídicas empleando los métodos normativos tradicionales, aunque, aparentemente la aplicación de estos métodos va a coadyuvar con la resolución del problema de antinomia a nivel teórico, consideramos que es un primer gran paso para fundamentar una propuesta que conduzca a conseguir la unidad de las normas dentro del sistema jurídico peruano; de tal forma que, las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Es posible que la sola aplicación de los métodos normativos tradicionales de interpretación y estudio de la norma positiva finalmente venga a parar en pura dogmática, es decir, carecer de un producto derivado de la

investigación, y esto se debe, precisamente, dentro del campo del derecho no sometemos a experimentación o manipulación a las normas debido a su carácter abstracto, seguramente, hay tesis de derecho con otra perspectiva y contenido pasible de manipular o experimentar; no obstante, con frecuencia, la norma misma induce a la interpretación abstracta que, muy posiblemente, puede ser expresada por medio del lenguaje y conseguir la realización de algún resultado en concreto.

- El investigador ha llegado a la conclusión, las tesis estudiadas presentan similares problemas, fundamentalmente, el bajo impacto científico y la mínima posibilidad de manifestación de un producto derivado como resultado de la investigación, transformándose única y sencillamente en parte de la conocida literatura gris.
- Se identificó, la mayoría de las tesis han empelado una población conformada únicamente por especialistas y conocedores del derecho, tales como: jueces, abogados y fiscales; en contraste, hay ausencia absoluta respecto a la integración del usuario o persona común y corriente, quien, precisamente, es la persona que padece la aplicación y/o cualquier interpretación de la norma.
- Así mismo, se verifico que la mayoría de las tesis estudiadas han utilizado técnicas vinculadas con las investigaciones sociales, tales como: la encuesta y la observación, mismas que han sido acondicionadas para el desarrollo de investigaciones en materia normativa y socio jurídica.
- A su vez, se observó una baja producción de artículos científicos resultantes de las investigaciones desarrolladas, siendo solamente once los existentes, de los cuales diez están incluidas en la revista científica de la misma escuela de posgrado indexado en Latindex, en cambio la diferencia, es decir, uno de ellos esta publicada en la revista Dial net.
- También, se identificó que hay un índice bajo de citas obtenidas por las tesis publicadas, pues se notó la existencia de once citas, de los cales cinco únicamente corresponden a tesis, en cambio, los restos no han obtenido una sola cita.

- Luego, otro dato relevante que refuerza nuestra investigación, es decir, el bajo impacto científico de las tesis desarrolladas a nivel jurídico es que, ninguna de las tesis buscadas ha conseguido un reconocimiento o premio, tampoco se ha conseguido la publicación de libros o capítulos de libros, menos aún, la participación de eventos a nivel nacional o internacional.

Finalmente, la tesis carece de una metodología, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo que afirmamos es cierto.

Otra investigación encontrada a nivel nacional fue la tesis titulada: El Tribunal Constitucional y la interpretación de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de magistrados, por Zelada (2018), sustentada en la ciudad de Lima para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Mayor de San Marcos, cuyo objetivo fue examinar cuáles son los efectos que produce la interpretación del Tribunal Constitucional con respecto a las resoluciones de los procesos de ratificación de magistrados formulados por el Consejo Nacional de la Magistratura, todo ello, debido a lo dispuesto por el artículo 142 de la carta magna, misma que estipula, las resoluciones del Jurado nacional de Elecciones en temas electorales y las del Consejo Nacional de la Magistratura en relación a la evaluación y ratificación de jueces, no son revisables en sede judicial; dicho sea de paso, es menester mencionar que el contexto político en el que se formula la Constitución de 1993 fue en el mandato del expresidente Alberto Fujimori, es decir, se buscó diseñar con mala intención zonas exentas de control judicial; a su vez, el máximo intérprete de la Constitución en muchas ocasiones ha interpretado al artículo en mención desconociendo su contenido y, apegándose más bien a los principios rectores establecidos por los instrumentos internacionales tanto como los contenidos en el mismo, señalando que las resoluciones derivadas del CNM en materia de ratificación a los magistrados no tiene por qué estar exenta del control judicial; relacionándose de este modo con nuestro problema de investigación en tanto estamos interesados en conocer, cuáles son los argumentos que emite el máximo interprete para justificar la exclusión de la revisión judicial y qué tipo de métodos

de interpretación normativa utiliza para fundamentar que las resoluciones en materia de ratificación y evaluación de jueces no sea revisable; en consecuencia, las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Queda claro que, con la promulgación de la Constitución Política del Perú del año 1993 y, básicamente, con la entrada en vigencia del artículo 142, se buscó instaurar zonas exentas de control judicial, aun cuando el Tribunal Constitucional es reconocida en nuestro país como una entidad fundamental para defender y garantizar los derechos humanos.
- Así mismo, es considerado por la doctrina jurídica y con mucha razón que, el Tribunal Constitucional es una institución fundamental para la defensa de constitucionalidad, la democracia y el orden social de nuestro país, por tanto, es una función primordial establecer límites y operar sin transgredir el ordenamiento.
- En contraste, resulta complejo entender cuál fue el fundamento bajo el cual se cancela la revisión en sede judicial de las resoluciones referidas a la ratificación y evaluación de magistrados, pues, el artículo que contiene dicha disposición en realidad es contraria al fin para el cual fue creado el máximo intérprete de la Constitución, pues esta última es un instrumento de la jurisdicción diseñado para conocer y decidir en última instancia los conflictos de interpretación de la ley por medio de las garantías procesales reconocidas, mas no para conocer temas sin que hayan pasado por los filtros correspondientes, tal como el brindado en sede judicial.
- En este orden de pensamiento, el Consejo Nacional de la Magistratura no es un órgano que tiene legitimidad para ejercer y/o decidir de manera automática el control de sus decisiones y funciones, por el contrario, existe la necesidad lógica y racional de fiscalizar determinadas decisiones que pudieran ser divergentes con el sistema constitucional.
- El constitucionalismo está conformado por dos grandes elementos, en principio, el poder constituyente y, segundo, por los poderes constituidos, el primero hace referencia al poder creado a partir del orden jurídico y por tanto es ilimitado, mientras que, los poderes constituidos son designados por el mismo poder constituyente y, por consiguiente, se encuentran

absolutamente limitados por estos; ahora bien, la función del poder constituyente termina con la promulgación de la Constitución, en cambio, los poderes constituidos adquieren diferentes funciones, precisamente, para dar cumplimiento a la voluntad de las normas establecidas del poder constituyente.

- De este modo, el Tribunal Constitucional vendría a ser un claro ejemplo de poder constituido creado en el ejercicio del poder constituyente para que adquiriera la facultad de revisar y controlar la vigencia de la Constitución, tal como el artículo 202 del mismo cuerpo normativo dispone: “Atribuciones del Tribunal Constitucional”; en consecuencia, ha quedado demostrado que el TC no puede atribuirse funciones que le corresponde auténticamente al poder constituyente, puesto que no tienen potestad para crear normas.
- Un pensamiento similar, manifiesta el autor Eduardo García, para quien el Estado de derecho es necesariamente un Estado de justicia, en orden al cual, el poder político no insinuar y declarar inmunidad alguna, por tal motivo, hoy en día no se debe tolerar más la existencia de posibles actos de inmunidad judicial para cualquier titular o ejerciente del poder político, pues está formalmente prohibida por la Constitución.
- Dicho todo ello, es indispensable mencionar que el artículo 142 de la carta magna deberá ser pasible de una modificación urgente, pues, el Consejo nacional de la Magistratura no debería ser inmune al control judicial y, a su vez, o se puede ser vulnerando los derechos de muchos magistrados a un decisión justa y motivada.
- Por último, es posible que estas resoluciones emitidas por el órgano en mención sean pasibles de revisión mediante una acción de amparo, pero siempre que, se hayan violado los derechos fundamentales como, por ejemplo, el debido proceso.

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basado en el método aplicado.

Otra investigación (tesis) titulada fue: La incidencia de la derrotabilidad en la interpretación constitucional en el marco de los estados constitucionales, por Quiroga (2019), sustentada en la ciudad de Lima para optar el título profesional de

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyo objetivo fue determinar la influencia de la naturaleza de derrotabilidad en la interpretación de las normas jurídicas establecidas en la Constitución en el marco de un Estado Constitucional, es decir, bajo qué fundamento se implica una norma para que en su lugar prevalezca otra del mismo rango legal cuando existe colisión entre dos principios por ejemplo; relacionándose de este modo con el fenómeno de estudio planteado en la presente tesis, en tanto nos interesa dilucidar la dimensión interpretativa útil para el caso de la antinomia entre los artículos 340 y 76 del Código Civil y Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, respectivamente, siendo las conclusiones más importantes las siguientes:

- Un Estado Constitucional de Derecho implica entre cosas el respeto y estricto cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Constitución, las que definen concretamente los parámetros de validez bajo los cuales se aplicaran, ya sea, por su fuerza normativa o por el contenido que llevan en sí mismos, de ahí, deberán ser pasibles de interpretarse en relación con los principios y demás normas contenidas en el sistema legal peruano con la finalidad de guardar coherencia y unidad.
- No obstante, se ha observado que el modelo jurídico-político ha padecido un cambio novedoso, pues, ha pasado de ser un tipo de Estado legislativo de derecho a un Estado constitucional de derecho, surgiendo una disimilitud relevante entre estos, pues en un Estado constitucional las constituciones adquieren fuerza normativa, en virtud del cual, es posible efectivizar las políticas y normas jurídicas que enuncian principios y directrices que finalmente se pueden concretar en la realidad; mientras que, el tipo de Estado legislativo enuncia programas políticos, tanto como principio que únicamente son declarativos, es decir, no pueden ser absolutamente aplicables.
- Así mismo, en el tipo de Estado en donde prevalece el respeto de la Constitución, es menester mencionar que, es la Constitución el primer y superior instrumento normativo del ordenamiento jurídico, convirtiéndose de este modo, en la fuente principal de producción de normas; en

consecuencia, la interpretación de todas las demás normas de rango similar o inferior tienen que guardar coloración estrecha.

- En tal sentido, que el ordenamiento jurídico se vea constitucionalizado implica que todo el ordenamiento es pasible de ser axiologizado, esto es, sea pasible de ser valorado conforme a la moral y los valores contenidos en ella.
- Entonces, si decimos que la característica de derrotabilidad consiste en que una norma jurídica es aceptable en una determinada circunstancia, al mismo tiempo, es posible que en diferentes circunstancias no sea correcta, siendo ello una excepción y/o razonamiento que invalida el fundamento original.
- Así, reconoce tres posturas de interpretación, la postura cognoscitiva, escéptica y la intermedia, la primera, persigue el sentido de las normas jurídicas, la segunda, propone la necesidad de construir un significado a las normas y, la tercera, trata de resaltar la existencia normas claras, en tanto su significado ha sido previamente aceptado por el poder constituyente y, por ende, los operadores del derecho, así mismo, reconoce normas que no cuentan con una determinada interpretación ya que existen posturas diversas respecto a su interpretación.
- En sentido estricto, la derrotabilidad es una característica derivada del ejercicio de la interpretación constitucional, toda vez que en los Estados Constitucionales la moral adquiere mayor valor a la hora de interpretar las normas jurídicas.

Finalmente, la tesis carece de una metodología, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas, el link correspondiente para contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

Así mismo, se encontró a la investigación (tesis), titulada: Las fuentes de interpretación para precios de transferencia establecidas en el artículo 32-a inciso h) de la Ley del impuesto a la renta y la vulneración al principio de legalidad, por Silva (2021), sustentada en la ciudad de Chiclayo para optar el grado académico de Maestro en Tributación y Fiscalización Internacional por la universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo, cuyo objetivo radico en examinar cuáles son las fuentes de tributación para interpretar y establecer los precios de trasferencias de empresas multinacionales, asumiendo de entrada, una postura basada en la

identificación de vulneración de las administraciones fiscales del Perú, debido a que nuestro país se utilizan el mecanismo Soft Law o derecho blando, en virtud del cual nos tenemos que acoger a las guías que establecen los precios de transferencia formulados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en consecuencia, las leyes y normas formuladas por el Tribunal Constitucional peruano en muchas ocasiones no guardan relación con lo establecido por la organización en mención, lo que implica la modificación de la base imponible del tributo y conduciendo al pago de un mayor o menor impuesto; relacionándose de esta forma con el fenómeno de investigación planteado en la presente tesis, ya que estamos interesados en estudiar y analizar el modo en que un instrumento jurídico-político de carácter internacional puede terminar siendo contraria a los parámetros y principios constitucionales, aun cuando lo lógico es que exista unidad y coherencia entre ambos, precisamente, para colaborar con el desarrollo y paz social de ambas partes, en este orden de ideas, creemos que los instrumentos jurídicos de carácter internacional deben guardar estrecha relación con la defensa de los principios y derechos naturales útiles para el desarrollo del ser hombre; de tal suerte que las conclusiones fueron las siguientes:

- Ciertamente, la incorporación del régimen de precios de transferencia dentro de la Ley del Impuesto a la renta se originó a partir de la necesidad de proteger la base imponible de las empresas vinculadas, para lo cual se adecoo la introducción de normas especializadas a la legislación en materia tributaria, empleando básicamente, las guías o tasación de precios.
- Entonces, las guías de precios de transferencia han sido incorporados como guías metodológicas para construir y reconstruir un estándar de normas útiles para este campo de tributación; el uso de estas se remonta al tiempo de creación de la OCDE, lo que indirectamente deviene en contraproducente debido a que no se ha sumado esfuerzos para acondicionar las leyes nacionales al contenido de estas.
- Caso distinto, sucede con el país de Colombia, en donde existe una sentencia que ha declarado que las guías de precios de transferencia no pueden ser empleadas toda vez que vulneran el principio de legalidad; no obstante, ha quedado claro e una resolución de su misma administración que, el uso de

estas guías solo se hacerse confines interpretativos, mas no para modificar la base imponible.

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basado en el método de análisis y síntesis.

A nivel nacional se encontró la tesis titulada: El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia, por Chávez y Chevarría (2018), sustentada en la ciudad de Lima para optar el título de abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyo fin primordial fue identificar la forma en cómo se viene aplicando y por ende tutelando el interés superior del niño cuando los padres atraviesan una separación conyugal, ya sea a causa de un divorcio, separación de hecho o de derecho; recordemos que existe un documento internacional elaborado por la Comisión Internacional de los Derechos del Niño, denominado Observación General n.º 14, en el que se extiende los alcances y parámetros para la aplicación eficiente de la prerrogativa tuitiva en mención, esto debido a la indeterminación de su contenido; guardando relación con el problema de investigación planteado en la presente tesis, en tanto nos interesa conocer y profundizar cuales son los requerimientos y/o derechos más importantes que el juez tiene que salvaguardar o, en todo caso, priorizar para que el menor, bajo las circunstancias de separación de sus padres, pueda seguir creciendo y desarrollándose íntegramente; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Conforme a lo establecido en la Observación mencionada, el concepto del interés superior del niño se fundamenta en un triple concepto, tal como podemos observar a continuación: es un principio, un derecho y una norma de procedimiento; a partir del concepto del interés superior como principio, cualquier autoridad o administrador de justicia deberá tutelar esta prerrogativa apuntando a un máximo grado de satisfacción del mismo, por encima de cualquier otro derecho entonces deberá preferir la opción que más le va a convenir al menor para efectos de su desarrollo integral; luego, el concepto de derecho sustantivo alude a la facultad de toda persona para accionar y exigir ante los entes jurisdiccionales la garantizarían del interés

superior del menor; finalmente, la consideración como norma de procedimiento hace referencia a la necesidad de satisfacer y garantizar en un debido proceso o procedimiento la aplicación del principio de interés superior, con el objetivo de dar pleno cumplimiento de protección la mayor cantidad de derechos fundamentales del menor.

- Entonces, la triple conceptualización tiene como objetivo fundamental lograr el bienestar integral del niño, niña y adolescente siempre que sus derechos y/o intereses entren en colisión con los derechos de otros, ya sea los de sus padres, del Estado o algún tercero, sin caer en la desidia de sacrificar algún derecho y este no esté justificado.
- Habiendo mencionado todo ello, en seguida es indispensable poner énfasis en quienes son las personas directas y además legitimadas para velar por el cumplimiento del interés superior del niño, los padres; entonces, cuando el grupo familiar entra en crisis debido a la separación de los cónyuges, cualquiera sea la forma que esta adquiera, es necesario determinar cuál de los padres se quedará al cuidado del niño, atendiendo a su mejor interés, de ahí que resultado fundamental analizar esta problemática, llegando a la conclusión de que para asegurar su real promoción del principio materia de análisis dentro del derecho de familia, las autoridades administradoras de justicia no pueden centrarse únicamente en la visión “adultocéntrica”, es decir, tomar una decisión en torno a los requerimientos de los adultos, sino esta tiene fundarse antes que todo en las necesidades del menor.
- Por ello, luego de haber realizado el estudio de la muestra, se identificó las siguientes problemáticas: la falta de sensibilidad de los jueces de familia y magistrados respecto a temas relacionados con la niñez y adolescencia, así como, la carencia de un enfoque multidisciplinario vinculados con estos temas.
- En síntesis, después de haber revisado y analizado toda la información relevante sobre la aplicación del interés superior del niño se planteó como alternativa de solución reforzar las capacitaciones para los jueces, magistrados u otras autoridades que tengan a su cargo revisar temas relacionados con el interés superior del menor, así también, establecer un

marco de fiscalización a las sentencias emitidas en esta materia con la finalidad de corroborar los argumentos que sustentan la decisión asumida en ventaja o desventaja del menor.

Finalmente, la tesis **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho es cierto.

Otra investigación encontrada a nivel nacional fue la tesis titulada: Tenencia exclusiva y su relación con el principio de interés superior del niño en la corte superior de Huaura -años 2017 al 2018, por Contreras (2020), sustentada en la ciudad de Huacho para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho, con Mención en Derecho Civil y Comercial llevado a cabo en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, cuyo objetivo principal fue identificar que, en el distrito de Huaura entre los años 2017 y 2018 en casos de separación o divorcio de los padres, cualquiera sea el factor que conlleva a este lamentable desenlace, es necesario que el juez otorgue la tenencia exclusiva dejando de lado la tenencia compartida, pues, cuando se está ante el primer tipo de tenencia se observa que los conflictos entre los ex cónyuges se agrava arrastrando directa o indirectamente a los hijos, quienes terminan siendo los personajes más perjudicados del rompimiento del vínculo matrimonial, cuando lo más importante en este tipo de circunstancias tanto, dentro de un plano social-familiar y judicial, es que sean los menores de edad los más protegidos en virtud de lo establecido por el interés superior del niño; relacionándose de este modo con nuestro tema de investigación toda vez que el fenómeno de estudio se enfoca en analizar la antinomia entre los artículo 340 y 76 del Código Civil y de los Niños, Niñas y Adolescentes, mismos que establecen presupuestos jurídicos similares en relación a la patria potestad de los hijos cuando se suscita la separación convencional, pero con diferentes conclusiones, quedando en la indeterminación la suerte de los menores de edad; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Después de una revisión exhaustiva se llegó a la conclusión principal basada en la siguiente idea: existe un vínculo importante entre la tenencia y el principio de interés superior del niño, pues de conformidad con la mencionada prerrogativa tuitiva es importante tutelar la opción que más

convenga al niño, niña y adolescente dentro de la gama de opciones e intereses contrapuestos en el distrito judicial de Huaura 2017-2018.

- Así mismo, se verificó la existencia de un vínculo importante y trascendental entre la tenencia exclusiva y la dimensión obligaciones del Estado conforme lo establece el principio de interés superior, todo ello, en el distrito judicial de Huaura entre los años 2017 y 2018, arribándose una conclusión basada en la siguiente idea: la correlación es de una magnitud buena; de ahí, las obligaciones del Estado peruano tal como lo establece la Observación General n.º 14, misma que fue llevada a cabo por la Comisión Internacional sobre los Derechos del Niño se dividen en obligaciones generales (implementar normas tendientes a garantizar la aplicación primordial del ISN, examinar y/o modificar la legislación nacional para incorporar el 3, párrafo i de la CIDN, entre otros) y específicas (establecer, supervisar y evaluar la plena aplicación del interés superior del niño, entre otros) con la finalidad de garantizar verdadera y primordialmente la aplicación del principio y, en consecuencia, el pleno goce de los derechos fundamentales de los niños en cualquier situación que los involucre.
- Luego, se identificó que existe un vínculo importante entre la tenencia exclusiva y la dimensión beneficios formativos conforme lo establece el principio de interés superior del niño, todo ello, en el distrito judicial de Huaura entre los años 2017 y 2018, llegándose a la apreciación siguiente: la correlación es de una magnitud buena; por lo tanto, los padres y cualquier autoridad que, tenga a su cargo tomar una decisión relacionada con los derechos del niño tendrá que considerar de forma prioritaria la opción que mejor conviene al menor para efectos de su desarrollo integral, dejando en un segundo plano los intereses personales o derechos de los padres o de algún tercero.
- También, se identificó un vínculo trascendental entre la tenencia exclusiva y la dimensión atención y desarrollo psicológico conforme al principio de interés superior en el distrito judicial de Huaura entre los años 2017 y 2018, estableciéndose la idea siguiente: la correlación es de una magnitud buena; antes bien, nos preguntamos por qué razón será que los intereses del menor

se convierten en supremos, esto es debido a su condición de edad, pues todavía dependen de sus padres o del algún adulto mayor para realizar múltiples acciones relevantes jurídico y social, por supuesto sin olvidar que esta condición es relativa ya que los niños van pasando etapas que los impulsan a convertirse en seres totalmente independientes con el paso de los años, pero con la ayuda emocional afectiva y económica de sus padres, abuelos y demás familiares.

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basada en el método descriptivo correlacional.

Así mismo, se encontró la investigación (tesis) titulada: Propuesta de modificación al artículo 4° de la ley 29227 para desvincular de la instancia judicial los procesos subordinados a la separación convencional y divorcio ulterior, por Fernández (2020), sustentada en la ciudad de Pimentel para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho registral y Notarial por la Universidad Señor de Sipán, cuyo propósito se centró en identificar la posible burocracia a nivel judicial que estaría provocando las exigencias establecidas en el artículo 4 de la ley 29227 “Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías”, misma que prescribe los requisitos que deben ser adjuntados por los cónyuges para requerir la separación convencional, siendo el primero de ellos, no tener hijos menores de edad y, si es que los tuvieran, adjuntar la sentencia judicial firme o acta de conciliación elaborada con todos los requisitos de ley tendientes a establecer el ejercicio de la patria potestad, los alimentos, la tenencia y el régimen de visitas de los hijos menores de edad o de los hijos mayores con incapacidad; en síntesis, con la investigación se pretende excluir el requisito judicial, como es la sentencia firme o acta de conciliación respecto a temas vinculados con la supervivencia de los hijos, bajo el fundamento de que los padres pueden acordar y decidir sobre estos temas en la propia acta de separación convencional ya sea ante un juez o notario; relacionándose de este modo con el fenómeno de estudio planteado en la presente investigación, en tanto nos interesa conocer a profundidad los efectos de una tenencia exclusiva y compartida tanto como de la patria potestad de los hijos cuya suerte está en disputa por causa de sus padres, situación en el cual ninguno tiene la

culpa legalmente; a su vez consideremos errona la postura del investigador toda vez que no se puede mezclar dos instituciones que totalmente distintas, el divorcio y los derechos de los niños, si bien estos guardan relación estrecha, no es posible afirmar que la situación o condición alimenticia, tenencia, patria potestad, régimen de visitas se mezcle en el acta de separación convencional o se estipule en un simple acta en sede notarial, pues para ello contamos con los centros de conciliación en el cual ambos padres que, se supone están de acuerdo con el disolver su vínculo matrimonial, pues también deben hacerse responsables formalmente sobre la situación de sus hijos; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Luego de un análisis, se llegó a la conclusión sobre la viabilidad de la propuesta para desvincular la Ley 29227 de la instancia judicial, bajo el fundamento de que los cónyuges así como un día deciden libre y voluntariamente unirse y consagrar su amor en un matrimonio civil, del mismo modo son ellos y únicamente ellos los que pueden tomar determinadas decisiones para definir su futuro y el de sus hijos, si es que los tuviesen, además, gracias al ejercicio de esta autonomía es posible coadyuvar con la evolución de la familia y, por ende, con el desarrollo social, todo esto apoyándose en la teoría del matrimonio como contrato convenido.
- Así mismo, a partir de los datos obtenidos respecto a procesos de separación convencional y divorcio ulterior llevados a cabo en el Juzgado Mixto de la Provincia de Utcubamba- 2019, se pudo visualizar que los fines de la Ley 29227 que regula la separación convencional y divorcio ulterior en sede notarial o municipal no se vienen cumpliendo, pues se evidencio que, el 79% de proceso de divorcio con sometidos a la vía judicial; es decir, las personas están optando recurrir a la instancia judicial, dejando de lado otra vía que resulta mucho más factible en términos de economía, tiempo y esfuerzo.
- As u vez, el 78% de las personas encuestadas han planteado que se debería modificar las exigencias que establece el artículo 4 de la ley 29227, articulado que dispone como requisito para la separación convencional el

acta judicial o acta de conciliación extrajudicial sobre la tenencia, patria potestad, alimentos y régimen de visitas sobre los hijos menores de edad o mayores incapacitados para que, en su cambio, estos temas se discutan y determinen por acuerdo mutuo exclusivamente en la notaria o la municipalidad autorizada.

- En conclusión, se trata de generar autonomía legal a los cónyuges para que se separen convencionalmente y además para que decidan en sede notarial o municipal la determinación de temas relacionados con los hijos menores o mayores incapacitados y así evitar futuros conflictos familiares.

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basada en el método explicativo.

Luego, se encontró a la tesis nacional titulada: Delegación de la patria potestad al padre afín dentro de la familia ensamblada en el sistema legislativo peruano, por Montesinos (2020), sustentada en la ciudad de Cusco para optar el Título de Abogado por la Universidad Andina del Cusco, cuyo propósito sustancial fue analizar la posibilidad de reconocer y/o otorgar legalmente al padre afín la patria potestad del menor que, no es su hijo biológico, pero hace las veces del mismo, debido a la unión de hecho o unión matrimonial de la madre del menor con la nueva pareja, siendo esta nueva composición familiar, denominada familia ensamblada, la que da lugar a que sea el padre afín quien muchas ocasiones y constancias está en constante relación con el menor, ahora bien, en muchas de estas ocasiones es necesaria la presencia del padre biológico para autorizar o dar consentimiento respecto a determinados actos legales, por ejemplo, autorizar viajes por el colegio, participar en campeonatos, asimismo, tenemos casos de accidentes, necesidad de intervenciones quirúrgicas, no obstante, al no estar presente el menor corre el riesgo de ser perjudicado de algún modo; relacionándose así con nuestro tema de investigación, en tanto deseamos analizar la factibilidad de otorgar la tenencia y el ejercicio de la patria potestad únicamente a un padre, pues desde el punto de vista del interés superior, es necesaria la existencia de un padre líder que dirija y determine las decisiones para el desarrollo integral del menor, sin caer en el atasco de discutir o confrontar con las decisiones del otro padre, cuando este también

estuviera permitido ejercer la patria potestad; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Dadas las nuevas formas de entender el concepto y la estructura de una familia es que hoy en día consideramos necesario regular los derechos del padre afín sobre los hijos de la mujer o conviviente de este y viceversa, con la finalidad de otorgar determinada representatividad a quien no es el padre biológico, pero por supuesto con determinadas restricciones, pues no se trata de suplantar la patria potestad del padre biológico, ya que estaríamos yendo en contra de una institución estatuida precisamente para adjudicar y conocer la responsabilidad de una persona sobre sus hijos.
- Así mismo, al haber revisado los fundamentos jurídicos básicos respecto a los principios de protección de la familia, de los niños, de igualdad de categorías de filiación, de protección de las uniones de hecho y el principio de promoción del matrimonio se encontró también fundamentos fácticos que respaldan el reconocimiento al padre afín sobre la patria potestad, sustentándose este último concretamente en el crecimiento de las uniones de hecho.
- Se avizoró la existencia de un vacío legislativo tendiente a regular los vínculos jurídicos de las familias ensambladas, sobre los derechos y deberes subjetivos que derivan de la nueva composición familiar respecto a cada uno de los integrantes de la familia.
- Ciertamente, constituye un avance significativo el reconocimiento de las familias ensambladas en el plano constitucional, esto como fruto del avance y evolución de nuestra sociedad; no obstante, resulta lamentable que aún no haya sido integrado y regulado dentro del Código sustantivo peruano, tal como si lo está la familia nuclear.
- Respecto al reconocimiento y regulación de la patria potestad en favor del padre afín se consiguió antecedentes legislativos en Europa, situación distinta se experimenta en nuestro medio, pues conforme a los principios no solo jurídicos, sino sociales y culturales no es posible adjudicar este deber tan importante a una persona que aparentemente no tiene legitimidad para responsabilizarse.

- Por esta razón, creemos que constituirá en un gran paso el reconocimiento y regulación expresa de la familia ensamblada en el Código civil peruano, ya que esto dará lugar directa o indirectamente a la creación de nuevos derechos, los cuales deberán ser incluidos y recogidos por la legislación en bien de la protección de los hijos menores de edad, de la familia y, por ende, de la propia sociedad.
- En resumen, el MIMDES debe otorgar protección a la patria potestad del padre afín, pero para ello debe elaborar un mandato judicial declaratorio, de no existir este documento no se estará garantizando la protección de la patria potestad del padre afín, debido a que no establece mecanismos que regulen el ejercicio de la patria potestad en favor de quien no es su padre biológico, pudiendo ser contrario a la protección del interés supremo del menor y de la familia

Finalmente, la tesis empleó una metodología de investigación basada en el método cualitativo.

