

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

**LA ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 345° DEL
CÓDIGO CIVIL Y 76° DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS
Y ADOLESCENTES DEL PERÚ**

Para optar : El título profesional de abogado

Autor : Bach. Ramos Aparco Edwin

Asesor : Mg. Sandoval Castro Delfin Antonio

Línea de investigación institucional : Desarrollo humano y derechos

Área de investigación institucional : Ciencias sociales

Fecha de inicio y de culminación : 16-07-2023 a 28-11-2023

HUANCAYO – PERÚ
2023

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

DR. NINAMANGO SOLIS OSCAR LUCIO

Docente Revisor Titular 1

MG. CONDEZO ROMERO JOEL ORLANDO

Docente Revisor Titular 2

ABG. BRAVO CONTRERAS JACOB ELIAS

Docente Revisor Titular 3

ABG. DIAZ ÑAUPARI EDUARDO ALBERTO

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

A la memoria de mis abuelos porque siempre estuvieron ahí en los momentos importantes de mi vida Q.E.P.D.; A mis padres, Cerafin y Jilma, quienes me formaron hasta convertirme en la persona que soy en la actualidad, a ustedes les debo muchos de mis logros; y a mi hija Daniza quien fue mi mayor motivación para nunca rendirme y poder llegar a ser un ejemplo para ella.

Edwin Ramos Aparco

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Peruana los Andes y a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, por haberme brindado la oportunidad de terminar esta maravillosa carrera de derecho.

De igual manera a mi asesor Mg. Sandoval Castro Delfín Antonio, quien incondicionalmente me ha guiado con su experiencia de forma profesional en el desarrollo de la presente tesis.

Finalmente, de manera muy especial agradezco al Dr. Vivanco Núñez Pierre Moisés, por su orientación durante todo el trabajo de investigación, por el respeto a las sugerencias e ideas, por la dirección y quien con su conocimiento se llegó a la culminación de esta investigación.

El Autor

CONSTANCIA DE SIMILITUD



NUEVOS TIEMPOS
NUEVOS DESAFÍOS
NUEVOS COMPROMISOS

CONSTANCIA DE SIMILITUD

N° 00222-FDCP -2024

La Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones, hace constar mediante la presente, que la **Tesis** Titulada:

LA ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 345° DEL CÓDIGO CIVIL Y 76° DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL PERÚ

Con la siguiente información:

Con Autor(es) : **BACH. RAMOS APARCO EDWIN**
 Facultad : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**
 Escuela Profesional : **DERECHO**
 Asesor(a) : **MG. SANDOVAL CASTRO DELFIN ANTONIO**

Fue analizado con fecha **19/06/2024** con **156** pág.; en el Software de Prevención de Plagio (Turnitin); y con la siguiente configuración:

Excluye Bibliografía.

Excluye Citas.

Excluye Cadenas hasta 20 palabras.

Otro criterio (especificar)

El documento presenta un porcentaje de similitud de **20%**.

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecidos en el artículo N° 15 del Reglamento de Uso de Software de Prevención de Plagio Versión 2.0. Se declara, que el trabajo de investigación: **Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.**

Observaciones:

En señal de conformidad y verificación se firma y sella la presente constancia.

Huancayo, 20 de junio de 2024.



MTRA. LIZET DORIELA MANTARI MINCAMI
JEFE

Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones

CONTENIDO

HOJA DE DOCENTES REVISORES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONSTANCIA DE SIMILITUD	v
CONTENIDO	vi
CONTENIDO DE TABLAS	xi
CONTENIDO DE FIGURAS	xi
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	xiv
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	17
1.1. Descripción de la realidad problemática	17
1.2. Delimitación del problema	21
1.2.1. Delimitación espacial.....	21
1.2.2. Delimitación temporal.	22
1.2.3. Delimitación conceptual.	22
1.3. Formulación del problema.....	22
1.3.1. Problema general.	22
1.3.2. Problemas específicos.....	22
1.4. Justificación de la investigación.....	23
1.4.1. Justificación Social.	23
1.4.2. Justificación Teórica.	23
1.4.3. Justificación Metodológica.....	23
1.5. Objetivos de la investigación	24
1.5.1. Objetivo general.....	24
1.5.2. Objetivos específicos.	24
1.6. Hipótesis de la investigación	24
1.6.1. Hipótesis general.....	24
1.6.2. Hipótesis específicas.....	24
1.6.3. Operacionalización de categorías.	24

1.7. Propósito de la investigación.....	25
1.8. Importancia de la investigación.....	26
1.9. Limitaciones de la investigación.....	26
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	27
2.1. Antecedentes de la investigación.....	27
2.1.1. Nacionales.....	27
2.1.2. Internacionales.....	37
2.2. Bases teóricas de la investigación.....	43
2.2.1. La antinomia jurídica.....	43
2.2.1.1. Antecedentes.....	44
2.2.1.2. Definición.....	45
2.2.1.3. Clases de antinomia.....	46
2.2.1.3.1. <i>En función del ámbito de aplicación de las normas en conflicto</i>	46
A. <i>Antinomia total-total</i>	46
B. <i>Antinomia total-parcial</i>	47
C. <i>Antinomia parcial-parcial</i>	49
2.2.1.3.2. <i>Antinomias auténticas y antinomias aparentes</i>	49
2.2.1.4. Criterios para solucionar las antinomias.....	50
2.2.1.4.1. <i>Criterios relacionados con la validez (antinomias aparentes)</i>	51
A. <i>Criterio de competencia</i>	51
B. <i>Criterio de jerarquía</i>	51
C. <i>Criterio cronológico</i>	52
2.2.1.4.2. <i>Criterios relacionados con la aplicabilidad (antinomias auténticas)</i>	53
A. <i>Criterio jerárquico</i>	53
B. <i>Criterio cronológico</i>	54
C. <i>Criterio de especialidad</i>	54
D. <i>Criterio de prevalencia</i>	56
2.2.1.4.3. <i>Antinomias de segundo grado</i>	56
2.2.1.5. Principios para solucionar la antinomia.....	59

2.2.1.5.1. Principio de plazo de validez.	59
2.2.1.5.2. Principio de posterioridad.	59
2.2.1.5.3. Principio de especificidad.	60
2.2.1.5.4. Principio de favorabilidad.	60
2.2.1.5.5. Principio de envío.	61
2.2.1.5.6. Principio de subsidiariedad.	61
2.2.1.5.7. Principio de complementariedad.	61
2.2.1.5.8. Principio de suplementariedad.	61
2.2.1.6. Colisiones entre principios.	62
2.2.1.6.1. La concepción estándar de los conflictos constitucionales.	63
A. Elementos que ingresan a colisión.	63
B. Estructura del conflicto.	63
C. Criterios para resolver.	63
2.2.1.6.2. Reglas y principios.	66
2.2.1.6.3. Estructura de los conflictos entre principios.	68
2.2.1.6.4. El mecanismo de la ponderación.	70
2.2.1.7. La antinomia dentro de la jurisprudencia.	71
2.2.2. Artículo 345° del Código Civil y artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes.	73
2.2.2.1. El artículo 345° del Código Civil peruano.	73
2.2.2.1.1. El matrimonio.	73
2.2.2.1.2. El divorcio.	75
2.2.2.1.3. Clases de divorcio.	75
2.2.2.1.4. Sistemas legislativos que imperan en el divorcio.	78
2.2.2.1.4.1. Sistema legislativo subjetivo o de culpa de un cónyuge.	79
2.2.2.1.4.2. Sistema legislativo objetivo.	79
2.2.2.1.4.3. Sistema legislativo mixto.	80
2.2.2.1.5. Qué es la norma jurídica y cuáles son los elementos del artículo 345°.	81
2.2.2.1.5.1. Definición de norma jurídica.	81
2.2.2.1.5.2. Elementos de la norma jurídica.	83

2.2.2.1.6. Reseña histórica de la implementación del artículo 345° del Código Civil.	84
2.2.2.1.7. Lo que prescribe propiamente el artículo 345 del Código Civil	85
2.2.2.2. Artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes.	89
2.2.2.2.1. Patria potestad y su definición.	91
2.2.2.2.2. Características.	93
2.2.2.2.3. Elementos constitutivos.	94
2.2.2.2.4. Fundamento.	95
2.2.2.2.5. Titularidad y ejercicio de la patria potestad.	96
2.2.2.3. Contraposición entre el artículo 345° y el 76°.	99
2.3. Marco conceptual	102
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	104
3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica	104
3.2. Metodología.	105
3.3. Diseño metodológico	106
3.3.1. Trayectoria metodológica.	106
3.3.2. Escenario de estudio.	107
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos	107
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	107
3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.	107
3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.	107
3.3.5. Tratamiento de la información.	108
3.3.6. Rigor científico	109
3.3.7. Consideraciones éticas	110
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	111
4.1. Descripción de los resultados	111
4.1.1. Análisis descriptivo de los resultados del objetivo uno.	111
4.1.2. Análisis descriptivo de los resultados del objetivo dos.	117
4.1.3. Análisis descriptivo de los resultados del objetivo tres.	118
4.2. Contrastación de las hipótesis.	119
4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno.	119

4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos.....	125
4.2.3. Contrastación de la hipótesis tres.....	129
4.2.4. Contrastación de la hipótesis general.....	130
4.3. Discusión de los resultados	131
4.4. Propuesta de mejora	135
CONCLUSIONES.....	138
RECOMENDACIONES.....	139
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	141
ANEXOS	149
Anexo 1: Matriz de consistencia	150
Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías.....	151
Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento.....	152
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos.....	153
Anexo 5: Validación de expertos del instrumento	155
Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó los datos	155
Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos.....	155
Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas	155
Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos	155
Anexo 10: Evidencias fotográficas.....	155
Anexo 11: Declaración de autoría	156

CONTENIDO DE TABLAS

Tabla 1. Contradicción y compatibilidades de la norma 345 del C.C. y 76 del CNyA	124
--	-----

CONTENIDO DE FIGURAS

Figura 1. Mas de 8 mil parejas inscribieron su divorcio en la Sunarp- 2021	19
---	----

RESUMEN

La presente investigación tuvo como **pregunta general** de investigación ¿De qué manera se desarrolla la antinomia jurídica entre el artículo 345 del Código Civil con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?, de allí que, el **objetivo general** sea analizar la manera en que se desarrolla la antinomia jurídica entre el artículo 345 del Código Civil con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú, con una hipótesis general: La antinomia jurídica que se desarrolla entre los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del Código Civil peruano es parcial-parcial; por tal motivo, es que nuestra investigación guarda un **método de investigación** de enfoque cualitativo, utilizando una postura epistemológica jurídica del iuspositivismo y una tipología propositiva, por tal motivo, es que la investigación por su naturaleza expuesta, utilizó 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 que: La patria potestad fomenta no solo la obediencia y respeto que debe primar en la relación de hijos a sus padres, sino, sobre todo, busca promover la autonomía de los niños en el entorno familiar La **conclusión** más relevante fue que: Se analizó la antinomia jurídica desarrollada entre los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del Código Civil peruano si **es de modalidad parcial-parcial**, porque en dichas normas existe una contradicción en parte, mientras que, en otro guardan una estrecha relación en similar magnitud y bajo el mismo contexto. Finalmente, la **recomendación** fue: Modificar el artículo 345 del Código Civil y el 76° del Código de los Niños y Adolescentes.

Palabras clave: Antinomia jurídica, separación convencional, patria potestad, tenencia, Código del Niño y Adolescente y Código Civil.

ABSTRACT

The present investigation had as a general research question: How is the legal antinomy developed between article 345 of the Civil Code with article 76 of the Code of Children and Adolescents of Peru? Hence, the general objective is to analyze the way in which the legal antinomy between article 345 of the Civil Code and article 76 of the Code for Children and Adolescents of Peru develops, with a general hypothesis: The legal antinomy that develops between articles 76 of the Children's Code and Adolescents and 345 of the Peruvian Civil Code is partial-partial; For this reason, it is that our research keeps a qualitative approach research method, using a legal epistemological position of iuspositivism and a propositive typology, for this reason, it is that the research, due to its exposed nature, used the documentary analysis technique and be processed through legal argumentation through data collection instruments such as the textual and summary file obtained from each text with relevant information. The most important result was that: Parental authority promotes not only obedience and respect that must prevail in the relationship of children to their parents, but, above all, seeks to promote the autonomy of children in the family environment The most relevant conclusion was that: The legal antinomy developed between articles 76 of the Code for Children and Adolescents and 345 of the Peruvian Civil Code was analyzed if it is of a partial-partial modality, because in said norms there is a contradiction in part, while, in another they keep a close relationship in similar magnitude and under the same context. Finally, the recommendation was: Modify article 345 of the Civil Code and 76 of the Children and Adolescents Code.

Keywords: Legal antinomy, conventional separation, parental authority, possession, Child and Adolescent Code and Civil Code.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis lleva como **título**: “La antinomia entre los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del código civil peruano”, cuyo **propósito** fue la de modificar los artículos 345 del Código Civil y el 76° del Código de los Niños y Adolescentes, porque los justiciables, ni el juez tienen en claro cómo deben proceder frente a una antinomia, **a fin de** que se priorice el interés superior del niño implicado en el entorno de separación convencional de sus padres.

Asimismo, se utilizó la **metodología paradigmática** de la investigación propositiva, la cual consistió en interpretar la legislación civil sobre los artículos 76° del Código de los Niños y Adolescentes y 345° del Código Civil peruano, asimismo los textos doctrinarios versados en responsabilidad parental o patria potestad, a fin de analizar sus estructuras normativas, luego se empleó la hermenéutica jurídica el cual analiza los textos legales como el Código de los Niños y Adolescentes, Código Civil, 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 antinomia jurídica entre el artículo 345 del Código Civil con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?, luego el objetivo general fue: Analizar la manera en que se desarrolla la antinomia jurídica entre el artículo 345 del Código Civil con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú, mientras que la hipótesis fue: La antinomia jurídica que se desarrolla entre los artículos 76 del

Código de los Niños y Adolescentes y 345 del Código Civil peruano es parcial-parcial.

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: La antinomia jurídica y los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del código civil peruano.

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, esto es, 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:

- La antinomia jurídica debe ser entendida como aquella contradicción entre dos normas que son totalmente aplicables a un caso hipotético o real, explicado en términos más simples, diremos que se presenta cuando una norma dentro de un caso concreto prohíbe una conducta, acción u omisión, mientras que, la otra norma permitirá la conducta, acción u omisión entorno al mismo supuesto de hecho; de este modo, en un primer momento serán denegadas y en otro permitidas, generando una situación inversa o de contradicción entre las normas, situación que termina provocando la inestabilidad legal en un Estado, toda vez que, perjudica a los justiciables
- El comité a través de estas ideas es que, la responsabilidad parental debe ejercerse dentro del respeto de la personalidad y el bienestar del hijo, más no, del respeto irrestricto de los intereses de los padres o de terceras

personas; por ello, en algunas decisiones los padres o el operador jurídico tendrán que requerir y considerar la opinión del menor conforme a su discernimiento o, intentar conseguir su conformidad.

Asimismo, con dicha información se contrasta 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 del 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.

El autor

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

La patria potestad es conocida hoy en día como una institución de carácter natural y anterior al propio Estado, siendo este último el ente que simplemente lo reconoce y reafirma la función que desde siempre ha tenido, aunque no con todos los derechos y deberes que hoy en día lo conocemos.

Ciertamente, la patria potestad viene a ser una de las instituciones más relevantes del Derecho de Familia, toda vez que regula el conjunto de derechos y deberes entre los padres e hijos; por esta razón, quizá, explican los estudiosos en la materia, la patria potestad no debe ser entendido únicamente como un derecho de los padres frente a los hijos, sino debe ejercerse dentro del respeto de la personalidad y el bienestar del hijo, sin que del respeto irrestricto de los intereses de los padres o de terceras personas se sobreponga al desarrolla integral del menor implicado en la situación de conflicto.

No obstante, este deber se vuelve complejo cuando los padres ingresan al procedimiento de separación convencional y divorcio ulterior, toda vez que, existe la necesidad de fijar la tenencia y patria potestad teniendo en consideración la ausencia de un cónyuge culpable; fenómeno jurídico identificado a partir de la antinomia generada por dos dispositivos normativos, el artículo 345° del Código Civil y 76° del Código de los Niños y Adolescentes, ambos regulan este supuesto de hecho (patria potestad y separación convencional) pero establecen consecuencias jurídicas diferentes, el primero, reconoce que la patria potestad será ejercida por el padre o madre a quien se le confían los hijos, mientras tanto, el segundo, establece que ninguno de los padres quedará suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

Evidenciado entonces la falta de armonía que debe existir entre el conjunto de derechos dentro del sistema jurídico peruano, más aún, cuando estos deben estar alineados a la protección de bienes y principios fundamentales, tal como la protección efectiva del interés superior del niño y el derecho a su bienestar integral.

Por lo cual el diagnóstico del problema (o el problema en sí) se basa en lo estipulado el artículo 345° del Código Civil, mismo que dispone que, en casos de separación convencional y divorcio ulterior es también aplicable el último párrafo del artículo 340°, en donde está plasmado una regla general bajo el cual se establece el ejercicio de la patria potestad, generando disonancia con lo estipulado por el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes, en el cual, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad; en consecuencia, la contradicción existente entre estos articulados estaría contraviniendo a los principios y derechos fundamentales de los hijos menores de edad, por ejemplo, al interés superior del niño, así como, el derecho a su bienestar e integridad física, psíquica y moral.

Se menciona ello, porque, si bien es cierto el artículo 345° prescribe que pueden los padres por común acuerdo llegar a una tenencia compartida, esto es que ninguno pueda perder la patria potestad, en muchas ocasiones cuando no existe dicho acuerdo, se tiene que optar supletoriamente el último párrafo del artículo 340, en la que solo uno debe tener la patria potestad, lo cual como ya se evidenció, existe una contradicción con el artículo 76 del CNA.

A lo dicho, se debe tomar en cuenta que, en el año 2021, en el Perú se registraron que más de 8 mil parejas estarían inscribiendo su divorcio ante Sunarp (Super Intendencia de los Registros Públicos), los cuales fueron tramitados a nivel judicial, notarial y municipal.

Dichos datos nos llevan a pensar cómo es que se viene determinando el ejercicio de la patria potestad, básicamente, cuando no existe conyugue culpable, porque los padres optaron por el divorcio remedio, lo que da cabida a la ausencia de culpabilidad y, por ende, no exista sanción para ningún de los padres; no obstante, independientemente de las causas que condujeron al divorcio es menester manifestar que el ejercicio de la patria potestad debe tener una motivación basada sobre todo en la necesidad de bienestar del hijo, más que de los padres o de terceros.