### **2.1.2. Internacionales.**

A nivel internacional se encontró el artículo de investigación llevado a cabo por la Corporación Universitaria del Caribe, del país de Colombia, titulada: Tres modelos y un mismo objeto de interpretación de los derechos fundamentales: Dworkin, Alexy y Sieckmann, investigado por Bechara (2019), la cual fue publicada en Revista Justicia, volumen 24 No. 36, pp. 196-213, cuyo objetivo fue estudiar las tres posturas más influyentes de la interpretación principialista de los derechos humanos, en tal sentido, se buscó examinar el desarrollo teórico de quien es denominado el padre de la principialista jurídica Dworkin Ronald, así mismo, el análisis amplio realizado por Robert Alexy respecto a los principios (normas optimizables o para optimizar), por último, se estudió la visión de Jan-R Sieckmann sobre los principios concluyendo que, la interpretación constitucional debe guardar relación con la argumentación jurídica; relacionándose de este modo con el fenómeno de estudio planteado en la presente investigación, en tanto nos interesa cómo es que se dio origen a la interpretación del derecho más allá de la ley, propuesta que se fundamentó en la construcción del derecho basado en principios jurídicos por encima del paradigma positivista, en este orden de ideas, es posible

que el análisis del fenómeno planteado, colisión entre los artículos 340 y 76 del Código civil y de los Niños Niñas y Adolescentes, no se fundamente con argumentos eminentemente positivistas, sino en los principios constitucionales y del propio derecho de familia, con la sola finalidad de defender los derechos humanos, tanto como el interés supremo de los hijos; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Constituyo un gran avance para el derecho, básicamente, para la interpretación del mismo la separación de las normas como reglas jurídicas y como principios jurídicos, lo que, a su vez, facilitó la determinación del método de aplicación para cada una de ellas, los que, de entrada, no son iguales; sin embargo, ambos posibilitan la actividad judicial, sobre todo, cuando el operador jurídico no encuentra la norma válida aplicable y así conseguir la construcción de su decisión, contraria al uso ilimitado de la discrecionalidad.
- Apartándonos, en cierto modo, del modelo Alexyano, creemos que la interpretación y defensa de los derechos humanos debe fundarse en una valoración cualitativa de las razones, esto es, prefiriendo determinado principio o principios por encima de otros y su consecuente procedencia de aplicación en el caso concreto.
- Por otro lado, considerando que las razones *ponderativas* de acuerdo con Sieckmann, básicamente, de los argumentos de los principios van a permitir definir la procedencia de un principio por sobre otro, siempre que ambos se encuentren en colisión previamente; en síntesis, se trata de emitir y fundamentar con razones suficientes basados en elementos valorativos, mas no volitivos o del deseo del interprete.
- Entonces, resulta interesante aplicar el procedimiento ponderativo, mismo que fue desarrollado ampliamente por Robert Alexy, en tanto, su visión de la construcción aplicada de las normas y disposiciones de principios representa un modo concreto y racional de defender los derechos fundamentales de las personas.

Finalmente, el artículo de investigación carece de una metodología, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas, el link correspondiente para contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

Otro artículo de investigación encontrado a nivel internacional, fue: Las normas jurídicas como problema Constitucional. Una reflexión desde el caso español, llevado a cabo por el programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad de España, por Rodríguez (2019), la cual fue publicada en Revista Dikaion, volumen 27(2), 175-204, cuyo objetivo radica en determinar los fines de la Constitución, con la finalidad de evidenciar que esta no puede ser ajena a los problemas interpretativos, toda vez que es ella quien orienta la producción de la norma; recordemos que, entre los fines de la Constitución está la de regular el ejercicio del poder político, así como la formación y funcionamiento de los órganos facultados para crear normas jurídicas, en ese orden de pensamiento, resulta racional mencionar que, el contenido tanto como la vigencia de una norma dependerá de su interpretación y la utilidad socio jurídica que representa, pero también es cierto que debe existir un método seguro que garantice su resultado; relacionándose de esta forma con el problema de investigación formulado en la presente tesis, en tanto consideramos relevante conocer a profundidad cuáles son los métodos de interpretación normativa, así como conocer el método que mejor se desenvolverá para efectos del desarrollo del fenómeno de estudio, la colisión entre los artículos 340 y 76 del Código Civil y de los Niños, Niñas y Adolescentes, respectivamente, ambos con presupuestos jurídicos iguales, pero distintas conclusiones jurídicas; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- La Constitución española, establece concretamente que la tutela judicial efectiva aplicada en la interpretación de las normas constituye en buena cuenta la exigencia hacia los operadores del derecho para que emitan sus decisiones con racionalidad y, consecuentemente, sean útiles; es decir, la racionalidad debe estar construida a partir del empleo de criterios interpretativos y argumentos que la ciencia jurídica ha diseñado desde hace siglos; sin embargo, existe la incertidumbre de que esos métodos jurídicos

no brinden seguridad, debido a la falta de conducción a una solución exacta luego de ser aplicadas.

- Hoy en la actualidad hay juristas que hablan sobre el derecho a la certeza, entendida esta como la exigencia de utilizar la argumentación idónea y respetando los principios básicos de un sistema legal, sin que sea entendida necesariamente como el resultado exacto y formalista de la lógica del texto. Dado el contexto, es bien sabido que, existen criterios interpretativos creados desde tiempos inmemoriales para evitar precisamente la arbitrariedad, aunque no siempre cumplan con esa finalidad en sí.
- Así mismo, es posible mencionar que, el derecho constitucional no ha sido el creador de los criterios interpretativos, pues estos son constructos elaborados como resultado de la labor interpretativa del operador jurídico y/o interprete del derecho.
- En síntesis, es menester mencionar que al constitucionalismo le queda confiar en el análisis realizado por los seres humanos, quienes son pueden ser ajenos a la valoración de la norma, esto como es evidente haciendo uso de sus facultades e inteligencia para resolver racionalmente conflictos jurídicos, tal como la colisión entre principios.

Finalmente, el artículo de investigación carece de una metodología, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas, el link correspondiente para contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

A nivel internacional se encontró la investigación titulada: Fundamentación de la patria potestad en Colombia a partir de la Declaración universal de los derechos de los menores en cuanto a la aplicación del interés superior del niño, por Silva (2020), sustentada en la ciudad de Barranquilla para optar el Título de Abogado por la Universidad de la Costa, cuyo propósito fundamental se basó en analizar la trascendencia que tuvo la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1989 respecto a la aplicación del interés superior del niño concretamente en el ejercicio de la patria potestad, pues al tener esta institución jurídica una connotación eminentemente tuitiva y protectora de los derechos fundamentales de los niños, es que resulta importante determinar cuáles son las normas colombianas en relación a la patria potestad y cómo se vienen dando su aplicación con la

finalidad de evidenciar si se está o no cumpliendo con los principios estatuidos en esta materia por la Declaración Universal mencionada; relacionándose de este modo con nuestro problema de investigación en tanto estudiaremos la naturaleza de una de las instituciones jurídicas más importantes del derecho de familia, la patria potestad, misma que es comprendida hoy en día como la responsabilidad paternal encaminada a direccionar, cuidar y acompañar la crianza de los hijos e hijas menores de edad hasta alcanzar el máximo nivel de satisfacción de sus derechos; en consecuencia los resultados más importantes fueron los siguientes:

- Cortamente, la patria potestad ha adquirido en la actualidad una connotación que configura con mayor énfasis su significa o el sentido de la relación derecho-deber entre los padres y sus hijos, por ello, la institución jurídica en mención hace referencia al acompañamiento, orientación, cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes de forma tal que, cada decisión o acción que vayan a tomar los padres o los que hagan sus veces en favor de los niños, pues lo hagan pensando en el mejor interés del menor, dejando de lado los interés individuales y egoístas de ellos mismo o de algún tercero.
- En este orden de pensamiento, el Estado colombiano debe sumar esfuerzos específicos para incluir y promocionar el nuevo sentido o significado que ha adquirido la patria potestad, pues esta antes era entendida como la autoridad absoluta del padre sobre los hijos y demás personas que aten bajo su poder, sin considerar a los niños como sujetos de derechos sino como sujetos especiales de protección; por consiguiente, no se trata de una institución que reconoce ciertas facultades a los padres para que subordinen a sus hijos bajo su autoridad omnipotente, por el contrario, todos estos derechos-deberes concedidos a los progenitores deriva de la necesidad de satisfacer con el desarrollo integral de los hijos.
- Ahora bien, toda la protección desplegada en favor de la población infantil radica precisamente en su condición de pleno desarrollo, entonces al ser considerados como titulares de derechos porque tienen dignidad, son seres humanos capaces de sentir, de pensar, percibir etc., es idóneo que sean merecedores de una protección especial.

- Es importante que los Estados se comprometan con la promoción y difusión de los derechos humanos tanto de los niños como de los adultos bajo el principio de igualdad, aunque en algunas ocasiones tal como hemos observado en el caso de los niños se requiere de mayor protección y una que goce de especialidad tendiente a coadyuvar con el desarrollo óptimo de las capacidades y habilidades de los niños, niñas y adolescentes.
- Los padres, quienes se encuentran legitimados para ejercer la patria potestad en beneficio de sus hijos no deben confundir esta facultad como aquella autoridad ilimitada y dominante, ya que eso solo conduciría a forjar hijos resentidos, desconfiados y dominantes; entonces, los padres más bien tienen que optar un rol de líderes con sus hijos y demás familiares, de tal modo que las enseñanzas que desea impartir de su grupo familiar los refleje con el ejemplo, el respeto y con el dialogo constante.
- Así mismo, conforme a lo impartido por el principio del interés superior del niño será importante respetar, escuchar y considerar la opinión del niño cuando sea posible o corregirlos cuando se equivocan y fortalecer sus decisiones correctas.
- En consecuencia, cuando hablamos de patria potestad no podemos referirnos, como antes si era aceptable, a la autoridad absoluta y perpetua de los padres sobre sus hijos, sino debemos comprender el sentido de esta como el deber de velar y practicar el ejercicio de la patria potestad siempre en beneficio de los hijos, mas no en beneficio propio (de los padres).

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basada en el método descriptivo dentro del paradigma interpretativo.

Así mismo, se encontró a la investigación (tesis), titulada: Tenencia compartida, derechos de los padres o connatural de los niños, niñas y adolescentes, por Mero (2021), sustentada en la ciudad de Guayaquil para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho procesal por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, cuyo objetivo fue examinar si la tenencia compartida viene a ser un derecho perteneciente auténticamente a los padres o es un derecho inherente de los niños, niñas y adolescentes todo ello en relación a los principios y demás normatividad referente a la niñez y adolescencia

en el estado ecuatoriano; relacionándose de este modo con el fenómeno de estudio planteado en la siguiente investigación, en tanto analizaremos los derechos y deberes de este grupo preferencial compuesto por menores de edad en relación con la patria potestad exclusiva o compartida de estos cuando sus padres se separan de forma convencional, tomando en cuenta el resultado de la aplicación de diferentes tipos de interpretación que nos ayudarán a verificar cual es verdadero sentido de adjudicar el ejercicio de la patria potestad a uno de ellos y suspender al otro; de tal suerte que las conclusiones más imperantes fueron la siguientes:

- El Código de la Niñez y Adolescencia contempla a la tenencia compartida como aquella figura legal que reglamenta que el niño y adolescente mantenga contacto directo con ambos padres, quienes dicho sea de paso están separados, entonces este tipo de tenencia busca garantizar el desarrollo armónico de los hijos con sus dos padres.
- Ahora bien, habíamos mencionado que la tenencia compartida entra a tallar sobre todo en situaciones en donde es indispensable determinar acontecimientos que guarden vínculo con el interés superior del niño, por ello, es que la tenencia compartida se configura como un derecho de los hijos respecto a la relación que deben seguir manteniendo con ambos padres, tal como lo estipula el Código de la Niñez y Adolescencia.
- En consecuencia, con el tipo de tenencia compartida se busca perpetuar el nexo (contacto físico y afectivo) de los hijos con sus padres separados.

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basada en el método cualitativo.

También está la investigación titulada: “De interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano”, investigado por Paulette, Banchón, & Vilela (2020), publicada en la revista Universidad y Sociedad, cuyo propósito fue analizar el principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano, en tanto no tiene parámetros establecidos, la cual se relaciona con nuestra investigación porque al existir una antinomia entre los artículos 76 del Código del Niño y Adolescente y el 340 del Código Civil, no coadyuva para establecer qué es lo mejor para le niño, es decir, debe existir suspensión del menor de edad o no. De allí que, las conclusiones de la investigación fueron:

- A través de la revisión bibliográfica se analizó el concepto del principio de interés superior del niño, que es implementado e interpretado por la legislación ecuatoriana, pudo observarse que es una norma jurídica que viene a erradicar el vacío legal nacional e internacional sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- Es un principio internacional de derechos humanos y ha sido asumido e incorporado en la legislación ecuatoriana como un principio de garantía y salvaguarda de los derechos de la niñez y la adolescencia.

Finalmente, la metodología utilizada fue el método histórico-lógico, exegético, revisión bibliográfica, análisis de contenido y analítico-sintético.

## **2.2. Bases teóricas de la investigación.**

### **2.2.1. La interpretación jurídica.**

#### **2.2.1.1. Nociones generales.**

La interpretación jurídica es aquella actividad o proceso mediante el cual se llega a establecer el significado de una norma jurídica o de cualquier otro tipo de estándar normativo pasible de ser interpretado, por ejemplo, los principios; en este sentido, se parte por identificar el texto de una norma, denominado en el ámbito jurídico como el enunciado o conjunto de enunciados, para luego aplicar un tipo de interpretación jurídica específica y así alcanzar el sentido de la misma, tanto como la coherencia y armonía del enunciado con las demás normas y principios generales del derecho.

Es menester mencionar, el intérprete o persona que va a realizar la interpretación jurídica de un texto normativo, para alcanzar su finalidad (lograr el conocimiento), tiene que emplear los medios cognitivos o capacidades intelectuales, tales como: la razón, la atención, la comprensión, organización de la información, la expresión verbal, entre otros, pues, la sola aplicación de los métodos de interpretación no va a esclarecer el sentido de la norma jurídica, sino, la intervención de la experiencia, conocimientos previos de una persona y su relación con la realidad social.

En síntesis, nos encontramos ante una herramienta útil para la interpretación y logro del significado de las normas jurídicas, pues, aun cuando el contenido de la norma puede ser clara y, por ende, aplicable a un hecho factico, existe la necesidad

en muchas de ellas de conocer más allá de lo que la propia literalidad puede manifestar.

### 2.2.1.2. Concepto.

El concepto de la interpretación jurídica, básicamente, radica en identificarla como aquel proceso auténtico por medio del cual se va a determinar el significado o finalidad de una norma legal, esto fundamentalmente cuando estamos ante un texto jurídico de difícil de comprensión.

En este mismo orden de ideas, hemos observado que cierta parte de la doctrina considera que se trataría de aquel análisis encaminado a descubrir el objetivo o sentido, básicamente, el alcance de toda norma jurídica con relación a hechos determinados, dando origen de este modo a los argumentos que justificaran toda decisión judicial; por su parte, el autor Hart citado por Lorca (2015), expresa en un tono muy sencillo y comprensible:

La interpretación jurídica es **una actividad autónoma, de gran complejidad, situada entre el momento de creación [de la norma] por el legislador y de aplicación de la norma por el juez o magistrado, que aparece centrada esencial y específicamente en la zona de penumbra o de incertidumbre de la norma jurídica** (p. 242). [El resultado es nuestro]

Entonces, la interpretación es un acto de explicación o aclaración que puede surgir desde el momento en que se gesta y/o motiva una norma por el legislador hasta la necesidad de aplicación de la misma por un juez o magistrado, sobre todo, cuando existe oscuridad o incertidumbre, para luego ser aplicada a la solución de un conflicto determinado.

Por otro lado, existe una postura más concreta respecto a la conceptualización de la interpretación, misma que es fundamentada por la autora Lorca (2015), quien señala:

Interpretar la norma jurídica consiste, en esencia, **en adaptar la generalidad de la norma a la particularidad del caso concreto**, resolver la tensión que se origina entre un sentido de la justicia contenido de manera potencial en una norma jurídica general y abstracta, y la particularidad del caso planteado (p. 255). [El resaltado es nuestro]

La postura de la autora es muy cierta, debido a que, en ocasiones la necesidad de interpretar una norma surge a partir del suceso de un caso concreto que requiere, por supuesto, ser resuelto, para lo cual, se tendrá que desmenuzar el contenido general de una norma para encontrar el sentido específico y útil para el caso determinado.

En síntesis, un ordenamiento jurídico, más allá de contener normas reguladoras del comportamiento humano, también deberá facilitar los medios idóneos para dar resolución a todos los casos presentados en la práctica jurídica o realidad social, con la finalidad principal de restaurar derechos y sancionar a los que la infringen.

### **2.2.1.3. Objetivo de la interpretación jurídica.**

Si bien, el derecho está conformado por un sistema normativo tendiente a regular las relaciones humanas, pero no cualquier relación humana, sino de aquellas que se desarrollan en el marco social y, por ende, poseen relevancia jurídica. Ahora bien, el legislador tiene, dentro de sus facultades, el deber de proveer de regulación jurídica estableciendo una correlación de facultades y obligaciones para los ciudadanos.

Así, estas normas creadas por el poder constituyente obedecen a un proyecto previamente discutido o deseado por las autoridades, es decir, el proyecto regulativo deriva de la necesidad de construir una sociedad pacífica y respetuosa de los derechos humanos, por consiguiente, sancionando las vulneraciones o desobediencia a lo establecido legalmente.

De este modo, el objetivo de la interpretación debe estar relacionada íntimamente con la realización efectiva de la justicia en cualquier caso concreto, por ello, Lucas Enneccerus citado por Lorca (2015), señala: “el objetivo de la interpretación es el esclarecimiento del sentido propio de una proposición jurídica” (p. 255); es decir, la interpretación jurídica busca eliminar la incertidumbre del contenido jurídico de una norma, para que en su lugar calce el significado y la posibilidad de aplicación a un caso complejo.

No obstante, para determinar el objetivo de la interpretación, es necesario conocer los dos modelos de interpretación sustentados por Chäim Perelman citado por Lorca (2015), quien con mucha razón ha establecido la diferencia entre la

interpretación estática o teoría subjetiva y la interpretación dinámica o teoría objetiva, la primera, alude a la interpretación y entendimiento de la voluntad del legislador (*voluntas legislatoris*), convirtiéndose de este modo, e el objetivo primordial del interprete; mientras que, en el segundo, el objetivo supremo del interprete es conocer la voluntad de la ley (*voluntas legis*) (p. 264).

En términos más simples, para establecer el objetivo de la interpretación del derecho tenemos que partir de dos aristas, por un lado, el hecho de evidenciar la voluntad del legislador, es decir, el ánimo que tuvo para proyectar tal o cual norma y, segundo, el verdadero fin de la ley, mismo que no puede obedecer únicamente a la satisfacción de intereses personales o particulares de una sola persona o grupo de personas, sino al de la mayoría.

Sin duda alguna, las personas que adquieren mayor legitimidad para proyectar, aplicar e interpretar normas son los legisladores, los jueces, abogados, administradores, juristas y estudiantes de derecho; por esta razón, nos impulsa promover la interpretación jurídica junto con sus métodos específicos con el objetivo de conocer a profundidad, no solo la voluntad del legislador peruano al haber promulgado los artículos 340° y 76° del Código civil y Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, respectivamente, sino conocer la voluntad y/o fin de cada uno de los textos jurídicos contenidos en ambos dispositivos.

Entonces, parece caer de su propio peso la necesidad de interpretar una norma o varias normas siempre que presente ambigüedad; por eso, cada vez es más importante que existan personas que quieran tomarse o dedicarse a esta tarea no tan sencilla, de lo contrario, la norma sin un intérprete sería desvalida, tal como lo señala el autor Domínguez citado por Lorca (2015): “(...) en realidad detrás de la norma que se pretende interpretar no hay sentido alguno, sino que el sentido se lo da el intérprete. Pero claro, **este dar sentido depende de todo un contexto que muchas veces es extra o meta-jurídico, y que surge de un acto de comprensión sujeto-objeto**” (pp. 261-262). [El resaltado es nuestro]

En síntesis, la interpretación y aplicación de la norma no puede ser un ejercicio derivado únicamente del silogismo (subsunción del hecho concreto a la hipótesis de hecho de la norma y la consecuencia jurídica), al contrario, esta es una labor que debe ir más allá del simple análisis gramatical para averiguar el real

espíritu de la ley, independiente de lo que el poder constituyente reglamento por medio de la norma, sino descubrir lo que la norma debe atender conforme a las circunstancias actuales del caso plantado; por ejemplo, el derecho a la vida es un derecho humano y fundamental para las personas, consiste en tener la oportunidad de vivir experimentando todo cuanto esté a nuestro alcance, por supuesto, desarrollándonos y buscando un mejor porvenir conforme a las buenas costumbres y el respeto de la ley, pero ese derecho a la vida que en un primer momento estuvo dirigido a proteger el derecho de las personas ya nacidas, posteriormente y gracias a la interpretación se concluyó que ese bien jurídico también sirve para proteger al concebido (art. 2, inciso 1 de la Constitución).

#### **2.2.1.4. Sujetos.**

Los sujetos intervinientes en la interpretación jurídica pueden ser diversos, más aún, si se parte de la premisa siguiente: “es obvio que puede haber interpretación sin aplicación (...)” (Segura c. p. Lorca, 2015, p. 250); es decir, no siempre la interpretación tiene que estar sujeta a la aplicación, pero si a la inversa, y entonces la sola interpretación se da en casos en los que el sujeto interprete no pertenece a un órgano de aplicación del derecho, pudiendo ser una persona que es especialista en materia jurídica o un abogado independiente que no necesariamente tenga la obligación de operar a nivel normativo, también puede ser cualquier persona con nociones sobre la interpretación, como un politólogo, sociólogo, filósofo, etc.

Entonces, podemos afirmar que la interpretación jurídica es una actividad al cual pueden acceder todas las personas que tienen la voluntad y facultad de querer realizarla, tales como: los juristas, al llevar a cabo sus investigaciones; los funcionarios públicos, a la hora de adoptar decisiones vinculadas con el derecho; los jueces y los árbitros jurídicos, al momento de resolver conflictos con relevancia jurídica; los legisladores, al momento de proyectar las leyes; y el ciudadano de a pie que cotidianamente se está topando con normas jurídicas en los noticieros, espacios y establecimientos públicos o privados.

Ciertamente y tal como lo hemos mencionado en el numeral anterior, el juez, es quizá el llamado a interpretar la norma con más frecuencia, debido a la naturaleza de responsabilidad, es decir, de estar constantemente adoptando decisiones para

resolver conflictos, por eso se considera en cierto modo indiscutible lo que decide, obviamente esto tiene sus excepciones, por ello, es que el sistema jurídico ha previsto recursos, como la impugnación para cuestionar tal decisión y acudir ante una segunda instancia en busca de la anhelada justicia.

Así mismo, este rol protagónico asignado y/o confiado por el Estado en un magistrado, responde a la necesidad de vincular armoniosa y constantemente al individuo con la sociedad, por tanto, las normas aparte de regular el comportamiento humano, tienen el propósito de restaurar la infracción de la misma, devolviendo a cada quien lo justo y, cuando esto no fuera ejecutable, remediando económicamente, por ello, el autor Ruiz (1974) indica con precisión:

(...) el **derecho es el enlace entre el individuo y la sociedad**, el instrumento que **une a esas dos grandes entidades conciliando sus intereses y exigencias, muchas veces contrapuestas**, así el juez es la institución a través del cual se produce el tránsito entre la ley y la realidad, la comunicación entre la ley abstracta y la ley concreta que es la sentencia (p. 86). [El resaltado es nuestro]

En resumen, no basta con conocer la norma a través de la interpretación, sino es indispensable que esta sea aplicada a hechos concretos por medio del operador jurídico, propiciando la comunicación entre la ley, muchas veces desconocida e indefinida para el justiciable, y la asignación del significado de forma oral en la audiencia y también escrita en los fundamentos que motivarán su decisión en cada caso en concreto.

### **2.2.1.5. Dinamismo de la interpretación.**

#### ***A. Integración versus Interpretación.***

La integración y la interpretación vienen a ser una forma de indagación, creación y constitución de un derecho, siendo absolutamente trascendental para el operador del derecho; por ello, la integración es la actividad por medio del cual se contempla la ausencia de una norma aplicable a un caso específico, suponiendo para el juez la tarea de enfrentar tal conflicto; en cambio, la interpretación jurídica es la operación que contempla la existencia de la norma que requiere ser interpretada para recién aplicarla a un caso concreto, por este motivo, es importante que todo administrador de justicia y/o intérprete tome en consideración las reglas generales

que prevé la integración, tanto como la interpretación en el ordenamiento jurídico (Tugendhat, 1993, p. 173).

Es bien sabido, que toda ley tiene un sentido, es decir, ha sido creado por la voluntad del legislador y evidentemente con motivos suficientes como para formar parte de todo el ordenamiento legal, además, ha sido diseñada para abarcar una zona concreta de la actividad humana, esto es, tiene alcances; sin embargo, el sentido y el alcance no aparecen de forma clara en toda ley; por ende, la interpretación coadyuva con este fin haciendo fácil la tarea de comprender la intencionalidad de la ley y qué es lo que quiso o quiere decir la ley.

En síntesis, el proceso interpretativo es una operación intelectual que solamente los seres humanos pueden realizarla, pero sobre todo aquellos que tengan conocimiento sobre el derecho; en contraste, la integración es un proceso por medio del cual el operador jurídico recurriendo a otras normas por medio de analogías o recurriendo a los principios generales del derecho resuelve un caso concreto que, no ha tenido una forma de tipificación directa, es decir, se trata de un hecho fáctico no regulado por el ordenamiento, lo que no implica que el juez deje de administrar justicia.

### ***B. Construcción versus Interpretación.***

La construcción y la interpretación son dos expresiones que tienen una cualidad que los diferencia en sí, pues, la interpretación se centra en conseguir el sentido de la norma jurídica, mientras que, la construcción se enfoca en producir y/o deducir términos útiles y servibles para la solución de la incertidumbre entre dos textos de la norma jurídica, tal como señalan los autores Comanducci, & Escudero (2010):

(...) la construcción es la extracción de conclusiones, respecto de cuestiones que se encuentran más allá de las expresiones directas del texto, de elementos conocidos y dados en el texto. La interpretación únicamente tiene lugar si el texto expresa uno u otro significado. En cambio, la construcción es empleada cuando, comparando dos escritos diferentes del mismo individuo o dos sanciones diferentes del mismo cuerpo legislativo, se encuentran contradicciones entre uno y otro, o si la parte de un escrito o declaración contradice el resto (p.159).

Por lo tanto, la construcción y la interpretación jurídica son dos términos que tienen finalidades similares y particulares, pero que a su vez deben ir juntas debido a que se cementan en algún momento de la interpretación.

### ***C. Traducción versus Interpretación.***

Respecto a los dos términos incoados en el subtítulo presente, traducción e interpretación, debemos mencionar que ambos son locuciones con conceptos similares, ya que los dos buscan el significado de un texto, en virtud del cual dentro del ordenamiento jurídico se da sentido a la norma adecuada a un hecho determinado.

En tal medida, el autor Pino (2014), señala sobre estas dos expresiones que, la traducción tanto como la interpretación tratan de conseguir el entendimiento de los enunciados jurídicos para fijar una explicación, así también, es bien sabido que existe una relación íntima entre estas dos acepciones a la hora de traducir una norma jurídica, pues la traducción se centra en descubrir la razón de ser del texto jurídico tanto como la interpretación (p. 350).

En este mismo orden de ideas, el autor Iturralde (2014) considera que estamos ante dos expresiones que se asemejan:

(...) la interpretación se asemeja a la traducción, ya ambas no son otra cosa que reformulaciones de textos. Traducir significa reformular un texto en una lengua distinta de aquella en la que ha sido formulado. Interpretar significa reformular un texto, no importa que sea en la misma lengua en la cual ha sido formulado como regla o en otra lengua. En Derecho, la interpretación es la reformulación de textos normativos de las fuentes (p. 84).

En síntesis, la traducción y la interpretación dentro del derecho cumplen un rol importante consistente en reformular los textos jurídicos con la finalidad de establecer el sentido y luego sea aplicable al caso específico.

#### ***2.2.1.6. La necesidad de la interpretación.***

Ciertamente, la necesidad de interpretación de una norma surge al momento de querer conocer su significado más allá de la propia necesidad de aplicarla, aunque con frecuencia este proceso interpretativo sale a relucir cuando existe un conflicto jurídico trascendental y, entonces, busca traer claridad y determinar los alcances de la o las normas indefinidas para luego ser aplicadas como corresponde al caso específico y finalmente arribar a una solución justa.

Tal como lo habíamos afirmado al inicio del primer párrafo, la necesidad de comprender el significado de una norma surge en la medida en que va naciendo el derecho; supongamos que mañana se promulga una ley en donde se reconoce el derecho de acceso al internet gratuito, al constituirse en un derecho novedoso par nuestro país seguramente muchos doctrinario y juristas o especialista en derecho querrán conocer a fondo los fines y alcances de esta prerrogativa, pero no necesariamente porque tienen el apuro de aplicarlo, sino más por un tema académico para que todos los ciudadanos no conocedores del derecho podamos acceder al entendimiento de las propiedades del mismo y cuando sea necesario exigirlo; a su vez, todo este esfuerzo por comprender este derecho servirá para cundo si exista la necesidad de aplicarlo.

Entonces, al realizar la interpretación muchas veces se adelanta con la determinación del contenido del texto jurídico para que cuando haya la necesidad de aplicarlo ya se cuente con bastos estudios al respecto e, incluso, sea factible de ser discutido; no obstante, ha quedado claro también, que el proceso de interpretación no es una tarea fácil de realizar, por esa razón, para discutir la

complejidad de ésta es que la doctrina ha ideado un conjunto de instrumentos que coadyuvaran con la fijación del verdadero sentido del derecho.

En tal sentido, cuando se pretende iniciar o poner en práctica este proceso interpretativo el intérprete tendrá que recurrir a cualquiera de estos métodos o tipos de interpretación para conocer el sentido de un derecho; ahora bien, será posible que el intérprete utilice otros métodos diseñados por el mismo para llegar a la verdad de una norma, consideramos que si es posible ya que, tanto el derecho como los instrumentos que coadyuvan la interpretación del mismo pueden ser variables en el tiempo, atendiendo a las circunstancias y dinámica del comportamiento humano, pero eso sí, queda bajo su responsabilidad el hecho de evidenciar la verosimilitud de tal método, así como consideración de información real y verídica; no obstante, también consideramos importante la necesidad de apoyarse en uno de los tantos métodos ya existentes y muy bien pensados para finiquitar la incertidumbre de una norma, y así reforzar su propia interpretación; recordemos que los problemas jurídicos latentes en el derecho implican de por sí que el ordenamiento jurídico busque soluciones haciendo uso de la interpretación jurídica (Guastini, 2015, p. 85).

Así mismo, el autor Vázquez (2003) señala con rigurosidad que, todo hecho recogido de la realidad social debe encuadrarse con precisión en el supuesto normativo, esto debido al encadenamiento obligatorio entre hechos fácticos y hechos jurídicos, sin embargo, esta práctica involucra la creación de normas abstractas con carácter de generalidad, por ello, es necesario definir lo mejor posible cada elemento del hecho de la situación, con el propósito principal de que la interpretación sea puesta en marcha empleando una operación racional y/o subsunción de la realidad en el supuesto jurídico (p. 179).

En resumen, ha quedado muy bien definido que la necesidad de emplear la interpretación radica en esclarecer el contenido de las leyes oscuras o indeterminadas y así desplegar toda la opulencia del contenido de la misma, así también, con este proceso encaminado a descubrir el sentido de la norma se trata de buscar su expresión usual, en donde los términos técnico-jurídicos quedan un poco de lado y cobren protagonismo aquellos que sean sencillos y de fácil comprensión para cualquier ciudadano.

### ***2.2.1.7. Finalidad de la interpretación.***

La finalidad de la interpretación jurídica radica en el hecho de descubrir y hallar el sentido de una norma, por supuesto, con adecuado lenguaje para facilitar la comprensión del significado de la norma jurídica que, hasta antes de la aplicación de este proceso mantenía un contenido ambiguo o poco claro; además, la interpretación constituye un modo científico de identificar los derechos y deberes, tanto como la consecuencia que dispone la hipótesis o presupuesto jurídico de una norma, mas no es crear la norma.

En este orden de ideas, la interpretación resulta útil para aplicar la norma conforme a la relación entre norma y situación o hecho factico, en contraste, la ley jurídica no prevé una sola solución para el caso que regula, sino que este puede variar en orden al contexto en que se lleva a cabo, siendo sumamente importante analizar por medio de la razón sobre el marco de probabilidades donde se pueden hallar variadas soluciones.

### **2.2.1.8. Clasificación de la interpretación.**

#### **2.2.1.8.1. Según los sujetos.**

##### ***a. Interpretación legislativa o autentica.***

Este tipo de interpretación es llevado a cabo por el propio legislador mediante una ley de interpretación especial, así mismo puede ser aplicado tomando en consideración las reglas de interpretación contempladas en la propia ley, por ejemplo, la interpretación contextual que no es lo mismo que decir interpretación textual o literal, sino más bien está referida al proceso a través del cual se integra y analiza el contexto bajo el cual determinada norma ha sido propuesta.

##### ***b. Interpretación judicial o usual.***

El máximo interprete o tribunal supremo de nuestro país, quizá, tiene la tarea principal de analizar las normas, ya que la función interpretativa recae con mayor fuerza sobre esta, además los criterios o el contenido que este tribunal establece respecto de cualquier norma servirá para orientar y uniformar la interpretación judicial.

***c. Interpretación doctrinal o teórico.***

Este tipo de interpretación tiene como sujetos interpretativos a los autores de diversos estudios o autores de trabajos de investigación en materia jurídica, motivo por el cual, tienen la obligación de dejarse guiar por uno de los métodos científicos establecidos para que su interpretación goce de valor orientador y sirva de luz al juzgador en una zona oscura (ambigüedad de la norma).

**2.2.1.8.2. Según los medios.**

***a. Interpretación gramatical.***

Este tipo de interpretación se realiza utilizando el contenido y significado de las palabras contenidas en el texto normativo, básicamente, se identifican las palabras, conectores y demás enunciados contenidos en el texto legal con la finalidad de establecer el significado de cada una de ellas de forma independiente para luego ser unificada y se distinga el contenido general del dispositivo normativo.

En este mismo orden de ideas, un grupo de doctrinarios señala que este tipo de interpretación denominada también interpretación literal constituye una primera aproximación hacia la disposición jurídica, pues cualquier persona o especialista en derecho al momento de leer la norma se convierte en un lector con deseo de interpretarla; por ello, el autor Rubio citado por De La Cruz (2022), expresa con mucha razón:

**Suele ser la primera aproximación a una disposición. Implica su simple lectura y el entendimiento y búsqueda de la norma a partir del propio uso del lenguaje** y de los términos contenidos en el texto. Puede decirse entonces que este método “(...) trabaja con la gramática y el diccionario (s/p). [El resaltado es nuestro]

Entonces, se puede alegar que este método de interpretación se enfoca en analizar la manera en cómo fue redactada el texto legal de una norma por el legislador, tomando en cuenta las reglas gramaticales y del lenguaje.

A su vez, existen autores que señalan concretamente que la palabra empleada en el texto de la norma implica de por sí un instrumento capaz de proporcionar el sujeto, el tema o asunto del cual se habla, haciendo que la búsqueda del sentido de la norma sea mucho más accesible y fácil de ejecutar, por ello, los

autores Alchourrón & Bulygin (1987), mencionan respecto al tipo de interpretación que estamos abordando:

(...) en la interpretación gramatical existe lo que se puede llamar la interpretación semántica o filológica, mediante la cual se trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que posee cada una de las palabras intercaladas en el texto, considerando cada palabra en sí misma, **pues la palabra utilizada en la ley actúa como un instrumento de pensamiento e interpretación sintáctica**, la cual no se dirige ya a la fijación del sentido de la palabra sino a la fijación del sentido de una proposición entera mediante la coordinación gramatical que dentro de ella tienen las diferentes palabras y su respectivo valor (p. 99).

En resumen, la interpretación gramatical se centra en analizar el sentido del texto realizando la búsqueda del significado de cada una de las palabras que integran el dispositivo normativo, para luego darle sentido de forma conjunta y fijar su significación material.

#### ***b. Interpretación lógico o de ratio legis.***

En este tipo de interpretación también está destinado a descubrir la razón de ser de la norma, mismo que facilitará su aplicación en el momento requerido; entonces, en la interpretación lógica se emplea mecanismos y parámetros ya instaurados por la lógica, de forma general, así como por la lógica jurídica, esta consiste básicamente en el encadenamiento de una premisa mayor seguida de una premisa menor, del cual se derivará una síntesis, siendo esta última el fundamento por el cual existe la norma.

Además, es indispensable mencionar que la *ratio legis* no hace referencia a la voluntad del legislador, por el contrario, consiste en el propósito de la norma, pero este propósito tiene que ser válida y aplicable para todos los ciudadanos peruanos y, cuando fuera justificado para una determinada población, por ejemplo, la protección especial hacia la mujer embarazada y los niños.

Respecto a la *ratio legis*, el autor Prieto citado por De La Cruz (2022), señala ciertas observaciones con entereza:

La primera es que **su identificación descansa en juicios de valor** en cuya formulación el intérprete goza de notable discrecionalidad. La segunda es

que, aunque pretenda servir de herramienta a la interpretación, **el descubrimiento de la finalidad o *ratio legis* es una consecuencia y no un presupuesto de la interpretación** (s/p). [El resaltado es nuestro]

Lo que los autores quieren decir es, en principio, la interpretación lógica concede al interprete la facultad para emitir juicios de valor y a partir de allí construir el sentido de la norma y, por otro lado, menciona que la razón de ser de la norma es una consecuencia que deriva precisamente de la aplicación de las premisas mayor y menor, mas no constituye un presupuesto de la interpretación.

Ciertamente, el tipo de interpretación que estamos tratando es recomendable de ser empelado siempre que la interpretación literal o gramatical no hayan facilitado la consecución del sentido de la norma, así mismo, no es recomendable que el intérprete se base únicamente en la aplicación de este método para fundamentar el verdadero sentido de la norma, toda vez que no es suficiente, por ello, deberá apoyarse en otros métodos y emplearlos de forma conjunta para conseguir mayor fundamento y solidez sobre el significado anhelado a la hora de la interpretación un dispositivo normativo.

En esta medida, respecto al método de interpretación lógico el autor Albaladejo (1983), manifiesta con contundencia:

La lógica y la utilización de sus principios es indispensable para interpretar, como para toda tarea que implique razonamiento. Pero, con particular aplicación a la interpretación de las normas, la doctrina y la jurisprudencia suelen formular ciertas reglas lógicas, como: debe rechazarse la interpretación que conduzca al absurdo; la norma que autoriza a lo más, autoriza implícitamente a lo menos; y cuando prohíbe lo menos, ha de entenderse prohibido lo más; donde la ley no distingue, no se debe distinguir; la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás (...) (p. 105).

En tanto, este método de interpretación jurídica utiliza el razonamiento para definir el significado integral de la norma jurídica, evidentemente, con el propósito de contemplar si el texto legal es coherente con las reglas de la lógica.

Por ejemplo, el fundamento de la norma “inmovilización social obligatoria”, que se enfocó en limitar la libertad de tránsito de las personas en tiempos de

pandemia producida por la Covid-19, se basó en la protección del derecho a la salud, así como en la necesidad de evitar la proliferación del virus en las personas.

En resumen, se trata de un método capaz de producir resultados totalmente útiles al momento de su aplicación en la interpretación de un dispositivo, sin embargo, no bastara su sola aplicación al momento de conseguir el sentido cabal de la norma.

### ***c. Interpretación histórica.***

Respecto al método histórico tendiente a interpretar una norma jurídica, en seguida revisaremos el concepto y además el procedimiento que se debe seguir para coadyuvar con la consecución de su objetivo; antes bien, es indispensable mencionar que este método interpretativo tiene que remontarse al pasado.

Contempla los pasos y acontecimientos clave que dieron origen a una norma, pues tal como lo habíamos mencionado con anterioridad tiene su propia forma de abordar la interpretación, por ello, recurre a: hechos sociales, hechos culturales, hechos políticos, entre otros, siempre con el firme propósito de buscar a aquellos antecedentes que hayan dado forma e impulsado de tal manera y no de otra la construcción de una norma.

En tal medida, la interpretación histórica es concebida como aquel proceso que investiga la causa y principio de la norma jurídica, al respecto (Pérez, 1995) indica:

(...) en investigar el estado de espíritu en que se encontraban los autores de la ley; los motivos que los han llevado a legislar y cómo se ha representado la futura aplicación de los textos que elaboran. A este respecto, se examinan los primeros proyectos de la ley de que se trata y se los compara con el texto definitivo para saber en qué sentido el Poder Legislativo ha precisado o transformado su pensamiento (...) (p. 31).

Además, es importante que, con la ayuda de este método el intérprete, estudiosos u operadores del derecho puedan revisar la evolución de un dispositivo, con el objetivo de verificar si todavía sigue siendo válido y por ende aplicable a los conflictos interpersonales que se presentan en los entes jurisdiccionales.

Por otro lado, es importante mencionar que el empleo del método histórico en la interpretación de la norma jurídica es de mucho provecho debido a un simple

hecho, la norma jurídica no nace de la nada, por el contrario, es un proceso de amplia transformación histórica, pues debe satisfacer intereses y necesidades sociales reales y, por tanto, validas en un determinado momento y espacio, tales como: necesidades económicas, educativas, laborales, culturales, políticas, etc., que se regulan legalmente.

En consecuencia, la norma surge debido a las aspiraciones sociales concretas de una sociedad formando de este modo un contexto histórico que se desarrolla a lo largo del tiempo, logrando en determinadas coyunturas un conocimiento prioritario a la voluntad inicial del legislador.

#### ***d. Interpretación constitucional.***

Este tipo de interpretación normativa también ha sido ideado para conferir sentido, dirección y significado al dispositivo precisado de claridad, pero desde una óptica bastante particular, esto es, desde la Constitución Política peruana, misma que está integrada por dos partes conocidas, la parte dogmática y la parte orgánica, en la primera descansan los derechos fundamentales y en la segunda, descansan las disposiciones referidas a la estructura al Estado.

La Constitución peruana al ser un cuerpo legal eminentemente extraordinaria y única necesita de una interpretación formal y especial, pues por medio de ella se constituye el sentido de los derechos fundamentales que la integran y, a su vez, con la finalidad de coadyuvar con la unidad y encadenamiento que debe existir entre los derechos, deberes y demás prerrogativas allí establecidas.

En este orden de ideas, la interpretación que se funda en la Constitución es denominada también como la interpretación desde la Constitución, misma que, ante un conflicto entre dos normas del mismo o diferente rango, está dirigida a preferir a la norma que este más acorde con la carta magna, para lo cual se cuenta con mecanismos específicos que nos ayudan a deslindar esta discusión con justicia.

Al respecto, un primer reconocimiento que se realiza directa o indirectamente sobre este tipo de interpretación lo encontramos en las Disposiciones Finales de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, mismos a que a letra prescribe:

Los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de proceso (pp. 7-8).

En función de este mandato legal, queda claro que la labor jurisdiccional de los que administran justicia al momento de interpretar y aplicar la norma deben realizarla en coherencia y plena observancia de lo establece la Constitución, en orden a los principios y derechos fundamentales que contempla.

De ahí que, la interpretación de la Constitución no acaba con la aplicación de los criterios tradicionales de interpretación del Derecho, por el contrario, esta abarca un conjunto de principios orientados, precisamente, a la labor del intérprete de las normas constitucionales, como refiere Ferrer (2005), al enumerar y desarrollar los siguientes pilares del derecho constitucional:

***Principio de la unidad de la Constitución.***

En primer lugar, debemos resaltar que el conjunto de normas que reposan en la carta magna han de ser relacionadas y coordinadas entre sí, con la finalidad de ser entendidas de forma integral, mas no únicamente como un conjunto de compartimentos asilados; en tanto, la interpretación y/o aplicación de una norma con rango constitucional debe efectuarse considerando las demás normas y principios de este mismo cuerpo de leyes, de tal forma que los derechos fundamentales no sean aplicados sin conexión alguna, sino entrelazados unos con otros con un sentido congruente.

***Principio de la coherencia o concordancia práctica.***

En el párrafo anterior mencionábamos la unidad que debería existir entre las normas, principios y demás estándares pasibles de interpretación en la Constitución, no obstante, para alcanzar esa finalidad es necesario verificar que entre estos no haya contradicciones o antinomias, es decir, normas con mismos o similares presupuestos jurídicos, pero con distintas conclusiones; lo cierto es que en la práctica legal con frecuencia se presentan disparidades entre las normas, por ello, la interpretación debe ejecutarse contrapesando los valores e intereses fundamentales que el derecho tutela con supremacía.

***Principio de la funcionalidad.***

Este principio hace referencia al respeto que debe existir, al momento de realizar la interpretación, respecto del marco de distribución de competencias y funciones estatales instaurados por la misma Constitución, de tal modo, que ningún poder u órgano invada la esfera de competencia de otros órganos del Estado y, en cambio, todos trabajen simultánea y coordinadamente.

***Principio de la Eficacia.***

Ciertamente, la norma constitucional incentiva y promueve la unidad política, pero para ello también debe ofrecer soluciones que refuercen la mencionada unidad así, la interpretación en este ámbito debe dirigirse a la optimización eficaz de las normas constitucionales, generando un efecto integrador que dé continuidad a la valides de la Constitución.

***Principio pro Homine.***

Tal como lo habíamos mencionado en párrafos anteriores, sobre la existencia de normas contradictorias u otro tipo de situación que ponga en duda el o los derechos de una persona, se debe preferir aquel que promueva o fortalezca la libertad del ser humano, como garantía de la efectiva tutela de derechos; en consecuencia, este principio no es otra cosa que la defensa plena de los derechos humanos como prerrogativas básicas para el desarrollo integral de la persona.

***Principio de duración de la Constitución.***

Respecto a este principio, es menester mencionar que el intérprete tiene el deber de encausar el proceso de interpretación hacia aquel razonamiento que optimice y potencialice el objetivo fundamental que la carta constitucional, de tal modo que se mantenga como un texto normativo y como un programa político encaminado a garantizar una sociedad estable y segura.

***Principio de respeto al régimen político consagrado en la Constitución.***

Este principio también está orientado a fortalecer el régimen político adoptado por nuestras autoridades por medio de la Constitución, así la interpretación constitucional debe coadyuvar con el logro de acuerdos políticos que respeten lo establecido y promocionado por la Constitución.

***Principio de inmediatez de la Constitución.***

Este principio se basa fundamentalmente en el requerimiento de formular la acción de protección de un modo prudente y racional, procurando la aplicación inmediata de la norma constitucional por encima de otras normas subordinadas y que, además la contravengan.

***Principio de previsión de consecuencias.***

En este punto, es importante mencionar que nos encontramos ante un principio básico que tiene como finalidad exhortar al interprete a ser consciente de las consecuencias políticas y sociales que, como resultado de su interpretación pueda proponer.

***Principio del respeto a los valores y principios constitucionales.***

Tal como lo habíamos mencionado al inicio del desarrollo de este método de interpretación constitucional, se funda en el análisis de las normas contenidas en la Constitución; antes bien, cuando nos referimos normas en verdad nos estamos refiriendo a los derechos y principios que allí reposan, por ende, al estar integrado por un sistema de principios y valores social-político el intérprete no puede alejarse y desconocer tales elementos, por el contrario, debe fundar su actividad interpretativa en estos.

***Principio de adaptación.***

Por medio de este principio todas las normas establecidas en el cuerpo constitucional están prestas a tolerar ajustes y cambios provocadas por la realidad política del Estado, en tanto, estos cambios estén justificados y sean legítimos la norma tendrá que adaptarse a través de la interpretación, la misma suerte correrán las instituciones, clases y nociones contempladas en la Constitución.

***Principio de indivisibilidad.***

Gracias a este principio importante es que todos los derechos humanos deben gozar de igual importancia, sin mediar condición alguna todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y demás constituyen un todo indisoluble; en consecuencia, la garantía plena de estos derechos no es conciliable con la ineptitud o afección de los otros derechos de la misma categoría.

***Principio de interacción.***

Este principio hace alusión básicamente a la vinculación que debe existir entre la disposición jurídica interna y los dispositivos de carácter internacional en referencia a los derechos humanos, por ende, el ejecutante de la interpretación tiene la obligación de tomar en cuenta al juez nacional como al supranacional.

***Principio de interpretación progresiva.***

A este principio también se le conoce como principio de interpretación evolutiva y es que está centrada en conseguir una interpretación acorde a las necesidades sociales, aun cuando la norma haya sido promulgada muchos años atrás; en consecuencia, el ejecutor de esta actividad interpretativa debe preferir la opción que menos límite los derechos humanos (p. 104).

Luego de haber revisado el conjunto de principios básicos que dan luces a la interpretación constitucional es posible afirmar que su finalidad principal es mantener la vigencia de los derechos humanos, así como la estructura del Estado y de este modo la seguridad jurídica, pues, la norma constitucional es el asiento de las demás normas del sistema jurídico, tal como el autor García (1984), manifiesta en la siguiente idea:

(...) norma jurídica posconstitucional incompatible con la Constitución es admitida como inconstitucional, por lo cual no puede ser aplicada, y la norma jurídica preconstitucional de igual o inferior rango al de la norma constitucional que sea incompatible con la Constitución está tácitamente derogada (p. 94).

En términos más simples, el autor nos quiere transmitir la idea de que, con la aplicación de la interpretación constitucional a las normas jurídicas, el administrador de justicia podrá derogar expresa o tácitamente la norma inconstitucional por otra norma de igual o superior jerarquía, en consecuencia, se trata de restituir la armonía entre las normas de todo el ordenamiento jurídico.

La vigencia de la Constitución y por su puesto de todo el sistema legal está auténticamente supeditada a la interpretación de las leyes ordinarias, tanto como al cumplimiento de los valores constitucionales, tales como: el principio de la unidad, de concordancia, entre otros, pues gracias a estos principios las leyes promulgadas

de rango inferior tendrán que guardar conexión con los estándares normativos de la carta magna.

Tal como afirma cierta parte de la doctrina, la finalidad de la interpretación constitucional consiste en verificar por medio de un proceso razonable y controlable la conformidad y conveniencia de cualquier norma con la Constitución, sustentando dicho resultado de modo que se pueda fundar la previsibilidad y la certidumbre del derecho, evitando resolver únicamente por apego a la propia decisión (López, 2006, p. 83).

La interpretación en el Derecho Constitucional es trascendente puesto que, en perspectiva de la iniciación y profundidad de la Constitución, aparecen problemas interpretativos con mayor insistencia que en otros campos jurídicos, cuyas normatividades suelen introducirse más. Esta trascendencia aumenta en los casos de ordenamientos con jurisdicción constitucional.

En síntesis, respecto a los mencionado con anterioridad un claro ejemplo de la aplicación de interpretación constitucional podemos extraer del contenido del artículo 4 de la Constitución Política del Perú, mismo que establece la obligación del Estado de proteger especialmente al niño, al adolescente y, por ende, a la familia; en tanto, no puede caber dentro del ordenamiento jurídico una norma que contravenga un precepto tan fundamental y esencial, como el mencionado, para el desarrollo de una sociedad más justa, igualitaria y respetuosa de los derechos.

#### ***Interpretación teleológica.***

La interpretación teleológica se sustenta fundamentalmente en la teleología, siendo concebida esta última terminología como la doctrina que se responsabiliza de analizar las causas finales de una determinada norma jurídica, y esta a su vez debe argumentarse con razonamientos objetivos, esto es, ser perceptible, determinable y estar acorde a una realidad notoria; en consecuencia, la finalidad de la norma analizada tendrá que estar acorde a las valoraciones jurídicas ayuntadas por el aparato normativo, tanto como con las prácticas ético- sociales y políticas (Anchondo, 2006, pp. 48-50).

De este modo, debemos comprender el sentido del término finalidad para identificar cómo es que se desarrolla este tipo de método interpretativo; la palabra finalidad hace referencia a todo aquello que se apunta o quiere conseguir con algo,

en el caso en particular, tiene que ver con la justificación o propósito que tuvo la norma incluso antes de ser promulgada, es decir, cuando tenía la condición de proyecto de ley; en este orden de ideas, la interpretación teleológica se centra en estudiar cuáles fueron las justificaciones que le impulsaron al legislador a contemplar o regular determinada conducta.

Similar opinión manifiesta el autor Carbonell (2018), quien explica al respecto, este método está encaminado a identificar la aspiración de una norma en el tiempo y básicamente dentro de la amplia escala de comportamientos del hombre; por esta razón, esta actividad se realizará acudiendo a los elementos lingüísticos y sintácticos del texto de la norma materia de interpretación; no obstante, previene que este método en ocasiones es empleado por el intérprete para cubrir intereses particulares y propios (s/p).

Por ello, este método adquiere relevancia al momento de identificar y/o establecer los fines de la norma, pues tal como hemos descrito, su contenido debe ajustarse a los requerimientos de la sociedad o de la mayoría de personas, debiendo apartarse de los argumentos eminentemente personales del intérprete, debido a que el método en discusión no se sirve de parámetros previamente diseñados, tal como si los tiene otros métodos de interpretación.

En resumen, el método de interpretación teleológica consiste en descubrir y reconocer la intención de la norma, es decir, qué bien jurídico busca tutelar y por qué, justificaciones que pueden distar de la propia intención del legislador y, más bien guardar conexión con los valores privilegiados por el sistema jurídico.

### ***Interpretación sistemática.***

Continuación, abordaremos a la interpretación sistemática, la cual consiste en formular y establecer el sentido de una norma jurídica determinada a partir de los derechos y principios que guarden relación con el dispositivo materia de interpretación; entonces, en principio, debemos comprender que toda norma jurídica es un precepto que no puede ser analizada de forma aislada o apartada de otras normas y principios, todo lo contrario, esta actividad debe realizarse de conformidad con los similares preceptos jurídicos, por esta razón, la interpretación jurídica debe ser enfocada de forma conjunta e integral con otras normas pertenecientes al ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el resultado de este proceso interpretativo basado en un enfoque sistemático debe ser aquel que se sustenta dentro de un análisis ordenado y respetuoso del conjunto de normas legales con el propósito fundamental de rehuir una interpretación fundada en los intereses propios del intérprete, tal como afirma el autor Bobbio (1992), respecto a la interpretación sistemática:

(...) basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte, del ordenamiento, constituye una totalidad ordenada (...) y que, por tanto, es lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente, **recurriendo al llamado “espíritu del sistema”** yendo en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal (p. 67). [El resaltado es nuestro]

De ahí, el sentido de las normas jurídicas no puede estar fuera del contexto al que pertenece, sino dentro, pues, en ocasiones el significado de un enunciado normativo se reafirma por otros enunciados perteneciente al mismo ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el método de interpretación materia de discusión se divide en dos líneas diferentes tendientes a facilitar la identificación del tipo de argumento que el intérprete está utilizando, por ello, en primer lugar, tenemos a la interpretación sistemática en sentido fuerte, misma que se centra en analizar la coherencia del ordenamiento en su conjunto con el objetivo de revisar la existencia de alguna incompatibilidad entre las normas; mientras que, la interpretación sistemática en sentido débil radica en analizarla tomando en cuenta los criterios textuales o teleológicos (Velluzzi, 1998, pp. 67-74).

Centrándonos propiamente en la interpretación sistemática fuerte, este tipo de interpretación para su realización idónea requiere del empleo de tres criterios (de jerarquía, cronología y especialidad) establecidos por la doctrina, precisamente, para deslindar y desaparecer la contradicción normativa existente eliminando a una de las normas, de tal forma que las normas jurídicas sean aplicadas en armonía y sin discrepancia; por ello, el criterio de jerarquía radica en eliminar a una de las normas en conflicto verificando la coherencia que debe guardar la norma de inferior rango con la superior; luego el criterio de cronológica, consiste en preferir a la

norma posterior frente a una anterior; finalmente, el criterio de especialidad señala que se deberá preferir a la norma especial en relación a la general.

Mientras tanto, en la interpretación sistemática débil se utiliza la regla de la constancia terminológica, la cual consiste en conferir el mismo significado a un determinado término que se encuentra en distintos cueros legales, por ejemplo, el instituto jurídico “patria potestad” tendrá el mismo significado tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes.

Entonces, el propósito de la aplicación de la interpretación sistemática es precaver que las normas jurídicas no manifiesten contenidos contrarios entre sí dentro del ordenamiento normativo, así mismo, si se identifica la existencia de este tipo de divergencia entre las normas será necesario expulsar o eliminar aquella que no guarda coherencia con los demás preceptos, pues, todos conforman un mismo sistema normativo.

De este modo, el administrador de justicia al momento de resolver un conflicto determinado aplicando la interpretación sistemática, no solo se conformará con haber realizado un análisis respecto al artículo materia de discusión, por ejemplo, el 340° “Efectos de la separación convencional respecto de los hijos” del Código Civil, sino que también verificará si existe relación con los preceptos que regulan igual o similar materia de derechos, tal como el artículo 76° del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes y, tanto como otros contemplados en el ordenamiento jurídico.

Dado el contexto, la presente investigación empleará el método sistemático con la finalidad de analizar a los artículos 340° y 76° del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente, con la finalidad de determinar si es conveniente aplicar una política repartida y además endeble respecto de la patria potestad de los hijos cuando los padres se separan, sin advertir las consecuencias sobrevinientes sobre la falta de una autoridad responsable y de liderazgo dentro de la crianza de los hijos menores de edad.

Por lo que, luego de analizar la norma e identificar la finalidad incoherente de una de ellas, procederemos a sustentar su posible sustitución o modificación dentro del ordenamiento jurídico, buscando evitar en el futuro perjuicios en contra de los hijos de los cuales se discute su patria potestad.

En síntesis, a través de la aplicación de este método de interpretación buscaremos establecer la finalidad de ambos dispositivos normativos, tanto como la utilidad que estos generan al momento de su aplicación en un caso determinado, evidenciando la contrariedad de uno de ellos respecto de la naturaleza de un instituto muy importante como es la patria potestad, en virtud del cual los padres tienen la obligación de tomar decisiones y velar en favor de su hijo siempre procurando su bienestar integral.

### **2.2.2. Artículo 340° del Código Civil y artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes.**

#### **2.2.2.1. Qué es la norma jurídica y cuáles son sus elementos.**

##### **2.2.2.1.1. Definición de norma jurídica.**

En principio, creemos conveniente comprender que es la norma jurídica y cuál es el estado social en que vivimos, toda vez que en los numerales siguientes abordaremos dos articulados que guardan relación tanto con la patria potestad y con la separación de los padres; respecto a la primera interrogante, de entrada, debemos mencionar que una norma jurídica es aquella prescripción que contiene un mandato legal dirigida a ordenar el comportamiento humano, todo ello, con la finalidad de alcanzar el respeto y una vida armoniosa entre los integrantes de la sociedad, quienes al estar constantemente interrelacionándose con sus semejantes, en algunas ocasiones, pretenden poner sus intereses personales por encima de otros, aun cuando esto implique una vulneración de los derechos del otro.