Figura 1. Mas de 8 mil parejas inscribieron su divorcio en la Sunarp- 2021
Fuente: Super Intendencia de los Registros Públicos

Por otro lado, el pronóstico de la investigación (o repercusión negativa) se basa en que, al no encontrar uniformidad o, por lo menos, coherencia entre las disposiciones de los artículos en cuestión surgirá una incertidumbre y confusión para los justiciables, tanto como para los jueces, pues, cada uno (excónyuges) buscará respaldarse en el artículo que mejor se acomode a sus necesidades, cuando en realidad lo que debería primar es el interés superior de los hijos (menores de edad) y, esta cuestión no debería responder precisamente a un mandato estricto o fórmula legislativa muy abstracta o general, o como lo que acabamos de analizar, imprecisa y/o contradictoria, sino que debería ser en base al análisis de cada caso en concreto, así como la plena justificación de la decisión que el operador jurídico adopta, respetando cuanto menos, la opinión del menor, en atención a su edad, así como la evaluación de las condiciones que cada uno de los padres puede aportar en favor del desarrollo integral de su hijo menor de edad, por lo que, el último párrafo del artículo 345° del Código Civil estaría lejos de contribuir con esta finalidad al

prescribir que la determinación del ejercicio de la patria potestad se fundamenta en la misma regla general y tradicional en donde se sanciona al conyugue culpable.

A lo dicho, el control del pronóstico (o solución) que se ha planteado al respecto es modificar el artículo 345° del Código Civil, toda vez que no coadyuva con la seguridad jurídica de los justiciables, menos aún, con el deber de protección especial que debería desplegar el Estado peruano en relación con los niños cuyos padres se están separando de mutuo acuerdo, más si consideramos que la naturaleza de este instituto no es divisible, menos aún, negociable; por consiguiente, la subsistencia de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad para ambos padres divorciados, así como el ejercicio conjunto de la tenencia deberán tener reglas y límites bien claros a fin de no perjudicar el normal desenvolvimiento del menor, menos aún, perjudicar su desarrollo integral.

En relación con el fenómeno de estudio, se tiene a las investigaciones internacionales siguientes, para empezar tenemos a Silva (2020) con 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, cuyo parte fue determinar la trascendencia de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1989 por este país, fundamentalmente en relación a la aplicación del interés superior del niño en el establecimiento del ejercicio de la patria potestad, pues, al tratarse de una institución tuitiva y protectora de los niños resulta esencial definir cuáles son las normas colombianas y cómo se vienen aplicando estas para la delimitación de ésta figura y si esto es coherente con los principios estatuidos por esta materia y por el Derecho colombiano en general. Luego, se tiene la tesis titulada: Tensión por antinomia dado el componente axiológico constitucional democracia”, realizado por Nieves & León (2021) en ésta investigación lo más resaltante fue considerar al componente axiológico constitucional de la democracia la cual genero incompatibilidad en la tensión, pues en el derecho existe un conjunto de normas producidas por medio de la legislación, la ley habilitante y el poder constitucional, que se presentan a lo largo de sus mandatos contradiciendo a la Constitución.

A nivel nacional se tiene al investigador Contreras (2020) con la investigación titulada: Tenencia exclusiva y su relación con el principio de interés

superior del niño en la corte superior de Huaura - años 2017 al 2018, donde se buscó identificar en el distrito de Huaura entre los años 2017 y 2018 en casos de separación o divorcio de los cónyuges, independientemente, de los factores que los condujeron a este desenlace, si el juez viene orientando su decisión sobre la tenencia exclusiva, más no una compartida, al amparo del interés superior del niño a fin de evitar que estos resulten más perjudicados con el rompimiento del vínculo matrimonial, contrariando lo establecido por el interés superior. Luego, está la tesis titulada: “El Derecho a la Igualdad en la responsabilidad restringida por la edad. Antinomias Jurisprudenciales entre la Sala Constitucional y Penal de la Corte Suprema”, realizado por Padilla (2023) en ésta investigación lo más resaltante fue establecer la solución a las antinomias jurisprudenciales, siendo su actuación de debate en la Sala Constitucional y Penal de la Corte Suprema, en referencia al segundo párrafo del articulado 22 del ordenamiento jurídico penal, ya que, con este articulado se podrá obtener la disminución moderada de pena del imputado protegiendo así sus derechos constitucionales del menor.

Los autores antes citados no han investigado respecto a la antinomia entre los artículos 345° del Código Civil y 76 del Código de los Niños y Adolescentes, solo se han limitado a analizar las implicancias de la tenencia exclusiva, así como fundamentar la patria potestad a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1989.

De esa manera, tras haber entendido el contexto del problema, formulamos la siguiente interrogante: ¿De qué manera se desarrolla la antinomia jurídica entre el artículo 345 del Código Civil con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial.

La investigación al ser de naturaleza jurídica dogmática, debido a que analizó detenidamente la antinomia jurídica producida entre el artículo 345° del Código Civil y el 76° del Código de los Niños y Adolescentes, fundamentalmente, en la modalidad parcial-parcial; por lo que, si las dos categorías de análisis se encuentran plenamente contempladas tanto por el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, tanto como por la doctrina, en el caso de la antinomia

jurídica, se sobreentiende que rigen para todos los ciudadanos del territorio peruano, por ende, el espacio de aplicación de estudio investigativo se delimitó obligatoriamente en todo el Perú y no en una ubicación específica.

1.2.2. Delimitación temporal.

Tomando en consideración la naturaleza dogmática jurídica de la investigación que implica la realización de un análisis de las instituciones jurídicas, tales como: la antinomia jurídica, básicamente, en su modalidad parcial-parcial entre el artículo 345° y 76° del Código Civil y del Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente, ya podemos mencionar que al estar plenamente vigentes estas instituciones y figuras en el presente año la investigación a nivel temporal se delimitó hasta el año 2023, pues, hasta el momento todavía no ha existido modificaciones o derogaciones sobre los artículos materia de investigación.

1.2.3. Delimitación conceptual.

En este punto, es necesario manifestar que, los conceptos a ser considerados para el estudio investigativo serán tomados desde un punto de vista positivista y según el requerimiento del tema a estudiar que, en nuestro caso vienen a ser las instituciones jurídicas, doctrina, jurisprudencia y demás material relacionado con la antinomia entre los artículos 345° y 76°, por ello, fundamentalmente, se utilizó la teoría *ius positivista*; en consecuencia, nuestras categorías serán estudiadas desde un enfoque dogmático-jurídico positivista.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general.

- ¿De qué manera se desarrolla la antinomia jurídica entre el artículo 345 del Código Civil con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?

1.3.2. Problemas específicos.

- ¿De qué manera se desarrolla la antinomia jurídica en la modalidad total-total entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?
- ¿De qué manera se desarrolla la antinomia jurídica en la modalidad total-parcial entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?

- ¿De qué manera se desarrolla la antonimia jurídica en la modalidad parcial-parcial entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación Social.

La presente investigación tuvo la finalidad de contribuir con la comprensión jurídica de la ciudadanía, básicamente, sobre la fijación de la tenencia y el ejercicio de la patria potestad en casos de separación convencional y divorcio ulterior de los padres, pero todo, tuvo un impacto significativo en la defensa de los derechos de los hijos menores de edad, más aún, luego de haber evidenciado la antonimia existente entre el artículo 345° del Código Civil y el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes, situación que no coadyuva con la resolución de casos para un juez y los propios justiciables.

1.4.2. Justificación Teórica.

El aporte a nivel teórico jurídico se constituyó por el deseo de colaborar con el desarrollo sistemático de los artículos 345° del Código Civil peruano y el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes, básicamente, con la finalidad de evidenciar la antonimia existente entre ambas disposiciones, para lo cual nos ayudamos de la modalidad total-total y total-parcial y, de este modo, se coadyuvó con la mejora de criterios que le permitan al juez de familia fijar la tenencia, así como el ejercicio de la patria potestad en casos de separación convencional y divorcio ulterior, básicamente, considerando la naturaleza indivisible e innegociable de la patria potestad, pero, sobre todo, el interés superior del menor.

1.4.3. Justificación Metodológica.

La justificación a nivel metodológico estuvo orientada y fundamentada en el empleo de un estudio dogmático jurídico, ya que, al tratarse de instituciones y figuras jurídicas, la mejor herramienta a emplearse fue de la hermenéutica jurídica, puntualmente, la exégesis y la sistemática lógica respecto a los tópicos: antinomia en su modalidad total-total y total-parcial de los artículos 345° del Código Civil y 76° del Código de los Niños y Adolescentes; por tanto, el análisis se llevó 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 antinomia jurídica entre el artículo 345 del Código Civil con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú

1.5.2. Objetivos específicos.

- Identificar la manera en que se desarrolla una antinomia jurídica en la modalidad total-total entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú.
- Determinar la manera en que se desarrolla una antinomia jurídica en la modalidad total-parcial entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú.
- Examinar la manera en que se desarrolla una antinomia jurídica en la modalidad parcial-parcial entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú

1.6. Hipótesis de la investigación

1.6.1. Hipótesis general.

La antinomia jurídica que se desarrolla entre los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del Código Civil peruano **es parcial-parcial**

1.6.2. Hipótesis específicas.

- La antinomia que se desarrolla entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes **no se configura en la modalidad total-total.**
- La antinomia que se desarrolla entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes **no se configura en la modalidad total-parcial.**
- La antinomia que se desarrolla entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes **si se configura en la modalidad parcial-parcial.**

1.6.3. Operacionalización de categorías.

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Ítems	Escala instrumento

Antinomia jurídica	Total-total	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
	Total-parcial	
	Parcial-parcial	
Artículo 345° del Código Civil con el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes	Interés superior del niño	
	Patria Potestad	
	Tenencia	

La categoría 1: “Artículo 345° del Código Civil con el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes” se ha relacionado con las subcategorías de la Categoría 2: “Antinomia jurídica” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

Primera pregunta específica: Subcategoría 1 (Total-total) de la categoría 1 (Antinomia jurídica) + concepto jurídico 2 (Artículo 345° del Código Civil con el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes).

Segunda pregunta específica: Subcategoría 2 (Total-parcial) de la categoría 1 (Antinomia jurídica) + concepto jurídico 1 (Artículo 345° del Código Civil con el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes).

Tercera pregunta específica: Subcategoría 3 (Parcial-parcial) de la categoría 1 (Antinomia jurídica) + concepto jurídico 1 (Artículo 345° del Código Civil con el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes).

1.7. Propósito de la investigación

El propósito fue modificar el último párrafo del artículo 345° del Código Civil, a fin de que regule la tenencia y la patria potestad en armonía con lo dispuesto por el artículo 76° del Código civil, toda vez que, la decisión del juez no debe provenir de la aplicación de una formula general, sino, de un análisis pormenorizado de los derechos y necesidades de los hijo, los cuales deben armonizar con el de sus padres, por ello, en algunos casos no es factible la vigencia del ejercicio de la patria potestad para ambos padres separados, mientras que en otros si, empero, lo más importante es contar con mecanismos que limiten o

establezcan reglas claras a fin de que las decisiones de estos no sean contradictorias o perjudiquen el normal desenvolvimiento de sus hijos.

1.8. Importancia de la investigación

Es importante debido a que, dentro del ordenamiento jurídico existen dos artículos el 345° y 76° de diferentes cuerpos normativos que regulan supuestos de hecho semejantes (la tenencia y la patria potestad en la separación convencional y divorcio ulterior) pero, establecen diferentes consecuencias jurídicas, lo cual, genera incertidumbre, especialmente, inseguridad jurídica para las partes implicadas, los hijos menores de edad, involucrados en la situación de divorcio de sus padres, pues, la vigencia del ejercicio de la patria potestad en ambos padres cuando estos están separados no resulta del todo razonable para efectos del desarrollo integral del menor, pues, cada uno tomara decisiones de forma unilateral sin considerar la opinión o parecer del otro.

1.9. Limitaciones de la investigación

Las limitantes ha sido no conseguir expedientes sobre casos de antinomia entre el artículo 345° del Código Civil y 76° del Código de los Niños y Adolescentes 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 titulada “El Derecho a la Igualdad en la responsabilidad restringida por la edad. Antinomias Jurisprudenciales entre la Sala Constitucional y Penal de la Corte Suprema”, realizado por Padilla (2023), sustentada en Lambayeque para optar el grado de Doctor por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; en ésta investigación lo más resaltante fue establecer la solución a las antinomias jurisprudenciales, siendo su actuación de debate en la Sala Constitucional y Penal de la Corte Suprema, en referencia al segundo párrafo del articulado 22 del ordenamiento jurídico penal, ya que, con este articulado se podrá obtener la disminución moderada de pena del imputado protegiendo así sus derechos constitucionales del menor, y esto se relaciona con nuestra tesis puesto que, también estamos buscando mejorar el propósito del artículo 345 del ordenamiento jurídico civil porque existe antinomia con el artículo 76 del Código de niños y adolescentes referente al ejercicio de la Patria potestad, siendo así que la primera permite y la otra prohíbe existiendo así la incompatibilidad entre estas dos normas, como la tesis precitada protege al derecho de la igualdad siendo único y original en el ámbito nacional las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- La limitación de responsabilidad hacia la aplicación de advertencia aceptara según el segundo párrafo del art. 22° una reducción de la pena por un delito penal cometido por una persona que tenga al menos 18 años y menos de 21 años o más de 75 años al momento del delito y no está relacionado con el delito que se le imputa, ya que se basa en el nivel de competencia (madurez e inteligencia) del delincuente en el momento del delito, por lo que se aplica a cualquier delincuente.
- Con base en el análisis jurisprudencial de la Sala Constitucional y Penal de la Corte Suprema, existe una contradicción en cuanto a la aplicación del artículo 22 del Código Penal, teniendo en cuenta la decisión de la Sala Constitucional de aprobar y rechazar la audiencia realizada de conformidad con el mencionado artículo, teniendo en cuenta el principio de igualdad y el

de rango de edad del representante, la Sala Penal anula la decisión por la que se niega la aplicación de este beneficio, si es culpable bajo la condición de pena reducida, se le permite.

- El carácter fundamental y constitucional del derecho a la igualdad es claramente visible en tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que básicamente establece que esta disposición se aplicará por igual a todos, justificación razonable de la desigualdad de trato, que surge, si los beneficios otorgados se diferencian con base en diferencias de clasificación penal, teniendo en cuenta la capacidad de obrar del agente.

Finalmente, la tesis precitada desarrollo un enfoque cualitativo.

Por consiguiente, como investigación nacional se tiene a la tesis titulada: “La indeterminación normativa en el derecho Tributario peruano a través de sus casos de lagunas y antinomias”, realizado por Lara (2020), sustentada en Lima para optar el grado de Doctor en Derecho; en ésta investigación lo más resaltante fue poder demostrar que, las perspectivas que se elaboran en cuanto a teorías o argumentos sostienen que el Derecho Tributario no dispone de ninguna laguna jurídica o caso contrario pueda que la tengan, ya que, al no existir lagunas jurídicas o antinomias esto es protegido por el principio de la legalidad, y éste resultado se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto todo ejercicio que será realizado con la finalidad de mejorar el propósito del artículo 345 del ordenamiento jurídico Civil ya que existe antinomia con el artículo 76 del Código de niños y adolescentes de las cuales existe una incompatibilidad entre estas dos normas donde una protege y la otra prohíbe y esta sea en favor del ejercicio de la Patria potestad, ya que, en la tesis precitada protege el derecho a la legalidad siendo único y original la investigación, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- La incertidumbre que regula la determinación, que se produce cuando no existen reglas y en algunos casos cuando se cree que tales reglas deberían existir. La incertidumbre normativa también existe cuando las reglas existentes no brindan una guía precisa para justificar las decisiones legales porque contienen términos vagos o ambiguos que requieren mayor precisión. Asimismo, existe incertidumbre regulatoria cuando existe un

desajuste de valores entre las reglas existentes y los principios subyacentes, o porque las reglas existentes son demasiado o no inclusivas en relación con los principios antes mencionados.

- Verificado las diversas resoluciones de cumplimiento obligatorio que, en efecto, los tribunales tributarios han resuelto casos que son claramente casos de inseguridad jurídica por su determinación (vacíos) y sobre determinación (antinomia), se puede concluir que existen vacíos y antinomia, por lo que no es un sistema completo o cerrado.
- Finalmente, el derecho tributario no es un sistema de reglas, sino también de principios. El principio de legalidad tributaria no se aplica por inclusión sino por peso, lo que significa que puede ceder al principio contrario en algunos casos especiales.

Finalmente, la tesis precitada utilizo el método cualitativo.

Asimismo, en el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada “La antinomia entre el artículo 30° del decreto legislativo N° 824 y el artículo N°163 del Código Procesal Penal, respecto a la declaración de la policía, en el delito de tráfico ilícito de drogas”, realizado por Torrel & Peralta (2019), sustentada en Cajamarca para optar el grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urreló; en ésta investigación lo más resaltante fue analizar la antinomia entre el artículo 30 del Decreto legislativo N°824 y el del artículo N°163 del Código Procesal Penal con la finalidad de mejorar uno de los dos artículos, ya que, observamos la antinomia con el fin de proteger al sujeto en cuanto a su identidad, y esto se relaciona con nuestra tesis en tanto que busca mejorar el propósito de la norma entre el articulado 345 del Código Civil y 76 del Código de los niños y adolescentes para que exista coherencia en la interpretación de la norma en el ejercicio de la Patria Potestad, ya que en una observamos que se permite y en la otra lo prohíba generándose una incompatibilidad entre ellas, esta tesis arribo a las siguientes conclusiones:

- La existencia de normas incompatibles crea una situación conocida como antinomia jurídica, por lo que, surgen conflictos frente a cada delito.
- La Antinomia discute dos normas jurídicas, la primera de las cuales amenaza acciones de un agente responsable que utilice recursos financieros

y logísticos incluidos en la solución del caso presentado. Por lo tanto, la legislación puede aprobarse cuando entra en vigor, pero no después.

- La tarea de un decreto legislativo es sustentar una norma que resuelva el problema planteado, en el caso del tráfico ilícito de drogas, esta norma se relaciona con el principio de legalidad y por lo tanto comprende dos normas, a este nivel se le llama decreto legislativo, y debe ser en la forma Aplicada de manera más específica, la única de las cuales tiene por objeto brindar soluciones de carácter general.

Finalmente, el artículo no utilizo ninguna metodología.