Respecto, a la segunda interrogante debemos decir que, vivimos en un estado social, democrático y de derecho, en el cual predomina el principio de legalidad, misma que pone límites al comportamiento del hombre para que este no se exceda en sus actos bajo el fundamento de estar ejerciendo plenamente su derecho a la libertad; en consecuencia, la norma jurídica nace y se configura en el Estado de derecho social y democrático, convirtiéndose por excelencia en el eje fundamental que regula la conducta de las personas, evitando escenarios de descontrol y desalineación del hombre.

Ciertamente, sería imposible afirmar que existe un solo significado o definición de la norma jurídica, pues el concepto en si dependerá de la connotación que se le quiere dar y desde el punto de vista del cual se le quiere definir, por esta

razón, es importante aclarar que nosotros nos basaremos en el análisis de la norma bajo la teoría *iuris* positivista acuñada por el filósofo Hans Kelsen citada por Guastini (2018), quien formula la estructura lógica de la norma jurídica prescrita de la siguiente manera: “Si es A, debe ser B” (p, 97); esta premisa quiere decir, en determinadas circunstancias un sujeto debe tener en cuenta tal o cual conducta, de lo contrario, será necesario imponerle una sanción, generalmente por un órgano del Estado.

En el mismo orden de ideas, conforme con la estructura ideada por el filósofo en mención debemos notar los tres elementos que integrarían la norma jurídica, los cuales son los siguientes: el supuesto jurídico, relación jurídica y la consecuencia jurídica; en el primero, se establece el presupuesto legal tendiente a regular hechos, conductas, circunstancias, entre otros, que, de llevarse a cabo o configurarse desencadenarán una sanción o, denominada técnicamente por el derecho, una consecuencia jurídica; ahora bien, el vínculo que hace posible enlazar la hipótesis regulada con la sanción se denomina relación jurídica, misma que se fundamenta en el “deber ser”, como principio básico de la imputación jurídica.

En resumen, cuando hablamos de normas jurídicas debemos comprender que estamos ante textos que regulan el comportamiento de las personas tendientes a colaborar con la obediencia y el cumplimiento de tales reglas estatuidas para la convivencia armoniosa, de lo contrario, cuando existe incumplimiento de las mismas el Estado por medio de sus entes jurisdiccionales y administrativos descentralizados podrá establecer una sanción.

#### **2.2.2.1.2. Elementos de la norma jurídica.**

Tal como lo habíamos adelantado líneas arriba, desde el punto de vista lógico jurídico, existe tres elementos de la norma jurídica, los cuales son: el supuesto jurídico, la consecuencia jurídica y el nexos; ahora bien, estos elementos nacen junto con el positivismo jurídico, teoría a partir del cual la norma jurídica debía ser escrita y dentro de su texto establecer expresamente cual era la conducta determinada que debía procurar realizar un individuo para no ser sancionado.

Por ello, en principio, el supuesto jurídico no es otra cosa que la hipótesis que recoge un comportamiento concreto y le otorga a calidad de relevante jurídicamente, sin embargo, de comprobarse o de ocurrir dicho acto reglamentado

en la realidad, este desencadenará lógica y jurídicamente una consecuencia; de este modo, pasamos al segundo elemento que viene a ser la deducción de la realización de la conducta prohibida, permisiva o imperativa; por último, tenemos al nexos como tercer elemento que en términos muy simples, viene a ser el razonamiento que conecta o vincula al supuesto con la consecuencia, bajo el fundamento del deber ser de las personas.

En este mismo orden de ideas, cierta parte de la doctrina refiere que la fuerza obligatoria de la norma surge de la aceptación y aprobación de las normas creadas por las autoridades legislativas, quienes precisamente actúan en representación de los ciudadanos, mas no deviene de algún razonamiento o bondad.

#### **2.2.2.2. Lo que prescriben los artículos 340 del Código Civil y 76 del Código de los Niños y Adolescentes.**

En el presente aparatado desarrollaremos todo lo concerniente a lo descrito por el articulado 340 y 76 de ambos cuerpos legales, dentro de los cuales se ventilan instituciones jurídicas tales como: la separación convencional y la patria potestad en relación, como es natural, con la determinación de la situación de los hijos menores de edad o hijos no emancipados.

En este orden de ideas, es menester citar expresamente lo prescrito por el artículo 340.- Efectos de la separación convencional respecto de los hijos:

**Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, (...). El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad** respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido. [El resaltado es nuestro]

Tal como podemos observar, el dispositivo jurídico en mención regula la situación de tenencia y, por ende, la patria potestad del menor o menores cuyos padres se están separando, por ello, la legislación peruana a establecido que los hijos se quedaran al cuidado de aquel cónyuge que no dio motivos para la separación, es decir, de aquel que no tuvo la culpa; mientras que, el que si la tuvo quedara suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, si nos fijamos en el título del presente artículo podemos notar que está referido a los efectos de la separación convencional respecto de los hijos,

es decir, está haciendo referencia un tipo de separación que es acordado mutuamente por ambos cónyuges, en donde hay ausencia de culpabilidad o causa específica como lo estipula el código.

Por otro lado, tenemos lo descrito por el segundo articulado 76, mismo que la letra dice: Vigencia de la Patria Potestad. – **“En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad”**. [El resaltado es nuestro]

Entonces, como no existe causa específica o cónyuge culpable, supuesto básico en virtud del cual el juez puede decidir a cuál de los padres confiar a los hijos sencillamente optara por escoger una decisión que, aparentemente es más favorable para los hijos y para sus padres, sentenciando así la tenencia compartida y con ello el ejercicio de la patria potestad compartida también, pue tal como menciona lo dispuesto por el dispositivo normativo, ninguno de los padres quedará suspendido en su ejercicio.

En resumen, para efectos de un mejor desarrollo del tema en cuestión, en seguida empezaremos con la conceptualización del matrimonio, definición y tipos de divorcio acuñados por el sistema legal peruano; luego, nos centraremos en la explicación completa de la definición, naturaleza y características de la patria potestad, también observemos su diferencia con la tenencia, así como los tipos de ejercicio de la patria potestad existentes en el sistema jurídico.

#### **2.2.2.2.1. El matrimonio.**

El matrimonio viene a ser un instituto natural y fundamental de la sociedad, de ahí que se haya convertido en una de las instituciones más trascendentales del derecho de familia, pues, su constitución da lugar a un conjunto de privilegios tendientes a fortalecer el vínculo matrimonial y con ello a la familia; aunque, hoy en día muchos matrimonios se encuentran en proceso de disolución debido a diferentes factores, consideramos que este vínculo legal es el óptimo para la fundación de una familia, más adelante explicaremos las razones de la consideración dicha.

Entonces, el matrimonio es entendido como el acto jurídico familiar celebrado entre dos personas de sexos complementarios, ambos sin impedimentos

y con la finalidad de hacer vida en común, esto es, de procrear, convivir, alimentar a sus hijos, entre otros (Varsi, 2011, p. 34).

De este modo, el instituto jurídico en mención se encuentra regulado por el artículo 234° del Código Civil, el cual prescribe:

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de dicho Código, a fin de hacer vida en común; **teniendo el marido y la mujer en el hogar autoridad, consideraciones, deberes y responsabilidades iguales.**

Al respecto, los autores Gutiérrez y Revaza (2003), comentando la cita mencionan que el matrimonio ha sido adoptado por el sistema jurídico peruano desde una perspectiva de la “Doctrina mixta”, misma que está compuesta por la corriente contractualista y la corriente institucionalista; la primera, involucra el carácter voluntario, consensual y bilateral del matrimonio, mientras que la segunda, comprende la legalidad y finalidad de hacer vida en común de las partes (p. 19).

En este orden de ideas, lo ideal es que el vínculo legal contrario libre y voluntariamente por ambas partes perdure en el tiempo, no obstante, por diferentes causas este puede disolverse, concretamente, por incumplir los tres deberes fundamentales: La fidelidad, asistencia y cohabitación (art. 288 y 289 del C.C.) a su vez, los supuestos jurídicos bajo los cuales se puede incoar la disolución del vínculo se encuentran contempladas en el artículo el 333° del Código Civil u otras causales que sin estar tipificadas son un motivo suficiente para hacer de la convivencia una relación insostenible (Plácido & Cabello, 2003, p. 463).

Dado el contexto, la legislación peruana ha previsto posibles alternativas de solución para la disolución del vínculo matrimonial, esto cuando haya calzado dentro de los presupuestos previstos por el artículo 333 del código sustantivo o cuando ambos cónyuges de mutuo acuerdo deciden optar por el divorcio remedio o divorcio por mutuo acuerdo.

#### **2.2.2.2.2. El Divorcio.**

El divorcio es aquella figura jurídica que pone fin al vínculo matrimonial contraído entre las partes, dicho en términos más sencillos, es aquella que pone fin a la vida en común; en este sentido, los hermanos Mazeaud (1959) señalan respecto

al divorcio: “(...) como la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los tribunales en vida de los esposos, a demanda de uno de ellos o de ambos (...)” (p. 31); es decir, el divorcio solo y únicamente será válido cuando haya sido determinado por los tribunales.

Por su parte, el doctor Varsi (2011), explica sobre la figura en cuestión: “El divorcio es una institución del derecho de familia que consiste en la disolución definitiva y total del vínculo conyugal, restituyendo a los ex cónyuges su capacidad para contraer matrimonio” (p. 319); entonces, con el divorcio los que antes eran cónyuges ahora pueden volver a contraer matrimonio, toda vez que han adquirido la apariencia o cualidad de solteros nuevamente, pero con otra connotación, la de divorciados.

Así, el código sustantivo regula el divorcio en el artículo 348, al expresar lo siguiente: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio”; luego, el artículo 349 estipula que las causales para incoar el divorcio son 12 y se encuentran estipuladas en el artículo 333 del mismo cuerpo de leyes; mientras que, el artículo 350 regula los efectos del divorcio respecto de los cónyuges.

#### **2.2.2.2.3. Clases de divorcio.**

En el presente apartado es menester abordar cuáles son las clases de divorcio, así como la naturaleza que da cabida a cada una de ellas, resaltando las características y consecuencias principales con la finalidad de conocer el impacto que puede producir en uno de los cónyuges y los hijos, si es que hubiese.

En tal sentido, el doctor Varsi (2004, pp.7-8), en su libro titulado: Divorcio, filiación y patria potestad desarrolla, desde una óptica doctrinaria, las clases de divorcio, mismas que se expondrán en los siguientes párrafos:

- a) **Divorcio Sanción:** Este tipo de divorcio está encaminado a establecer la condición de culpabilidad de cualquiera de los cónyuges, es decir, definir cuál de ellos se constituirá, por haber infringido cualquiera de los deberes del matrimonio, como cónyuge víctima y cuál será el cónyuge culpable, siendo este último aquel que se hará acreedor de las sanciones y castigos impuestos por el operador de justicia.

En este mismo orden de pensamiento, el autor Peralta citado por Muro y Rebaza (2003) sostienen al respecto, en el Perú el divorcio sanción está

diseñado para determinar cuál de los dos cónyuges es aquel que dio motivos para el rompimiento del vínculo matrimonial, por esta razón, es necesario que su conducta se encuentre configurada en cualquiera de las causales del artículo 333° del Código Civil, por consiguiente, el que es considerado culpable será merecedor de una sanción civil. De allí, conforme al divorcio sanción este debe cumplir con tres elementos: la culpabilidad de uno de los cónyuges, la tipificación de las causales y la penalización del divorcio (p. 546).

Ahora bien, las sanciones formuladas por el legislador peruano, en principio, tienen el propósito de generar en el cónyuge culpable arrepentimiento y pesar por haber incurrido en un acto que vulnera irremediamente el vínculo matrimonial; por otro lado, tienen la misión de incentivar el buen comportamiento de los casados para que ninguno pierda ciertos derechos y privilegios que ha ido ganando con el matrimonio; de este modo, las sanciones están establecidas expresamente en el ordenamiento sustantivo y son las siguientes: artículo 340°.- Pérdida de la patria potestad, Artículo 353°.- Pérdida del derecho hereditario, Artículo 350°.- Pérdida del derecho alimentario, Artículo 352° y 324° - Pérdida del Derecho de gananciales que procede de los bienes del otro y Artículo 24° - Pérdida del derecho al nombre.

En resumen, creemos idóneo la adopción dentro del ordenamiento civil, al sistema de divorcio sanción, toda vez que está encaminado a incentivar que ambos cónyuges se comprometan a cumplir con los deberes y derechos adquiridos con la constitución del matrimonio, consolidando de este modo una familia sólida.

- b) Divorcio quiebra:** Esta clase de divorcio consiste básicamente en conseguir una solución práctica al conflicto de insostenibilidad del matrimonio; por ello, en la legislación peruana esta clase de divorcio se encuentra regulada en el Código Civil, inciso 12 del artículo 333° . - Son causales de separación de cuerpos:

La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los

cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.

Al respecto, el operador judicial únicamente se limitará a valorar los medios probatorios tendientes a demostrar que ambos cónyuges han estado distanciados de hecho ininterrumpidamente por la cantidad de años que la ley específica y que, por esa separación el vínculo matrimonial se ha quebrantado irremediabilmente; por consiguiente, se disolverá el matrimonio.

- c) **Divorcio repudio:** Esta clase de divorcio hace referencia principalmente a la no aceptación o rechazo frontal por parte de uno de los cónyuges respecto al otro, por ello, talvez el autor Varsi (2011, pp. 323-324), refiere al respecto, este divorcio es denominado repudio irrevocable perfecto porque exige el cumplimiento de una sola condición, la suma constante de repudiaciones a la cual más tarde se le atribuirá un efecto, ya que está basada en la decisión unilateral de uno de los cónyuges.

Cabe precisar, que este tipo de divorcio no se encuentra regulado por la legislación peruana, sino, su aplicación se encuentra demarcada en los países islámicos.

- d) **Divorcio remedio:** Este tipo de divorcio a diferencia de las anteriores no busca establecer la condición de culpabilidad de cualquiera de los cónyuges dentro de la relación marital, sino parte del supuesto de una convivencia insostenible, siendo el divorcio la alternativa idónea tendiente a solucionar la crisis conyugal.

Entonces, se puede afirmar que no enfoca en determinar la causa del conflicto conyugal, sino busca responder la siguiente interrogante ¿debe ser el conflicto conyugal la causa del divorcio? de ahí, se sobreentiende que la causa del divorcio es el problema de insostenibilidad del matrimonio, siendo irrelevante identificar al cónyuge víctima o culpable (Bossert & Zannoni, 2004, p. 332).

Para citar un ejemplo, es posible predecir que una enfermedad mental descubierta en uno de los cónyuges llevará a la insostenibilidad del

matrimonio, por ende, el divorcio remedio vendría a ser una opción ideal para solucionar este conflicto.

- e) **Divorcio por mutuo acuerdo:** Este consiste fundamentalmente en la terminación voluntaria y conjunta del matrimonio, esto es, ambos cónyuges por mutuo acuerdo y de forma voluntaria toman la decisión de disolver el vínculo matrimonial, evitando las complejidades y complicaciones que involucra el proceso judicial.

### **2.2.2.3. Sistemas legislativos que imperan en el divorcio.**

En seguida, revisaremos los sistemas legislativos que imperan en la mayoría de países, esto nos ayudará a verificar cual es la finalidad de un divorcio, así como los efectos que deben afrontar los cónyuges respecto de las personas o bienes que integran el grupo familiar; de este modo, tenemos al **sistema subjetivo** o también denominado divorcio sancionador; luego, al **sistema objetivo** o conocido también divorcio remedio; y finalmente, al **sistema mixto**, entendido como la unión de los dos sistemas anteriores, siendo este último el que fue adoptado por el sistema legislativo peruano (Cabello, s.f., pp.1-4).

#### **2.2.2.3.1. Sistema legislativo subjetivo o de culpa de un cónyuge.**

Los autores Placido y Cabello (2003) comentando el código sustantivo refieren que el sistema subjetivo busca establecer las “causas legales de inculpación”, los cuales constituyen su validez y desencadenan las sanciones para quien fue el cónyuge culpable. Ahora bien, las causas, resaltan los autores, deben estar previamente reguladas en el ordenamiento, de tal modo que la demanda de divorcio se configure en la causal invocada (p. 465).

Al respecto, es menester idear un ejemplo en el que se pueda visualizar con mayor facilidad los elementos del sistema legislativo subjetivo del divorcio, tenemos a los esposos Sandra y José, este último producto de una relación extramatrimonial procrea un hijo, calzando esta conducta dentro de la causal de adulterio tipificada en el inciso 1 del artículo 333° del código sustantivo; luego de ello, Sandra al enterarse de lo sucedido decide demandar el divorcio; referente al caso concreto, Sandra será identificada como la cónyuge víctima, mentira que José será el cónyuge culpable, finalmente la conducta se configurará dentro de la causal

de adulterio estipulada por el ordenamiento jurídico y será merecedor de las sanciones previstas.

#### 2.2.2.3.2. Sistema legislativo objetivo.

En relación con el sistema legislativo objetivo, los autores Placido y Cabello (2003) sostienen que este sistema sigue los ideales del divorcio remedio, esto es, se acepta al divorcio como una alternativa idónea que pone fin a la relación matrimonial insostenible, admitiéndose de tal forma el acuerdo libre y voluntario de los cónyuges para disolver el vínculo que los une tipo, dejando de lado la necesidad de identificar la culpabilidad (p. 465).

Así mismo, el autor Cabello (s.f., p. 403) refiere e relación a las causales objetivas, estas se fundamentan en la ruptura de la vida matrimonial, siendo verificable su configuración a partir de las siguientes situaciones:

- ✓ Por acuerdo de los cónyuges de dar fin al vínculo matrimonial,
- ✓ Por el cese efectivo de la convivencia por un determinado tiempo,  
o
- ✓ Por una causa genérica que impida la convivencia (también denominado divorcio remedio).

#### 2.2.2.3.3. Sistema legislativo mixto.

Tal como se había adelantado en párrafos anteriores, el sistema mixto se compone de la unión del sistema subjetivo (divorcio sanción) y el sistema objetivo (divorcio remedio); por esta razón, los autores Placido y Cabello (2003) afirman con contundencia:

(...) Los sistemas mixtos son, a su vez, complejos, en los que se conserva la posibilidad tradicional de la inculpación, **con la consecuencia de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivamente**, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconventional; y, se prevé causas no inculpatorias, con la consecuencia que **cualquiera de los cónyuges está legitimado para demandar al otro**. De otro lado, los efectos personales y patrimoniales del divorcio sanción, pueden ser aplicables a quienes acuden a las causales no inculpatorias, atenuando el rigor objetivo de ese sistema (p. 465). [El resaltado es nuestro]

De la cita, es posible reafirmar lo que los académicos pretenden explicar sobre los dos aspectos característicos y determinantes del sistema mixto, primero, en el divorcio sanción, las causas de inculpación permiten que solo uno de los cónyuges adquiera legitimidad para demandar; en cambio, en el divorcio remedio, las causas no inculpatorias conceden a cualquiera de los cónyuges incoar su divorcio.

Antes bien, cuando se trata de la separación convencional y divorcio ulterior por supuesto se exige que ambos estén conformes con el procedimiento que implicará el divorcio que están accionado, por esta razón, se sobreentiende que ambas partes ya han conversado sobre la cual de los dos será el que va a iniciar el procedimiento, ya sea vía notarial o municipal, tal como la Ley 29227 “Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías”; en consecuencia, al no establecerse un cónyuge culpable, también se sobreentiende que ambos son culpables o que ninguno es culpable, bajo cualquiera de estas premisas es importante mencionar que el rompimiento del vínculo matrimonial igualmente dañará en algún aspecto de la vida de los hijos menores de edad (físico, psicológico, espiritual, etc.).

En síntesis, cuando ninguno de los cónyuges ha incurrido en una de las causales establecidas en el artículo 333 del código sustantivo, sencillamente ninguno perderá o verá menoscabado sus derechos adquiridos por el matrimonio, independientemente de aquellos que se van a liquidar como los bienes gananciales, es posible avizorar que otros derechos quedarán intactos, por ejemplo, la patria potestad y la tenencia de sus hijos, los cuales será ejercidos de forma compartida.

#### **2.2.2.4. Patria potestad.**

##### **2.2.2.4.1. Nociones generales.**

El articulado en mención ha sido muy estricto al mencionar que ninguno de los padres queda suspendido en su ejercicio cuando se trata de separación convencional y divorcio ulterior, lo cual significa que, al tener ambos padres el ejercicio de la patria potestad, pues ambos pueden tener también la tenencia, este último entendido como uno de los atributos más importantes que permite tener al hijo a lado o vivir con él o ella; entonces, la cuestión que nos preocupa es como se

llevara a cabo este ejercicio compartido de la tenencia, tanto como de la patria potestad.

Así mismo, es preocupante responder a las tantas cuestiones que pueden ocurrir dentro del ejercicio compartido de los aspectos legales que hemos mencionado, pues, serán los padres divorciados capaces de respetar su espacio de tenencia, así como las decisiones que cada uno toma en nombre de su ejercicio de la patria potestad, pero cómo se resolverá aquella cuestión en donde ambos padres toman decisiones contrapuestas respecto a un mismo tema, por ejemplo, el hijo menor de edad tiene la opción de viajar junto con sus compañeros de promoción del colegio por haber terminado sus estudios, al respecto la madre desea que su hijo vaya de viaje, mientras que el padre desea matricularlo de una vez en la academia con la finalidad de que se prepare para su ingreso a una universidad estatal.

#### **2.2.2.4.2. Evolución jurídica de la patria potestad romana.**

El instituto jurídico denominado patria potestad manifiesta sus primeros vestigios en el derecho romano, como es sabido, en aquella época, mediados del siglo V antes de Cristo, los hombres y/o autoridades de esta civilización vieron la necesidad de elaborar reglas y normas que coadyuvaran con la resolución de sus problemas y de los suyos, por ello, se encomendó esta tarea a los plebeyos y patricios con la finalidad de que realizaran la Ley de las XII Tablas, constituyéndose esta obra como una de las primeras formas de positivizar el derecho, mismo que se iría evolucionando con el paso de los años.

Antes bien, dentro de las Tablas IV y V estaban contemplados derechos pertenecientes al derecho de familia y sucesiones, por ejemplo, se reglamentaban normas referidas a la tutela de menores de edad no sujetos a patria potestad al haber fallecido su padre.

Ciertamente, la influencia del Derecho Romano ha sido significativa en casi todos los países de Latinoamérica, por esta razón, no debemos extrañarnos cuando los ideales primigenios que fundamentaron el contenido de la institución jurídica en mención, tanto como el procedimiento que se le adjudicó en el Derecho Romano involucre cierta vulneración de otros derechos de los sujetos pasivos, pues en el intento de regular un acontecimiento relevante jurídicamente, como la tutela de los

niños, se terminaba desconociendo su condición de sujeto de derechos y simplemente se actuaba acorde a lo que se entendía era favorable para el menor aun cuando en realidad no lo fuera.

En este sentido, en la antigua Roma, la familia estaba subordinada al poder omnipotente del *paterfamilias* o jefe de la familia que, por lo general recaía en el varón, es decir, se había construido una sociedad basada en la asimetría de fuerzas, habilidades y aptitudes entre el varón y la mujer, siendo esta última considerada equivocadamente como un ser blando, débil y servible solamente a nivel reproductivo y domestico; similar trato padecían los niños y esclavos, hasta el punto de ser considerados como objetos de derecho.

De este modo, la patria potestad o autoridad absoluta del padre sobre los demás integrantes de la familia era irrenunciable y sólo se terminaba con la muerte, pero la razón de ser de este privilegio radicaba en la defensa de los intereses del grupo familiar, por esto, se le concedía plenos poderes al *paterfamilias*.

Por otro lado, el sentido y significado de las facultades amplias que tenían quienes ostentaban este poder en la época romana no fue siempre igual, sino sufrieron cambios significativos con el paso de los años y la adopción de distintas etapas históricas, pues se considera que fueron las condiciones económicas y las de parentesco las que impulsaron y dieron sentido a la familia, el primero, referido a la condición económica guarda relación con el ganado o los bienes perdurables que se iba adquiriendo gracias al trabajo de los esclavos y demás personas quienes se convertirían en parte de la *famulus*, por otro lado, la condición de parentesco que da sentido a la familia se divide en dos elementos: *agnatio* y *cognatio*, el primer término hace referencia al vínculo que unía al *paterfamilias*, quien tenía una posición dominante dentro de la estructura familiar; mientras que, la *cognatio* deriva de la relación de parentesco consanguíneo y además por línea paterna; en consecuencia, un hijo nacido y reconocido como legítimo en línea paterna adquirió la condición de *agnatio* y *cognatio* porque igualmente quedaba bajo la autoridad de su padre.

No obstante, cualquiera de las dos teorías que buscan dar significado al termino familia, la económica o la de parentesco, a través de los indicios y acontecimientos primeros resultan un tanto contraproducente, porque la evolución

lingüística de la familia romana ha dejado de lado la característica potestativa para dar lugar a otro sentido actual, pues el nuevo concepto de la familia radica, independientemente de los lazos consanguíneos o por afinidad, en el sentimiento que se genera entre las personas que viven y comparten bajo un mismo techo.

En resumen, el poder absoluto del padre hoy en día viene siendo superado por una mejor noción, la responsabilidad paternal, misma que es impulsada por políticas públicas, concretamente, por normas y programas tendientes a reforzar la noción de padres líderes, más no autoritarios y violentos, que generen vínculos de confianza, comunicación, respeto y tolerancia.

#### **2.2.2.4.3. Definición de patria potestad.**

La patria potestad es uno de los institutos más trascendentales dentro del derecho de familia, toda vez que regula la relación entre padres e hijos, de ahí que, los artículos que comprenden este instituto están referidos al conjunto de derechos y deberes entre estos sujetos, con la finalidad de coadyuvar con la relación saludable y productiva, evitando la generación de abusos o extralimitaciones de las facultades de los padres hacia sus hijos, simplemente por ser las personas que los han traído a este mundo.

Por el contrario, la doctrina moderna al abordar el significado del instituto en mención a aptado por adjudicarle un nuevo nombre, responsabilidad paternal, en virtud del cual, los padres reconocidos y legitimados como las primeras personas para actuar en defensa de los derechos e intereses de sus hijos, siempre deben tomar decisiones que vayan a beneficiar el desarrollo integral de sus hijos menores, dejando de lado la satisfacción de sus intereses individuales o los de algún tercero.

No obstante, las funciones (derechos-deberes) adjudicadas a los padres por la patria potestad han venido generando diferentes controversias, por ejemplo, en torno a la educación que estos deben brindar a sus hijos, así como en relación al trato (dentro del proceso de crianza) que los progenitores deberían brindar a sus primogénitos por el hecho de la convivencia y/o dependencia de los últimos respecto a los primeros; de este modo, es importante ser frontales con determinadas acciones que hoy y en cualquier parte del mundo van a ser siempre perjudiciales, como la violencia por ejemplo, mismo que se debería erradicar y a cambio

promover nuevas alternativas de acciones no violentas de solución de ciertas conflictos entre estas partes.

A su vez, es importante mencionar que la patria potestad recae sola y únicamente en la o las personas que establecen la relación de filiación, de lo contrario, cuando nos encontramos frente a un hijo extramatrimonial y solo es reconocido por su madre, entonces, solamente será la madre quien tenga la patria potestad del menor por haberlo reconocido legalmente como su hijo; en consecuencia, la filiación viene a ser un elemento sustancial y previo que da lugar a las facultades otorgadas por la patria potestad y al reconocimiento del mismo jurídicamente.

De ahí que, el autor Varsi (2012), un hombre estudioso y especializado en materia de derecho de familia, considera a la patria potestad es un derecho subjetivo familiar tradicional por medio del cual la ley anota y adjudica una serie de derechos y deberes a los padres para que ejerzan la protección y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos, además, para que estos últimos estén sujetos a la obediencia y autoridad responsable de sus padres hasta que adquieran plena capacidad; por ende, se define esta institución como el conglomerado de derechos y obligaciones de los padres hacia la persona y bienes de su hijo menor no emancipado (p. 294).

En esta misma línea de pensamiento, es importante mencionar que el Código Civil actual que alberga al instituto materia de análisis, promueve que el ejercicio de la patria potestad recaiga en ambos padres en igualdad de condiciones; seguramente, el legislador peruano se preocupó en difundir la importancia de la participación equitativa e igualitaria de ambos padres en el proceso de crianza de los hijos, con el propósito fundamental de instruir ciudadanos capaces de confrontar diversas circunstancias o desafíos de la vida en sociedad.

A pesar de que se viene promoviendo la responsabilidad paterna de los padres frente a sus hijos con nuevos fundamentos como el de proteger y velar por el desarrollo integral del menor, consideramos que todavía falta impulsar y realizar un trabajo integrado en el cual se involucre a las diferentes instituciones de todos los niveles y rangos que existen en el sistema político, social, cultural, religioso, entre otros; de lo contrario, será en vano fortalecer uno o dos sectores mientras

como el educativo, mientras los demás siguen jalando la cuerda hacia la desigualdad, discriminación, maltrato y violencia a los niños.

En síntesis, podemos decir que la patria potestad es un derecho fundamental reconocido únicamente a los padres respecto de sus hijos, para que sean ellos los que cuiden de la persona y bienes de sus hijos siempre que no vulneren los intereses, derechos y el bienestar integral de sus hijos.

#### **2.2.2.4.4. Características.**

Entonces, la patria potestad es una institución jurídica que sin lugar a dudas deriva de la necesidad de proteger los intereses de los hijos menores de edad o hijos no emancipados y con ello la protección del núcleo familiar y social; por eso adquiere la competencia del orden público y de las buenas costumbres, mismos que tienden a garantizar una adecuada convivencia entre los miembros de una comunidad, siendo sumamente indispensable el establecimiento de ciertas características propias para la aplicación de esta instituto; en este orden de ideas, el autor Varsi (2012), señala las características siguientes:

- La característica de derecho subjetivo familiar de la patria potestad se fundamenta en el vínculo de reciprocidad existente entre padres e hijos y viceversa, bajo el entendimiento de que unos dependen de los otros en algún momento y/o etapa de su vida, lo cual hace posible la supervivencia en este mundo; por ejemplo, cuando un ser humano nace es necesario que los padres, sobre todo la madre en los primeros meses lo amamante, brinde calor, amor, etc., de modo contrario, cuando los padres envejecen necesitan de sus hijos para realizar algunas actividades, tales como comer, salir a dar un paseo, bañarse, entre otros.
- Otra característica de la patria potestad es que está regulada por normas de orden público, es decir, la reglamentación de esta institución es de interés de la sociedad, pues, las normas son pasibles de recaer sobre cualquier persona sin importar la condición que este ostente y a su vez cada una de ellas busca promover la buena relación entre padres e hijos, por ende, será declarado nulo cualquier contrato privado que impida el ejercicio de la patria potestad.

- Así mismo, la institución jurídica en mención presenta una relación de autoridad de los padres respecto de sus hijos, esto es, los padres siempre estarán llamados a proteger, representar o responder por los actos de sus hijos no emancipados, lo mismo que no se debe confundir con el poder absoluto e inquebrantable, sino, como aquella potestad tendiente a guiar, educar y corregir si es necesario pero sin vulnerar la dignidad del menor, ni siquiera sus demás derechos, por el contrario, actuando con liderazgo, promoviendo la confianza, el dialogo, el respeto, el amor, la tolerancia y demás valores que permitirán afianzar la relación entre ambas partes.
- Por otra parte, tiene la característica de ser siempre tuitiva, es decir, esta buscará siempre proteger el interés supremo del menor, por cuanto los padres y cualquier tercero están llamados a representarlos y tomar decisiones en su lugar, pero siempre que esa decisión o acción contribuya con el desarrollo integral del mismo.
- También, es imprescriptible, esta característica deriva de la necesidad de protección continua y perpetua hasta que el hijo menor de edad o el hijo no emancipado adquiera la mayoría de edad; al respecto es importante mencionar que la patria potestad puede sufrir variaciones y hasta extinguirse durante este periodo de tiempo debido a diferentes circunstancias reguladas por el código sustantivo tendientes a vulnerar gravemente los derechos del menor.
- Finalmente, es relativa, tal como lo adelantábamos con la característica anterior, esta institución es variable en el tiempo, siendo únicamente la ley la que determinara tal modificación.

#### **2.2.2.4.5. Elementos constitutivos.**

Los elementos que forman parte de la patria potestad adquieren una connotación trascendental a la hora de terminar la adjudicación de este derecho mencionado a un apersona (padre o madre), de ahí, doctrinariamente se ha dividido en dos grandes elementos: Personal y patrimonial; el primero, consta de un deber y un derecho de los padres respecto de sus hijos, por ejemplo, la alimentación en todo su extensión, representación, etc.; en cambio, el segundo elemento, tiene que ver con la administración, usufructo y la disposición de los bienes de sus hijos si es que

los tuvieran, de este modo, el autor Zavaleta citado por Calderón (2016, p. 114), expone respecto a los elementos:

- a) **El elemento personal:** Está constituido por dos partes: los padres y sus hijos menores de edad o hijos no emancipados, dentro de esta relación se manifiesta la necesidad de establecer deberes y derechos para ambos, quienes deben cumplirlas de manera recíproca durante todo el desarrollo de su vida, tal como menciona el artículo 423° del Código Civil y el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente.
- Así, el deber de los padres consiste en la obligación legal que tienen estos para actuar en todo momento buscando el mejor beneficio para sus hijos, siempre que no contravengan a las leyes, ni las buenas costumbres; en consecuencia, el ordenamiento jurídico ha reconocido los padres legitimidad para responder, velar y comprometerse por el desarrollo integral de sus hijos, procurando que cada decisión o acción, desde la más simple hasta la más compleja, derive del criterio y principio de interés superior del menor, mas no del poder autoritario e irrespetuoso de la dignidad y demás derechos de los hijos menores de edad.
  - Por otro lado, el derecho o conjunto de derechos consagrados en los artículos 423° y 76° del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente, establecen todas las facultades o, por lo menor, las más relevantes encaminadas a definir las acciones que los padres pueden realizar y los derechos que pueden incoar siempre que el ejercicio de la patria potestad se vea perturbada u obstaculizada por cualquier persona, incluso, por uno de los padres; entre la gama de facultades, derechos y deberes tenemos a la tenencia y representación.
- b) **Elemento patrimonial:** Este otro elemento de la patria potestad, a diferencia del primero en donde se cumple con el requerimiento indispensable de cuidar de la persona del hijo, va un poco más allá y concede facultades a los padres bajo el supuesto de que los hijos tienen bienes muebles o inmuebles, los cuales que no pueden administrar debido a su edad e incapacidad de ejercicio; de este modo, por ejemplo, la administración es

un derecho y obligación de los padres encaminado a proteger los bienes de sus hijos y con ello proteger sus intereses, así como satisfacer determinados requerimientos necesarios para su desarrollo integral, por ello, están facultados para realizar y tomar decisiones respecto a la producción, administración, con la venia de sus hijos, pero sin desprenderse del mismo o malversar los fondos; por citar un ejemplo, es posible que los padres puedan utilizar las ganancias del alquiler de la casa de su hijo para pagar sus estudios en una universidad de renombre.

#### **2.2.2.4.6. Fundamento.**

El fundamento de la patria potestad como instituto jurídico integrante del derecho de familia radica en la necesidad de cautelar todos los intereses indispensables para el desarrollo integral de los hijos menores de edad; en este sentido, el doctor Hinostrza (1997) señala los tres elementos que fundamentan la existencia de esta institución: “a) El poder de **proteger a sus hijos en la infancia**; (b) el de **guiar y proteger en la etapa de la pubertad o adolescencia**; y finalmente (c) la de **direccionar y proteger al hijo hasta la mayoría de edad**” (p. 277) [El resaltado es nuestro]; de la cita mencionada, podemos alegar que el conjunto de derechos y deberes adjudicados a los padres guardan relación con su deber moral de asegurar para sus hijos todo aquel requerimiento que permita promover su educación, salud, desarrollo integral; así mismo busca que los padres alcancen su realización personal.

No obstante, es menester mencionar que existe un supuesto natural y previo al reconocimiento legal de la patria potestad, nos referimos al acontecimiento del nacimiento, mismo que da lugar a la filiación y con este al reconocimiento de los derechos y deberes concedidos a ambas partes (padres e hijos); de ahí, la obligación de proteger a los hijos no emana propia y directamente del reconocimiento jurídico, sino de un orden natural o moral, decimos ello, debido a que, una vez que se pierde la patria potestad por causas establecidas en la ley, es posible que los padres continúen conservando las relaciones personales, tales como guardar el respeto, cariño, comunicación, entre otros (Hinostrza, 1997, p. 278).

Finalmente, la razón de ser de la patria potestad deriva primordialmente de la necesidad de proteger y tutelar los derechos de los hijos menores de edad o los

hijos no emancipados debido a su minoría de edad, pues, los padres son las primeras personas legitimadas por el Estado para actuar en defensa de sus hijos, facultad que no se debe confundir con actos ilimitados tendientes a menoscabar los derechos y/o apañar los actos negativos de sus hijos.

#### **2.2.2.4.7. Titularidad y ejercicio de la patria potestad.**

Es necesario advertir que ambos términos, tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad tienen su propio significado y, por ende, sus propios efectos con relación a los hijos; por ello, en seguida vamos a recurrir a la explicación de los doctores Bosseret y Zanonni (2005), quienes señalan al respecto:

(...) la **titularidad es el conjunto de los derechos y deberes, que en principio corresponden a ambos progenitores** [por su parte] el **ejercicio es la facultad de actuar** concretamente en virtud de los derechos-deberes otorgados ya sea a solo uno de ellos o ambos (p. 556).

[El resaltado es nuestro]

Los académicos ponen énfasis en las diferencias de estos dos términos, en principio, la titularidad entendida como la legitimidad adjudicada por el Estado a ambos padres por el solo hecho de tener esta condición, pues una persona soltera no podría solicitar este derecho, para que tengan a su cargo un conjunto de derechos y deberes con relación a sus hijos; mientras que, el ejercicio de la patria potestad consiste en la facultad de actuar y disponer sobre cada uno de esos derechos y deberes respecto de los hijos.

Por ello, el artículo 418° del Código Civil de 1984, prescribe con contundencia: “La patria potestad es el deber y derecho que tienen los padres”, dispositivo que guarda relación con el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes, mismo que enumera expresamente los deberes y derechos que tienen los padres sobre sus primogénitos o por sobre quienes estén bajo su autoridad; luego, el artículo 419° del mismo cuerpo de leyes establece que el ejercicio de la patria potestad concede la facultad de ejercer conjuntamente al padre y la madre dichos derechos y deberes por medio de la representación, administración de bienes etc.

Todavía cabe resaltar que, el ejercicio de los deberes-derechos concedidos a los padres no deben derivarse exclusivamente de los derechos subjetivos

vinculados con un interés individual de ellos, por el contrario, este ejercicio debe estar sustentado auténticamente en los intereses supremos del menor sujeto a la patria potestad; por tal motivo, cuando los derechos de un menor este siendo menoscabado cualquier persona, aun cuando no sea familiar directo del mismo puede denunciar antes las autoridades el abuso cometido en su contra; tal como lo propone el doctor Coviello citado por Hugo (1973), quien explica:

(...) en el ejercicio de los derechos la actuación práctica del contenido del derecho mismo o el hecho material que corresponde al contenido abstracto de un derecho, puede realizarlo no sólo quien posea el derecho mismo, sino también el que no lo tenga. Denomina a la segunda de las situaciones mencionadas posesión de un derecho, distinguiéndola de la posesión en sentido técnico (...) (p. 256).

Referente a la perspectiva señala por el autor de la cita, podemos verificar que ambas nociones contienen un alcance distinto, tal es así, que la ley reconoce a ambos padres la titularidad para que velen por el bienestar integral de sus hijos; pero, por determinados acontecimientos, por ejemplo, cuando se trata de hijos extramatrimoniales o bien por la separación de los padres, los hijos deberán quedar sujetos al ejercicio de la patria potestad de uno de sus padres, mientras que el otro queda suspendido en su ejercicio, pero sigue siendo titular de la patria potestad, debido a que siempre seguirá siendo el padre o madre de ese menor.

Así, el doctor Placido (2003) señala que existen cuatro formas de poner en práctica el ejercicio de la patria potestad:

(a) **Potestad paterna y solo subsidiariamente la madre**, este sistema impera en aquellos hogares autoritarios y machistas, en donde la autoridad absoluta recae sobre el padre opacando la autoridad de la madre quien solo puede intervenir como apoyo o de forma alternativa; por suerte este sistema no es respaldado legalmente en el Perú, pero si hay muchas familias que todavía funcionan bajo este sistema unilateral.

(b) **Potestad paterna y coparticipación de la madre**, este sistema se fundamenta en la potestad de ambos progenitores sobre sus menores hijos, pero la diferencia con el sistema anterior es que, la última decisión la tomará el padre siempre que haya desacuerdo entre el padre y la madre.

(c) **Potestad conjunta, sin poder decisorio paterno**, tal como lo plantea el propio título, el contenido de sistema radica en que las decisiones serán debatidas por ambas partes, de lo contrario cuando el disentimiento persista será un tercero quien lo resuelva, por ejemplo, un Magistrado quien deberá basar su decisión en el interés superior del niño.

(d) **Potestad conjunta, con recurso judicial en caso de desacuerdo**, al respecto es importante tomar en cuenta que, no cualquier discrepancia de los padres relacionados con el bienestar integral menor deberá ser motivo para iniciar un proceso judicial, sino, únicamente aquellos que fueran necesarios (pp. 114-115).

Por su parte, los reconocidos académicos en materia de derecho de familia Bosseret y Zannoni (2003), señalan que la titularidad y ejercicio de la patria potestad tiene modalidades, los cuales vamos a explicar a continuación:

- Así un primer tipo de ejercicio es el denominado **ejercicio conjunto**, mismo que se sustenta en la facultad de intervención de ambos padres: “Es el sistema en donde **los actos respecto de la vida y bienes de los menores, deben ser decididos por ambos padres**” (557) [El resaltado es nuestro]; lo señalado guarda relación directa con el ideal de autoridad, misma que debe ser liderada por ambos padres para fortalecer el futuro del núcleo familiar, asegurando en lo posible el desarrollo de cada uno de sus integrantes.
- Referente a la siguiente modalidad de **ejercicio unipersonal** los mismos autores mencionan: “[es] (...) **cuando se concentran en un solo progenitor todas las facultades de ejercer la patria potestad (...)**” (Bosseret y Zannoni, 2003, p. 557); el ejercicio unipersonal guarda relación con la facultad de actuar o de decidir recaída en un solo padre para que pueda tomar decisiones respecto de los derechos y demás intereses de los hijos menores de edad.
- Finalmente, la modalidad **del ejercicio indistinto**, es aquel sistema que permite a cualquiera de los padres ejecutar actos en favor de los hijos; ahora bien, queda claro que esta facultad para ejecutar acciones debe obedecer estrictamente al bienestar y desarrollo integral del menor, dejando de lado, los intereses particulares y egoístas de los adultos o de algún tercero (Bosseret y Zannoni, 2003, p. 557).

En conclusión, ha quedado claro que el ejercicio de la patria potestad, cuando los padres se separan debe recaer en un solo progenitor, en aquel que el juez considere mejor capacitado para quedarse al cuidado de los hijos menores de edad, siendo este quien deberá liderar y ser la máxima autoridad que tomará decisiones en favor del menor, siempre procurando la opción que mejor conveniente será para el menor.

No obstante, hemos observado que existen dos dispositivos normativos, el artículo 340° y 76° del Código Civil y del Código de los Niños y Adolescentes, con similares supuestos jurídicos, pero diferentes conclusiones jurídicas, lo cual trae incertidumbre a la hora determinar el ejercicio de la patria potestad de los menores, cuyos padres se están divorciando.

Entonces, aun cuando pareciera racional que el juez opte por el ejercicio compartido de la patria potestad cuando el divorcio se derive por mutuo acuerdo de los cónyuges, consideramos que esa decisión está pensada más en el derecho de los padres separados respecto a sus hijos que, en el interés supremo de los menores por sobre los de sus padres.

En síntesis, resulta sumamente importante que el legislador peruano reformule el artículo 340° del Código Civil, toda vez que el texto legal de este dispositivo contraviene los principios generales, como el principio del interés superior del niño, ya que solo consigna como titular de la patria potestad a un padre, no permitiendo la patria potestad compartida, obviamente, con sus limitantes y presupuestos.

### **2.3. Marco conceptual**

Para evitar malas interpretaciones con respecto del desarrollo de la investigación, hemos determinado conveniente desarrollar los conceptos claves en el proyecto de tesis, sin embargo, dichos conceptos serán descritos bajo el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico de Lengua Española.

- **Atribución:** Adjudicación. Asignación. Imputación o cargo. Con respecto a los derechos y deberes, a las obligaciones y facultades propios de cada cargo o empleo, se atribuyen las obligaciones (Cabanellas, 2001, p. 407).

- **Condición:** En acepciones generales, de repercusión en el Derecho, índole o naturaleza de las cosas. Estado o situación. Circunstancias (Cabanellas, 2001, p. 267).
- **Custodia:** Cuidado. Guarda. Vigilancia. Protección, amparo. Persona o escolta encargada de la seguridad de algo (Cabanellas, 2001, p. 454).
- **Interpretación:** Efecto de interpretar; esto es, declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa o de un texto incompleto, oscuro o ambiguo, Cabanellas también considera algunos métodos de interpretación relevantes entre ellos tenemos a la interpretación auténtica, idea emanada del propio autor; lógica, la aplicación se realiza en relación a otros términos y la restrictiva, que hace referencia en relación a cada caso. La interpretación se considera como desentrañar el espíritu de las normas (Cabanellas, 1993, p. 170).
- **Lealtad:** Fidelidad. Cumplimiento con nobleza y sin reservas de una obligación o de un pacto. Buena fe. Honradez y rectitud en el proceder. Legalidad. Verdad o realidad (Cabanellas, 2001, p. 99).
- **Límite:** Delimitar la amplitud de derechos o facultades de alguien en base a los parámetros establecidos. (RAE, 2019).
- **Moral:** Pertenece al fuero interno o a impulsos sociales; por contraposición entonces a lo jurídico. Es la ciencia del bien en general; el conjunto de normas de conducta que la mutua convivencia fija entre los hombres (Cabanellas, 2001, p. 457).
- **Norma Jurídica:** Disposición, regla, precepto legal o reglamentario (RAE, 2018).
- **Operadores jurídicos:** Persona o entidad que participa en la creación, interpretación, aplicación y control de las normas jurídicas (RAE, 2018).
- **Ratio Legis:** Razón de la ley, en el cual deben inspirarse los intérpretes (RAE, 2018).
- **Riesgo:** Contingencia, probabilidad, proximidad de un daño. (Cabanellas, 2001, p. 243).
- **Sistema:** Método, proceso, modelo, conjunto de reglas, principios o cosas unidas entre ellas (RAE, 2018).

- **Silogismo:** Razonamiento lógico que permite realizar una comparación entre dos o más variables a fin de determinar un nuevo juicio o conclusión (RAE, 2019).
- **Tipicidad:** Denominación técnica, para designar la descripción legal del delito, como uno de los caracteres del mismo, aparte otras valoraciones subjetivas u objetivas necesarias para su punición (Cabanellas, 2001, p. 97).

### Capítulo III: Metodología

#### 3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

El **enfoque cualitativo está referido a aquella** investigación que: “(...) no se llega por procedimientos estadísticas u otro tipo de cuantificación (...)” (Aranzamendi, 2010, p. 100), por el contrario, debido a su naturaleza se basada en: “(...) comprender un fenómeno complejo (...) [cuyo] acento no está en medir las variables del fenómeno, sino en entenderlo” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 18); en términos más simples, la esencia de una investigación cualitativa radica en analizar la razón de ser de una determinada acción social o, tal como lo denominaríamos técnicamente dentro del campo del derecho, es interpretar una realidad teórica (el fenómeno complejo) definida, con el objetivo de coadyuvar con la comprensión del mismos y así brindar una solución al fenómeno analizado.

En tal sentido, la investigación al tener una característica **cualitativa teórica** y, por ende, aplicar con rigurosidad los preceptos de una determinada doctrina coincide con la explicación del jurista e investigador mexicano Witker c. p. García, (2015), quien refiere sobre la investigación **teórica-jurídica**: “ [Es] (...) aquella que concibe el problema jurídico desde un perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real [esto es] que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión”; en tanto, éste tipo de investigación incentiva la interpretación y el análisis de dispositivos jurídicos individuales o en su conjunto.

En ese orden de ideas, y de conformidad con la naturaleza de la investigación, esto es, con el sometimiento de dispositivos normativos al análisis y cuestionamiento junto a sus respectivos conceptos jurídicos, diremos que la finalidad radica en demostrar las irregularidades interpretativas en relación con sus cualidades, el trabajo de investigación **analizará el artículo 340° y 76°** del Código Civil y Código de los Niños y adolescentes, respectivamente.

Antes bien, tal como se había adelantado en la delimitación conceptual de la presente, respecto a la utilización de un lenguaje o discurso basado en la teoría iuspositivista es que en adelante fundamentaremos los motivos de la **postura epistemológica jurídica** mencionada.

La **escuela iuspositivista** ha establecido que la cientificidad del derecho radica principalmente en la norma y su respectivo análisis dogmático, además el **(a) objeto, (b) método y (c) fin de estudio** se justifican debido a de que cada escuela jurídica debe establecer con precisión qué es lo que va a estudiar, luego, cómo lo va a estudiar y, finalmente, si dos elementos previamente dichos se adaptan a la finalidad o propósito de la escuela en mención (Vivanco, 2017, pp. 36-41).

De esta forma, el “(a)” del iuspositivismo viene a ser la legislación, es decir, cualquier dispositivo normativo vigente en la legislación peruana, en cambio la “(b)” se enfoca en la realización del análisis y evaluación por medio de la interpretación jurídica, finalmente, la “(c)” concluye con la mejora del ordenamiento jurídico, mismo que se reveló a través del planteamiento de una inconstitucionalidad, una modificación o derogación de la norma que fue calificada como insuficiente o contradictoria para conseguir un ordenamiento jurídico más robusto y sólido (Harper c.p. Witker & Larios, 1997, p. 193).

Por lo tanto, conforme a los objetivos de esta investigación: “(a)” serán **los artículos 340° y 76°** del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente, “(b)” se interpretaron correctamente los artículos mencionados a través de los diferentes tipos de hermenéutica jurídica, tales como: la interpretación sistemática, constitucional, etc.; para que luego, “(c)” sea mejorar el ordenamiento jurídico mediante la modificación normativa al articulado número 340° del Código Civil y no dejar vacíos o lagunas, pero principalmente para que el juez pueda resolver mejor los casos concretos.

### **3.2. Metodología**

Las metodologías paradigmáticas se dividen en investigaciones empíricas y teóricas, entonces, luego de haber justificado las razones del porqué fue **teórica**, se utilizó la modalidad de metodología paradigmática de la investigación **teórica jurídica** [según Witker] con una **tipología de corte propositivo**.

Entonces, habiendo manifestado los fundamentos de una investigación teórica jurídica en párrafos anteriores, lo que faltó fue justificar por qué está dentro de una **tipología propositiva jurídica**, la cual no viene a ser otra cosa que: “(...) analizar la ausencia de una norma o se **cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva**. Generalmente estas

investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídico filosóficos” (Aranzamendi, 2010, p. 163) [el resaltado es nuestro]; tal como en nuestro caso, ya que estamos sometiendo a análisis dispositivos normativos, pero desde una óptica epistemológica iuspositivista.

Así, el vínculo entre el paradigma metodológico teórico jurídico con la tipología de corte propositivo, además de la postura epistemológica iuspositivista es compatible y viable, pues los dos sistemas buscan cuestionar y valorar una norma, que en nuestro caso vienen a ser los artículos 340° y 76° del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente, mismos que fueron cuestionados por su valor intrínseco, pues al estar dentro de un Estado Constitucional de Derecho podemos advertir que el artículo 340° resultó ser contradictorio e insuficiente, toda vez que no coadyuva con las soluciones fácticas al juez, ni a los operadores del derecho.

Todo implica que, el interés superior del niño sea postergado y dejado a un segundo plano para que en su cambio se priorice los intereses de los cónyuges, quienes se están separando de forma convencional, es decir, no existe la posibilidad de establecer la culpabilidad de uno de los cónyuges, para que a partir de este suceso los hijos menores o los hijos no emancipados estén bajo la patria potestad del otro que no tuvo la culpa; en consecuencia, el juez resuelve que el ejercicio de la patria potestad quedará a cargo de ambos padres, tal como estipula el artículo 76° del Código de los Niños y adolescentes, mismo que contradice lo ya establecido por el artículo 340° del Código Civil.

### **3.3. Diseño metodológico**

#### **3.3.1. Trayectoria metodológica.**

La trayectoria guarda relación con el cómo se procedió desde el momento en que se instala la metodología hasta la explicación de forma sistemática de los datos recolectados, esto es, referida a la explicación holística del proceso que se siguió desde la determinación del método a emplearse hasta las conclusiones de la investigación, por ello, en los párrafos subsiguientes explicaremos con más detalle al respecto.

Conforme a la naturaleza de la investigación se utilizó la interpretación exegética, la cual buscó descubrir la voluntad del legislador (Miró-Quesada, 2003,

157), a fin de analizar los **artículos 340° y 76°** del Código Civil y Código de los Niños y adolescentes, asimismo se realizó un análisis doctrinario sobre la interpretación jurídica.

Finalmente, la información fue recopilada a partir del empleo de la técnica del análisis documental, junto al instrumento de recolección de datos denominado: la ficha (bibliográfica, textual y de resumen) todo ello encaminado a analizar las características de ambos conceptos jurídicos y observar su punto de relación, para que por último se proceda a analizar los datos por medio de la argumentación jurídica y así ser capaces de responder las preguntas planteadas o contrastar las hipótesis formuladas.

### **3.3.2. Escenario de estudio.**

La naturaleza cualitativa-teórico de la investigación implicará el análisis de los artículos 340 y 76 del Código Civil y Código de los Niños y adolescentes, cuyo escenario de estudio es el mismo ordenamiento jurídico peruano, pues allí es donde se puso a prueba la resistencia de una interpretación constitucional y sistemática a fin de corroborar sus estructuras e insuficiencias en casos concretos (formulados de manera hipotética, y con solides).

### **3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos**

Tal como se ha anticipado, la investigación al tener un carácter cualitativo teórico, se analizó las estructuras normativas de los artículos 340° y 76° del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, en donde se identificaron a las categorías: patria potestad, separación convencional y divorcio ulterior, todo ello relacionado con la categoría de la interpretación jurídica sistemática y constitucional, con el propósito primordial de formular una modificación y/o derogación normativa racional y válida dentro del ordenamiento jurídico peruano.

### **3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

#### **3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.**

El análisis documental presente en nuestra investigación implicó la utilización de la técnica consiste en el análisis de textos doctrinarios, los cuales buscaron extraer la información relevante para el desarrollo del fenómeno a investigar, en este orden de ideas, se puede afirmar que el análisis documental fue tomado en cuenta como aquella operación sustentada en la naturaleza cognoscitiva

del hombre, permitiéndonos de este modo la elaboración de un documento primigenio por medio de otras fuentes primarias como secundarias, ahora bien, de estas últimas dependerá que el usuario tenga acceso al documento inicial para la obtención de información y comprobación de la hipótesis (Witker & Larios, 1997, p. 193).

#### **3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.**

Con anticipación, se dijo que utilizaríamos como instrumentos de recopilación de información a la ficha en sus diferentes tipos, estos son: textuales, de resumen, bibliográficas a partir de los cuales pudimos realizar un marco teórico fuerte y sólido capaz de adecuarse a nuestras necesidades conforme al desarrollo de la investigación, así como al enfoque e interpretación otorgada a la realidad y los textos (Witker & Larios, 1997, p. 193).

#### **3.3.5. Tratamiento de la información**

Habiendo mencionado que, la información fue recopilada por medio de la ficha textual, ficha de resumen y la ficha bibliográfica, es momento de aclarar que esta no es capaz de llevarnos a la autenticidad de la investigación, por ello, emplearemos un análisis formalizado o de contenido a fin de disminuir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los conceptos, en tanto, nos dispondremos a analizar las propiedades exclusivas y trascendentales de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente (Velázquez & Rey, 2010, p. 184). En consecuencia, se usó el siguiente esquema:

<p><b>FICHA TEXTUAL o RESUMEN:</b> Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p><b>DATOS GENERALES:</b> Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.</p> <p><b>CONTENIDO:</b>  “.....  .....  .....  .....”</p>
--

En tal medida, la información documental obligatoriamente va a abarcar premisas y conclusiones, mismas que también deberán tener un conjunto de

propiedades, por consiguiente, el procedimiento a empelarse en la investigación será la argumentación jurídica, al respecto el metodólogo Aranzamendi (2010, p. 112), explica en referencia a las propiedades, las cuales deber ser: (a) coherentemente lógicas, derivadas del análisis de los antecedentes y conclusiones; (b) Razonables, estas tiene que estar auténticamente motivadas y justificadas para arribar a conclusiones materiales y formales; (c) idóneas, las premisas tiene que mantener cierta posición; y (d) claras, la interpretación tiene que ser manifiesta y perspicaz, dejando de lado la ambigüedad o distintas interpretaciones.

Por lo tanto, tomando en consideración los datos y su respectivo procesamiento, mismos que tienen su origen en los distintos textos, es menester afirmar que la argumentación utilizada para la tesis es comprendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp. 203-204), de este modo, se empelara la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, ya que por medio de conexiones lógicas y principios lógicos se alcanzará argumentar para contrastar las hipótesis formuladas.

### **3.3.6. Rigor científico**

El rigor científico viene a ser la precisión y seriedad con que se llevó a cabo la investigación, por ende, esta deriva de la lógica de la cientificidad del paradigma metodológico explicado con anterioridad, así su cientificidad está garantizada por los métodos y el proceso estricto que sigue el análisis para arribar en una conclusión, tal como lo reafirma el autor Witker y Larios (1997) en relación con el método iuspositivista: “evaluar las estructuras del derecho, y su materialización que se aúna con los llamados métodos o técnicas de interpretación de las normas jurídicas, en donde destacan lo exegético, lo sistemático, lo histórico, lo sociológico e incluso hasta lo gramatical” (p. 193); esto es, se ha visto por conveniente analizar el dispositivo normativo desde una óptica positivista con el propósito fundamental de coadyuvar con el mejoramiento del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta siempre el hecho de no contradecir la armonía del mismo, menos aún la de la Constitución Política.