Otra tesis, encontrada fue: Conveniencia del plazo de separación de hecho o convencional de los cónyuges como causal de divorcio, realizada por Diaz (2022), sustentada en la ciudad de Lima para optar el Título de Maestra en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Federico Villareal, la cual tuvo como objetivo principal analizar si el plazo prescrito por la ley tanto para alegar el divorcio por separación de hecho o convencional resultan ser convenientes para efectos de la reconciliación de los cónyuges o, por el contrario, sirven para alargar simplemente la insostenibilidad de la relación conyugal; recordemos que para el caso de la primera debe haber transcurrido 2 años de separación ininterrumpida siempre que no posean hijos menores de edad o incapaces y de poseerlos el plazo se duplica y en la convencional de 2 años de matrimonio; así mismo, la doctrina mayoritaria considera a estos como causales objetivas, en tanto que la responsabilidad del divorcio no es imputable a ninguno de los cónyuges; de tal manera que, se relaciona con nuestro tema de investigación, toda vez que nos interesa comprender a profundidad la naturaleza jurídica y los efectos de la separación convencional y ulterior divorcio a fin de averiguar la forma en que debe establecerse la tenencia y el ejercicio de la patria potestad de los padres entorno a sus hijos menores de edad, más aún, estando ante la antinomia entre los artículos 345° del Código Civil y 76° de los Niños, Niñas y Adolescentes, los cuales regulan presupuestos jurídicos similares sobre la tenencia y el ejercicio de la patria potestad de los hijos en los casos de separación convencional, pero, con disimiles consecuencias jurídicas, quedando en la indefensión el goce de los derechos de los

menores de edad; por consiguiente las conclusiones más relevantes fueron la siguientes:

- El artículo 333° incisos 12 y 13 del Código Civil regula el plazo que debe transcurrir para incoar una demanda o petición de divorcio por las causales de separación de hecho y separación convencional de los cónyuges, por ello, con basta cordura y firmeza debemos manifestar que dicho plazo es inconveniente para la defensa y fortalecimiento del matrimonio y de la familia, pues, no es compatible con la aspiración del legislador tendiente a perseguir en este lapso la conciliación entre los cónyuges; por el contrario, prolongar una relación matrimonial que esta irremediamente finiquitada, debido a que los cónyuges ya no consultan, ni tienen la intención de continuar unidos en matrimonio, ni como familia, sino su bienestar personal, es que resulta perjudicial para las propias partes.
- Así mismo, el plazo concedido por la ley para estas causales de divorcio por separación de hecho y separación convencional, es inconveniente debido a su amplitud, pues, da cabida a que el conflicto que subyace entre los cónyuges se intensifique arribando, incluso, hasta agresiones físicas y psicológicas que desencadenan episodios de violencia y, lo más preocupante, terminan impactando en el grupo familiar en general y particularmente a los hijos menores, quienes tienen un interés primordial que dista mucho del quebranto a su integridad física y psicológica, pues, los menores de edad tienen derecho a vivir y desarrollarse en una familia que se esfuerce por garantizar su bienestar y desarrollo íntegro (Código de los Niños (as) y Adolescentes, artículo 8).
- Por último, se tiene que la amplitud del plazo concedido para poder solicitar el divorcio por separación de hecho o separación convencional genera que la mujer engendre hijos fuera del matrimonio, esto en el seno de una nueva familia o en el interior de relaciones informales, lo cual, desencadenará que existan niños que solo pueden ser registrados como hijo de su marido pues la Ley así lo presume, excepto, si ella misma diga quien es su padre, tal como dispone el Código Civil en el artículo 362°; en consecuencia, este hecho termina vulnerando el derecho a la identidad del niño, pues, su madre

tiene el poder sobre esta situación, por si fuera poco, guarda vínculo directo con el plazo establecido para incoar ambas causales.

Finalmente, la tesis **empleó una metodología** basada en el método de investigación de enfoque cualitativo, con un tipo básico-aplicativo y con un diseño no experimental, descriptivo correlacional.

Otra investigación encontrada a nivel nacional fue la tesis titulada: La regulación de la causal de separación convencional en el ordenamiento jurídico peruano y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por Avalos (2019) sustentada en la ciudad de Trujillo para obtener el Grado de Maestro en Derecho con Mención en Derecho Civil y Empresarial por la Universidad Privada Antenor Orrego, cuyo objetivo se centró en evidenciar que el inciso 13 del artículo 333° del Código Civil sobre separación convencional como una causal de separación de cuerpos no contribuye con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, toda vez que, el plazo de dos años que se exige para su constitución obliga a los cónyuges a sostener un vínculo que no les resulta útil para el desarrollo de su singular proyecto de vida; lo cual se relaciona con nuestro trabajo de investigación, en tanto, nos interesa conocer a profundidad los efectos jurídicos de la separación convencional en relación con la tenencia y el ejercicio de la patria potestad, además de evidenciar cual es la mejor manera de establecerse esta figura cuando los padres se separan de mutuo acuerdo y no debido a la preexistencia de una causal de divorcio, situación difícil de determinar debido a la existencia de la antinomia entre los artículo 345° del Código Civil y 76° de los Niños, Niñas y Adolescentes, dispositivos que regulan presupuestos jurídicos similares sobre la tenencia y el ejercicio de la patria potestad de los hijos en los casos de separación convencional, pero, con disímiles consecuencias jurídicas, quedando en la indefensión el goce de los derechos de los menores de edad; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- De todo lo analizado, el investigador llegó a la conclusión sobre la necesaria derogación del inciso 13 del artículo 333 del código sustantivo en materia civil, en tanto, no es promotor del carácter constitucional del sistema jurídico peruano, así mismo, no resulta ser razonable, puesto que lesiona el derecho al libre desarrollo de cada cónyuge, básicamente de su personalidad

y el derecho a proyectarse en el desarrollo de su vida de forma independiente.

- Así mismo menciona que, este dispositivo no tendría coherencia con el conjunto normativo, en tanto, obliga a los cónyuges a sostener el vínculo matrimonial en contra de su propia voluntad, es decir, los exige a estar casados a pesar de que cada uno pretende separarse o no encuentra sentido para continuar con el matrimonio.
- En todo caso, teniendo en cuenta que, el plazo de dos años (requisito de temporalidad) que debe transcurrir luego de haber contraído el matrimonio, tal como lo exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil para impulsar la separación de cuerpos vía separación convencional vulnera de forma directa al derecho al libre desarrollo de la personalidad de las partes, motivo por el cual deberá ser derogado.

Finalmente, la tesis utilizó una metodología de investigación cualitativa, basada en el método hermenéutico jurídico.

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, la cual se enfocó en evidenciar que en el distrito de Huaura entre los años 2017 y 2018 existieron casos de separación o divorcio de los cónyuges, independientemente de los factores que los condujeron a este desenlace, resulta indispensable que el juez oriente su decisión sobre el dictado de una tenencia exclusiva, más no una compartida, pues, cuando se está ante el último tipo de tenencia se observa que los conflictos entre los ex cónyuges empeoran, incluso, hasta arrastrar directa o indirectamente a los hijos menores de edad, quienes resultan más perjudicados con el rompimiento del vínculo matrimonial, contrariando lo establecido por el interés superior del niño; relacionándose de este modo con nuestro tema de investigación toda vez que el tema de estudio se enfoca en analizar la antinomia entre los artículo 345° del Código Civil y 76° de los Niños, Niñas y Adolescentes, dispositivos que regulan presupuestos jurídicos similares sobre la tenencia y el ejercicio de la patria potestad

de los hijos en los casos de separación convencional, pero, con disimiles consecuencias jurídicas, quedando en la indefensión el goce de los derechos de los menores de edad; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Luego de un análisis profundo, el investigador llegó a la conclusión de que existe un vínculo trascendental entre la tenencia y el principio de interés superior del niño, pues, según esta última prerrogativa tuitiva resulta totalmente sustancial tutelar cuando haya opciones e intereses contrapuestos en el distrito judicial de Huaura 2017-2018 la opción que más le favorece al niño, niña y adolescente o en el mejor de los casos garantizar la mayor cantidad de derecho fundamentales, ya que estos le permitirán desarrollarse de forma integral.
- Luego, se identificó la existencia de un vínculo relevante entre la tenencia exclusiva y la dimensión, obligaciones del Estado peruano según el principio de interés superior, esto en el distrito judicial de Huaura entre los años 2017 y 2018; por consiguiente, es posible afirmar que la correlación es de una magnitud buena, ya que las obligaciones conforme lo establece la Observación General N° 14, encomendada a la Comisión Internacional sobre los Derechos del Niño, despliegan obligaciones generales y específicas, dentro de la primera encontramos a la obligación de implementar normas que busquen garantizar la aplicación primordial del ISN, así como, examinar y/o modificar la legislación nacional para incorporar de forma eficiente el interés superior; mientras tanto, en la segunda, se establecen obligaciones tales como: supervisar y evaluar la plena aplicación del interés superior a fin de garantizar con entereza la aplicación del principio y, consecuentemente, el pleno goce de sus derechos en cualquier situación que los involucre.
- Así también, se determinó que existe un vínculo importante entre la tenencia exclusiva y la dimensión beneficios formativos conforme lo establece el principio de interés superior del niño, esto en el distrito judicial de Huaura entre los años 2017 y 2018, arribándose a que, la correlación es de una magnitud positiva, pues, los progenitores y cualquier autoridad que

vaya a tomar una decisión que guarde vínculo con los derechos del niño una consideración importante a atender será el interés superior del menor, incluso, su interés tendrá que ser priorizado por encima del Estado.

- Por último, se verificó la existencia de una relación positiva entre la tenencia exclusiva y la dimensión, atención y desarrollo psicológico de acuerdo al principio de interés superior en el distrito judicial de Huaura entre los años 2017 y 2018, estableciéndose dicha postura, luego de haber respondido a la pregunta del por qué el interés del menor adquiere el estatus de supremo, teniendo como respuesta a su condición de edad lo que los hace depender de sus padres o de un tercero, pero sobre todo, porque se encuentra en proceso de desarrollo y crecimiento, situación relevante a nivel jurídico y social, pues, son los futuros ciudadanos de nuestra nación.

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 objetivo fue determinar que burocracia a nivel judicial genera exigencias innecesarias, esto 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”, pues, al establecer como requisitos indispensables para proceder con el trámite de separación convencional, primero, no tener hijos menores de edad y, en caso de tenerlos, adjuntar la sentencia judicial firme o acta de conciliación elaborada conforme a ley a fin de 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 realidad simplemente se divaga el tiempo, en tanto que, estos temas pueden pactados en la propia acta de separación convencional, ya ante un juez o un notario, por ello, es que se pretende excluir el requisito judicial; relacionándose de este modo con el tema de estudio planteado en la presente investigación, toda vez que, es de nuestro interés analizar los efectos de

una tenencia exclusiva y compartida, además de conocer la forma en cómo se ejerce la patria potestad luego de la separación convencional, más aún, estando ante la existencia de dos articulados que regulan hipótesis jurídicas similares, pero ofrecen consecuencias jurídicas distintas, esto en los artículos 345° del Código Civil y 76° de los Niños, Niñas y Adolescentes; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- Después de un análisis exhausto se pudo observar la viabilidad de la propuesta tendiente a desvincular la Ley 29227 del fuero eminentemente judicial, planteamiento que se fundamenta en que los cónyuges una vez convertidos en padres tienen la total libertad para decidir sobre la situación de los derechos de sus hijos en temas concernientes a la tenencia, alimentos, régimen de visitas, entre otros, esto gracias al ejercicio de su autonomía, lo cual, no resultaría complejo si es que hubiese una cultura de responsabilidad parental en nuestro país, pues, la evolución de la familia y los roles que cada integrante desempeña nos llevan a entender que el diálogo es la mejor opción para determinar de entre tantas opciones aquella que mejor le favorecerá a los hijos, tanto como a los mismos cónyuges.
- De los datos obtenidos sobre procesos de separación convencional y divorcio ulterior llevados a cabo en el Juzgado Mixto de la Provincia de Utcubamba- 2019, se observó que los fines de la Ley 29227 que regula la separación convencional y divorcio ulterior en sede notarial o municipal no se vienen cumpliendo a cabalidad, ya que, el 79% de procesos de divorcio son subordinados al fuero judicial para su resolución, apartándose de la vía más factible en términos de economía, tiempo y esfuerzo.
- Al mismo tiempo, el 78% de los ciudadanos encuestados tienen una postura que coincide con la nuestra, en el sentido de que se debería modificar las exigencias que establece el artículo 4 de la ley 29227, a fin de excluir dicho requisito que deben ser adjuntados si uno desea proceder con el trámite de la separación convencional, en consecuencia, dichos temas (tenencia, alimentos, patria potestad, régimen de visitas) deben ser discutidos y definidos en sede notarial o en la municipalidad autorizada.

- En conclusión, se busca procurar el bienestar de la familia, devolviéndoles a padres y/o cónyuges la confianza en su autonomía al momento de llevar a cabo el procedimiento de separación convencional, de tal modo que, ellos se decidan de forma razonable en sede notarial o municipal la determinación de temas relacionados con sus hijos menores o mayores incapacitados y así evitar futuros conflictos familiares.

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

2.1.2. Internacionales.

En el ámbito internacional se tiene a la tesis titulada: “Tensión por antinomia dado el componente axiológico constitucional democracia”, realizado por Nieves & León (2021) sustentada en Venezuela para optar el título de abogado por la Universidad Valle del Momboy; en ésta investigación lo más resaltante fue considerar al componente axiológico constitucional de la democracia la cual genero incompatibilidad en la tensión, pues en el derecho existe un conjunto de normas producidas por medio de la legislación, la ley habilitante y el poder constitucional, que se presentan a lo largo de sus mandatos contradiciendo a la Constitución, y éste resultado se relaciona con nuestra tesis en tanto que se pretende mejorar el propósito del artículo 345 de nuestro ordenamiento jurídico civil debido a la existencia de una antinomia con el artículo 76 del Código de niños y adolescentes en cuanto al ejercicio de la Patria Potestad, ya que, uno permite y el otro niega, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- Los valores legales hoy en día carecen de sustento jurídico para la expresión justa, como la vida, que tiene garantías inviolables donde existe incertidumbre normativa y donde son posibles las violaciones jurídicas de la Constitución Política del Perú. Considerando la existencia desvalorizada en diferentes estructuras de eventos, entendidas como las yuxtaposiciones que producen estas fuerzas al desplegarse no tendrá efecto, y mucho menos restricción, entre ellas.
- Las pretensiones del derecho requerirán una respuesta que puede no estar de acuerdo con su ordenamiento jurídico civil, el método más seguro será argumentar porque el individuo está pidiendo justicia razonable sin que

exista una contradicción, es decir la antinomia en el mismo texto siempre que las normas subordinadas sigan lineamientos y mecanismos materiales, los métodos de trabajo, si se encuentran dentro de límites aceptables, serán considerados para su revisión y adaptarse al sistema sin romper con él.

Finalmente, la tesis precitada utilizo el método argumentativo- documental.

Asimismo, se tiene el artículo científico indexado por la Universidad de León - España intitulado: “Las antinomias procesales, su interpretación y solución, realizado por García (2022), Conduce la investigación en su propósito de analizar los procesos de las antinomias, en síntesis existe una contradicción normativa que en la práctica los jueces en sus casos deben dar la decisión final de igual la manera los estudiosos del derecho interpretan las normas dando sus últimos veredictos, y esto se relaciona con nuestra tesis en tanto que estamos analizando mejorar en cuando a su propósito al artículo 345 del ordenamiento jurídico civil debido a que existe una antinomia con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú en cuanto a la Patria potestad, ya que, la primera norma lo permite y la otra lo niega, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- Las antinomias surgen cuando existen una incompatibilidad al momento de aplicarse una ley a un caso en particular, es decir, en un procedimiento donde el juez tiene que decidir cuál aplicar en el momento de tomar su última decisión puede verse afectado por el acto o conducta del imputado, si la contradicción es objetable en contra de la tesis la decisión final será por la norma de mayor jerarquía.
- También es necesario introducir innovaciones en la ley, buscar nuevas formas de resolver las contradicciones normativas, por lo que se deben utilizar otros métodos para resolver los conflictos, que muchas veces dan preferencia a la investigación, es decir, a los procedimientos prioritarios, tratando de seleccionar las normas más adecuadas garantizar la continuidad en el proceso de transacción, ejercer el derecho a la tutela judicial y evitar interpretaciones innecesarias que retrasarían los procesos judiciales y negarían el acceso al tribunal.
- Una forma de abordar la inconsistencia procesal es equilibrar los sistemas procesales a favor del derecho humano de acceso a la justicia. El programa

estándar, que compara una especificación con otra, busca utilizar el enfoque menos formalista para la selección del programa que se utilizará y el análisis lógico para satisfacer las necesidades de un programa simple y flexible sin barreras para comprender las funciones que tiene competencia en materia de derechos humanos destinada a terminar con una de las funciones del Estado, que es impartir justicia.

Finalmente, el artículo precitado no utilizo ningún método.

Por consiguiente, se tiene el artículo científico indexado por la Universidad Regional Autónoma De Los Andes – Ecuador intitulado: “Antinomias: derechos humanos, ciencia y complejidad”, realizado por Molano (2023), conduce la investigación en su propósito en cuanto a identificar las desviaciones del concepto de disciplina hasta el avance hacia el campo de la complejidad describiendo las intersecciones y contradicciones entre los escenarios que afectan los derechos humanos y la compleja relación entre estos conceptos, y esto se relaciona con nuestra tesis en tanto que estamos analizando la antinomia entre el artículo 345 del Código Civil con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes con la finalidad de mejorar el propósito, debido al ejercicio de la patria potestad, ya que, uno está permitiendo y la otra contradiciendo, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- Los cambios sociales, políticos y culturales también están relacionados con el progreso científico, la forma de pensar se establece con paradigmas relacionados a momentos históricos específicos, de las cuales cambian constantemente hasta llegar a las posibles soluciones en cuanto a la existencia de contradicciones de normas.
- El resultado y descubrimientos de la ciencia contienen contradicciones, que le dan un propósito y un objetivo final y donde puedan traer un daño innegable, así como también prosperidad. Estas contradicciones conducen a la noción del comportamiento de que las buenas intenciones no siempre conducen a los resultados deseados.
- Por lo que la existe una urgencia de mejorar las diversas incompatibilidades existentes en la sociedad, donde se ve afectado las ciencias al reconocer

ciertos riesgos buscando transformar este concepto en disciplina para poder llevarla a redefinir su compromiso con los nuevos modelos sociales.

Finalmente, el artículo citado no utilizó ningún método.