Por consiguiente, a fin de corroborar si en verdad se empleó la postura epistemológica jurídica del iuspositivismo, tendremos que revisar que no se haya brindado valoraciones axiológicas (argumentos moralistas), sociológicas (mediante datos estadísticos), entre otros; por el contrario, esta se basó su análisis auténticamente en la utilización de las estructuras y conceptos de los dispositivos normativos, la misma suerte correrán los demás conceptos que guardan relación con los dispositivos materia de análisis dentro del ordenamiento jurídico, tanto como de la doctrina estándar sobre la patria potestad, la separación convencional y divorcio ulterior.

### **3.3.7. Consideraciones éticas**

Al ser de corte cualitativa teórica la investigación, no es necesario manifestar justificación alguna para respaldar la integridad o la honra de algún entrevistado o encuestado, tampoco de cualquier otra modalidad fáctica-empírica.

## Capítulo IV: Resultados

### 4.1. Descripción de los resultados

#### 4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.

El objetivo uno ha sido: “Identificar la manera en que se desarrolla la **interpretación sistemática** entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano”; y sus resultados fueron:

**Primero.** - Ha quedado establecido que la interpretación jurídica es una actividad empleada eminentemente dentro del ámbito jurídico, espacio en el cual nos enfrentamos a enunciados o conjunto de enunciados que adolecen de coherencia, tal vez, debido a su naturaleza escrita de la ley, en virtud del cual, es necesario adjudicarle determinada interpretación con el objetivo de que sea aplicado en un caso concreto.

Ahora bien, se ha observado que, para llevar a cabo el proceso interpretativo el intérprete o persona que va a emplear esta actividad deberá utilizar sus capacidades cognitivas, tales como: la concentración, atención, percepción, memoria, resolución de problemas, comprensión, capacidad analógica, etc., hasta conseguir la meta planteada, descubrir el sentido de la norma.

Así mismo, es necesario comprender que la necesidad de identificar el sentido del dispositivo normativo radica en primordialmente en el requerimiento de ser aplicado a un hecho factico suscitado en la realidad social, es decir, a un conflicto o incertidumbre con relevancia jurídica, por lo que, no podrá ponerse en marcha la actividad en mención cuando todavía no se ha dado la relación del dispositivo con los hechos concretos.

No obstante, debemos aclarar que el proceso interpretativo si bien es una tarea realizada auténticamente por el administrador de justicia al momento de emitir una decisión basada en justicia, labor de carácter especial porque le corresponde únicamente a jueces y ciertas autoridades administrativas, no limita que otras personas ajenas a la administración mencionada puedan realizar sus propias interpretaciones, tales como: juristas (profesional dedicado al estudio o aplicación del derecho), investigadores jurídicos, abogados independientes, estudiantes de derecho, entre otros.

En resumen, la interpretación del derecho radica en fundar de sentido o significado al dispositivo carente de claridad, con el objetivo de ser vinculado con acontecimientos determinados en donde precisamente se aplicará el resultado de la interpretación, debido a que toda norma jurídica se centra en reglamentar comportamientos y hechos determinados, pero que no muchas veces son entendibles con la sola lectura del dispositivo, por el contrario, requieren de mayor análisis.

**Segundo.** – Ciertamente, la interpretación del derecho va a coadyuvar con la emisión de sentencias judiciales, mismos que deberán contener argumentos razonables y bien fundamentados; sin embargo, es posible que no se excluya del todo la incertidumbre o perplejidad del lenguaje jurídico del derecho, sino que solamente se reduzca parte de esta.

Pero, desde cuándo se puso en práctica esta actividad tan compleja y a su vez cautivadora de todo aquel que tuviera la inclinación no solo por las letras, sino vehemencia por la justicia, concretamente, por descomponer un texto legal e interpretarlo para descubrir y/o identificar el significado del derecho; al respecto, es menester mencionar que la interpretación del derecho tiene su origen en la época del Derecho Romano, tiempo en donde eran los jurisconsultos romanos quienes se tomaban la tarea de examinar e interpretar de forma oficial las leyes y, además, sus opiniones eran reputadas como fuente de Derecho.

Ello indica entonces, que los diferentes tipos o métodos de interpretación jurídica que hoy en día conocemos fueron ideados y se estuvieron perfilando desde aquella época, precisamente con el propósito de facilitar la búsqueda del sentido de la ley para quienes asumieran esta actividad, pero sobre todo de aquel texto legal tolerante de incertidumbre o confusión.

De ahí, la finalidad perseguida por esta actividad interpretativa radica en conocer, hallar e identificar con un lenguaje más adecuado y comprensible, no solo para el operador del derecho, sino para la ciudadanía en general, el real significado de la norma jurídica, mismo que conducirá a corroborar los derechos y deberes contemplados.

**Tercero.** - Habiendo mencionado el contexto en el cual surgió la necesidad de interpretación de la ley, tanto como la finalidad de la misma, en seguida es

menester desarrollar quienes son los sujetos intervinientes y, además, cual es el objeto de la interpretación jurídica.

En este orden de ideas, los sujetos que tienen legitimidad para tomar cartas en el asunto dentro de la interpretación del derecho son los siguientes personajes: los juristas, al momento de realizar sus investigaciones o desempeñar la docencia en esta materia; los jueces y los árbitros jurídicos, a la hora de emitir sus pronunciamientos tendientes a resolver conflictos con relevancia jurídica; los funcionarios públicos, cuando requieran tomar decisiones que guarden vínculo con el derecho; los legisladores, al momento de desempeñar su labor legislativa o de formular leyes conformes a los derechos y principios constitucionales; finalmente, el ciudadano de a pie, aquel que no conoce, ni es especialista en derecho, pero debe comprender lo que manda o prohíbe la norma.

Tal como podemos observar, la interpretación formal, si bien recae en aquellas personas que tienen algún tipo de preparación previa respecto al derecho; sin embargo, las personas comunes también están legitimadas para interpretarlas, aun cuando el resultado de este proceso cognitivo no vaya a ser considerado como fuente de derecho o dentro de alguna resolución emitida por el juez.

Es el juez el operador del derecho que más interpretación de la ley realiza y además con mayor formalidad, precisamente, en virtud de su labor jurisdiccional, pues debe resolver con frecuencia conflictos relevantes jurídicamente.

A su vez, adquiere relevancia la actividad mencionada, ya sea por el juez, por los abogados y legisladores, en tanto el derecho es un instrumento que constituye un enlace que vincula al individuo con la sociedad, impulsando la conciliación de intereses y exigencias entre estas dos entidades trascendentales para la sociedad.

En síntesis, el juez es la autoridad competente por medio del cual se reditúa el tránsito entre la ley y la realidad, en termino más simples, es el juez quien convierte la ley abstracta en concreta facilitando la comprensión de su decisión a los justiciables, por ello, su interpretación del derecho debe ser idónea.

**Cuarto.** – Dicho todo ello, en seguida abordaremos la teoría de la interpretación, misma que nos da luces sobre cómo o bajo que fundamento se debe

interpretar una ley, para ello, vamos a revisar a la teoría legalista, teoría exegética, la voluntad objetiva de la ley y la finalista.

La primera teoría denominada legalista o legislativa postula que, los jueces vistos como meros ejecutores, deben aplicar con rigurosidad la ley, pues, estos enunciados al estar colmados de la voluntad del legislador, ya que han sido formulados netamente para resolver conflictos interpersonales, deben ser aplicados mecánicamente, es decir, como resultado de la lógica jurídica formal en donde se consta de dos proposiciones y una conclusión, esta última deducida de las otras dos; no obstante, es imposible asumir que todas las normas creadas carecen de errores o equivocaciones, más aun si se considera que sus autores han sido los seres humanos (legisladores) capaces de caer en confusiones y desacertar.

Luego, la teoría exegética basa su fundamento en que la interpretación debe centrarse auténticamente en la ley, más allá de considerar propiamente el descubrimiento de la voluntad real del legislador al momento de formular la norma; ahora bien, si el texto legal de la norma está repleto de claridad no será necesario someterla al proceso interpretativo, sino únicamente cuando de su lectura no se obtiene transparencia.

También, se encuentra a la teoría de la voluntad objetiva de la ley, misma que postula la necesidad de realizar la interpretación a partir de la verificación de la estructura jurídica de la norma, en donde se evidencia la obligación, prohibición, omisión, etc.; por ende, aun cuando es importante reconocer que la voluntad del legislador es sustancial a la hora de comprender la razón de ser de una norma, consideramos que el intérprete no puede solo enfocarse en este elemento, sino debe ir más allá, verificar el comportamiento que prescribe.

Así mismo, está la teoría finalista la cual tiene como fundador a Von Ihering, quien postula que la actividad interpretativa debe partir de las condiciones sociales, en virtud del cual, el intérprete conocerá lo que realmente la ley desea que se conozca; del mismo modo, considera plenamente que el derecho se origina de la realidad, dejando de lado la postura abstracta de la ley.

Posteriormente, se encuentra la teoría pura del derecho, la cual radica en que, la interpretación para cumplir su finalidad parte del qué es y cómo es el derecho, sin interesar el cómo debería ser; en tanto, se requiere de la aplicación del

derecho como acontecimiento indispensable sin el cual no se puede conocer lo que realmente ella manifiesta.

Como penúltima teoría está la denominada teoría egológica formulada por el autor Carlos Cossio, quien sustenta que la interpretación deriva auténticamente de la configuración de la conducta concreta realizada por el individuo a partir del cual es inferida por el objeto de exclamación conceptual de la ley; por ello, el aforismo conocido por la mayoría: “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”.

Finalmente, la teoría analítica hace referencia a que la interpretación del derecho debe centrarse fundamentalmente en la distinción de las anomalías hermenéuticas de la ley, por ejemplo: los problemas sintácticos, lógicos, axiológicos; por consiguiente, es posible identificar que la norma está teniendo características de ambigüedad, porque contiene palabras o expresiones con más de un significado.

**Quinto.** – Llegados a este punto, abordaremos los tipos de interpretación jurídica que existen dentro de la doctrina jurídica con la finalidad de identificar el concepto de cada de una de ellos, pero nos enfocaremos con mayor énfasis en el método de la interpretación sistemática como subcategoría de la variable número uno, con la finalidad de verificar el sentido de los dispositivos legales 340° y 76° del Código civil y Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente.

El primer método de interpretación que abordaremos es el método de interpretación jurídico histórico, el cual se esmera en la búsqueda del sentido del dispositivo jurídico recurriendo a sus antecedentes, por ejemplo, acude a las ideas de los creadores de la norma, así mismo recurre a la exposición de motivos a fin de verificar la redacción y los debates que se produjeron cuando todavía era un proyecto.

Luego, tenemos al método de interpretación jurídico teleológico, el cual busca establecer el espíritu de la norma por medio de fin de la misma, es decir, averigua cual fue la finalidad procurada por el legislador que impulso su incorporación dentro del ordenamiento jurídico.

También, está el método de interpretación jurídica exegética, la cual consiste en descubrir el sentido de la norma utilizando el propio texto de la norma,

es decir, se enfoca en definir o conceptualizar cada palabra que integra el texto legal del dispositivo para finalmente realizar una conceptualización conjunta de todos sus términos y así arribar en una sola conclusión.

Por último, está la interpretación sistemática, cuyo objetivo central es averiguar el sentido o razón de ser de la norma jurídica a partir de la exposición ordenada y coherente de estas dentro del conjunto de normas legales que se hallan en vigor; convirtiéndose de esta forma, en un proceso interpretativo indispensable para la aplicación del derecho, más aún cuando se advierte la existencia de dispositivos jurídicos incompatibles que producen inseguridad jurídica en los justiciables e incertidumbre en los operadores jurídicos, tales como: magistrados, fiscales, abogados independientes, etc.

Debemos aclarar que, el método de interpretación jurídica constitucional será abordada en el siguiente numeral correspondiente al análisis de los resultados del objetivo número dos, toda vez que es una subcategoría que integra tal objetivo.

Continuando con los resultados respecto a la interpretación sistemática, es importante mencionar que, cuando se identifica la incompatibilidad entre dos o más normas jurídicas, como es el caso de los artículos 340° y 76°, se utiliza los tres criterios siguientes: de jerarquía, cronología y especialidad, mismos que han sido diseñados a nivel doctrinario para eliminar a una de ellas y devolver la armonía al ordenamiento jurídico peruano.

De este modo, el criterio de jerarquía consiste, ante la incompatibilidad evidente, en preferir la constitucional por encima de la norma legal y la norma legal por encima de otra norma de rango inferior (art. 138° de la Constitución); luego, el criterio de cronología manda al operador jurídico a preferir la norma posterior frente a la anterior; finalmente, el criterio de especialidad establece que el operado debe procurar la norma especial sobre la general.

En conclusión, al haberse hecho evidente la incompatibilidad entre los artículos 340° del Código Civil y el 76° del Código de los Niños y Adolescentes, consideramos que es necesario desvirtuar esta divergencia aplicando los tres criterios antes mencionados para calificar a la norma incompatible y preferir a aquella que si guarda armonía con el conjunto de normas del ordenamiento jurídico; más aún, cuando notamos la contradicción de una de ellas a los principios

constitucionales, principios propios del Código Civil, concretamente, del derecho de familia.

**Sexto.** – Llegados a este aparatado, es menester abordar todos los conceptos, característica y naturaleza relacionado a la patria potestad, toda vez que se trata de un instituto jurídico contenido en ambos articulados cuestionados; todavía más, cuando es la patria potestad de los hijos menores de edad la que se ve en controversia cuando sus padres se divorcian por mutuo acuerdo.

En relación con la patria potestad, podemos mencionar que está a nivel jurídico tuvo sus primeros cimientos en el Derecho Romano, época en el cual el significado de este instituto distaba tremendamente al que se le atribuye hoy en día, pues la *patria potestas*, tal como se la denominaba anteriormente, significaba el poder del padre sobre los hijos, se hace referencia por supuesto al poder absoluto e inquebrantable del *pater familias*, jefe máximo del grupo familia, sobre todos los demás integrantes, dentro de los cuales se observa la presencia de sus hijos, esposa, esclavos y demás personajes que estuvieran bajo su poder.

Así, es bien sabido que el Derecho Romano debido a su gran avance en materia jurídica ha ejercido fuerte influencia en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de países latinoamericanos y de todo el mundo, siendo el sistema peruano uno de ellos, el cual tiene cualidades eminentemente romanísticas, por consiguiente, no debe llamarnos la atención que el instituto jurídico materia de análisis contenga rasgos auténticos del patriarcado.

Al respecto, es importante denotar los avances que ha tenido el contenido legal del instituto en mención, pues la doctrina contemporánea entiende a la patria potestad como la responsabilidad parental de los padres respecto de sus hijos, misma que está basado en la lucha diaria y constante de procurar, ante una diversidad de opciones, aquella que es mejor para el desarrollo integral del menor, esto va desde las decisiones más simples a las más complejas; a su vez, el administrador de justicia o cualquier otra autoridad está obligado a preferir el interés supremo del menor por encima de cualquier otro.

Aun cuando no podemos negar la evolución del contenido legal de la patria potestad dentro del derecho, todavía es lamentable que hoy en día se continúe o se pretenda conservar ciertos rasgos patriarcales tendientes a menoscabar su

reconocimiento como sujeto de derechos; pues, en muchas ocasiones los padres o cualquier persona adulta piensan que sus intereses son más importantes que el de los niños y, por ende, deben ser preferidos ante cualquier inconveniente, cuando en realidad debería ser todo lo contrario.

De ahí que, esta idea equivocada termina definiendo el modo en cómo se educa y corrige a los niños, la misma suerte correrán las demás decisiones que tengan relación con el menor, a sus hijos; por ello, nos preocupa aún más bajo que criterios los padres, estando separados asumirán el ejercicio compartido de la patria potestad, si estando juntos actúan como si los intereses de sus hijos son menos importantes que el de ellos mismos.

En síntesis, es indispensable recordar que el instituto del cual estamos tratando tiene una naturaleza tuitiva, precisamente, debido a la condición de edad de los hijos menores y, por ello, busca establecer las facultades claras (deberes-derechos) de los padres en relación con sus hijos, para que ninguna de las partes se extralimite en su accionar.

**Séptimo.** – Habiendo advertido que, el contenido de la patria potestad establecido en el Derecho Romano y el promovido actualmente por nuestro código sustantivo no son iguales, sin embargo, es necesario seguir incentivando el respeto y la tolerancia entre ambas partes, con la finalidad de que los padres instruyan futuros ciudadanos capaces de afrontar los desafíos de este mundo dinámico.

De esta forma, al abordar el tema de la patria potestad inevitablemente debemos hablar de la filiación como figura jurídica recogida por el Código Civil; la filiación busca cautelar el vínculo consanguíneo o legal dado a partir de evento natural como el nacimiento o de un acto civil con la adopción.

Así, en el presente párrafo desarrollaremos con mayor énfasis el grado de dependencia entre el instituto (Patria potestad) y la figura jurídica (Filiación) a fin de alcanzar una comprensión más asequible en cuanto a la incompatibilidad y falta de sistematicidad manifiesta entre el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes.

Por esta razón, a continuación, es favorable denotar el contexto de la patria potestad dentro del código sustantivo, el cual descansa en el Libro de Derecho de Familia del Código Civil peruano, contenido entre los artículos 418° al 471°, en

donde están establecidos temas referidos a la noción o concepto; ejercicio unilateral; deberes-derechos; causales de pérdida, privación, suspensión y extinción de la patria potestad; entre otros.

Dentro de la gama de derechos, deberes y obligaciones establecidos en favor de los padres, debemos conceptualizar lo que se entiende por estos términos con la finalidad de conocer hasta donde el padre o madre que tiene el ejercicio de la patria potestad puede actuar en representación de su hijo menor de edad.

En términos generales, los derechos vienen a ser el conjunto de facultades y atribuciones que cada sujeto tiene a su cargo, por tanto, si un individuo adquiere la condición de padre o madre, independientemente de cómo concibió ese estatus, tendrá la responsabilidad de asumir todo aquello que sea necesario para el desarrollo y crecimiento de su hijo, tal como regula el artículo 287° del Código Civil.

Respecto a los deberes de los padres, debemos mencionar que esta resulta del reconocimiento de la patria potestad, siendo el vínculo que va a obligar la realización o no de una cosa; entonces, el padre está obligado a asumir la responsabilidad de criar al hijo, junto a los demás requerimientos que ello implica, tal como alimentarlo, educarlo, vestirlo, etc.; en consecuencia, las obligaciones tienden a conservar el equilibrio que debe existir frente a los amplios derechos de los padres.

En síntesis, el contenido de la patria potestad más allá de esta, está conformado auténticamente por el conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, consideramos que deben estar acompañados de otros criterios y principios como el interés superior del niño, en virtud del cual, los padres deben ejercer esta potestad procurando que sus decisiones beneficien el proceso evolutivo del menor, siempre escuchando y respetando las opiniones del menor, pero también orientándolo cuando tiende a equivocarse.

**Octavo.** – En este numeral, es conveniente sintetizar el contenido de figura jurídica denominada filiación, pues, tal como lo anticipamos líneas arriba, la patria potestad inicia cuando los lazos de filiación se reconocen oficialmente, esto es, cuando el padre acude ante la municipalidad o ante la Reniec y reconoce al nuevo individuo como su hijo, partir del cual se abrirá paso al reconocimiento de los

derechos y obligaciones entre las partes; por ende, es posible afirmar que, sin filiación no hay patria potestad.

En este mismo orden de ideas, sería inconcebible que una mujer que no haya procesado a un ser humano o, por lo menos, haya seguido el proceso de adopción pretenda ser reconocida como la madre de tal persona; por el contrario, estos derechos surgen a partir de sucesos reales como el caso de un nacimiento.

Antes bien, que pasaría si uno de los padres o ambos pierden legalmente la patria potestad de su menor hijos, acaso también se perderán la filiación, la respuesta es que, no, pues, estamos antes dos figuras estrechamente interdependientes, pero también distintas; la filiación viene a ser la relación de parentesco instaurada por la consanguinidad o afinidad, misma que da cavidad al reconocimiento de los derechos y obligaciones entre padres e hijos; mientras que la patria potestad se deriva del reconocimiento de la filiación y, por ende, quien reconoce a un hijo como tal adquiere el conjunto de facultades establecidos por la patria potestad; por consiguiente, cuando se extingue, suspende o priva del ejercicio de la patria potestad a uno de los padres, permanece vigente el vínculo de parentesco, es decir, sus padres seguirán teniendo esta por siempre.

En conclusión, las variaciones que padezca la patria potestad, tales como: la pérdida, suspensión, privación y extinción vienen a ser interrupciones del ejercicio de esta potestad; por supuesto, cada una tiene causales concretas que producen efectos específicos; en nuestro caso, cuando nos referimos al contenido de los articulados en cuestión, diremos que uno de ellos, el 340 establece que al divorciarse los padres por mutuo acuerdo, el ejercicio de la patria potestad quedara a cargo de uno de ellos y el otro estará suspendido en sus ejercicio; en cambio, el 76°, bajo el mismo supuesto establece que ninguno de los padres quedará suspendido en su ejercicio, es decir, ambos pueden ejercer las atribuciones concedidas por la patria potestad en favor de su hijo.

**Noveno.** – La patria potestad se subdivide en dos grandes elementos, siendo el primero, el elemento personal y, el segundo, el elemento patrimonial, los cuales desarrollaremos someramente s fin de clarificar hasta dónde abarcan los derechos y obligaciones los padres en relación con sus hijos.

Es una regla general instaurada por la patria potestad que ambos padres asuman con el cuidado de la persona y bienes de sus hijos menores o hijos no emancipados, de este modo, el ordenamiento sustantivo establece que el ejercicio de la patria potestad se ejerce de forma conjunta por los padres durante el matrimonio (art 419°).

En esta medida, el elemento personal se enfoca en la necesidad de protección de la persona, mismo que se manifiesta en la convivencia o interrelación entre los padres y sus hijos, pues en este contexto se observa el compromiso real y verdadero de los progenitores frente al desarrollo integral de sus hijos; no obstante, la patria potestad también puede ser ejercida de forma unilateral, esto cuando solamente uno de ellos ha reconocido al hijo, nos referimos a los hijos extramatrimoniales.

Por otro lado, el elemento patrimonial se centra en la responsabilidad para administrar los bienes de los hijos, siempre que los tuviesen, todo ello, con la finalidad de no malversar o ejercer actos abusivos excediendo de sus facultades, pues se entiende que los bienes deben ser bien administrados para el beneficio del menor.

Entonces, normalmente se espera es que estos elementos sean ejercidos de manera conjunta, claro está, cuando ambos padres están casados, pero en la actualidad la promesa de un matrimonio interminable está en crisis, lo cierto es que los vínculos matrimoniales cesan en algún momento y a causa de múltiples factores que finalmente provocan la separación de los padres, ya sea por mutuo acuerdo o por haber incurrido en una de las causales del art. 333° del CC; para efectos del desarrollo de la presente investigación, nos debemos centrar en la separación convencional o por acuerdo mutuo, mismo que desencadena la necesidad de determinar al cuidado de cuál de los padres se quedarán los hijos menores de edad, al respecto el artículo 340° del Código Civil establece que, el ejercicio unilateral de la patria potestad en caso de separación de cuerpos será asumido por el cónyuge a quien se le confían los hijos, y el ejercicio del otro cónyuge queda suspendido.

Hasta ahí todo correcto, la cuestión surge cuando el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes dispone en el mismo supuesto jurídico (separación convencional y divorcio ulterior) que, la vigencia del ejercicio de la patria potestad

subsiste para ambos padres, contraviniendo de este modo al artículo 340° del Código sustantivo.

En síntesis, independientemente de las causas que dan cabida al divorcio, debemos tomar en consideración que los hijos, en la mayoría de casos, son los sujetos más perjudicados con este desenlace, pues están acostumbrados a ambos padres o desena que sus padres vivan juntos como es natural; empero, si el matrimonio faculta el ejercicio conjunto de la patria potestad conjunta a los padres, parece caer de su propio peso que, cuando estos estén separados este ejercicio sea asumido por el padre que tenga la tenencia; pero qué sucede si el juez dicta la tenencia compartida, debido a la ausencia de culpabilidad en los cónyuges, acaso por esta razón es justo y racional que también ambos padres ejerzan la patria potestad, convirtiéndose en un tema que discutiremos en la contratación de hipótesis.

**Decimo.** – Ha quedado establecido que, por el matrimonio tanto el papá como la mamá tienen el derecho y el deber de cuidar de la persona y del patrimonio de sus hijos; bajo la misma lógica, al no existir un matrimonio no es posible exigir el ejercicio conjunto de la patria potestad, a menos que los padres adquieran la tenencia compartida como requisito indispensable (la convivencia) para adjudicar el ejercicio de la patria potestad, pero más adelante observaremos las consecuencias perjudiciales que podrían provocar en el desarrollo del menor.

Consideramos que la vivencia diaria o el hecho de compartir momentos de alegría, de tristeza, entre otros, hacen que el vínculo entre padres e hijos se afiance hasta alcanzar la solidez que permite educar hijos saludables y aptos la sociedad; situación distinta sucederá cuando no existen estos lazos de confianza, por supuesto no estamos afirmando que los lazos se forjan cuando se convive necesariamente, pero es cierto que la permanencia continua entre los integrantes de una familia ejercen un poder maravilloso en sus relaciones, haciendo fluir altos grados de confianza, de amor, respecto, entre otros valores más.

Por esta razón, creemos firmemente que el padre que tiene la tenencia de sus hijos, quien experimenta una serie de acontecimientos, porque lo ve crecer, está junto a él en los momentos más complicados, lo aconseja, corrige y así sucesivamente, es el que tiene mayor legitimidad para ejercer la patria potestad,

pues al vivir con el menor debe tomar decisiones trascendentales para su desarrollo en el momento y lugar oportuno, sin esperar el consentimiento o aprobación del otro, ya que esto generaría posibles conflictos y además retardaría la decisión apremiante perjudicando al menor.

coordinación, confianza, es más ni siquiera existen los mismos ánimos de direccionar al niño hacia un solo norte porque solo uno de ellos convive, comparte y conoce más al menor y el otro no, este último solamente lo hace de forma superficial.

Es curioso analizar, como el ejercicio de la patria potestad de los hijos nacidos fuera del matrimonio recae exclusivamente en uno de los progenitores, por lo general, en aquel que lo ha reconocido o en quien el juez haya confiado a los hijos (art. 421° del CC); siendo este el padre legitimado para decidir y/o autorizar la realización de cualquier actividad del menor, por ejemplo: escoger el centro educativo y el horario en que lo matriculará, también definir el vestido y los alimentos necesarios, así como dar su consentimiento para viajar, entre otros más que dependerán completamente de su potestad.

En conclusión, si estando casados, muchas veces surgen pugnas sobre las decisiones en relación con los hijos, cuando haya separación la interrelación entre las partes posiblemente no será distinta, debido a la falta de coordinación, confianza, comunicación fluida entre los padres, etc., pues, seguramente cada uno estará centrado en continuar con su vida y, lo más preocupante, se concentraran en tomar decisiones de forma unilateral en nombre del menor, aun cuando en realidad no vaya en esa misma línea; por ello, consideramos que es muy importante que ambos padres se sometan a algún tipo de terapia familiar, de pareja o hasta personal para superar el proceso del divorcio y mantener al margen los problemas personales a fin de priorizar los de los hijos.

#### **4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos.**

El objetivo dos ha sido: “Determinar la manera en que se desarrolla la interpretación constitucional entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano”; y sus resultados fueron:

**Primero.** - En los considerandos, del primero al sexto del objetivo primero se ha apuntado la información más relevante con respecto a la patria potestad, la

interpretación jurídica en términos generales, concretamente, el método de interpretación sistemática, desarrollando sus fundamentos doctrinarios y limitaciones legislativas; por ende, en los siguientes numerales es imprescindible describir los datos más resaltantes con relación al método de interpretación jurídica constitucional, así como datos adicionales sobre la patria potestad que no se han abordado en los párrafos precedentes.

De este modo, es momento de esquematizar todo lo relacionado a la interpretación constitucional a fin de verificar si los dispositivos normativos contenidos tanto, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, ambos referentes al ejercicio unilateral y ejercicio compartido de la patria potestad, guardan armonía con los principios y derechos constitucionales.

La interpretación constitucional viene a ser unos de los tantos tipos de interpretación jurídica que, como es evidente, también busca establecer el significado o sentido de una norma, pero desde una óptica constitucional, es decir, garantizando y priorizando el conjunto normativo de rango constitucional por sobre cualquier otra norma de rango inferior; del mismo modo, su propósito es coadyuvar con la confirmación del ideal político y la doctrina implicada en dicho articulado.

La historia jurídica devela que, hasta antes de la preferencia otorgada a carta magna, era la ley la que debía primar por encima de esta y de las demás normas; por ello, el juez debía preferir, ante un conflicto normativo entre una norma constitucional y la ley, a esta última; situación distinta a la establecida hoy en día, pues los preceptos que descansan en la Constitución gozan de supremacía en razón del contenido o bien jurídico que tutelan.

Esta práctica legalista tuvo que ser superada debido a la falta de coherencia en su aplicación por una nueva concepción a nivel jurídico, concretamente, el hito que marco este cambio surgió debido al caso *Merbury vs Madison*, en el cual el juez Jhon Marshall asumió el rol más relevante para la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, pues fundamentó y afirmó la preponderancia de la Constitución respecto de la ley, así mismo formuló la inaplicación de esta última por ser inconstitucional.

Entonces, al evidenciar la contrariedad de dos normas jurídicas, tales como el artículo 340° y 76° del Código Civil y del Código de los Niños y Adolescentes,

respectivamente, consideramos idóneo identificar la constitucionalidad de ambas, así mismo, será necesario fundamentar las razones del por qué debemos preferir una de ellas, de lo contrario, la inseguridad jurídica hacia la familia y en especial a los menores de edad podría causar daños irremediables.

Entonces, para calificar la constitucionalidad de uno de los dispositivos normativos, resulta indispensable recurrir a los principios constitucionales, con el objetivo de verificar la contrariedad hacia estos; entonces, someteremos tanto al artículo 340° y 76° al contenido de cada principio; por consiguiente, contribuiremos con el restablecimiento de la armonía entre los derechos fundamentales prescritos en los artículos 1° y 2° de la Constitución, los principios y demás derechos de rango inferior.

**Segundo.** – Continuando con el desarrollo de los resultados, podemos afirmar que el instituto jurídico del cual estamos tratando con ahínco busca tutelar y proteger al núcleo familiar garantizando y, cuando sea necesario, restableciendo, la relación entre los integrantes del grupo familiar, a fin de incentivar la continuidad de la convivencia armoniosa entre sus miembros.

De ahí, los sujetos o las partes a quienes protege este instituto jurídico se convierten en personajes indispensables para configurar la relación entre padres e hijos y, viceversa, contexto preciso para subrayar el principio de reciprocidad en virtud del cual las partes deben manifestar respeto, apoyo, tolerancia y amor mutuo, junto con otros valores y prácticas que contribuyen con la buena educación de los hijos y de los propios padres.

Recordemos que, en la actualidad la patria potestad ya no es concebida como aquel poder absoluto del padre hacia los hijos, en donde no existe coordinación, comunicación, confianza, ni respeto mutuo, sino, autoritarismo, decisiones unilaterales que, con frecuencia, responden a intereses propios, y respecto vertical, es decir, de los hijos hacia los padres; por todo ello, el contenido novísimo de la patria potestad se estructura acorde al mejor beneficio para los menores, objetivo que se alcanzara siempre que se considere la opinión, las inclinaciones y los gustos del menor, sin lugar a dudas, evitando caer en caprichos y sin perder la autoridad y/o liderazgo en el hogar.

Al respecto, deviene en interesante citar una explicación reflexiva y razonable en relación con el significado del instituto materia de análisis: “(...) **en la actualidad la patria potestad implica una relación familiar horizontal**, puesto que los padres e hijos se encuentran en un mismo plano, es decir cada uno de ellos goza de derechos y tiene deberes por igual” (Claudia Canales citado por IUS 360°, 2019, s/p) [El resaltado es nuestro]; acorde con esta definición, podemos verificar que la doctrina en materia de derecho de familia está evolucionando, pues el aporte y respaldo efectuado respecto a los deberes-derecho de los padres en favor de sus hijos permanecerá intacto siempre que los primeros actúen priorizando el mejor beneficio para sus hijos.

A su vez, es importante que dentro de la relación familiar se cultive el aprendizaje de valores, tanto como el conocimiento de sus derechos fundamentales para que luego los menores sepan defenderlos en otro contexto incluido en el propio hogar, así mismo, los padres deberán aprender a consensuar y negociar con sus hijos estas decisiones, tomando en consideración el presupuesto económico y la predisposición de otros aspectos que coadyuvarán con la adopción de la mejor decisión.

En resumen, los actos que decidan adoptar los padres en relación a sus hijos tienen que ser aquellos que van a traer un mejor beneficio para el desarrollo y crecimiento del menor, más no deben responder al interés secundario que demanden los padres o algún tercero, anteponiendo el fundamento de estar a cargo de la patria potestad y, por ende, auto concediéndose la libertad de tomar decisiones arbitrarias.

**Tercero.** – En seguida, desarrollaremos de forma sucinta al conjunto de deberes y derechos más importantes para efectos del progreso de la investigación, no sin antes resaltar que la patria potestad viene a ser un instituto tuitivo, es decir, de amparo y protección familiar tendiente a resguardar los intereses personales y patrimoniales de los hijos menores de edad o hijos no emancipados.

En referencia a ello, tanto los articulados 423° y 74° del Código Civil y del Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente, regulan de forma similar el conglomerado de derechos y deberes del ejercicio de la patria potestad así, por ejemplo, un deber fundamental es: “velar por su desarrollo integral”; este mandato,

aun cuando es genérico, indica la responsabilidad de los padres para proveer todo lo necesario y útil para el desarrollo físico, psicológico, espiritual y moral del hijo.

Luego, otro deber fundamental es el siguiente: “proveer al sostenimiento y educación de los hijos”, este deber radica en la responsabilidad de los padres para suministrar los alimentos, en sentido general, tanto como la educación, este último entendido como el derecho sustancial encaminado a instruir las capacidades cognitivas del menor a fin de que pueda forjar una mejor calidad de vida.

Asimismo, otro deber trascendental es el de: “Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes”, el cual se encuentra en armonía con el artículo 13 ° de la Constitución Política, toda vez que exige a los padres el deber de educar a sus hijos en el centro educativo de su preferencia, también, solicita que el padre de familia participe activamente en su proceso educativo.

Por otra parte, tenemos al derecho de: “Administrar los bienes de sus hijos”, este derecho se enfoca en facultar a los padres la dirección y organización del manejo del patrimonio de sus hijos a fin de potenciarlos y aprovechar de las ganancias de estos, evitando caer en la malversación y hasta perder el patrimonio.

Después, está el derecho de: “Aprovechar de los servicios de sus hijos”, esta facultad evidentemente se puede ejercer tomando en consideración la edad y demás condiciones del menor, como su estado de salud, para no perjudicar su educación o su desenvolvimiento personal, a su vez, esta facultad guarda relación con el principio de reciprocidad o solidaridad familiar, a partir del cual ambas partes pueden colaborar mutuamente y cuando así lo requieran.

También, está consagrado el derecho a: “Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, (...)”, esta prerrogativa responde a la necesidad de cuidado diario y directo de cualquiera de los padres, en caso estén casados o de aquel que tiene la tenencia respecto del menor.

Por lo tanto, el ejercicio de la patria potestad implica efectuar en el momento y lugar oportuno determinados derechos y deberes en favor de la protección de la persona o bienes de los hijos, siendo estas prerrogativas reconocidas auténtica y únicamente a los padres.

#### **4.2. Contrastación de las hipótesis**

#### 4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno.

La hipótesis específica uno fue la siguiente: “El desarrollo de la interpretación sistemática entre los artículos 340° del Código Civil y 76° del Código del Niño y adolescente peruano es negativa”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una argumentación jurídica que permita discutir su contenido.

**Primero.** – Habíamos mencionado que el objetivo de una interpretación jurídica sistemática es verificar la armonía entre las normas pertenecientes a todo el ordenamiento jurídico y, si se advierte cualquier tipo de contradicción entre estas, su objetivo será restablecer el equilibrio eliminando dicha discordancia, es decir, eliminando a aquella norma que no guarda relación con los principios y criterios generales de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Sin más preámbulo, en seguida citaremos lo prescrito expresamente por los dispositivos normativos materia de análisis, con la finalidad de que se pueda visualizar la incompatibilidad evidente entre estos dos, artículo 340° del Código Civil, el cual titula. - **Efectos de la separación convencional respecto de los hijos:**

**Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica,** a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona (...). **El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio,** pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido [El resaltado es nuestro].

Por su parte, el artículo 76° del Código de los Niños y adolescentes bajo la misma hipótesis jurídica, esto es, la separación convencional, expresa respecto a la vigencia de la patria potestad: **“En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad”** [El resaltado es nuestro].

Habiendo, evidenciado la incompatibilidad existente entre estos dispositivos normativos regulados en distintos cuerpos legales, pero cada uno con hipótesis jurídicas iguales y distintas conclusiones jurídicas, podemos afirmar que nos encontramos ante una antinomia, pero, cuál es el significado de este término; la antinomia viene a ser una palabra utilizado por la lógica, que el términos generales,

hace referencia a la falta de coherencia o contradicción existente entre dos o más ideas, actitudes, leyes o principios, ya que tienen soluciones incompatibles entre sí que inducen a un conflicto al aplicarse cualquiera de ellas, pues, el cumplimiento de una involucra la vulneración.

Tal como sucede con la aplicación de cualquiera de los articulados en mención ante el mismo supuesto que viene a ser la separación convencional, pues, al aplicarse el 340° se supondrá que solamente tiene el ejercicio de la patria potestad aquel padre a quien se le haya confiado a los hijos, mientras que el otro quedara suspendido en su ejercicio; en cambio, si aplicamos el artículo 76°, ninguno de los padres quedará suspendido en su ejercicio, lo cual significa que ambos pueden ejecutar determinados derechos y deberes en relación con el menor, aunque no siempre los hijos terminan siendo los más beneficiados; en consecuencia, al tener más de una opción el juez puede optar por una u otra sin ningún inconveniente, pero los padres ejercerán sus derechos conforme al articulado que más les convenga, convirtiéndose esta circunstancia en el deterioro de la responsabilidad parental, así como de la seguridad jurídica que induce a la pérdida de credibilidad sobre el valor de la justicia y de los propios administradores jurídicos.

Antes bien, sin adentrarnos en el análisis propio del contenido de ambos articulados, es menester aplicar los tres criterios establecidos a nivel doctrinario por el método de interpretación jurídico sistemático a fin de eliminar aquella norma que no guarda coherencia con el conjunto normativo; por ello, nuestra Constitución ha diseñado ciertos criterios que nos permiten solucionar esta controversia, dentro del sistema de fuentes, de tal modo que contamos con tres criterios: el de jerarquía, de especialidad y temporalidad.

Por ello, en primero orden tenemos al criterio de jerarquía, mismo que nos ayudará a determinar cuál de las normas es jerárquicamente superior y, por ende, debe ser preferida, al respecto, el Código Civil vigente fue promulgado mediante Decreto Legislativo n° 295; por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes fue promulgada mediante la Ley n° 27337; al respecto la doctora Calderón (2020), sostiene que:

Como su denominación lo sugiere, todas las normas ubicadas en el segundo nivel [de la pirámide normativa kelseniana] tienen una característica en

común: **todas tienen rango de ley, por lo tanto, entre ellas no hay diferencia a nivel de jerarquía, pero sí a nivel de alcance**, (...) mientras las leyes –como ya se ha señalado- las emite el Congreso de la República, los decretos (legislativo, de urgencia y ley) son emitidos por el Poder Ejecutivo (p. 2). [El resaltado es nuestro]

Por lo tanto, no existe superioridad jerárquica entre ambos cuerpos normativos.

En relación con el criterio de especialidad entre ambos cuerpos jurídicos, es menester mencionar que este consiste en dar la preferencia a aquella norma especial o aplicable a un determinado grupo social por encima de la norma de carácter general; en ese orden de ideas, el texto legal del artículo 76° es especial debido a la especificidad con que regula la vigencia de la patria potestad, mientras el 340° es de carácter genérico, además no prevé el ejercicio de la patria potestad conforme al contenido del principio de interés superior del niño y en consonancia con los principios del derecho de familia, tanto como del código sustantivo; en consecuencia, la especialidad del artículo 76° resulta ser conforme al interés supremo del menor, asunto que detallaremos con más énfasis en posteriores numerales, cuyos padres se están divorciando por mutuo acuerdo; en consecuencia, no cabe la derogación de este último dispositivo normativo.

Finalmente, veamos a que conclusión llegamos con la aplicación del criterio cronológico, el cual consiste en verificar el tiempo en el cual ambos dispositivos han sido promulgados a fin de preferir a la norma reciente por sobre la anterior; de este modo, el Código Civil fue promulgado en el año de 1984 y el Código de los Niños y Adolescentes en el año 2000; acorde a este criterio, deberíamos dar preferencia a la norma reciente, al artículo 76.

**Segundo.** – Continuando, con la verificación de la hipótesis centrada en evidenciar la falta de sistematicidad entre los dos dispositivos normativos mencionados, es importante realizar un análisis de contenido, es decir, sobre el texto que cada uno contiene, así como la razón de ser o el espíritu de las mismas a fin de aclarar la validez de una de ellas, de aquella que se encuentra en sintonía con los derechos fundamentales y los principios contemplados en la Constitución (principio

de protección de la familia, de promoción del matrimonio y de protección especial de la niñez) y, fundamentar la eliminación de la otra.

Por esta razón, es importante determinar, en primer lugar, si la tenencia es un atributo que define y concede el ejercicio de la patria potestad; por otra parte, debemos deslindar la legalidad del ejercicio compartido de la patria potestad, toda vez que nuestra legislación, si bien, no habla expresamente sobre este tipo de ejercicio, si lo hace respecto de la tenencia (art. 81 del Código de los Niños y Adolescentes), pero ambas figuras jurídicas son totalmente distintas, aunque interdependientes.

La tenencia, viene a ser un atributo concedido por la patria potestad que permite la relación directa del padre o de los padres junto a su hijo o hijos; sin embargo, hay quienes afirman que el sentido del término tenencia contiene un matiz cosificante, sin detenernos en esta discusión en el presente apartado, es necesario citar la noción del término que nos amerita: “(...) el derecho le asigna el sentido de proximidad necesaria del padre o madre hacia el hijo [tenencia] que viabilice las funciones de los roles atribuidos a los progenitores por ley” (Hollweck, 2001, s/p); es decir, se trata del derecho a tener a los hijos viviendo con ellos como es natural, pues tienen legitimidad para exigir y además ejercerlo a cabalidad.

De este modo, en relación con la tenencia, el artículo 81 del Código de los Niños y adolescentes modificado por la Ley N° 29269 del dieciséis de octubre de dos mil ocho, establece que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de hijos menores de edad se determina de común acuerdo entre ellos, pero teniendo presente el parecer del niño, niña o adolescente, caso contrario, al no existir acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

**Tercero.** – Es sabido que, la legislación peruana promueve la tenencia monoparental, tal como se expone en el considerando noveno de la casación N.º 3767-2015-CUSCO, el mismo que prescribe al respecto: “El sistema peruano ha optado por la tenencia de carácter monoparental, es decir sólo uno de los progenitores puede gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro”,

esta postura vendría a ser la regla general que incentiva el ejercicio responsable de la patria potestad.

No obstante, con la modificación del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes por el artículo 1 de la Ley N° 29269, publicada el 17 octubre 2008, se incorporó la tenencia compartida dentro de este cuerpo legal, bajo el fundamento de minimizar las brechas de género, así como reducir el impacto traumático de la separación, pero, sobre todo, para normalizar su vida y su rutina lo antes posible.

Entonces, se acepta oficialmente que aquel padre que tenga la tenencia también sostenga el ejercicio de la patria potestad, debido a la necesidad de representación que el menor requerirá en determinados momentos y lugares, pues al estar viviendo temporalmente con uno y luego con el otro padre, seguramente padre e hijo necesitaran tomar decisiones dentro de su espacio de tenencia, evitando perjudicar el del otro progenitor, pues, tal como mencionan las psicólogas Paloma Pérez-Solero Puig citadas por Villela (2018): **“El mayor beneficio es que el menor sigue manteniendo vínculo con ambos padres; está constatado que en el ejercicio de la custodia exclusiva, se pierde este vínculo afectivo”** (s/p) [El resaltado es nuestro].

Pero, en concreto, el ejercicio de la patria potestad no depende directamente del otorgamiento de la tenencia, sino es al revés, primero se debe otorgar el ejercicio de la patria potestad para luego gozar del conjunto de derechos y deberes que el mismo concede, por ello, existen determinados criterios que hacen que el juez o los mismos padres acuerden y decidan por aquel que se encuentra mejor capacitado y en mejores condiciones para representar al hijo menor de edad.

En relación con ello, el artículo 74° de Código de los Niños y Adolescentes dispone, dentro del conjunto de derechos y deberes que ejercen los padres por la patria potestad, en el inciso e) el derecho a tener a los hijos en su compañía y acudir a la autoridad competente a fin de recuperarlo cuando la situación o amerite.

Dicho todo ello, es importante recordar que, la tenencia monoparental o compartida tiene que ser emitidas siempre buscando la mejor opción para el menor, de lo contrario, se cuenta con la posibilidad de variar tal medida, siempre que se observe conductas obstaculizadoras o limitadoras por parte de cualquiera de los padres.

Ahora bien, para conceder la tenencia compartida se sobreentiende que, al estar divorciados o separados los padres, se hace necesario corroborar la existencia de una relación de colaboración y coordinación constante entre ambos padres, pues, únicamente esta predisposición puede garantizar el cumplimiento armonioso del cuidado del menor; por el contrario, si esta colaboración no es posible debido a la conducta negativa o controversial de uno de los padres, no podrá disponerse una tenencia compartida, ya que al tratarse de un estado interpersonal conflictivo se expondría a un riesgo directo de la integridad emocional y física del menor a causa del actuar irresponsable de sus padres.

Al respecto, resulta sumamente complejo para el operador jurídico determinar o, por lo menos, comprobar la predisposición de ambos padres para colaborar y coordinar los requerimientos necesarios e indispensables para el desarrollo integral de su hijo toda vez que las intenciones quedan en un plano subjetivo, pues, a un inicio podrían aparentar dicha predisposición, pero luego cambiar de opinión y comportamiento y, lo que es peor, amenazar al menor para que no ponga en sobre aviso su conducta irreflexiva, mientras tanto, el más perjudicado es el menor.

Por lo tanto, la no suspensión del ejercicio de la patria potestad junto con la tenencia compartida podrían ser las opciones más idóneas para los hijos, como para sus padres, ya que ninguno de estos últimos se verá imposibilitado de realizar acciones en nombre de su hijo y durante el tiempo de tenencia; sin embargo, es importante resaltar que esta medida debe constituirse como la mejor opción tendiente a contribuir con la integridad emocional y física del menor; pues, partiendo de que no todas las familias son iguales, es necesario huir de las formulas generales y, en su cambio, personalizar la tenencia compartida a cada caso en concreto.

**Cuarto.** – Llegados este punto, resulta trascendental comprender el significado de la tenencia compartida, así como los efectos que esta produce en cuanto a la relación entre los padres divorciados o separados respecto de sus hijos.

El considerando número octavo de la casación n.º 3767-2015-CUSCO citando la idea del autor Varsi, quien considera sobre el tipo de tenencia materia de análisis:

**ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (...). Los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable” (p. 6). [El resaltado es nuestro]**

En este orden de ideas, la tenencia compartida significa que el menor deberá vivir temporalmente con uno y luego con el otro padre, alternando y distribuyendo su tiempo, su espacio y todo lo demás que resulta indispensable para desarrollarse, lo cual significa también que cada padre puede tomar determinadas decisiones apoyándose en el ejercicio potestativo que le confiere la ley; de hi, lo normal es que cada uno adopte decisiones dentro del tiempo que van a permanecer con el menor para no afectar el espacio de tenencia del otro apoderado; no obstante, que sucede con las decisiones generales, por ejemplo escoger la escuela donde estudiará, en estas circunstancias ¿quién tendrá la última palabra?

Tal vez, el legislador peruano incorporo el sistema jurídico este tipo de tenencia con la finalidad de dar fiel cumplimiento al artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ordena el reconocimiento de la trascendencia de que el niño no sea separado de sus padres, por el contrario, cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés.

De cualquier manera, el modo en que el niño asimile y gestione la separación de sus padres, sumado al cambio ineludible en el desarrollo su vida dependerá básicamente de la relación que ambos padres sostengan en adelante, pues los padres están destinados a entenderse por el bien de sus hijos, obligándose al diálogo y comunicación cordial y frecuente; en consecuencia, el beneficio o perjuicio de la tenencia compartida se derivara de la relación responsable y madura de los padres separados.

Por lo tanto, la tenencia compartida impartida por el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes no es mala, por el contrario, resulta ser una buena opción para favorecer el interés supremo del menor, sino que esta se tiene que ajustar a las necesidades de cada caso y de cada familia.

**Quinto.** – Un suceso muy sonado y a su vez interesante de analizar, fue el caso reciente de la actriz Melisa Paredes y el futbolista Rodrigo Cuba, quienes se sometieron al procedimiento de separación convencional y divorcio ulterior a nivel notarial para oficializar su divorcio legal.

Se sobreentiende que ambos de mutuo acuerdo han optado por esta vía, motivo por el cual, debieron adjuntar un requisito indispensable para liquidar y determinar la relación conyugal, pero, sobre todo, la relación con respecto a su menor hija en un acuerdo conciliatorio referido a la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de la menor.

De este modo, conforme se puede visualizar en el acuerdo conciliatorio de los 7 días de la semana, la menor pasará 3 días y medio con el papá y 3 días y medio con la mamá, el acuerdo describe respecto a la tenencia: “El padre, tendrá la tenencia de la menor los días lunes, desde las 12:00 p.m., para lo cual recogerá a la menor del hogar materno o su centro educativo de ser el caso, retornándola el miércoles a las 7:00 p.m. al hogar materno”, “A la madre le corresponderá estar con la menor desde el miércoles a las 7 p.m. hasta el día lunes a las 12 p.m. Si el padre no concentrara los fines de semana podrá recoger a la menor el jueves a las 12 p. m. del hogar materno o centro educativo y retornarla el domingo a las 7 p. m. al hogar materno” (Diario Infobae, 2021).

Así mismo, en cuanto a las fechas festivas como la época navideña, 28 de julio y el cumpleaños de la niña han decidido que los dos pasaran a lado de su pequeña hija; por otro lado, en caso de que se quiera viajar con la menor fuera de Lima, deberán comunicarse por medio de un correo electrónico con 24 horas de anticipación a fin de avisar el destino y el número de contacto.

Independientemente de las demás modalidades que se han adoptado para continuar en contacto con la menor, es imprescindible evidenciar la complejidad del caso; por un lado, no resultaba racional otorgar la tenencia exclusiva al padre, toda vez que este tiene compromisos profesionales con el fútbol, motivo por el cual constantemente acude a sus entrenamientos los fines de semana, además de realizar viajes fuera de Lima (del lugar de residencia); en consecuencia, la tenencia exclusiva podría resultar contraproducente para la propia menor, quien está acostumbrada a convivir con su madre.

Por otro lado, aun cuando es posible que la condición de la actriz Melisa Paredes se configure como la cónyuge culpable en virtud de su comportamiento evidenciado, tampoco se constituye como la mejor opción para otorgarle la tenencia exclusiva de su hija menor, debido a que la niña también está acostumbrada a convivir con su padre.

Dado el contexto, nos parece razonable que la tenencia sea compartida, y es que tal como afirma la autora Vilella (2018): “(...) **este beneficio sin duda pasa por proteger el mundo que conocían hasta la fecha de la ruptura**. Recordemos, como siempre decimos en el despacho, que podemos divorciarnos de nuestra pareja, pero nunca podremos hacerlo de nuestros hijos” (s/p) [El resaltado es nuestro].

Al no haberse evidenciado riesgos que pongan en peligro el bienestar de la menor por cualquiera de sus padres, ya que ninguno ha sido demandado por algún tipo de violencia, menos un por otro delito, resulta favorable para la niña esta fórmula siempre y cuando ambos padres, por el bien de su hija, traten de mantener al margen sus discrepancias sentimentales y personales, y procuren tener entre ellos una comunicación libre de ataques verbales, descalificaciones y desautorizaciones.

**Por lo tanto**, el desarrollo de la interpretación jurídica sistemática entre los artículos 340° y 76° de los distintos cuerpos normativos ya mencionados es negativa, pues, el artículo 340° a diferencia del 76° promueve únicamente la tenencia exclusiva como aquella fórmula general en virtud del cual todos los casos de tenencia deberán ser resueltos de acuerdo con esta, lo cual no permitirá evaluar realmente el interés superior del menor, porque no todas las situaciones familiares son iguales o se dan bajo las mismas circunstancias, tal como el caso de la actriz Melisa Paredes y el futbolista Rodrigo Cuba; no obstante, para garantizar el bienestar integral del menor en la tenencia compartida, los padres que afrontan el proceso de separación convencional deberán someterse a una terapia familiar, de pareja y, si es necesario, personal a fin de superar y mantener a margen los problemas sentimentales de las asuntos relacionados con sus hijos, requisito que será adjuntado en la solicitud del procedimiento de separación convencional y divorcio ulterior; en consecuencia, ha quedado demostrado que la tenencia compartida contemplada por el artículo 76° constituye un nuevo modo de afrontar la separación de los padres, puesto que disminuye la sensación de abandono de uno

de ellos respecto al menor, así como el sufrimiento y la vulneración de su desarrollo psíquico y evolutivo; además, busca resguardar el interés supremo del menor, todo ello, siempre y cuando los padres se sometan voluntariamente a la condición de restauración y sanación emocional para que aprendan a ponerse de acuerdo en las decisiones trascendentales que repercuten en su hijo, recordando que aquí nadie tiene el poder de decisión frente al otro, sino que ambos deben esforzarse por la felicidad de su hijo.

#### **4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos.**

La hipótesis específica dos fue la siguiente: “El desarrollo de la interpretación constitucional entre los artículos 340° del Código Civil y 76° del Código del Niños y adolescentes peruano es negativa”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una argumentación jurídica que permita discutir su contenido.

**Primero.** – En los párrafos anteriores correspondientes a la contrastación de la hipótesis número uno se ha evidenciado la falta de sistematicidad del artículo 340° del Código Civil, el cual promueve la tenencia monoparental o exclusiva al regular que, la patria potestad será ejercido por el padre o madre a quien se le hayan confiado los hijos, esto cuando se ha establecido una causa específica para la separación; no obstante, en la separación por mutuo acuerdo se sobreentiende que ninguno de los cónyuges se constituye como el culpable; en consecuencia, se deja en el vacío el modo en cómo se determinará la tenencia de los hijos; por esta razón, en los siguientes numerales discutiremos la inconsistencia del articulado en cuestión con relación a los derechos fundamentales y principios constitucionales.

Al respecto, sería un error regirnos por la regla general, en donde el ejercicio de la patria potestad depende o deriva en forma directa del establecimiento de causas de culpabilidad para la separación, es decir, que aquel que haya sido calificado como el cónyuge culpable deberá perder la patria potestad como sanción civil; ciertamente, esta sanción tiene mucho sentido debido a la falta de capacidad para cumplir con los deberes que se adquiere con el matrimonio; por ende, si un individuo no está dispuesto a comportarse correctamente debe ser sancionado.

Más allá de que la pérdida de la patria potestad se convierta en un mecanismo de sanción para el cónyuge culpable, es necesario recalcar que está debe fundamentarse ante todo en la salvaguarda del interés superior del menor; en vista

de ello, la determinación del tipo de tenencia que se adoptara ante la separación de los padres debe guardar correspondencia con los principios del derecho de familia, mimos que también se encuentran consagrados en la Constitución Política, tales como: el principio de protección de la familia, de protección especial de la niñez, de promoción del matrimonio.

**Segundo.** – A continuación, consideramos que indispensable evidenciar las ventajas y desventajas, tanto de la tenencia exclusiva como de la compartida a fin de observar cuál de las dos modalidades tutela mejor el interés superior del niño.

En primer lugar, debemos enfocarnos en las desventajas de la tenencia compartida, por ejemplo, la falta de estabilidad del menor producida por el cambio constante de domicilio conforme al turno de tenencia de cada padres, ahora bien, esta falta de inestabilidad puede conducir a la perdida de rutina, pues el menor debe adoptar con frecuencia nuevas costumbres y nuevas reglas del progenitor y, al final no consolidar ninguna de ellas, llevándolo a tener alteraciones en su comportamiento, confusión y rebeldía con sus padres.

Mientras tanto, las ventajas de la tenencia coparental radican en la disminución del trauma por la separación, también de la sensación de abandono, luego favorece el acceso continuado y frecuente hacia ambos progenitores, así como, incentivar la participación, comunicación y coordinación de ambos para cuidar por igual a sus hijos.

Antes bien, es importante comprender que un reparto del 50-50 no tiene porqué significar un orden absoluto e inmodificable, todo lo contrario, implica acciones maduras y mucho compromiso en los progenitores, pues, si uno de ellos siempre ha trabajado fuera del hogar más horas que el otro, para él o ella será complejo de la noche a la mañana pasar toda una tarde con su hijo y este acabará pasando tiempo con terceras personas, pudiendo ocasionar conflictos; en relación con ello, la psicóloga Pérez-Solero citadas por Vilella (2018), señalan un ejemplo: **“si es el padre quien los llevaba al colegio de manera habitual, podrá seguir haciéndolo, aunque sea en el periodo de custodia de la madre.** También es recomendable que, si tienen un cuidador, éste continúe yendo a ambas viviendas” (s/p) [El resaltado es nuestro]; por este motivo, recalcamos nuevamente la necesidad de analizar de manera pormenorizada cada situación familiar.

Aunque pueda resultar muy difícil que los hijos reciban de ambos progenitores una educación similar es muy importante que hagan el esfuerzo de inculcarles los mismos valores, por ello, los dos tienen que ponerse de acuerdo en aplicar las mismas reglas y normas con la finalidad de evitar diferencias educacionales, sin olvidar que lo más relevante es estar pendientes de cómo se sienten los hijos, tal como ordena el principio interés superior consagrada el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, tanto como del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Así mismo, es natural que, dada la separación uno de los cónyuges disminuya su calidad o estatus de vida, porque los que antes eran un grupo y los bienes les pertenecía a los dos, ahora se han dividido, pues, resulta muy complejo que haya dos viviendas con las mismas condiciones que antes.

También, será difícil para ambos afrontar por igual los gastos repartidos, esto dependerá de cada circunstancia, y del papel que cada uno desempeñaba antes de la ruptura, pues puede darse el caso que uno de ellos tenía un trabajo fijo, mientras el otro trabajaba a tiempo parcial.