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, cuya finalidad estuvo enfocada en determinar la trascendencia de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1989 por nuestro país, básicamente entorno a la aplicación del interés superior del niño en el establecimiento del ejercicio de la patria potestad, pues, al tratarse de una institución jurídica tutiva y protectora de los derechos fundamentales de los niños resulta trascendental definir cuáles son las normas colombianas y como se vienen aplicando estas para la delimitación de esta figura y si esto es coherente con los principios estatuidos por esta materia y por el Derecho colombiano en general; relacionándose así con nuestro problema de investigación ya que estudiaremos la naturaleza de la patria potestad y la tenencia, figuras jurídicas que se encuentran reguladas por los artículos 345° del Código Civil y 76° de los Niños, Niñas y Adolescentes, pero que ofrecen distintas consecuencias jurídicas; en consecuencia los resultados más importantes fueron los siguientes:

- La figura de la patria potestad ha adquirido hoy en día un significado más estructurado, debido a que está basado en la relación derecho-deber entre los padres y sus hijos, y coherente, por que responde a la necesidad de acompañamiento, orientación, cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes dentro del hogar, de tal modo que, cualquier decisión o acción que vayan a adoptar los padres o quienes hagan sus veces tiene que estar orientada siempre y en todo momento a priorizar el interés de los hijos menores de edad, más en el de ellos mismos o de terceras personas.
- De ahí que, el Estado colombiano debe procurar tomar iniciativas específicas para incluir y promocionar el significado novedoso que viene adquiriendo la patria potestad, la cual, anteriormente era entendida como aquella autoridad absoluta que tenía el padre por sobre sus hijos y demás

personas subordinadas a su poder, olvidándose que estos niños son sujetos de derechos y no objetos que requiere de una especial tratativa legal; por lo tanto, esta institución más allá de reconocer ciertas facultades a los padres le reconoce los derechos a los hijos menores de edad y busca que estos se garanticen de forma eficiente.

- Antes bien, toda la protección especial que el Estado despliega en favor de la población infantil deriva de la necesidad de asistencia por estar en condición de desarrollo y crecimiento, por ende, los considera como titulares de derechos, porque son iguales en dignidad que cualquier otra persona adulta.
- De este modo, se determinó la importancia del rol trascendental de los Estados a la hora de promover y difundir los derechos humanos tanto de los niños como de los adultos, esto al amparo del principio de igualdad, incluso, brindar con especial protección a quienes se encuentran en desventaja frente al resto, como es el caso de los niños, las madres embarazadas, los ancianos, las personas con habilidades especiales, entre otros.
- Así mismo, es importante difundir el sentido y real significado de la patria potestad o, denominado por la doctrina actual, responsabilidad parental, el cual reconoce a los padres legitimados para ejercer un conjunto de derechos y obligaciones en primer orden frente a sus hijos, por ello, resulta útil que estos no confundan esta facultad con aquella autoridad absoluta, pues, la crianza de los hijos requiere entre otras cosas requiere de mucho diálogo, confianza, entendimiento, respeto y sobre todo amor; mientras tanto, los tratos rígidos, crueles e incoherentes solo terminarían por conducirlos al resentimiento, desconfianza en sí mismos y en el resto, tímidos e impacientes; en consecuencia, los padres tienen que optar por desempeñar un rol más de líderes con sus hijos y demás familiares a fin de impartir enseñanzas correctas y buenas dentro del grupo familiar.
- En tanto, el principio del interés superior del niño implicará el reforzamiento de las características buenas mencionadas en el párrafo anterior, por ejemplo, que el menor aprenda a respetar, escuchar y considerar la opinión de sus padres, porque la de él también es considerado por sus padres, luego,

cuando sea necesario corregirlos debido a una equivocación suya, así como fortalecer sus decisiones correctas.

- Por consiguiente, referirnos al rol o deber legal de los padres para asistir, criar y representar a sus hijos en las actividades que lo requieran implica hablar de la patria potestad o, conocida como responsabilidad parental, debido al significado más de fondo que hoy en día los doctrinarios le han adjudicado, una que lista de su significado antiguo, pues, antes era aceptable hablar de la autoridad absoluta y perpetua de los padres sobre sus hijos, en cambio ahora, se entiende como la relación de respeto y amor mutuo entre padres e hijos, pero cuando los derechos de estos estén en disputa deberá preferirse la de estos últimos, por su condición de menores de edad.

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

Por último, se halló otra 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- Ecuador para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en donde el investigador tuvo a bien determinar la naturaleza de la figura jurídica, tenencia, a fin de desvirtuar si se trata de un derecho sustantivo que pertenece a los padres o es inherente a los hijos menores de edad, esto en estrecho vínculo con los principios y normas relacionadas con la niñez y adolescencia en el Estado ecuatoriano; relacionándose así con nuestro tema de investigación, ya que nos interesa entender el sentido de los derechos especiales y deberes particulares que protegen a los niños junto al sentido de la patria potestad de sus padres luego de que se llevará a cabo la separación convencional de estos, más aún, cuando dentro del sistema jurídico peruano encontramos dos cuerpos normativos distintos que regulan esta figura, pero ofrecen diversas consecuencias jurídicas (arts. 345 y 76 del CC y CNA, respectivamente); de tal suerte que las conclusiones más imperantes fueron la siguientes:

- La tenencia compartida es una institución jurídica que se encuentra regulada por el Código de la Niñez y Adolescencia en donde regula el derecho del niño a mantener contacto directo con ambos padres en condición de

separados, por ende, este tipo de tenencia busca garantizar el desarrollo armónico de los hijos con sus dos padres, ya que ambos tienen la opción de vivir con el hijo menor de edad y decidir por junto con él durante el tiempo que le toque tenerlo.

- Antes bien, la tenencia compartida deberá ser la opción que mejor va a favorecer al desarrollo integral del menor, más no puede fundamentarse en la satisfacción de los intereses de los padres, pues, el derecho de estos últimos debe ser preferido luego de los derechos e intereses de los hijos, por ello, la tenencia compartida se configura como un derecho de los hijos el que deben seguir manteniendo la relación con ambos padres, tal como lo estipula el Código de la Niñez y Adolescencia.
- En consecuencia, con este tipo de tenencia se busca dar continuidad al interés primordial del menor a seguir viviendo y estando en contacto con sus padres a pesar de que estos estén separados.

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

2.2. Bases teóricas de la investigación.

2.2.1. La antinomia jurídica.

La finalidad que tiene el derecho es de instituirse como guía ante un sistema normativo el cual señala el comportamiento correcto de los ciudadanos que dentro de ella se determina lo que se permite y se prohíbe, y, entre otros aspectos, se deben ajustarse a lo que se establece por los valores, las buenas costumbres de la sociedad; todo ello para asegurar que se cumpla y se respete todos los derechos de los individuos propiciando la construcción de una sociedad segura, respetuosa que esté basada en principios generales como es la seguridad y la justicia (Ross, 1963, p.78).

Por consiguiente, al definir la palabra derecho de una forma general, comprendemos que viene hacer un conjunto de leyes que sirven para la regulación del comportamiento de los individuos dentro de una sociedad, teniendo como base al uso de ciertos métodos de coerción esto se aplica si no se cumple con cabalidad.

Sin embargo, este propósito en muchas ocasiones se verá afectada por el mismo ordenamiento legal, esto se debe que al emitir solución estas mismas resultaran incompatibles con otras, como es el caso de la manifestación, donde la norma permite realizarlos en un periodo de tiempo determinado, mientras que otra determinará la posibilidad de que se realice en cualquier momento, ocasionando incompatibilidades entre ellos.

Finalmente, podemos observar que la norma no está siendo eficaz en ciertos casos, esto se da debido al incumplimiento de conducir la forma de comportamiento del individuo dentro de la población, demostrando así que su forma de solución viene de una incompatibilidad legislativa, que genera conflictos en la norma a nivel teórico y factico, en el primer punto, se va generar innecesariamente conflictos normativos con fundamento en el que el legislador toma como base para establecer dicha ley, en el segundo punto, notamos que esta norma causa un revuelo conflictivo y confuso entre los seres humanos, mientras que otros tendrán la postura de la manifestación que se realizara en el momento en que la primera ley permitirá realizar estas manifestaciones en cualquier momento oportuno, donde será demostrado la incompatibilidad y el conflicto que traerá al permitir la vigencia de la ley que solo genera conflictos entre cuales serán esos interés del ciudadano (Fabra y Núñez, 2015, p. 1310).

2.2.1.1. Antecedentes.

Históricamente, ante la evolución del derecho también se notó la evolución de la población, observando así que las leyes ya estaban siendo conformadas, sufriendo así diversos cambios, muchas veces causando incompatibilidad entre ellas mismas, es aquí donde mencionamos que esta contradicción de leyes se presentó hace mucho tiempo atrás, constituyéndose así que la antinomia ahora se encarga de realizar estudios de las normas que se contradicen entre sí (Kelsen, 1997, pp. 214-215).

Por lo tanto, es necesario remontarse al derecho romano de la época de Justiniano, la cual en su Digesto fue establecido algo muy importante que fue el principio de la incompatibilidad que hasta ese entonces no eran permitidas la existencia de contradicciones en las normas, y es allí donde vemos por primera vez el uso del término antinomia, es decir, se puede concluir que en esa época no

existían o se permitían normas incompatibles o contradictorias porque la coherencia y consistencia entre normas era una obligación.

A principios del siglo XX, Hans Kelsen realizó la mayor contribución al desarrollo de las antinomias en su libro *Teoría pura del derecho*, donde destacó la importancia de que las normas no se contradigan, aunque esto no impidió que se presentaran conflictos normativos entre muchos existentes (Bobbio, 1997, p. 98).

2.2.1.2. Definición.

Según el jurisconsulto Bobbio (1997, pp. 200-201) nos dice que: “la antinomia no es otra que la situación en que dos leyes pertenecientes al mismo ordenamiento y que pese a tener el mismo ámbito de aplicación y validez imputan distintos efectos jurídicos en su aplicación, causando una clara incompatibilidad”; en otras palabras, el autor nos quiere dar a conocer que la antinomia existe a raíz de la incompatibilidad de dos o más leyes que serán aplicables a una misma situación fáctica, pero al ser aplicadas tendrán distintas consecuencias jurídicas que serán incompatibles entre ellas mismas.

Dentro de este orden de ideas, se comprende que la antinomia es presentada en dos casos la primera que actúa de forma permisiva y la segunda actúa en un acto de prohibición, causando entre ellas incompatibilidad. Si bien se puede decir que esta contradicción es beneficiosa al tratar de determinar la validez de las normas, lo es porque causa un daño en la aplicación de una de las normas, ya que dos normas en conflicto no se pueden obedecer ni hacer cumplir simultáneamente (Bobbio, 1997, p. 188).

Y por esa razón que el jurisconsulto Bobbio (1997, p. 288) señala que, con el fin de evitar daños, perjuicios, contradicciones, la mejor solución que se está dando a este problema es que se elimine la ley que va generar incompatibilidad y exista contradicciones entre una de las partes.

Ahora bien, en la Sala Civil Transitoria en la Apelación No. 1915-2017 que fue emitido con fecha 16 de noviembre de 2019, señala que: “(...) las antinomias se pueden definir como dos normas pertenecientes a la misma norma, que tienen la misma jerarquía normativa, pero que son incompatibles entre sí por tener el mismo campo de validez”.

Entonces, se comprende que la antinomia viene hacer lo contrario a la coherencia, donde a diferencia de esta última, crea un conflicto y este mismo puede expresarse de diferentes maneras por dos o más normas con las mismas soluciones objetivas, pero serán opuestas si son soluciones diferentes o acciones propuestas que generar la violación de la norma y cause conflictos entre ellas, imposibilitando la aplicación de todas las reglas en un mismo tiempo.

Finalmente, señalaremos que uno de los elementos básicos que define la antinomia es el elemento de la coherencia, el cual determina que al afectar la coherencia de las leyes surgirá la antinomia, que también se denomina “síndrome de incompatibilidad”, siendo esto la contradicción entre las mismas leyes jerárquicas dentro de estas normas jurídicas.

2.2.1.3. Clases de antinomia.

Con respecto a la clase de antinomia encontramos diversos enfoques de clasificación, siendo una de las más importante que desarrolla el jurisconsulto Ross (1963, p. 124), es quien califica la antinomia en (1) antinomia total – total, (2) antinomia total – parcial y (3) antinomia parcial – parcial; también podemos calificarla como (a) antinomias auténticas o (b) antinomias aparentes, y las ultimas se usarán con el fin de determinar la eficacia y validez de las normas, pasamos a desarrollar cada una de ellas:

2.2.1.3.1. En función del ámbito de aplicación de las normas en conflicto

En este apartado desarrollaremos a la clasificación de antinomias que dependerá al ámbito de aplicación de las misma, contando con las tres subcategorías que se refieren a la existencia de normas diferentes que regulan una misma situación contradictoria, provocando incompatibilidad (Ross, 1963, p. 124).

A. Antinomia total-total.

La primera es designada como antinomia total- total que da el alcance a las disposiciones respectivas que serán el mismo, porque ambas disposiciones se reconocen como válidamente aplicables, creando así un conflicto sobre qué disposición es aplicable. Un ejemplo obvio de cómo determinar si hay un conflicto entre dos reglas es cuando una regla permite una actividad, pero otra parte la regla la prohíbe por completo, por ejemplo, la regla A puede prohibir que se traiga alcohol

o comida al estadio, pero la regla B dice que las bebidas alcohólicas y los alimentos pueden ingresar al estadio (Iturralde, 1987, p.337).

En el caso que se muestra, tenemos dos reglas que tienen una sola condición en su aplicación, que es ingresar al estadio. Si se cumple esta condición, el agente estará facultado para aplicar tanto la regla A como la regla B, pero ambas reglas darán solución a lo contradictorio e incompatible, ya que la primera es una especificación prohibitiva, mientras que la segunda es una norma permisiva; y en los casos en que el agente elige las normas permisivas, las normas prohibitivas serán violadas, invalidando así a estas últimas, mientras que en algunos casos el agente optará por seguir las normas prohibitivas ignorando las normas permisivas. Incluso ha habido casos en los que se ha argumentado que el cumplimiento perjudicaría los intereses de quienes cumplen con las normas de concesión de licencias (Iturralde, 1987, p.337).

B. Antinomia total-parcial.

Dentro de este orden de ideas, a diferencia con el primero, en esta antinomia que se denomina como total – parcial, su forma de aplicar no será de manera sincrónico, si no será aplicada en los supuestos existentes de una ley que se encuentra dentro de una ley mayor que abarcará lo establecido por otra (Iturralde, 1987, p.338).

O en otros términos, se presentaran cuando tengamos una ley más amplia en la que incluirá una ley con un carácter que sea más determinado, tomamos referencia al ejemplo que fue señalado con anterioridad tenemos a la ley A que señalaba la prohibición en cuanto al ingreso de bebidas alcohólicas y comidas a dicho estadio, también tenemos a la ley C que señala la permisión del ingresos de comidas y bebidas alcohólicas dentro de la tribuna A y B del estadio; como observamos dicho ejemplo A es una ley con un rango mayor, que incluso dentro de ella encontramos que a la norma C, debido a que las tribunas de A Y B pertenecen al estadio que hace mención a la primer ley; en si la antinomia total- parcial, se diferencia con la primera en el hecho de que las incoherencias presentadas en las leyes son con fundamento a una relación o inclusión o especialidad (Iturralde, 1987, p. 338).

Dentro de este orden de ideas en el ejemplo mostrado vemos que la controversia es presentada cuando el agente desea ingresar con alimentos a la tribuna, pues en este caso su aplicación tanto de la ley A como la ley C, ello porque corresponde al tribunal tiene su estadia y forman parte del estadio, pero inversamente observamos que no surgen conflictos pues en este caso de que el agente desee ingresar alimentos y bebidas al campo solo será por la aplicación de la ley A.

Finalmente, es importante manifestar que las relaciones no comprensivas o profesionales no darán lugar a conflictos, ya que en algunos casos existirán relaciones consensuales.

Por su parte, el jurisconsulto Zorzetto (2010, p. 20) también agregó que una relación especial entre dos normas presupone una conexión lógica entre ellas, ya que tendremos una ley específica que siempre estará contenida en una ley general, y que se puede encontrar en diferentes áreas:

- En el campo de la deontica, se comprende dos situaciones normativas donde: A definirá un comportamiento aceptable en sus lineamientos, mientras que la otra norma que es B en sus parámetros incluye el hecho de que parte de dicho comportamiento es obligatorio, lo que esto afecta a la ley A porque están interconectados; además, dentro de los límites morales de la ley A, no siempre está justificado para no hacer lo que exige B, lo que afecta a ley A, pero si B no sólo exige hay una obligación de no hacerlo, si no se define como algo prohibido.
- Otro escenario que podría surgir es que una regla prohíba la entrada de dulces de cualquier tipo a una sala de cine, mientras que otra regla establece que está prohibido llevar refrescos o chocolate a una sala de cine.

En efecto, si analizamos el ultimo supuesto, veremos que no siempre existirá una relación por especialidad dentro de dos leyes si no que encontraremos antinomias, contradicciones entre ellas mismas, es por eso si observamos a las leyes estas se presentaran con mucha redundancia y se reiterara, provocando que una de ellas no sea importante, debido a que la ley general ya lo establece como una obligación, permisión o sea prohibitiva de manera más general que una ley más específica (Iturralde, 1987, p. 338).

C. Antinomia parcial-parcial.

En este apartado tocaremos el tema de la antinomia parcial – parcial que viene hacer cada una de las leyes que tiene un espacio propio para su aplicación sin que posea alguna contradicción, tenemos como ejemplo, una norma X que establece una prohibición de poder realizar viajes interprovinciales en bus por más de 6 horas, mientras que la otra norma Y establece que está permitido realizar viajes interprovinciales, en este caso notamos que para X y la norma Y no existen ningún tipo de incompatibilidad, observamos que X no prohíbe realizar viajes interprovinciales de forma general, sino que prohíbe que sean más de 6 horas, por ello esta ley Y no tiene ninguna incompatibilidad con la ley con la ley X en tanto estos viajes interprovinciales no tenga la duración de 6 horas pero si existirá incompatibilidad si los viajes duran más del tiempo que se establece (Iturralde, 1987, p. 338).

2.2.1.3.2. Antinomias auténticas y antinomias aparentes.

El tema que vamos a desarrollar es el siguiente, el derecho moderno se direcciona de una forma más analítica, la eficacia jurídica se comprenderá como parte del sistema jurídico y, por lo tanto, se distinguirá este concepto de cualquier otro tema (como la coerción) y se distinguirá de forma transparente las antinomias de un posible concepto que será apartado de un sistema legal.

Asimismo, conoceremos el origen de la existencia de las antinomias auténticas en cuanto algunas leyes que originan la controversia a la hora de su aplicación con otras y estas se conviertan en invalidas dentro de un ámbito legal, y existen situaciones en que estas leyes que son presentadas como contradictorias en realidad no lo son, y serán ellas a las que sean denominadas como antinomias aparentes (Martínez, 2015, p. 1316).