Tampoco sería racional que la menor viva en una casa y sean los padres los que se trasladen, aunque esto podría ser discutible preferimos dejarlo para otra investigación; en fin, de cuentas la decisión más idónea será aquella en donde el menor sea el más beneficiado; pues aplicando tanto la tenencia exclusiva como compartida se puede vulnerar su libre desarrollo y su bienestar, así mismo, su integridad moral, psíquica y física contemplados en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Perú.

En consecuencia, ha quedado evidenciado que aplicando cualquiera de los tipos de tenencia, ya sea la conjunta (art. 76°) o exclusiva (art. 340°), igualmente se puede perjudicar o favorecer, pero esto dependerá del compromiso de los padres con el desarrollo integral de sus hijos o, por el contrario, de su actuar irresponsable; por ello, el operador jurídico tendrá la obligación de motivar su decisión desvirtuando y analizando los medios probatorios, tanto como la predisposición y el compromiso demostrado por ambos padres para no terminar transgrediendo en un futuro los derechos fundamentales del menor, en el sentido que perjudica su libre

desarrollo y su bienestar, así como su integridad moral, psíquica y física, ambos contemplados en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política.

**Cuarto.** – Llegados a este punto, es necesario establecer la diferenciación entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, la primera, responde a la legitimidad que posee una persona para representar un determinado derecho o deber, por ello, los primeros sujetos en ser llamados para representar la titularidad son aquellos que han procreado a un hijo, es decir sus padres; en cambio, el ejercicio de la patria potestad tiene que ver con la facultad concedida por ley para ejecutar o disponer de algún derecho o deber concedido por la patria potestad; en consecuencia, es posible decir que, existe la titularidad sin el ejercicio, pero, no puede existir ejercicio sin la titularidad.

Entonces, cuando uno de los padres está suspendido en su ejercicio, se entiende que sigue teniendo la titularidad, mientras que, si ninguno lo está, pues ambos pueden tomar decisiones, eso sí, vale aclarar, para evitar futuras confrontaciones los padres deben estar en constante coordinación y comunicación a fin de adoptar decisiones para satisfacer las necesidades generales del menor, dejando de lado la intención de anteponer su poder de decisión frente al otro.

A su vez, es necesario que ambos se comprometan con la tarea de generar un clima familiar estable para su educación y desarrollo emocional, de no ser así, se corre el riesgo producir síntomas de tristeza, cambios de humor, problemas de sueño, sentimientos de culpa y desprotección, dificultad para expresar y manejar emociones, etc.

**Por lo tanto**, ha quedado demostrado que el desarrollo de la interpretación jurídica constitucional entre los artículos 340° y 76° es negativa, debido a falta de coherencia del artículo 340° del Código civil, un articulado que promueve solamente a la tenencia exclusiva como regla general para que el juez evalúe a quien de los padres confiará a los hijos menores de edad en casos de separación por causal específica y separación convencional (ausencia de causas para el divorcio) olvidando que, el dictado de la tenencia debe obedecer estrictamente de un análisis pormenorizado de la situación familiar a partir del cual se debe buscar la protección del interés supremo del menor; así mismo, se ha evidenciado que la tenencia compartida prevista por el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes

podría ser una buena fórmula de separación siempre que, por el bien de sus hijos, los padres adjunten en el proceso y/o procedimiento de divorcio un examen psicológico que acredite que mantendrán al margen el proceso de separación y procurarán tener una comunicación libre de ataques verbales, descalificaciones y desautorizaciones, solo de este modo, se buscará garantizar el cumplimiento del principio de protección de la familia y de la niñez (principio de interés superior del niño).

#### **4.2.4. Contrastación de la hipótesis general.**

La hipótesis general fue: “La interpretación jurídica entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa.”, el cual, tras haber ya contrastado las tres hipótesis específicas, se está apto para poder asumir una postura científica frente al problema detectado mediante los siguientes argumentos:

**Primero.**- Con miras a tomar una decisión respecto de la contrastación de la hipótesis general es necesario evaluar el peso de cada hipótesis específica, ya que puede darse el caso en donde se confirmó una hipótesis y se rechazó la otra, tomando en consideración que solo se formuló dos en el trabajo de investigación, siendo aquel que se rechazó el que obtenga mayor fuerza para también desestimar la hipótesis general o, por el contrario, con una sola respaldarla; tras conocer el contexto de lo mencionado, al cual se denomina la teoría de la decisión, es menester discutir el peso de cada hipótesis para tomar la mejor rienda del trabajo de tesis.

**Segundo.** – Tomando en cuenta que, se ha formulado dos hipótesis de investigación, diremos que el peso de cada una es de 50%, además ambas se confirman; pues las dos hipótesis están orientadas a re direccionar el fundamento de la tenencia, ya sea exclusiva o conjunta, para que estas se otorguen, en casos de separación o divorcio, procurando siempre el mejor bienestar para el menor de edad, más no derive de otros elementos e intereses secundarios; en consecuencia, al haber corroborado que la naturaleza de la patria potestad es eminentemente tuitiva, ambas hipótesis específicas e independientes se confirmaron.

**Por lo tanto**, al estar confirmadas las dos hipótesis y por ende al haberse llegado al 100%, podemos decir que la hipótesis general también se confirma.

### 4.3. Discusión de los resultados

El trabajo de **investigación ha demostrado** que la interpretación jurídica entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa, dado que:

El artículo 340° al prever solamente a la tenencia exclusiva como único modo de determinar la situación de tenencia de los menores de edad, cuyos padres están separados, contradice la posibilidad de evaluar el verdadero interés del menor, pues por encima de las razones por las cuales no funciona la relación conyugal, es importante que los padres no contaminen a sus hijos con comportamientos personales y egoístas, sino que mantengan una relación cordial y pensar que ambos serán sus padres y su fin debe ser procurar la felicidad de su hijo, de otro modo, se corre el riesgo de generar problemas de autoestima, aislamiento, inseguridad, desconfianza y confusión de roles.

De ahí, el artículo 76° al promover la tenencia compartida implicará la preparación (a nivel profesional) de los padres separados para asumir cabalmente ese compromiso, mismo que se reflejara en la educación similar en valores y normas que inculcaran a sus hijos, así como en la predisposición para colaborar y estar en comunicación constante para tomar decisiones consensuadas en beneficio del menor, sin el deseo de desautorizar o desacreditar al otro por ningún motivo, pues tal como lo reafirma la autora Vilella (2018): “**Como no todas las familias son iguales, debemos huir de las fórmulas tipo: Hay que personalizar la custodia compartida**” (s/p). [El resaltado es nuestro]

Como **autocrítica** en la presente investigación fue no contar con expedientes sobre tenencia y ejercicio de la patria potestad compartida para poder analizar los presupuestos o cómo han estado motivado sus sentencias cuando se trata de priorizar el interés superior del menor, por otro lado, la bibliografía en la cual ha sido muy divergente y sobre todo muy complicada de comprender, pues la tenencia compartida viene siendo aplicada recientemente en otros sistemas jurídicos.

El hallazgo demostrado **se condice y se debate también con otras investigaciones** nacionales e internacionales, tales como del investigador Mero (2021), con la tesis titulada: Tenencia compartida, derechos de los padres o

connatural de los niños, niñas y adolescentes, cuyo aporte fue evidenciar que la tenencia compartida es una facultad que encuentra su base en el derecho inherente de los niños, niñas y adolescentes, mas no en el derecho de los padres; no obstante, aunque esto sea cierto, no coincidimos con el autor al tratar de sobrevalorar este tipo de tenencia, sino, creemos que es fundamental que, tanto la tenencia exclusiva como compartida deben ser promovidas por el legislador, pues, cada una cumple una finalidad importante y debe ser adjudicada analizando cada caso en concreto, pero sobre todo, estas deben buscar la satisfacción de la mayor cantidad de derechos de los hijos menores de edad.

Por otro lado, la tesis a nivel nacional titulada: Metodología de la investigación jurídica y el impacto científico de las tesis de maestría en derecho de una escuela de posgrado de Tacna, periodo 2017-2019, por Condori (2021), cuyo aporte fue evaluar el impacto jurídico de las tesis en materia jurídica, concluyendo que los métodos normativos usados con frecuencia alcanzan solo una solución a nivel teórico, que difícilmente se puede materializar en la realidad; al respecto, tenemos que refutar esta postura, debido a que la propia naturaleza dogmática de las tesis dentro del campo jurídico no suelen ser experimentales o manipulables, lo cual no significa que sean complejas de materializar, sino que su aporte, si bien, queda en el ámbito teórico se requiere de un poco más de habilidad para reflejarlos en la realidad concreta.

Finalmente, como investigación nacional se tienen a la tesis titulada: El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia, por Chávez y Chevarría (2018), cuyo aporte se centró en identificar como se viene aplicando el interés superior del niño, cuyos padres atraviesan una separación, evidenciándose la carencia de un enfoque multidisciplinario vinculados con la aplicación del principio tuitivo, motivo por el cual debería reforzarse las capacitaciones a los operadores de justicia; al respecto, consideramos firmemente que las capacitaciones en cuanto a la aplicación cuidadosa del interés superior no solo debe enfocarse en los administradores de justicia, sino también en los propios padres, demás familiares y en la sociedad en general, para que sean estos últimos los que exijan el

cumplimiento cabal del contenido del principio, cuando otros no lo consideran con tal importancia.

Los **resultados obtenidos sirven** para que el juez y los justiciables puedan resolver con mayor grado de científicidad y objetividad respecto a los alcances, límites y repercusiones de la tenencia compartida y exclusiva en el Estado peruano.

Lo que **si sería provechoso es que futuros investigadores promuevan** un estudio sobre la posibilidad de que el hijo menor de edad se establezca en una sola casa, la casa matrimonial, y sean los progenitores los que se trasladen.

#### **4.4. Propuesta de mejora**

Como consecuencia de lo mencionado con anterioridad, es necesaria la modificación del artículo 340° del Código Civil, para regular la tenencia compartida. Por ende, se propone la modificación del siguiente artículo:

Artículo 340°.- Efectos de la separación convencional respecto de los hijos (...).

En los casos de separación convencional y/o divorcio ulterior se evaluará la continuidad del ejercicio de la patria potestad en ambos padres, siempre y cuando ambos convengan, basados en el interés superior del niño, en que la patria potestad y la tenencia se ejerza de manera conjunta, para lo cual deberán cumplir con los siguientes presupuestos: “Haber llevado un proceso de restauración y sanación emocional respecto a los problemas maritales y personales, la cual deberá probarse fehacientemente con la finalidad de: (a) Brindar una educación similar en valores, (b) favorecer una comunicación libre de ataques verbales, descalificaciones y desautorizaciones (mediante constantes evaluaciones para evitar el síndrome aliano parental la cual deberá acreditarse periódicamente al juez en los plazos máximos de un mes), (c) acordar de forma consensuada asuntos de carácter general, como: viajes fuera del lugar de residencia, asuntos de salud y otros”

Mientras no tengan aquel proceso de restauración solo un padre tendrá la patria potestad y la tenencia, asimismo si se detectara que en las evaluaciones mensuales existe el síndrome aliano parental o desacuerdos agresivos, se extinguirá la patria potestad compartida.



### Conclusiones

- Se determinó que, la interpretación sistemática entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa, porque el primer articulado promueve únicamente a la tenencia exclusiva, dejando de lado la posibilidad de emitir la tenencia compartida, lo cual implica que el interés superior del niño no siempre es tomado en consideración, pues ambas fórmulas podrían ser idóneas siempre que se ajusten al análisis pormenorizado de cada situación familiar y, lo más importante, siempre y cuando los padres se someten a un proceso de restauración y sanación emocional a fin de garantizar el ejercicio conjunto de la patria potestad.
- Se identificó que, la interpretación constitucional entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa, porque el dispositivo normativo 340° al promover solamente la tenencia exclusiva está estableciendo la existencia una sola formula general para todos los casos, dejando de lado la satisfacción del interés superior del niño; por ello, resulta indispensable que, ambos padres se sometan a un proceso restauración y sanación emocional a fin de garantizar el ejercicio conjunto de la patria potestad.
- Se analizó que, la interpretación jurídica entre el artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa, toda vez que, busca incentivar que la determinación del tipo de tenencia, ya sea monoparental o coparental, derive del análisis pormenorizado de cada familia, pues, no todas las situaciones familiares son iguales, de tal modo que, debemos huir de las fórmulas tipo y, en su lugar, personalizar la tenencia compartida.

### **Recomendaciones**

- Se recomienda **publicar** los resultados de esta investigación en los foros académicos, sea estos a través de artículos de investigación, disertaciones, clases universitarias, entre otros.
- Se recomienda el debido **adiestramiento** o capacitación a los operadores del derecho después de modificar el texto del artículo 340° del Código Civil.
- Se recomienda **tener cuidado con no** mal interpretar el nuevo texto modificado del artículo 340°, pues recordemos que su único fundamento es procurar el mejor bienestar para el menor, dejando de lado los intereses de los padres o de algún tercero.
- Se recomienda **llevar a adelante los resultados** obtenidos mediante la modificación del artículo 340°, siendo de la siguiente manera:

“Artículo 340°.- Efectos de la separación convencional respecto de los hijos  
(...).

En los casos de separación convencional y/o divorcio ulterior se evaluará la continuidad del ejercicio de la patria potestad en ambos padres, siempre y cuando ambos convengan, basados en el interés superior del niño, en que la patria potestad y la tenencia se ejerza de manera conjunta, para lo cual deberán cumplir con los siguientes presupuestos: “Haber llevado un proceso de restauración y sanación emocional respecto a los problemas maritales y personales, la cual deberá probarse fehacientemente con la finalidad de: (a) Brindar una educación similar en valores, (b) favorecer una comunicación libre de ataques verbales, descalificaciones y desautorizaciones (mediante constantes evaluaciones para evitar el síndrome aliano parental la cual deberá acreditarse periódicamente al juez en los plazos máximos de un mes), (c) acordar de forma consensuada asuntos de carácter general, como: viajes fuera del lugar de residencia, asuntos de salud y otros”

Mientras no tengan aquel proceso de restauración solo un padre tendrá la patria potestad y la tenencia, asimismo si se detectara que

en las evaluaciones mensuales existe el síndrome aliano parental o desacuerdos agresivos, se extinguirá la patria potestad compartida.

- Se recomienda **llevar a cabo una nueva investigación** versado en estudiar la posibilidad de que los hijos se establezcan en un lugar o domicilio determinado y sean los padres los que se trasladen para dar continuidad a la tenencia.



[flchff21&a=3100&tr=1im0gdd2225&keyword=patria%2Bpotestad%2Bpdf%2Bperu%2Btesis&aid=5f658c6114abf&t=8&bc=0&n=3&loc=n](https://egacal.edu.pe/wp-content/uploads/2020/12/SUPLEMENTO-19-Jerarquia-Normativa-CH.pdf)

Calderón, A. (2020). *La jerarquía normativa. El abc del derecho*. Egacal.

<https://egacal.edu.pe/wp-content/uploads/2020/12/SUPLEMENTO-19-Jerarquia-Normativa-CH.pdf>

Carbonell, M. (05/09/2018). El método teleológico de interpretación.

<https://www.youtube.com/watch?v=4jx09w8qC2k>.

Código de los Niños y Adolescentes. (07/08/2000). Ley Nro. 27337.

Código Civil Peruano. (24/07/1984). Ley Nro. 23403

Condori, G. (2021). Metodología de la investigación jurídica y el impacto científico de las tesis de maestría en derecho de una escuela de posgrado de Tacna, periodo 2017-2019. [Tesis de maestría, Universidad Privada de Tacna]. Repositorio de tesis de la UPT.

<https://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12969/1722/Condori-Quispe-Gino.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Contreras, C. (2020). Tenencia exclusiva y su relación con el principio de interés superior del niño en la corte superior de Huaura -años 2017 al 2018 [Tesis de Maestría, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión] Repositorio de tesis de la UNJFSC.

<http://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/UNJFSC/5473/CAROL%20JANINA%20CONTRERAS%20VIDAL.pdf?sequence=1>

Convención de Derechos del Niño. (02/09/1990). Ley Nro. 23849.

Constitución Política del Perú. (29/12/1993).

Comanducci, P. & Escudero, R. (2010). *Democracia, Derecho e Interpretación Jurídica*. Editorial Ara Editores.

Chávez, J., & Chevarría, J. E. (2018). El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia [Tesis de Post-Grado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de tesis de la PUCP.

[https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13773/Ch%C3%A1vez%20Granda\\_Chevarr%C3%ADa%20Pineda\\_Inter%C3%A9s\\_superior\\_ni%C3%B1o1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13773/Ch%C3%A1vez%20Granda_Chevarr%C3%ADa%20Pineda_Inter%C3%A9s_superior_ni%C3%B1o1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- De La Cruz, L. (2022, febrero 9). El concepto y los métodos de interpretación jurídica. Pólemos.  
<https://polemos.pe/el-concepto-y-los-metodos-de-interpretacion-juridica/>
- Diario Infobae. (12 de noviembre de 2021). Melissa Paredes y Rodrigo Cuba: conoce cómo se dividirá la tenencia de su hija.  
<https://www.infobae.com/america/peru/2021/11/12/melissa-paredes-y-rodrigo-cuba-conoce-como-se-dividira-la-tenencia-de-su-hija/>
- Fernández, C. (2020). Propuesta de modificación al artículo 4° de la ley 29227 para desvincular de la instancia judicial los procesos subordinados a la separación convencional y divorcio ulterior [Tesis de Maestría, Universidad Señor de Sipan]. Repositorio de la USS.  
<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/7752/Fern%C3%A1ndez%20Lucana%20Carlos%20Alberto.pdf?sequence=1>
- García, D. (2015). *La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI*. En W. Godínez & J. García (Coord.), *Metodologías: Enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica-Homenaje a Jorge Witker*, (pp. 449-465). Universidad Nacional Autónoma de México.
- García, E. (1984). *La Interpretación de la Constitución*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
- Geny, F. (1925). *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*. Editorial Reus.
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo: manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*. Palestra Editores.
- Guastini, R. (2010). *Interpretación Y Razonamiento Jurídico*. Editorial ARA Editores.
- Henry Mazeaud, León & Jean. (1959). *Lecciones de Derecho Civil*. América.
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2016). *Metodología de la investigación*. MCGrawHill.
- Hinostroza, A. (1997). *Derecho de familia*. FECAT.
- Hollweck, M. (2001). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*. Thomson La Ley.

[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F974EAA5BA71DD0E052574660077D599/\\$FILE/TenenciaCompartidaGracielaMedina.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F974EAA5BA71DD0E052574660077D599/$FILE/TenenciaCompartidaGracielaMedina.pdf)

- Hugo, D. (1973). *Derecho de familia*. Rubinzal y Culzoni S.C.C.
- Iturralde, V. (2014). *Interpretación literal y significado convencional*. Editorial Marcial Pons.
- Lorca, I. (2011). Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el derecho como instrumento del cambio social). VV. AA., Interpretación jurídica: Modelos históricos y realidades, México DF, UNAM.  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/15.pdf>
- López, E. (2006). *Interpretación Constitucional*. Editorial Consejo Superior de la Judicatura.
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Mero, K. (2021). Tenencia compartida, derechos de los padres o connatural de los niños, niñas y adolescentes [Tesis de maestría, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. Repositorio de tesis de la UCSG.  
<http://201.159.223.180/bitstream/3317/16837/1/T-UCSG-POS-MDDP-92.pdf>
- Miranda, M. (1986). *Derecho de los Contratos*. Cultural Cuzco S.A.
- Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.
- Montesinos, S. (2020). Delegación de la patria potestad al padre aún dentro de la familia ensamblada en el sistema legislativo peruano [Tesis para optar el Título, Universidad Andina del Cusco] Repositorio de la UAC.  
[https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/4300/Sergio\\_Tesis\\_bachiller\\_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/4300/Sergio_Tesis_bachiller_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Muro, M. & Rebaza, A. (2003). Concepto de divorcio. En P. Gutiérrez (Coord.), Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, (pp. 499-500). Gaceta Jurídica.

<https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/06/codigo-civil-comentado-tomo-ii.pdf>

Pérez, F. (1995). *La interpretación histórica de las normas jurídicas*. Editorial Bosch.

Pino, G. (2014). *Derechos e Interpretación*. Editorial Universidad de Externado de Colombia.

Placido A. & Cabello, C. (2003). Causales de separación de cuerpos. En P. Gutiérrez (Coord.), *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, (pp. 499-500). Gaceta Jurídica.

<https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/06/codigo-civil-comentado-tomo-ii.pdf>

Quiroga, M. (2019). La incidencia de la derrotabilidad en la interpretación constitucional en el marco de los estados constitucionales. [Tesis de Postgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de tesis de la PUCP.

[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13528/QUIROGA\\_VIZCARRA\\_LA\\_INCIDENCIA\\_DE\\_LA\\_DERROTABILIDAD\\_EN\\_LA\\_INTERPRETACION\\_CONSTITUCIONAL\\_EN\\_EL\\_MARCO\\_DE\\_LOS\\_ESTADOS\\_CONSTITUCIONALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13528/QUIROGA_VIZCARRA_LA_INCIDENCIA_DE_LA_DERROTABILIDAD_EN_LA_INTERPRETACION_CONSTITUCIONAL_EN_EL_MARCO_DE_LOS_ESTADOS_CONSTITUCIONALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado 15 de abril del 2022.

<https://dle.rae.es/>

Rodríguez, M. (2019). La interpretación de las normas jurídicas como problema constitucional. Una reflexión desde el caso español. *Revista Díkaion*, 27(2), 175-204.

<http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v27n2/0120-8942-dika-27-02-00175.pdf>

Ruiz, V. (1974). *La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código Civil español*. Editorial Fondo de Cultura Económica España.

Silva, Y. (2021). Las fuentes de interpretación para precios de transferencia establecidas en el artículo 32-A inciso H) de la Ley del Impuesto a la Renta

y la Vulneración al Principio de Legalidad. [Tesis de maestría, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio de tesis de la USAT.

[https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/4005/1/TM\\_SilvaNu%C3%B1ezYorely.pdf](https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/4005/1/TM_SilvaNu%C3%B1ezYorely.pdf)

Silva, R. (2020). Fundamentación de la patria potestad en Colombia a partir de la Declaración universal de los derechos de los menores en cuanto a la aplicación del interés superior del niño [Tesis para optar el Título, Universidad de la Costa]. Repositorio de tesis de la CUC.

<https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/6876/Fundamentaci%C3%B3n%20de%20la%20patria%20potestad%20en%20Colombia%20a%20partir%20de%20la%20declaraci%C3%B3n%20universal%20de%20los%20Derechos%20de%20los%20menores%20en%20cuanto%20a%20la%20aplicaci%C3%B3n%20del%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Tugendhat, E. (1993). *Autoconciencia y Autodeterminación, una Interpretación Lingüística-Analítica*. Editorial Fondo de Cultura Económica España.

Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia. Matrimonio y uniones*. Tomo II. Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia*. Tomo III. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A.

Vásquez, R. (2003). *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*. Editorial Distribuciones Fontamara

Velluzzi, V. (1998). Interpretación sistemática: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación. *Doxa*, (21)78, pp. 65-82.

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/interpretacin-sitemtica--un-concepto-realmente-til-consideraciones-sobre-el-sistema-juridico-como-factor-de-interpretacin-0/>

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San Marcos.

Villela, P. (16/07/2018). *Custodia compartida; cómo evitar el síndrome del “niño maleta”*. Universidad en Internet.

<https://www.unir.net/derecho/revista/custodia-compartida-como-evitar-el-sindrome-del-nino-maleta/>

Vivanco, P. (2017). Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de tesis de la PUCP.

[https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9860/Vivanco Nu%c3%b1ez Fundamentos concepci%c3%b3n justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9860/Vivanco_Nu%c3%b1ez_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Witker, J. & Larios, R. (1997). *Metodología jurídica*. MacGraw-Hill.

Zelada, J. (2018). El Tribunal Constitucional y la interpretación de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de magistrados. [Tesis de maestría, Universidad Mayor de San Marcos]. Repositorio de tesis de UNMSM.

[https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/10744/Zelada fj.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/10744/Zelada_fj.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

# **Anexos**

## Anexo 1: Matriz de consistencia

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<b>PROBLEMA GENERAL</b>	<b>OBJETIVO GENERAL</b>	<b>HIPÓTESIS GENERAL</b>	<p><b>Categoría 1</b> Interpretación Jurídica</p> <p><b>Subcategorías:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Interpretación sistemática</li> <li>• Interpretación constitucional</li> </ul> <p><b>Categoría 2</b> Artículo 340 del Código Civil y artículo 76 del Código del Niño y Adolescente peruano</p> <p><b>Subcategorías:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Patria potestad</li> <li>• Decaimiento y disolución del vínculo</li> <li>• Interés Superior del Niño</li> <li>• Interpretación de los artículos 340 del C.C. y 76 del Código de los Niños y Adolescentes</li> </ul>	<p><b>Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica</b> Cualitativa teórica y iuspositivista</p> <p><b>Metodología paradigmática</b> Propositiva</p> <p><b>Diseño del método paradigmático</b></p> <p><b>a. Escenario de estudio</b> Ordenamiento jurídico peruano</p> <p><b>b. Caracterización de sujetos o fenómenos</b> Sujetos: Categoría 1 y 2, siendo Interpretación Jurídica y Artículo 340 del Código Civil y artículo 76 del Código del Niño y Adolescente peruano</p> <p><b>c. Técnica e instrumento</b> Investigación documental mediante fichas textuales y de resumen</p> <p><b>d. Tratamiento de la información</b> Los datos se procesarán mediante la argumentación jurídica.</p> <p><b>e. Rigor científico</b> Al ser iuspositivista se debe alejar de cualquier argumento moral, social o filosófico, sino que debe centrarse en argumentos normativos y doctrinarios estándar que promuevan la mejora del artículo 340° y 76°.</p>
¿De qué manera se desarrolla la interpretación jurídica entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano?	Analizar la manera en que se desarrolla la interpretación jurídica entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano	La interpretación jurídica entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa.		
<b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b>	<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<b>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</b>		
¿De qué manera se desarrolla la interpretación sistemática entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano?	Identificar la manera en que se desarrolla la interpretación sistemática entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano.	La interpretación sistemática entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa.		
¿De qué manera se desarrolla la interpretación constitucional entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano?	Determinar la manera en que se desarrolla la interpretación constitucional entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano	La interpretación constitucional entre el artículo 340 del Código Civil con el 76 del Código del Niño y Adolescente peruano se desarrolla de manera negativa.		

**Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías**

<b>Categorías</b>	<b>Sub-Categorías</b>	<b>Indicadores</b>	<b>Items</b>	<b>Escala instrumento</b>
Interpretación Jurídica	Interpretación sistemática	Al ser una investigación cualitativa teórica jurídica de corte propositivo, se prescinde de indicadores, ítems y la escala de los instrumentos de recolección de datos, pues estas categorías solo se utilizan cuando se hace un trabajo de campo		
	Interpretación Constitucional			
Artículo 340 del Código Civil y artículo 76 del Código del Niño y Adolescente peruano	Patria potestad			
	Decaimiento y disolución del vínculo			
	Interés Superior del Niño			

### **Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento**

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

#### Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

<p><b>FICHA TEXTUAL:</b> Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p><b>DATOS GENERALES:</b> Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.</p> <p><b>CONTENIDO:</b>  “.....  .....  .....  .....” [Transcripción literal del texto]</p>
--

<p><b>FICHA RESUMEN:</b> Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p><b>DATOS GENERALES:</b> Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.</p> <p><b>CONTENIDO:</b>  .....  .....  .....  ..... [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]</p>
--

Si ya detallamos que la información va a ser recolectada a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también debemos precisar que esta no va a ser suficiente para la realización de la investigación, en ese sentido vamos a emplear un análisis formalizado o de contenido, con el objeto de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, por ello, nos disponemos a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo mismo, se recolectó de la siguiente manera (a manera de ejemplo, pues las fichas y su correcta transcripción está en las bases teóricas):

**FICHA TEXTUAL:** Titularidad y ejercicio de la patria potestad

**DATOS GENERALES:** Bosseret, G. & Zanonni, E. (2005). Manual de derecho de familia. Editorial Astrea. Página 556.

**CONTENIDO:** (...) la **titularidad es el conjunto de los derechos y deberes, que en principio corresponden a ambos progenitores** [por su parte] **el ejercicio es la facultad de actuar** concretamente en virtud de los derechos-deberes otorgados ya sea a solo uno de ellos o ambos.

**FICHA RESUMEN:** Necesidad de interpretar

**DATOS GENERALES:** Vásquez, R. (2003). *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*. Editorial Distribuciones Fontamara. Página 179.

**CONTENIDO:** todo hecho recogido de la realidad social debe encuadrarse con precisión en el supuesto normativo, esto debido al encadenamiento obligatorio entre hechos facticos y hechos jurídicos, sin embargo, esta práctica involucra la creación de normas abstractas con carácter de generalidad, por ello, es necesario definir lo mejor posible cada elemento del hecho de la situación, con el propósito principal de que la interpretación sea puesta en marcha empleando una operación racional y/o subsunción de la realidad en el supuesto jurídico.

**Anexo 5: Validación de expertos del instrumento**

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

**Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó los datos**

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

**Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos**

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

**Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas**

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

**Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos**

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

**Anexo 10: Evidencias fotográficas**

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

**Anexo 11: Declaración de autoría**

En la fecha, yo Prescila Camarena Hurtado identificada con DNI N° 73595960 domiciliado en Calle Jauja S/N CPM del Distrito de Santa Rosa de Ocopa, Provincia de Concepción, Departamento de Junín. Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “La Interpretación Jurídica entre el Artículo 340° del Código Civil con el 76° del Código del Niño y Adolescente Peruano”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 25 de julio del 2022



---

PRESCILA CAMARENA HURTADO

DNI N° 73595960