Por lo tanto, se establece casos en que existan términos con conflictos normativos, debido a que estos no tengan efecto legal en los eventos presentados. Por otro lado, encontramos una verdadera antinomia debido a que las normas aplicables a un conflicto son a la vez contradictorias y tienen fuerza de ley. Por ello, en el primer caso podemos analizar la existencia de la incompatibilidad normativa,

Dentro de este orden de ideas, las antinomias aparentes son las leyes que se aplica al hecho en concreto que son válidas legalmente, pero no será válida para su aplicación en dicha situación, resultará inválida y desaparecerá dicha antinomia (Martínez, 2015, p. 1316).

Por otro lado, tenemos una verdadera antinomia cuando encontramos elementos normativos en conflicto que son diferentes dentro de un mismo sistema legal, lo que sugiere que el conflicto no se encuentra en los hechos reales, sino dentro del mismo sistema normativo (Martínez, 2015, p. 1317).

El Jurisconsulto Martínez (2015, p. 1317) nos menciona que la manera de clasificar a los tipos de antinomia es considerada de esta manera, primera por las antinomias aparentes que no tienen conflicto, mientras en esta solo encontraremos una incompatibilidad dentro de la segunda clasificación que viene hacer la antinomia autentica. Pese a la que sucede, es de vital importancia tener clara la distinción debido a estas razones. **Primero**, para que sea válido una ley legal no siempre será sencilla poder determinarse, es por eso que, ello requiere de un extenso análisis más profundo y cuidadoso, para que se determine si estas leyes que se encuentran se analicen puedan ser consideradas como leyes validas o no. **Segundo**, si nos fijamos en el reconocimiento de los operadores jurídicos, si es una contradicción aparente o real, buscarán que las normas sean compatibles, y qué normas deben utilizar en sus decisiones o acciones. **Tercero**, es la elección de criterios para determinar dos asuntos importantes, como son la validez o aplicabilidad de una ley, debido a que el primero determinara la aplicabilidad y vigencia de la ley en el sistema normativo legal, y el segundo determina la probabilidad de poder utilizar la ley como justificación de argumentos que expresan opiniones o justifican conductas en el ámbito legal y administrativo.

2.2.1.4. Criterios para solucionar las antinomias.

Ya que se ha desarrollado cómo determinar la existencia de una antinomia dentro de la norma, es necesario averiguar cómo resolver la antinomia encontrada. La doctrina de Ross nos dice que tenemos tres criterios más destacados para tratar de resolver una antinomia.: (i) El criterio jerárquico, (ii) El criterio cronológico y (iii) El criterio de especialidad, además de estos encontramos otros criterios igualmente válidos para la solución de la antinomia, a saber, el criterio de

competencia o el criterio de universalidad, pero los tres primeros son los más trascendentes (Guerrero, 2020, p.237).

Cabe considerar que, antes de analizar cada uno de estos criterios que son presentados será necesario señalar y centrarse únicamente en la norma válida, mientras que la otra norma, se centrara en la forma de aplicación de la ley en un hecho concreto, analizándose en función a lo que se señaló.

Por lo tanto, para comprender los estándares, es necesario comprender la diferencia entre "disposición" y "normas" para comprender mejor el tema. El término "norma" debe entenderse como un texto o expresión emitida por una determinada autoridad a nivel lingüístico, y "disposición" como resultado de la interpretación de dicho texto. La diferencia mencionada se centra en que la interpretación de una misma cláusula normativa puede ser una contradicción entre estas normas y otras (Moreso y Navarro, 1996, pp. 119-120). Sin embargo, para el desarrollo del trabajo, los términos disposición y norma deben entenderse como sinónimos.

2.2.1.4.1. Criterios relacionados con la validez (antinomias aparentes).

A. Criterio de competencia.

El estándar jurisdiccional dicta que cuando encontramos que existe un conflicto entre normas porque una es promulgada por un órgano rector y la otra se rige por otro órgano que no tiene jurisdicción directa sobre el caso particular, siempre debemos elegir la regla rectora y este emitido por una autoridad con jurisdicción directa y plena autoridad reguladora (Guerrero, 2020, p.238).

Entonces diremos que en este tema la ley que no tiene competencia no tendrá una validez legal, pues esta competitividad será un criterio fundamental para que pueda ser emitido y válida la ley.

B. Criterio de jerarquía.

El criterio de jerarquía o *lex superior derogat inferiori*, viene hacer uno de los criterios más transparentes en poder determinarse que la solución se dará cuando exista incompatibilidad entre leyes.

Esta norma se encuentra establecida en nuestra legislación, al igual que muchas otras, porque establece que si existe contradicción entre dos normas con distinta categoría jurídica o jerarquía normativa, significa que si existe contradicción entre dos normas constitucionales como norma administrativa, o entre una ley y una ordenanza municipal; siempre se debe optar por la norma de mayor jerarquía normativa, es decir, si una norma constitucional entra en conflicto con la ley, se optará por la norma constitucional, invalidando la norma de menor jerarquía, por lo que indica que hay un conflicto aparente (Guerrero, 2020, p.237).

A diferencia del estándar anterior, este se basa en que el estándar de competencia determina que cualquier ley emitida por una agencia incompetente será invalidada desde el momento de su emisión, mientras que el estándar de grado determina que una ley no puede ser invalidada, pues jerárquicamente es contradictoria si fue esta emitida antes de una jerarquía superior, lo que significa que si una norma constitucional contradice varias normas de rango inferior, estas últimas no serán declaradas nulas sino que serán anuladas las normas emitida después de una ley de nivel superior que la contradiga será declarada nula (Gascón y Carbonell, 2000, p. 72).

Dicha invalidez es aún más notoria en los casos en que existe una antinomia total-total o total- parcial (cuando la norma inferior es una norma específica). Como señalamos anteriormente, las normas inferiores no pueden ser más válidas que las normas superiores, de acuerdo con las indicaciones dentro de la pirámide de Kelsen. El problema surge cuando encontramos la antinomia total -parcial o parcial-parcial, en algunos casos cuando no hay incompatibilidades existe, es aceptable aplicar la especificación de nivel inferior.

C. Criterio cronológico.

El criterio cronológico, también identificado en su latín como *lex posterior derogat priori*, nos habla de la existencia de contradicciones cuando se presentan conflictos por cláusulas normativas emitidas en diferentes momentos, y nos dice que se debe dar mayor prioridad a una norma más nueva; Por lo dicho anteriormente, este estándar parece ser el más sencillo de todos, pero si lo miramos de otra forma, vemos que pueden surgir algunos problemas, ya que el término latino “derogat” hace referencia claramente a lo que es más, es la derogación de normas,

que no es más que sacarlas del sistema normativo, por lo que es imposible hablar de si son efectivas o no (Guerrero, 2020, p.242).

Hablando un poco de la derogación, cabe señalar que hoy en día tenemos dos tipos de derogación, (i) derogatoria expresa, que es cuando la disposición o norma que se deroga es claramente conocida en el texto, y (ii) derogatoria tácita, que es inconsistente con las reglas o regulaciones declaradas. En este último, es el desarrollo de esta norma el que tiene cierta trascendencia, por lo que se propone un estudio unificado de los mismos, aunque existen ciertas doctrinas que los separan (Guerrero, 2020, p.243).

Según el juriconsulto Betegón (1997, pp. 277-278) señaló que, dentro de esta norma, no parece difícil poder buscar una solución a las antinomias que son presentados entre estas dos leyes que son emitidas en dos espacios de tiempos distintos, ya que siempre será la ley actual la escogida, pero habrá casos en lo que esto variara, todo esto se escogerá entre poder determinar la validez de dicha ley o derogación, siendo esta la solución más rápida, siendo en este caso que la incompatibilidad se encontrara de forma expresa, mientras que una simple incompatibilidad en la especificación dejará de aplicarse en la derogación implícita. La derogatoria se propone como una forma de eliminar normas jurídicas que se presentan como incompatibles.

El problema surge en que si usamos la derogación en cualquier caso donde encontremos una antinomia en leyes publicadas en diferentes espacios de tiempo, siempre se derogará la más antigua, por lo que será inválida; sin embargo, hay muchas críticas en cuanto a derogación tácita en casos presentados de una antinomia total- total o total- parcial, cuando la ley precedente viene hacer una ley general o una norma con el más alto rango normativo.

2.2.1.4.2. Criterios relacionados con la aplicabilidad (antinomias auténticas).

A. Criterio jerárquico.

En este criterio en mención, la aplicación en los casos se hará siguiendo los mismos parámetros que se establecieron en párrafos anteriores cuando estemos frente a una antinomia autentica, entonces comprenderemos que los casos que se suscitaron fueron por la existencia de una antinomia entre dos leyes de distintas

jerarquías normativas, estas se aplicaran a la ley que tiene un rango mayor declarándose invalida de mayor jerarquía como lo establece Kelsen (c.p. Guerrero, 2020, p.243).

B. Criterio cronológico.

En el caso de una antinomia total-parcial, la ley posterior se convierte en una ley general, o en el caso de una antinomia parcial-parcial, no vemos en la necesidad de derogar la ley anterior, ya que también será válida.

Como se ha señalado en los puntos anteriores, el criterio cronológico da preferencia a las leyes más recientes, por lo que, en caso de conflicto, se dará prioridad a la ley más reciente (Guerrero, 2020, p.244).

C. Criterio de especialidad.

Asimismo, los criterios de especialidad que se utilizaron para las antinomias total- parcial son expresados como en su locución latina como *lex specialis abolition generali*, donde es superior a una norma especial o específica, lo que significa que en caso de un conflicto entre las leyes y entre las dos normas, se elegirá la norma especial, entre otras cosas, nos dice que la norma específica necesita ser incluida en la norma general, e incluso en algunos casos, la norma específica puede ser considerada como regla general (Guerrero, 2020, p.246).

Cabe señalar que para aplicar una norma se debe establecer claramente que existe una conexión específica entre las dos normas en cuestión, es decir, que la norma específica debe estar incluida en el alcance de la norma general. Pero no se puede aplicar al revés. Entonces podemos decir que este criterio es el único que resuelve la antinomia total-parcial (Guerrero, 2020, p.246).

Esto se debe a que no es correcto utilizar el concepto de derogación (salvo que las disposiciones posteriores sean más generales) en situaciones en las que incluso se trate de normas dictadas en momentos diferentes o cuando se trate de normas que han estado en vigor y la contradicción se considera verdadero. En tales casos el término *derogat* sera la desviación que determina la aplicación de una ley más específica.

Entonces, como se dijo, el estándar de especialización sólo puede ser utilizado como solución a situaciones en las que surge una antinomia total parcial. He de manifestar que la derogatoria no es la solución posible y más adecuada al mencionado conflicto, cualquiera que sea el momento de la adopción del estatuto; esto se debe a que las normas se considerarán iguales y por lo tanto ambas serán válidas y la aplicación de este criterio es más específica. La especificación de rango prevalecerá sobre la especificación general (Guerrero, 2020, p. 246).

Cabe considerar, que para que este criterio es necesario aplicar la existencia de una antinomia total – parcial, un ejemplo claro de ello encontraremos en el siguiente: Tenemos reglas de tránsito donde todos los peatones y vehículos de la tripulación deben detenerse cuando la luz roja cambia y avanzar cuando la luz roja cambia a verde, pero ahora nuevamente hay una ley que prohíbe que los vehículos civiles se estacionen cerca de las estaciones militares. Aquí si existe un conflicto de normas entre las reglas de tránsito (general) y las reglas militares (específicas), que establecen que está prohibido estacionar automóviles en una zona militar, la aplicación de la última regla conducirá a la violación de la primera regla, porque vamos a imaginarnos que hay semáforos en un ambiente militar, los civiles naturalmente no pueden parar, violando así una norma específica, entonces muchos funcionarios judiciales decidieron usar este estándar profesional, prefiriendo la última norma o una ley específica, porque si comparamos estas dos reglas, encontraremos que este último está en las regiones militares y son más limitadas (Alchourrón, 1981, p. 133).

Desde el punto de vista lógico – formal, consideraremos a la antinomia total-parcial como la relación que servirá de inclusión o de especialidad, teniendo como ejemplo al reglamento de tránsito y las determinadas zonas de militares, entendiendo que estas últimas son de espacios limitados que tienen comparación con las leyes de tránsito de las cuales son aplicables a nivel nacional, encontrándose así con leyes de especialidades impropias, que servirán para determinados sujetos y sea aplicado en su ámbito.

D. Criterio de prevalencia.

En este apartado, comentaremos acerca del criterio que establece las leyes en caso de alguna existencia de contradicción entre dos leyes que han sido emitidas por dos entidades distintas, a ello se encuentra denominado como competencias concurrentes o una forma donde dos normas han sido emitidas de forma general por dos instituciones que tienen competencias pero que estas serán incompatibles, en este caso se elegirá la ley que fue emitida por algunos de estas instituciones (Guerrero, 2020, p. 243)

Teniendo como ejemplo un caso, donde exista contradicción entre una ley por un Estado central y otros reglamentos que han sido emitidos por las poblaciones autónomas de la selva central, en estos casos con normalidad se preferirá la norma del Estado, debido que será señalado que este criterio tendrá una semejanza con el criterio de su jerarquía, determinándose la importancia de un rango superior que ostentara que las leyes que fueron emitidas fue por el Estado central, la diferencia radicara en el hecho de que el criterio de la jerarquía determinara la validez de las leyes con una menor jerarquía, mientras que en este criterio no se invalidara la ley de menor jerarquía que fue emitida por la población autónoma.

En conclusión, veremos que ambos órganos que emiten las leyes tanto el Estado central como las poblaciones que son autónomas están en la facultad para emitir normas, estas normatividades serán consideradas como auténticas, debiendo ser considerada a la competencia como válida y no solo como una apariencia.

2.2.1.4.3. Antinomias de segundo grado.

Si bien es cierto, en algunas ocasiones la doctrina ha manifestado que los criterios que se desarrollan no siempre son autosuficientes para que exista una solución a las antinomias las cuales serán presentadas en un sistema legal, incluso en algunas ocasiones estas serán consideradas con poca probabilidad de solución y se puede manifestar de la siguiente manera (Abbott, 2018, p. 178):

- Por ejemplo, en muchas situaciones suscitan que la determinación de estos criterios a desarrollar no podría aplicarse, como cuando exista una presencia de la existencia de una antinomia legal entre dos leyes que fueron emitidas por una misma institución que tengan el mismo rango de ley, y no sea ostentado ningún tipo de especialidad para relacionarse entre ellas mismas.

- De este modo también podrá causar en los casos previstos la solución para resolver la antinomia que se aplicara más de un solo criterio de solución, a consecuencia de esto, se tendrá diversas soluciones, como ejemplo, podrá suscitarse la antinomia entre dos leyes donde una será antes que la otra, pero la anterior será la general y la actual será específica o pueda que la ley específica no pueda dominarse.

Para comprender mejor el surgimiento de tal situación, la regla general debe tratar de resolver la situación de forma jerárquica, en otras palabras, debe tratar de resolver las diferencias entre los criterios desarrollados. Aunque es posible que en la mayoría de los casos donde encontramos antinomias, estemos ante una situación en la que estamos debatiendo la validez o invalidez de una regla en conflicto, y entonces el criterio se utilizará universalmente para determinar la validez de la regla (Henríquez, 2013, p.471).

En este ejemplo, observaremos la validez de dos leyes que fueron emitidas por instituciones poderosas e ineficaces, en la que se observará la medida de la competencia, pues su resultado será que la ley que fue emitida por una institución incompetente que no ostenta por ningún tipo de validez legal, sin importar la ley que fue emitida de forma posterior o con relación de especialidad con la primera ley.

Este último ocurre solo cuando una de las dos leyes en consideración tiene un estándar moral más alto que el otro (si se establece de manera clara y sin ambigüedades que se aplica una posterior de bajo poder tendrá validez sin darle importancia a los posterior anterior o especial), decimos fuera de ello que la situación no puede ser conocida.

En el caso de un conflicto práctico entre los criterios de especialidad y cronología, ya que, esta puede surgir cuando hay una oposición entre los dos casos, en cuyo caso una práctica común conduce a una verdad que se manifiesta en los diferentes casos, tenemos nuestros propios pensamientos. Saliendo de contexto, se notó que el criterio de especialidad prevalecerá sobre un criterio cronológico, pero claro todo ello dependerá de la situación y del tipo de dispositivo legal.

Además, independientemente de que encontremos normas específicas anteriores a normas generales (antinomia parcial total), más normas cronológicas serán más coherentes, lo que significa que las tendremos anteriores en normas que remiten a normas más especializadas. La norma es la más específica, luego normas posteriores o más vigentes serán la norma general. Pero estipula que las normas más específicas o anteriores serán canceladas por defecto, porque creará diversas contradicciones al ordenamiento jurídico jerárquico, que, en nuestro ordenamiento jurídico, en fin, las normas aplicables deben ser normas posteriores o normas en absoluto, independientemente dejando de lado los criterios de especialización a un lado (Henríquez, 2013, p. 472).

Por lo tanto, los estándares desarrollados no deben ser considerados como el único medio para solucionar los conflictos o inconsistencias encontradas entre las normas, pues su aplicación no siempre los resuelve, sino que en algunos casos es necesario estudiar cada caso individual en un método específico y análisis profundo, porque es necesario determinar la validez de la norma, y más importante, porque invalidar una norma y cancelarla son dos acciones diferentes, porque cuando una norma es inválida, algunos la reconocen como nula y si revoco la especificación no tendría ningún efecto, por ejemplo, si una especificación hubiera sido emitida por una autoridad incompetente, la otra sería declarada completamente inválida. (Betegón, 1997, p. 282).

Entonces se puede decir que en algunos casos cuando encontramos antinomias en casos prácticos, no siempre se usa un criterio para resolverlas, sino que podemos usar diferentes criterios, por ejemplo, usar el criterio cronológico en dar prioridad en lugar del ejemplo cronológico con el criterio como se afirma en él lo profesional o no, muchas veces la doctrina sugiere que se opte por el criterio profesional, pero si utilizamos otros criterios, como el grado de norma, a veces se debe preferir el criterio cronológico para resolver las contradicciones.

2.2.1.5. Principios para solucionar la antinomia.

Al igual que ocurre con la determinación de los criterios de resolución, el estatuto vigente también establece ciertos principios de determinación para resolver los conflictos o inconsistencias normativas en nuestras leyes, tal como se describe en la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. No. 047-2004-AI tal cual. /TC):

2.2.1.5.1. Principio de plazo de validez.

El principio del período de validez establece que todas las leyes son válidas hasta que sean revocadas o modificadas por otra ley del mismo nivel o superior, a menos que la última ley especifique un período para que la primera norma permanezca en vigor (Tribunal Constitucional, 2004, párrafo 54).

Un ejemplo notable es el Código Penal del 2004, que determinó que su entrada en vigor será gradual, a partir de 2006. Esto significa que el Código Penal anterior a dicho Código Penal sigue vigente después de la aprobación de esta Ley de modificación y derogación de diversos articulados, y así tenemos que las diversas leyes se aplicaran en dicha forma.

Caso contrario también se suscita que una ley que deja de tener validez o valor legal por alguna sentencia constitucional que determinó su incompatibilidad con la Constitución.

Finalmente, este principio se encuentra plasmado dentro del articulado 103 de nuestra Carta Magna y dentro de su artículo 1 del Título Preliminar del ordenamiento jurídico Civil peruano actual, donde se establece que “la ley solo puede ser derogada por otra ley”.

2.2.1.5.2. Principio de posterioridad.

La Carta Magna en su articulado 103 dentro de su artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil peruano se puede afirmar que; "las derogaciones se produjeron por declaración expresa porque la nueva ley estaba en conflicto con la anterior, o cuando la cuestión de la primera estaba enteramente regulada por la anterior", señalaron el efecto retroactivo de la ley, si hubiese existido que si había un conflicto entre dos normas (uno viene antes que el otro), el primero será reemplazado por la publicación de la segunda norma, es decir si encontramos que dos normas tienen el mismo nivel de regla estándar, pero tienen reglas en conflicto,

tendrán prioridad al considerar a las normas recientes en aquel momento, mientras que las otras leyes anteriores serán reemplazadas.

2.2.1.5.3. Principio de especificidad.

Dentro de este orden de ideas, en nuestra Constitución Política en su inciso 8 articulado 139 se establece lo siguiente que, para aplicar la ley general tiene que realizarse con el fin de evitar o admitir vacíos que contengan deficiencias de algunas normativas en específica, también esto lo referenciamos dentro del articulado 9 del Título Preliminar del Código Civil que nos menciona que; “Las normas en el ordenamiento jurídico civil se aplicaran supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”, también se hace referencia al aplicar la norma general cuando se determina la existencia de alguna laguna normativa en disposición específica.

En este apartado, tocaremos a un principio que cuya base fundamental comenta sobre las preferencias a las que se otorga las leyes de carácter especial y general, queriendo esto decir que cuando hallemos dos leyes de semejante jerarquía legislativa que presenten incompatibilidad entre ellas, pero que están mantengan una relación en un ámbito general y específico (o en que a la situación suscitada se aplique la ley de un aspecto general y la otra específica), en algunos casos este principio establece que la ley es restringida o específica que prima sobre la ley más general.

Finalmente, podremos decir que este principio establece reglamentos para aplicar leyes más actuales que la posterior y no derogue la ley especial o anterior a ella.

2.2.1.5.4. Principio de favorabilidad.

Este principio solo se aplica dentro del campo del derecho penal, en concordancia a que el articulado 103 de la Carta Magna menciona que solo se aplica en los casos que al reo le favorezca.

Dentro del ámbito laboral también se aplica este principio, puesto que si existe incompatibilidad entre las normas se elegirá la que más convenga al trabajador.

2.2.1.5.5. Principio de envío.

Este principio determina que en el caso que no tenga disposición que determine la resolución de un hecho por una falta legal, se establecerá que este dispositivo legal puede tomar acción con otro dispositivo para la resolver el tema en el que se encuentra tal situación.

Es por ello, que este principio solo se aplicara en el caso que la ley permita de manera expresa poder sanear la falta con otro dispositivo normativo.

2.2.1.5.6. Principio de subsidiariedad.

El principio de subsidiariedad de las normas se refiere a la entrada temporal de una ley en el sistema regulatorio, que entra en vigencia con otra norma, y no siempre es un período regulatorio.

2.2.1.5.7. Principio de complementariedad.

Este principio se establece a raíz que cuando susciten casos en los que una ley será presentada para dar solución una situación de forma parcial, podrá ser parte del complemento una con otra, todo ello con la finalidad de que el ordenamiento jurídico sea protegido en una manera total, un claro ejemplo lo hallamos en el caso de la norma que tiene su propia regla.

2.2.1.5.8. Principio de suplementariedad.

Este principio de suplementariedad instituye que cuando los hechos donde las leyes por sí solas resultan insuficientes, requerirán de otras normas como apoyo; en cierto casos las leyes sirven como un apoyo no derogan ni eliminan su validez de la ley principal, ello al margen que lo establece el articulado 25 de la Carta Magna donde se señaló con respecto a la jornada laboral, en este apartado establece que los trabajadores deben de trabajar 8 horas diarias o en su defecto 48 horas semanales, reiterando que también se señala que la misma puede disminuir si existiera algún convenio con el empleado y trabajador o por la misma norma que regule el trabajo en lo que esta prestado su servicio.

2.2.1.5.9. Principio de ultraactividad expresa.

Los juristas determinaron que dentro de estos principios los operadores legislativos podrán aplicar una ley que haya sido nula o en su defecto cuando esta vuelve a establecerse como vigente de una ley que ya no contaba con validez en la actualidad.

Esta misma la encontramos regulada dentro del articulado I del Título Preliminar del ordenamiento jurídico civil peruano.

2.2.1.5.10. Principio de competencia excluyente.

En este apartado, es muy importante saber que este principio está estableciendo la posibilidad de que ciertos órganos competentes emitan su regulación legislativa para su aplicación única y exclusiva dentro del órgano que está sujeto a las facultades ya establecidas de una forma expresa en la Carta Magna o dentro de ella o de alguna ley orgánica que pueda regular dicha ley de forma válida.

2.2.1.6. Colisiones entre principios.

Por lo que podemos ver, en la doctrina jurídica encontramos precedentes correspondientes de antinomias, así como peculiares conflictos de difícil resolución sobre qué norma o principio se debe aplicar, pues, encontrando que existe un conflicto entre principios, aplicar los conflictos, debemos entender, que contaremos con propiedades jurídicas sumamente importantes, como son los derechos fundamentales, valores y propiedades de los partes protegidos por nuestra Carta Magna (Carbonell, 2003, p. 390).

Aunado a esto, cabe recalcar que el sistema constitucional moderno tiene mayores ventajas y prioridades que otros sistemas jurídicos, pues contiene disposiciones materiales como personas (ciudadanos y no ciudadanos), derechos fundamentales de los ciudadanos), valores sociales, derechos hereditarios. características, etc. Muchas de ellas están reguladas de manera general, o en algunos casos de manera abstracta, lo que suele generar cierta confusión sobre el significado de la norma (Carbonell, 2003, p. 391).

Esta situación plantea la importancia de la intervención constitucional durante la existencia de conflictos jurídicos, por graves o triviales que sean. Este punto de vista se ha observado en el marco del razonamiento jurídico, de manera que todos los tribunales optan por un criterio único, coherente y justificado para la resolución de los conflictos planteados.

Un claro ejemplo donde surge un conflicto es la regulación de la libertad de expresión es el derecho a la información y/o intimidad de las personas, en ese caso podemos tomar un ejemplo del periodista amarillo y demostrar que se dedican a

exponer los asuntos públicos y escándalos personalidades (congresistas, políticos, presentadores de televisión, cantantes, etc.); aquí podemos decir que se protegerá el derecho a la libertad de expresión e información de los periodistas, pero también podemos ver que cuando los periodistas utilizan, al hacerlo, viola la privacidad e intimidad de quienes expuso. La sociedad y nuestra constitución lo permiten, lo que lleva a la necesidad de ciertas prohibiciones.

En conclusión, entre ambas leyes hallamos que existe cierta incompatibilidad con fundamentos constitucionales. Es ahí donde encontraremos conflictos en este ámbito, pero para dar solución a estas pretensiones no podría usarse los criterios de la antinomia si no requeriré un tratamiento más específico (Prieto, 2002, p. 100).

2.2.1.6.1. La concepción estándar de los conflictos constitucionales.

En esta doctrina, los conflictos que se suscitan en el ámbito constitucional y los conflictos que se suscitan fuera del ámbito constitucional, o llamados antinomias tradicionales, no pueden ser considerados lo mismo, porque sus elementos son completamente diferentes, porque son diferentes: el conflicto, la estructura mismo y el mecanismo de resolución propuesto para cada conflicto. (Prieto, 2002, p. 98).

A. Elementos que ingresan a colisión

Por ejemplo, una distinción clara es que el conflicto entre dos normas en antinomia surge sobre la base de las reglas que proporcionan, mientras que en los conflictos constitucionales el conflicto se trata principalmente de derechos constitucionales, valores y leyes de propiedad constitucionalmente protegidas con exclusión entre otros (Prieto, 2002, p. 101).

B. Estructura del conflicto.

En cuanto a la estructura del conflicto, argumentamos que el uso de opuestos genera incompatibilidad, mientras que el conflicto constitucional no tiene cabida para la incompatibilidad o las preocupaciones simultáneas (Prieto, 2002, p. 102).

C. Criterios para resolver.

Como se mencionó anteriormente, los criterios para la resolución de conflictos incluyen principalmente el carácter, la capacidad, la especialidad, el

orden cronológico, etc, que muchas veces dan lugar a conflictos que surgen en el marco de la Constitución y no pueden ser resueltos de manera efectiva. Por lo tanto, para resolver estos últimos conflictos, derechos, valores, bienes en conflicto ponderación, etc., utilizando la misma jerarquía constitucional (Sanchís, 2002, p. 100).

Analizando los criterios para la resolución de antinomias, cabe destacar que existe una regla general que establece que, si el elemento de conflicto surge de un principio, y no de una norma se debe determinar la estructura causal del elemento del conflicto. Esto se debe a que el tratamiento que recibirá depende de su estructura legislativa (Sanchís, 2002, p. 106).

Aunado a esto, cabe recalcar que en el campo de la doctrina siempre hay diferentes opiniones sobre un mismo tema de desarrollo, pero no se convierte en un conflicto, más uniformidad crea la necesidad de poder resolver el conflicto, porque ayuda nosotros para discutir ideas sobre temas en conflicto y además introducir información relevante sobre el tema, que es necesaria para aplicar las cláusulas en situaciones específicas. Entre los informes que destacan esta importancia, tenemos dos que destacan sobre el resto:

- **En primer lugar,** Tenemos todo tipo de dogmáticos constitucionales que creen que los conflictos que surgen son sólo aparentes porque realmente no existe un conflicto real o una inconsistencia entre los derechos o intereses constitucionales; delimitación, porque si hubiera límites entre ellos, entonces no habría conflicto. Este elemento solo se puede utilizar en casos en los que nos encontramos ante un conflicto claro, ya que uno de los elementos está necesariamente relacionado, y cuando esto sucede, se vuelve necesario utilizar los pesos de la norma y donde determinamos el peso de cada derecho en las limitaciones del conflicto, porque la ponderación se utiliza en la práctica para delimitar los ámbitos en los que se ejercen los derechos, no para resolver conflictos normativos. En otras palabras, cada derecho protegido también está delimitado por ciertos límites claros y específicos, por lo que el proceso de resolución de conflictos muchas veces determina que solo se puede ejercer uno de los derechos o beneficios (Sanchís, 2002, p. 101).

- Para una mejor comprensión, podemos recordar el ejemplo de una periodista, por un lado, tendremos la declaración de la periodista y por otro lado estará el mismo intento de dañar el honor público de una persona; en este caso podemos encontrar que hay dos derechos en conflicto, uno es informar y juzgar si está cubierto por el derecho a la libertad de expresión. Los únicos derechos a ejercer son el derecho de la víctima a la dignidad, la intimidad; pero si el discurso mismo no afecta efectivamente la reputación de la persona interesada, los derechos antes mencionados serán excluidos y comparados con la libertad de expresión y los derechos de información de los periodistas.
- Entonces, con respecto a la primera hipótesis planteada, tenemos reclamos basados en los derechos fundamentales a saber y la libertad de expresión que no están constitucionalmente protegidos si perjudican a otros, pero si nuestros reclamos son contra el derecho a la reputación, no se ven amenazados cuando él se revela información sobre si uno está en la imagen pública, en cuyo caso deberíamos estar en un conflicto obvio. Finalmente, es importante señalar que, para obtener este tipo de visión dogmática y normativa, la forma de solucionar este conflicto es que debe tener una teoría normativa integral que explique los límites en los que existe cada bien o derechos Constitucionales, considerando la conexión y armonía que debe existir entre ellos.
- **En segundo lugar**, nosotros queremos la posición opuesta, donde los dogmáticos señalan que los conflictos que surgen son completamente reales y que también se cuestionan las estructuras y métodos de resolución de estos conflictos, porque se cree que no son imposibles, pueden ser lo mismo. cómo su uso de desarrollo de antinomias donde surgen conflictos entre reglas normativas. En otras palabras, continúa que las estructuras y métodos de resolución de los conflictos constitucionales se asemejarán a antinomias. Agrega además que, si bien creemos que el supuesto es suficiente, no existe una conexión conceptual entre los enfoques para resolver los conflictos constitucionales (Sanchís, 2002, p. 108).

- Esto quiere decir que los conflictos que se encuentran en los elementos no siempre son de principios, ni de reglas, tampoco de conflictos concretos y/o abstractos, lo que significa que los conflictos son puramente lógicos e inconsistentes en el sistema normativo. La posición anterior se justifica más por el hecho de que no tiene sentido afirmar que el único mecanismo para resolver los conflictos constitucionales es la ponderación.

2.2.1.6.2. Reglas y principios.

Esta doctrina afirma que el concepto central de conflicto constitucional consiste en elementos normativos considerados como principios en lugar de reglas como en las antinomias. Por ello, popularmente, estas dos categorías normativas son ampliamente aceptadas, especialmente por destacados juristas como Ronald Dworkin y Robert Alexy. En primer lugar tenemos a Dworkin, quien señala que la principal diferencia que existe es que las reglas son condiciones definidas en una especificación que la aplica de manera cerrada, por lo que existe un sistema de aplicación llamado todo o nada o cuando se trata de lo establecido y se cumplan ciertas condiciones favorables, entonces se aplica la regla y se soluciona el problema, o en algunos casos no se dará la regla porque las condiciones no deben aplicarse a una situación particular, por otro lado, los principios exigen la aplicación de las condiciones abiertamente y tienen dimensiones que sirven de base para la solución del problema de manera que si bien no son determinantes, pueden surgir situaciones que demuestren lo contrario sobre la razón de ser y la causa de la situación en la que surge el conflicto, el equilibrio que existe entre ellos (Bayón, 1991, p. 359).

Sin embargo, a pesar de mucho de los acuerdos, la nueva distinción entre principios y reglas aún no está unificada. Desde otro punto de vista, la diferencia entre ellos se basa, por supuesto, en su estructura, en la naturaleza progresiva de su diferencia. Sin embargo, la disputa es si estas normas fijan en las condiciones cerradas de uso y si su prestación es óptima. Además, un gran número de juristas señalaron que la regla de excepción tiene esto porque las condiciones tienen una aplicabilidad abierta en la conceptualización del principio, por lo que, si son progresivas, significa que la regla también tendrá una aplicabilidad abierta (Bayón, 1991, p. 359).

En el marco de la demarcación, también se proponen diversos criterios que muestran las diferencias entre principios y normas, que no siempre tienen una base común. Así, además del argumento de Dworkin de que las condiciones abiertas de aplicación se refieren a principios y las cerradas a reglas, hay otros que creen que las reglas no son más que normas hipotéticas.

En segundo lugar, está el criterio dado por Alexy, quien dice que estos principios son los mandatos establecidos en nuestros estatutos mayores, los cuales crean obligaciones para su implementación y deben de optimizarse dentro de los límites de las posibilidades que se pueden dar en las circunstancias de hecho y de derecho en una categoría porque los abogados difieren ampliamente en los elementos por los cuales se clasifican los principios. En conclusión, la distinción entre principios y reglas es difícil no solo en un sentido fundamental, ya que la mayoría de los abogados califican los principios y sus elementos como parte del problema (c.p. Bayón, 1991, p. 362).

De las posiciones encontradas en la doctrina, se desprende que no existe una distinción amistosa entre los juristas en cuanto a principios y reglas, pues el debate debe determinar qué calificaciones tiene cada uno para esta categoría, si la cuestión está en su estructura o si la diferenciación es gradual, especialmente cuando las reglas se caracterizan por condiciones cerradas y determinadas. (Bayón, 1991, p. 362).

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, las posiciones de la mayoría de la doctrina han confirmado que las bases fundamentales existentes en los conflictos constitucionales son los derechos fundamentales, valores, bienes, etc., los cuales están protegidos por la Constitución. Por ello, algunos dogmáticos creen que la diferencia entre principios y reglas se basa en que los principios tienen condiciones abiertas para su aplicación y brindan soluciones más precisas a sus soluciones basadas en la imposición de restricciones al ejercicio de los derechos mientras que la regla determina condiciones cerradas de su aplicación, cuyas consecuencias se limitan a casos específicos donde el principio no tiene término medio (Bayón, 1991, p. 362).

2.2.1.6.3. Estructura de los conflictos entre principios.

Como se mencionó anteriormente, una de las principales diferencias entre principios y antinomias es su estructura. Por ejemplo, las antinomias surgen de la inconsistencia y el desacuerdo de los sistemas normativos, a diferencia de los principios en los que el conflicto surge de la falta de restricciones.

Por ejemplo, las antinomias van a aparecer por la inconsistencia e incoherencias que existe dentro del sistema normativo, que a diferencia de los principios el conflicto se presenta debido a la falta de limitaciones (Atienza & Manero, 2000, p. 148).

Cabe recalcar que los juristas y teóricos señalan que la estructura de los principios son muy diferente a la estructura de las antinomias (reglas), pues como ya se mencionó anteriormente, las antinomias tendrán que existir en el marco del ordenamiento jurídico por inconsistencias, idéntico a las reglas que conducen al descubrimiento de contradicciones entre las normas que rigen una misma situación jurídica, y en este caso la situación empírica se trata de la resolución de las contradicciones planteadas en la justificación formal de las normas (Atienza & Manero, 2000, p. 148).

Esto es muy diferente a los conflictos que surgen entre principios, donde no encontraremos una inconsistencia normativa entre principios, porque estos conflictos surgen en circunstancias específicas y no por deficiencias en la norma que los rige, excepto que ambas no pueden aplicarse a la misma norma, porque la aplicación de una causaría daño o perjuicio a la otra. Como se mencionó en los ejemplos de la libertad de expresión y el derecho al honor, vemos que no existe contradicción entre estos dos derechos, sino que ambos regulan diferentes habilidades y comportamientos autónomos, ya que su aplicación en situaciones o normas que no entran en conflicto sin causar inconvenientes, pero en ocasiones se presentan circunstancias reales, lo que indica la necesidad de la aplicación conjunta de ambos derechos, por lo que al introducir y aplicar el método de ponderación, no se puede pretender delimitar y determinar un derecho que se aplica a un determinado caso, pero este no determina la invalidez del otro como antinomia. (Rodríguez, 2002, pp. 99-100).

Entonces podemos decir que el conflicto en sí surge por circunstancias surgidas de los hechos reales, y no directamente por errores en el ordenamiento jurídico que lo regula. Bueno, las normas constitucionales son consistentes, pero por ciertas circunstancias no satisfacen a las personas que están en conflicto al mismo tiempo.

Asimismo, el jurisconsulto Marcus (1980, p. 123) señala que, desde su criterio que también hay un error en este punto, de hecho, que se asumiría que los conflictos no surgen dentro de las normas, sino que surgen en el campo de la experiencia donde existe una norma que no se pueden detectar inconsistencias, pero esto no garantiza que no surjan contradicciones en el sistema de normas constitucionales.

También por eso, cuando hablamos directamente de conflicto, asumiremos que hay un conflicto entre dos normas, que genera conflicto en el campo de la experiencia, no por inconsistencias en las propias normas internas, sistema legal. Entonces podemos aceptar sistemas en los que surgen situaciones de conflicto en el dominio empírico, lo que nos permite comprender que no siempre existe una coherencia lógica en el dominio normativo que garantice que no surgirá el conflicto.

Por otro lado, podemos decir que, si bien los principios utilizados son consistentes, las cuestiones lógicas y no empíricas también pueden causar conflicto, como hemos visto con el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor y los derechos. La privacidad personal, a partir de la investigación general, no parece haber ningún tipo de compatibilidad entre ambos, ya que sus reglas son diferentes y únicas; La necesidad de adoptar ciertas prohibiciones y permisos para el ejercicio de estos derechos (Martínez, 2011, p. 730).

En general, podemos decir que la acción o conducta de un solo individuo puede resultar en la aplicación de dos o más normas, las mismas normas deben ser calificadas moralmente, generándose así conflictos normativos en la lógica de aplicación; Las llamadas circunstancias de antinomia contextual definen las condiciones en las que las normas caen dentro del dominio de la práctica y cualquier tipo de conflicto surge en el dominio constitucional.

2.2.1.6.4. El mecanismo de la ponderación.

Como se mencionó anteriormente, los mecanismos de resolución de conflictos entre normas constitucionales no pueden acogerse a los criterios y principios de resolución de conflictos de antinomia, porque la resolución de antinomia conduce a la declaración de nulidad de normas cuya aplicación entra en conflicto con otras, el hecho de que las normas de la jerarquía constitucional no puede surgir, por lo que el mecanismo de ponderación se convierte en el más adecuado, solo define el límite de la norma de tal manera que puede aplicarse solo a un caso específico dentro de ella, es decir, por ejemplo, cuando encontramos un nivel superior de norma con otro estándar de nivel superior. Si hay contradicciones entre las especificaciones de nivel inferior, si se utiliza un estándar de nivel, la especificación de nivel más bajo tendrá que ser inválida. se determina a menos que nos encontremos en casos excepcionales, como la antinomia total-parcial, y se aplican criterios especiales, donde las reglas generales de rango superior no se invalidan, pero las reglas más específicas se aplican solo a casos específicos (Mendonca, 2000, p. 56).

Bien en este apartado señalaremos los criterios más recurrentes para la solución de antinomias y que estas no pueden ser usadas para resolver conflictos constitucionales debido a lo siguiente:

- a) Dado que estamos en conflicto dentro de la jerarquía constitucional, no es posible usar el criterio jerárquico porque estos dos estatutos ocuparán el primer lugar entre todos, ni podemos usar el criterio cronológico porque tienen una jerarquía constitucional. Donde los derechos no pueden ser cancelados porque fueron emitidos antes o después (Mendonca, 2000, p. 57).
- b) Tampoco podemos utilizar la norma de profesiones, porque no es la más adecuada y no se resuelve el conflicto, salvo que se trata de dar certidumbre a la situación, además, el principio no tiene por finalidad reconocer la invalidez de las normas constitucional, pero para determinar entre los que utilizan los límites, y determinar cuál de ellos no causará daño en su aplicación (Mendonca, 2000, p. 57).

En conclusión, se puede decir que el criterio de resolver los conflictos de antinomias no es suficiente para resolver los conflictos que se suscitan entre principios o normas constitucionales, pues no puede aplicarse la jerarquía, la cronología, la especificidad o las excepciones entre principios, por qué se considera el mejor mecanismo.

Finalmente, hay que hacer una cierta distinción entre las escalas y sus dimensiones. Primero, tenemos el aspecto conceptual, lo que significa una comprensión concreta de los principios en conflicto y el significado de los conceptos asociados con ellos. En segundo lugar, tenemos el aspecto normativo, que analiza las reglas, normas y lineamientos que son importantes para su correcta aplicación (Mendonca, 2000, p. 57).

2.2.1.7. La antinomia dentro de la jurisprudencia.

En la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil Transitoria de Lima, Exp no. 1915-2017 se consideró a la antinomia como:

Una incompatibilidad legal, es decir, que al acreditarse de situaciones en las que dos o más leyes tengan similar objeto prescriben de situaciones en las normas tengan similitud de objetos que prescriban soluciones que no sean compatibles entre ellas, de tal forma que tal incumplimiento o aplicación de una de ellas implicará la violación de otra, ya que esta aplicación será simultanea donde ambas normas resultan imposibles.

De hecho el concepto que se pueda determinar de la antinomia dentro de este ámbito jurisprudencial se comprenderá como una incompatibilidad que existe entre leyes, la cual se originara debido a la aplicación simultanea de dos leyes que se contradicen entre ellas, que también serán denominadas como un síndrome de incompatibilidad, siendo esta necesaria para su aplicación simultanea de dos leyes de contradicción, siendo esto necesaria para ser aplicada en cada uno de los criterios para poder dar solución a los conflictos legales, para determinar su validez de una de las leyes, así como profesar o incentivar la coherencia que existe entras dichas leyes que conformar el ordenamiento jurídico; siendo esto también preciso hacer usos de estos principios de competencia, jerarquía, y especialidad.

Aunado a lo anterior, tenemos a nuestra disposición el fallo emitido por el Tribunal Constitucional No. 047-2004-AI/TC que indica que la clasificación de las antinomias y los principios que deben emplearse para resolver estas contradicciones, así como los criterios de averiguación que efectivamente existe una contradicción entre dos especificaciones, indicaremos los criterios:

- Se necesita que las leyes que son incompatibles pertenezcan a un mismo ordenamiento jurídico, o si se encuentran en diferentes ordenamientos van a requerir que las mismas tengan una relación de especialidad, subordinación o coordinación (como se suscita cuando se presenta el síndrome de incompatibilidad entre una ley nacional con algún reglamento.
- Exigir que las leyes hasta ahora en conflicto tengan vigencia en el ordenamiento jurídico, en un período de tiempo más corto (debe ser válido al mismo tiempo), a escala espacial (intentando que estas leyes sean adecuadas, regionales, locales, nacionales o internacional, por ejemplo, que no debe haber contradicción entre dos ordenanzas municipales, una de las cuales prohíbe la venta de pirotecnia en el distrito de San Martín de Porres, mientras que la otra establece que se permite la venta de pirotecnia (pirotecnia en Puente Piedra) , en el ámbito de mí, porque en ocasiones se otorgan las normas en forma de particulares (ciudadanos, funcionarios públicos, extranjeros, menores, etc.).
- Se solicita que las leyes no se encuentren dentro de la misma categoría legislativa, deben de ser equivalente.

Como limitación se puede señalar que en la jurisprudencia existe una consistencia entre normas que es necesaria para la existencia de antinomias jurídicas, y el sentido deóntico la contradice, aun cuando encontramos que las normas son esencialmente y solo ha constatado la existencia de semejanzas normativas, lo cual es comprensible si recordamos que las antinomias preceden a dos normas destinadas a resolver o determinar conductas adecuadas en hechos que en última instancia son contradictorios, por lo que muchas veces encontramos que las reglas son esenciales.

Siguiendo el mismo lineamiento, tenemos a lo emitido por la Sala Penal de Lima de la Corte Superior de Justicia del Perú en la Casación Nro. 250-2018 donde se manifiesta: “(...) la antinomia jurídica tiene que ser resuelta en base a tres criterios: (i) especialidad, (ii) temporalidad y (iii) con las técnicas de resolución de conflictos normativos que establece el derecho penal.

En esta casación podemos ver que se ha reiterado los tres criterios de resolución de antinomias desarrollados en el presente trabajo, los cuales son los criterios de especialidad, cronológica y las específicas para cada materia.

2.2.2. Artículo 345° del Código Civil y artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes.

2.2.2.1. El artículo 345° del Código Civil peruano.

2.2.2.1.1. El matrimonio.

El matrimonio es considerado uno de los institutos naturales y fundamentales más antiguos de la sociedad, por esto, hoy en día se ha convertido en trascendental para el Estado y para el Derecho, pues, la carta suprema, en el artículo 4° establece que, la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, a la familia y promueven con especial énfasis el matrimonio, ya que gracias a la configuración de esta última la familia se consolida y adquiere determinados beneficios y privilegios que el legislador peruano ha previsto para los casados.

Básicamente, se encuentra regulado dentro del Derecho de familia y es entendido como aquel acto jurídico celebrado entre dos personas de sexos opuestos, quienes al no estar impedidos para contraerla deciden hacer vida en común, es decir, procrear, convivir, alimentar a sus hijos, proyectarse a nivel familiar, entre otros (Varsi, 2011, p. 34). Es así, como lo regula 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.** [El resaltado es nuestro]

En relación con la cita descrita anteriormente, los autores Gutiérrez y Revaza (2003), señalan que el fundamento para la adopción del matrimonio dentro del sistema jurídico peruano surgió desde la perspectiva de la “Doctrina mixta”, la cual se compone por la unión de la corriente contractualista y la corriente institucionalista; la primera corriente deriva del carácter voluntario, consensual y bilateral de las partes en el matrimonio, en cambio, la segunda, hace referencia puntualmente a la legalidad y finalidad de hacer vida en común de las partes (p. 19).

En tal sentido, es evidente que para la constitución del matrimonio se requieren de varios elementos y la concurrencia de ciertas circunstancias naturales, por ejemplo, el amor entre las partes, así como el deseo de unirse y formar una familia que perdurara en el tiempo; además, se requiere de la protección legal a fin de evitar la pronta disolución de dicha unión, sumado a los beneficios y privilegios tendientes a coadyuvar con el desarrollo armoniosos de la vida de ambos.

No obstante, aun cuando lo ideal sería que el vínculo legal contraído de forma libre y voluntaria por las partes trascienda en el tiempo, lamentablemente y por causas diversas no está exenta a disolverse; por esta razón, el legislador peruano se preocupó por establecer cuáles serían esas causas que una vez llevadas a cabo darían lugar al divorcio; se fundamentó principalmente en la promoción de los tres deberes fundamentales que todo marido y mujer se deben mutuamente: La fidelidad, asistencia mutua y cohabitación (art. 288 y 289 del C.C.) de este modo, los supuestos jurídicos que contienen los comportamientos infractores del matrimonio están contempladas en el artículo el 333° del Código Civil, es decir, aquellos que conducen a que una relación se vuelva insostenible (Plácido & Cabello, 2003, p. 463).

Así, también es importante aclarar que no todos los divorcios se dan debido a la configuración de una de las causales establecidas en el artículo precedente, sino existen otras circunstancias conducentes al mismo resultado del divorcio.

Por ello, la legislación peruana ha previsto determinadas alternativas de solución para el divorcio causado por uno de los presupuestos previstos por el artículo 333 del código sustantivo y para aquellos que de mutuo acuerdo optan por el divorcio remedio o, denominado divorcio convencional; por este motivo, en seguida nos enfocaremos en el análisis del divorcio y sus clases.

2.2.2.1.2. *El Divorcio.*

El vínculo matrimonial queda disuelto con el divorcio, por eso, esta última es considerada como aquella figura que pone fin a la vida en común; en este orden de ideas, los hermanos Mazeaud (1959) mencionan con relación al divorcio: “(...) [es entendida] 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) ciertamente, la cita es bastante práctica, porque en términos simples nos da a conocer varios elementos del divorcio, primero, que el divorcio será válido siempre y cuando haya una orden judicial o sentencia emitida por el tribunal correspondiente, segundo, tiene que ser impulsado por uno de los cónyuges o por ambos, no se puede dar de oficio y, tercero, pone fin al matrimonio.

Otros doctrinarios y estudios sobre la materia, explican que el divorcio entre otras cosas restituye la capacidad de soltería, tal como señala el doctor Varsi (2011), cuando explica respecto la figura del divorcio: “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) [El resaltado es nuestro]; entonces, con el divorcio las partes o ex conyuges adquieren nuevamente la legitimidad para contraer nuevas nupcias.

Por su parte, el Código Civil establece respecto al divorcio: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio”, esto en el artículo 348°; posteriormente, el artículo 349° dispone que las causales para demandarla son 12 y se encuentran reguladas por el artículo 333° del mismo cuerpo de leyes; finalmente, el artículo 350° prevé los efectos del divorcio respecto de los cónyuges.

2.2.2.1.3. *Clases de divorcio.*

En seguida, detallaremos con mayor énfasis todo lo relacionado las clases de divorcio a fin de conocer la naturaleza de cada una, así como los efectos que desprenden para los cónyuges e hijos una vez que se constituyen.

Al respecto, el doctor Varsi en su libro titulado “Divorcio, filiación y patria potestad” (2004, pp.7-8), desarrolla, desde una óptica doctrinaria, las clases de divorcio, las cuales serán expuestas a continuación:

- a) **Divorcio Sanción:** La clase de divorcio que traemos a colación se fundamenta en la necesidad de establecer la condición de culpabilidad de

cualquiera de los cónyuges, esto es, determinar cuál de los conyugues ha infringido los deberes del matrimonio y cual se constituye en el cónyuge inocente o, denominado(a) conyuge víctima, siendo el primero sobre quien recaerá todas las sanciones y castigos impuestos por la norma.

Al respecto, el autor Peralta citado por Muro y Rebaza (2003) explican en la misma línea de análisis que en el Perú el divorcio sanción fue instaurado para definir cuál de los dos cónyuges dio motivos para la disolución del matrimonio; por ello, es que se regulo las causas que conducían a este desenlace, además de las sanción o castigos a que hubiera lugar dependiendo del caso en concreto, debiendo cumplirse estrictamente estos tres elementos: la culpabilidad de uno de los cónyuges, la tipificación de las causales y la penalización del divorcio (p. 546).

Es sabido que, las sanciones en general dentro del Derecho tienen como propósito fundamental generar corrección y arrepentimiento en la persona que infringió la ley así, en principio, cuando se aplica se aplica una sanción para el cónyuge culpable por haber incurrido en un acto que condujo irremediamente al divorcio; luego, el carácter sancionatorio también se fundamenta en la misión de incentivar el buen comportamiento de quienes estén casados acorde a los deberes que se desprende de tal condición, esto lo hace, a través de ciertos beneficios y privilegios.

Pero ¿cuáles son estas sanciones de las que tanto hablamos? Estas se encuentran establecidas taxativamente en el propio ordenamiento jurídico el Código Civil, en donde encontramos en primer orden lo dispuestos por el artículo 340°. - Pérdida de la patria potestad, luego, el artículo 353°. - Pérdida del derecho hereditario, también, en el artículo 350°. - Pérdida del derecho alimentario, así como, en el 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 síntesis, resulta favorable el hecho de que el ordenamiento civil haya adoptado esta clase de divorcio, pues, le permite fundamentar la decisión sancionatoria al operador jurídica en contra del cónyuge infractor, de ahí, proviene la denominación, sistema de divorcio sanción, pero sus efectos no

terminan con aplicación de la sanción, sino, busca incentivar en los casados el cumplimiento de los deberes del matrimonio: asistencia, cohabitación y fidelidad.

- b) Divorcio quiebra:** El tipo de divorcio en cuestión tiene como finalidad perseguir una solución práctica a la insostenibilidad del matrimonio, en donde ambos cónyuges compartirían la culpa; en tanto, la legislación peruana también decidió adoptar al divorcio quiebra, esto en el Código Civil, básicamente, en el inciso 12 del artículo 333°. - Son causales de separación de cueros:

12. 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. [El resaltado es nuestro]

Como podemos observar, la separación de hecho que es el propiamente el cese de la convivencia de los cónyuges, sin que haya mediado el trámite de divorcio o separación legal.

En este caso, el magistrado competente simplemente se limita a valorar los medios probatorios que evidencian que ambos cónyuges han estado distanciados de hecho por un plazo de años de forma ininterrumpida; si tuvieran hijos, el tiempo será de cuatro años; la ley entiende entonces que debido a la separación el matrimonio se ha quebrado ineludiblemente y, por ende, disolverá el matrimonio.

- c) Divorcio repudio:** El divorcio repudio responde fundamentalmente a la intolerancia, no aceptación o rechazo frontal que evidencia uno de los cónyuges hacia el otro; en relación con esto, Varsi (2011) describe que este divorcio también es conocido como, repudio irrevocable perfecto, toda vez que exige la concurrencia de una sola condición, la frecuencia de los actos de repudio, al cual, posteriormente se le asignará un efecto, pues, es impulsada por la decisión unilateral de un cónyuges (pp. 323-324).

Resulta menester aclarar que esta clase de divorcio no está regulado por el sistema jurídico peruano, sino, su aplicación es viable en los países islámicos.

- d) **Divorcio remedio:** El divorcio remedio se diferencia de las clases de divorcio descritas con anterioridad, ya que, no busca establecer la condición de culpabilidad de uno de los consortes, por el contrario, parte de la condición de insostenibilidad en la convivencia y, al no quedar otra opción da como alternativa al divorcio.

Por ello, es posible afirmar que no se centra en definir la causa del conflicto matrimonial, sino se deriva de la siguiente cuestión ¿debe ser el conflicto conyugal la causa de un divorcio? Respondiendo a esta interrogante se debe entender que la causa del divorcio es el problema de insostenibilidad, resultando totalmente innecesario identificar al cónyuge víctima o culpable (Bossert & Zannoni, 2004, p. 332).

Por ejemplo, una enfermedad terminal surgida luego de haberse casado conducirá inevitablemente a la insostenibilidad del matrimonio, en consecuencia, el divorcio remedio se constituye en la opción ideal para salvaguardar la integridad de ambas partes.

- e) **Divorcio por mutuo acuerdo:** Este tipo de divorcio se fundamenta principalmente en la necesidad de terminar con el matrimonio de forma voluntaria y conjunta, es decir, ambos cónyuges de manera consensuada toman libremente la decisión de disolver el vínculo matrimonial, evitando de este modo, todo el trámite que conllevaría el proceso judicial.

Por ejemplo, la separación convencional y ulterior divorcio es un claro tipo de divorcio por mutuo acuerdo establecido por el sistema jurídico peruano, ya que las partes se someten a la autoridad competente, como puede ser, el notario o el alcalde la municipalidad donde se celebró el matrimonio, para tramitar y perseguir la disolución del vínculo matrimonial.

2.2.2.1.4. Sistemas legislativos que imperan en el divorcio.

En el presente apartado nos enfocaremos en analizar cuáles son los sistemas legislativos sobre el divorcio que tienen preponderancia en la mayoría de países, ya que, esto coadyuvará con la verificación de la naturaleza y finalidad de un divorcio, tanto como los efectos que recaerán en los cónyuges; así, tenemos al **sistema subjetivo** o también denominado divorcio sancionador, luego, al **sistema objetivo** o divorcio remedio y, por último, el **sistema mixto**, tal como lo indica su propio

nombre está compuesto por la unión de los dos sistemas anteriores, siendo aquel que fue adoptado por en el sistema legal peruano (Cabello, s.f., pp.1-4).

2.2.2.1.4.1. Sistema legislativo subjetivo o de culpa de un cónyuge.

El sistema subjetivo, tal como afirman los autores Placido y Cabello (2003) busca establecer las “causas legales de inculpación”, los que al momento de configurarse despliegan sus efectos, básicamente, la sanción o sanciones para el cónyuge culpable. Ahora bien, las causas mencionan los autores deben estar reguladas con antelación por el ordenamiento a fin de que sea posible invocar la causal de divorcio en la demanda incoada (p. 465).

Al respecto, es menester ponernos en el siguiente ejemplo en el que se pueda visualizar con mayor facilidad los elementos del sistema legislativo subjetivo del divorcio: Los esposos Sandra y José tienen un matrimonio de más de ocho años, no obstante, este último procrea un hijo fuera de su matrimonio con otra mujer, en su amante, esta situación calza perfectamente en la causal de adulterio que se encuentra prevista en el inciso 1 del artículo 333° del código sustantivo; Sandra al enterarse del hecho decide demandar el divorcio; en esta caso, es evidente que el juez calificará a Sandra como la cónyuge víctima, mentira que a José como el cónyuge culpable, para que por último el comportamiento infractor del deber de fidelidad se configure en la causal de adulterio estipulada por el ordenamiento jurídico y se aplique las sanciones previstas.

2.2.2.1.4.2. Sistema legislativo objetivo.

En cuanto al sistema legislativo objetivo, los autores Placido y Cabello (2003) sostienen que este sistema sigue los cimientos del divorcio remedio, esto quiere decir que, se acepta al divorcio como una alternativa ideal que pone fin a la relación matrimonial insostenible, admitiéndose así el acuerdo libre y voluntario de los cónyuges para disolver el vínculo que los une, pero, sobre todo, da lugar al abandono de la necesidad de identificar la culpabilidad (p. 465).

En este mismo orden, el autor Cabello (s.f., p. 403) señala sobre las causales objetivas, se fundamentan en la ruptura de la vida matrimonial, de este modo, es surge la necesidad de verificar 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 quiebre).

2.2.2.1.4.3. Sistema legislativo mixto.

Habiendo adelantado en párrafos anteriores todo lo relacionado al sistema subjetivo y objetivo, ya podemos mencionar que el sistema mixto se compone de la unión de ambos; 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 reconvenional; 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]

Los autores pretenden explicar puntualmente dos aspectos característicos y determinantes del sistema mixto, en principio, que en el divorcio sanción las causas de inculpación admiten únicamente a uno de los cónyuges la legitimidad para demandar; segundo, que en el divorcio remedio, las causas no inculpatorias conceden a cualquiera de los cónyuges impulsar su divorcio.

En tal sentido, cuando se impulsa la separación convencional y divorcio ulterior queda claro que se exige el acuerdo voluntario y libre de ambos conyugues respecto del procedimiento que implicará el divorcio en cuestión, por ello, se sobreentiende el acuerdo previo sobre quien de los dos impulsará 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”; por consiguiente, al no existir la necesidad de identificar al cónyuge culpable e inocente se da por sentado que ambos son

culpables o que ninguno es culpable,; independientemente de cualquiera de las premisas es importante mencionar que el rompimiento del vínculo matrimonial igualmente impactará de la vida de los hijos menores de edad (físico, psicológico, espiritual, etc.) si es que los tuviese.

En síntesis, cuando ninguno de los conyugues imputa al otro el comportamiento de una de las causales establecidas en el artículo 333 del código sustantivo, simplemente, nos dice el ordenamiento jurídico ninguno perderá o verá menoscabado los derechos que por el matrimonio adquirió, por ejemplo, se procede a liquidar en partes iguales los bienes gananciales, así mismo, es posible avizorar que existen otros derechos que no quedarán ilesos, por ejemplo, la patria potestad y la tenencia de sus hijos, los cuales será ejercidos de forma compartida; no obstante, esto último resulta cuestionable.

2.2.2.1.5. Qué es la norma jurídica y cuáles son los elementos del artículo 345°.

2.2.2.1.5.1. Definición de norma jurídica.

El Perú es un tipo de Estado Social y Democrático que imparte respeto por los derechos de los ciudadanos, el propio Estado está obligado a hacerlo conforme a principios y valores fundamentales recogidos de la cotidianidad del hombre y sobre los cuales se estructuró un sistema gigante que regula el comportamiento de las personas, el Derecho.

La razón de la existencia de la norma jurídica o propiamente del Derecho tiene su fundamento en la necesidad de formular lineamientos que orienten el comportamiento de las personas, así como de solucionar los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que estos presenten, impartiendo cuanto menos valores como la justicia e igualdad; por consiguiente, podemos decir que una norma jurídica viene a ser una disposición que contiene un mandato, una orden o una permisión legal dirigida a las personas con el firme propósito de que los hombres se relacionen con sus semejantes de forma armoniosa.

En todo caso, un Estado de derecho implica que la administración de justicia recae en el Estado, encargándose a este el rol de hacer respetar el conjunto de derechos y principios legales, de tal modo que funcione el aparato legal acorde a la misión que se le ha encomendado, básicamente a la hora de poner límites al

comportamiento del hombre para que este no se extralimite en sus actos y se justifique en el ejercicio de su plena libertad; por consiguiente, la norma jurídica se ha transformado en el eje fundamental que regula el comportamiento humano.

Es sabido que, no existe un solo significado o definición de la norma jurídica, pero también muchas de estas conceptualizaciones coinciden en parte, de este modo, en seguida debemos aclarar que, para efectos de un estudio profundo de los articulados que ponemos en cuestión (arts. 345° y 76° del CC y CNA, respectivamente) nos enfocaremos en el análisis de la norma desde la perspectiva de la teoría *iuris* positivista acuñada por el filósofo Hans Kelsen citado por Guastini (2018), personaje que planteó la estructura lógica de la norma jurídica del siguiente modo: “Si es A, debe ser B” (p, 97); lo que trata de explicar la presente premisa es que, cuando se configura una determinada conducta por parte de un sujeto debe existir una consecuencia prevista para esta, por ejemplo, una sanción, generalmente para aquel que robo o hurto.

Continuando con la explicación de la estructura lógica de la norma, resulta necesario hacer mención a los tres elementos que componen la norma jurídica, tales como: el supuesto jurídico, relación jurídica o nexo y la consecuencia jurídica; el supuesto jurídico establece la hipótesis legal donde está contenida el comportamiento, conducta o circunstancias prohibitivas o permisivas que de darse en la realidad objetiva producirán efectos o consecuencia jurídica; luego, el nexo es ese puente ficticio por el cual es posible llegar a la consecuencia jurídica después de haberse configurado un comportamiento contrario a la ley; por último, la consecuencia jurídica que viene a ser el efecto se fundamenta en el “deber ser” como elemento esencial de la imputación objetiva.

En síntesis, la norma jurídica no solo regula el comportamiento del hombre, sino, primordialmente al ser interpretada trasmite un mensaje de prohibición o permisión tendiente a promover o restaurar la armonía en las personas y en la sociedad; esto gracias al *ius puniendi* que ejerce el Estado frente a los ciudadanos que la conforman, pues, por medio de dicho poder es posible ejercer la coacción y sancionar a quien infringe la ley para que este modo se restablezca el orden público.

2.2.2.1.5.2. Elementos de la norma jurídica.

Habiendo anticipado de forma parcial sobre los elementos de la norma jurídica en los párrafos anteriores, en seguida debemos abordar el concepto de cada una de estas a fin de comprender desde el punto de vista lógico jurídico la esencia de tales elementos, los cuales son: el supuesto jurídico, el operador deóntico, la consecuencia jurídica, todo ello, en aplicación del artículo 345 del Código Civil; no sin antes recordar que estos encuentran su fundamento de forma primigenia en el positivismo jurídico, teoría que imparte que la norma jurídica debía ser expresamente escrita y dentro de esta expresar una determinada conducta, así como la consecuencia.

De este modo, el supuesto jurídico no es más que la hipótesis jurídica donde está recogida un comportamiento con relevancia jurídica; luego, el operador deóntico fundamentado también en el “deber ser” hace las veces de un puente por medio del cual es posible pasar de la configuración de un comportamiento hacia la sanción, es decir, la deducción de la realización de la conducta prohibida, permisiva o imperativa, esto en un intento de corregir dicho acto y/o restablecer la armonía en las partes implicadas; finalmente, la consecuencia jurídica viene a ser la otra parte del puente, ahí donde está el efecto o efectos de un comportamiento que, al ser comprobado desencadenará lógica y jurídicamente una consecuencia; en consecuencia, al llevarse a cabo una conducta en seguida debe proceder el razonamiento que conecta o vincula al supuesto con la consecuencia, bajo el fundamento del deber ser de las personas.

Antes bien, es necesario mencionar que estamos ante una norma de naturaleza imperativa, puesto que establece un mandato que debe ser cumplido por el juez al momento de establecer el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, lo cual a su vez deberá ser cumplido por ambos padres, ex cónyuges; entonces, si evidenciamos dichos elementos de la estructura normativa del artículo 345, podremos decir que la hipótesis jurídica viene a ser: la patria potestad y los alimentos en caso de separación convencional; luego, el operador deóntico, viene a ser la obligación del juez para determinar (mandato de hacer) la fijación de la patria potestad y, finalmente, la consecuencia jurídica viene a ser otorgará el ejercicio de

la patria potestad al padre o madre a quien se le haya confiado a los hijos, mientras que otro queda suspendido en el ejercicio.

No obstante, la disposición ordenada por este artículo 345° difiere en gran parte de lo ordenado por el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes, en tanto, que este último establece que, ninguno de los padres quedará suspendido en su ejercicio cuando se dé la separación convencional de sus padres.

Es sabido que, la fuerza obligatoria de la norma se produce a partir de la aceptación y aprobación de las normas creadas por las autoridades legislativas, quienes son escogidos por la población en general y deben representarlos en la actividad legislativa, mas es erróneo afirmar que las normas provienen de algún acto de bondad o un vacío; por ello, es el Estado a través del Poder judicial debe velar por el cumplimiento y respeto de la norma, de lo contrario, deberá aplicarla y desprender una sanción o consecuencia prevista.

En síntesis, no es beneficioso sostener dos disposiciones que regulan hipótesis jurídicas semejantes, pero reconocen consecuencias jurídicas diferentes, pues, esto genera confusión y falta de armonía al momento de realizar la interpretación, así como la aplicación de ambas; en consecuencia, no promueven la seguridad jurídica de los justiciables, básicamente de los hijos menores de edad implicados en el entorno de separación de sus padres.

2.2.2.1.6. Reseña histórica de la implementación del artículo 345° del Código Civil.

Luego de haber revisado el contenido expreso del artículo 345° del código sustantivo en materia civil, podemos observar que este mantiene el contenido normativo de su antecesor, pues, básicamente en atención al supuesto de la separación convencional, el cual implica una situación particular, especifica que el juez fijará el régimen respecto al ejercicio de la patria potestad considerando lo que ambos cónyuges hayan acordado.

Si existe algo que lo puede diferenciar del Código Civil de 1936, puntualmente, del artículo 272 de este código, es el agregado consistente en que, son aplicables a la separación por mutuo descenso o también conocido como separación convencional las disposiciones expresas por los artículos 340° y 341°.

Sin embargo, esta propuesta normativa acuñada por el artículo 345° del Código Civil sufre cierta modificación, debido a la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes que fue aprobada por la Ley N° 27337, cuerpo normativo en donde también se especifican criterios para determinar el ejercicio de la patria potestad respecto de la tenencia, régimen de visitas y otros requerimientos que guardan vínculo con la relación paterno-filial; en consecuencia, podemos ir anticipando que no existe armonización en cuanto a las reglas fijadas por el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes.

Dicho así, resulta evidente que el contenido disímil del artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes para los casos de separación convencional y divorcio ulterior al expresar que, en este caso ninguno de los padres quedará suspendido en su ejercicio de patria potestad, lo cual, termina modificando la aplicación del último párrafo previsto por el 345° del código sustantivo el cual admitía la suspensión de la patria potestad.

2.2.2.1.7. Lo que prescribe propiamente el artículo 345 del Código Civil

En tal sentido, es de utilidad citar expresamente lo prescrito por el artículo 345° del código sustantivo para efectos de conocer la conducta regulada, el operador deóntico y la consecuencia jurídica (elementos lógicos que estructuran una norma jurídica) lo cual nos permitirá identificar el sentido o razón de ser de la norma.

De este modo, el artículo 345° que lleva por título “Patria potestad y alimentos en separación convencional”, prescribe:

En caso de separación convencional o de separación de hecho, **el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad**, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, **observando**, en cuanto sea conveniente, **los intereses de los hijos menores de edad** y la familia **o lo que ambos cónyuges acuerden**.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en **los Artículos 340 último párrafo y 341**. [El resaltado es nuestro]

El dispositivo jurídico en mención, tal como se puede verificar regula el régimen respecto al ejercicio de la patria potestad, además de los alimentos de los hijos menores de edad, tanto como los alimentos correspondientes a la mujer y al marido, todo ello, bajo el contexto de la separación convencional o la separación; empero esta disposición guarda correlación con lo estipulado por el artículo 340°, 341°.

Indudablemente debemos observar el contenido establecido por los artículos 340° último párrafo y 341° del Código Civil a fin de comprender con mayor amplitud la disposición del 345°. El último párrafo del artículo 340° titula “Efectos de la patria potestad respecto de los hijos” y prescribe: “(...) **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]. Mientras que, el 341° titula, “Providencia judicial en beneficio de los hijos” y prescribe: “En cualquier tiempo, **el juez puede dictar a pedido de uno de los padres**, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, **las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos**” [El resaltado es nuestro]. De la lectura de los dispositivos podemos evidenciar una clara postura del Código Civil respecto al establecimiento del ejercicio unilateral de la patria potestad al prescribir que solo uno de los padres, a quien se le confía los hijos, tiene derecho a ejercer la patria potestad, en cambio el otro queda suspendido en su ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el otro muere o resulta legalmente impedido.

En tal sentido, nos preguntamos qué implica la suspensión de la patria potestad y cuáles son los presupuestos o causales para que proceda legalmente; al respecto, en principio, la suspensión tiene un carácter temporal y recuperable, no obstante, el código sustantivo respalda un sistema basado en la suspensión debido a que las causas que lo generan no atentan contra los intereses de los hijos, sino se trata de supuestos que de hecho impiden su ejercicio, por ejemplo, cuando se comprueba que el padre o la madre se encuentran impedidos de hecho para ejercerla y en los casos de artículo 340° (art. 466° del CC); mientras que, el artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes sigue una línea de supuestos que producen una

afectación directa a los intereses de los hijos, tales como: la interdicción del padre o madre, por ausencia judicial, por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad, así como, por separación convencional de los padres, tal como dispone el artículo 340° del código sustantivo.

Así mismo, la doctrina mayoritaria reconoce que las suspensiones no requieren ser evaluadas, calificadas o impuestas por el juez, sino, estas operan de forma automática, siendo su único fundamento el hecho de determinar que será el padre o madre no afectado con tal impedimento quien ejercerá de manera exclusiva la patria potestad.

Incluso, dicha disparidad entre ambos cuerpos normativos ha llevado a generar confusión en torno a la aplicación de los supuestos para la suspensión y la privación de la patria potestad, por esta razón, se postuló un sistema en el que se distingan de forma clara las dos figuras jurídicas, tal como lo explica el

autor Placido (s/f, p. 206):

a) **Todo incumplimiento de los atributos de la patria potestad, que sea imputable a los padres y lesione el interés de los hijos, provoca la privación de su ejercicio y**

b) **Toda eventualidad que de hecho impida el ejercicio de la patria potestad, sin que se lesione el interés de los hijos, genera la suspensión de ese ejercicio. La privación será evaluada y establecida en sede judicial.**

La suspensión operará automáticamente. [El resaltado es nuestro]

No obstante, continúa siendo desalentador saber que en ambos articulados donde está dispuesto las causales para la suspensión de la patria potestad, se disponga que tal restricción también es aplicable para casos de separación convencional, aun cuando el artículo 76° del Código de los Niños y adolescentes es irrestricto al establecer que en casos de separación convencional y posterior divorcio ninguno de los padres quedará suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

Luego, la disposición contemplada por el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes también se contrapone a aquello que está prescrito en el artículo 420° del Código Civil el cual titula “Ejercicio unilateral de la patria potestad” y prescribe: “**En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de**

invalidación del matrimonio, **la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio**” [El resaltado es nuestro].

Ciertamente, el artículo 345° pone énfasis en el hecho de salvaguardar en todo momento los intereses de los hijos y de la familia, ya que, los hijos como la familia están sujetas a una protección especial que es impartida desde la máxima carta normativa, esto en la Constitución peruana en su artículo 4°.

No obstante, parece que la conjunción “o” establecida en la última parte del primer párrafo da a entender que el juez puede fijar el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad tomando en cuenta lo que ambos cónyuges acuerdan en torno a la separación convencional como situación principal que la familia está atravesando.

Si bien, resulta lógico pensar que son los padres quienes tienen el deber y la obligación de decidir y tomar acuerdos respecto al modo en que ejercerán la patria potestad, pues, son ellos los que mejor conocen su situación y a sus propios hijos; empero, es menester recordar que el interés superior de los hijos no puede ser negociable o susceptible de convenio, es decir, los padres por lo general buscan proteger a sus hijos, pero qué sucede si están poniendo sus intereses junto con el de sus hijos, es esto lo que sometemos a investigación, pues, el interés de los hijos debe estar por encima del de sus padres, incluso, del propio Estado.

Por ello, consideramos que, el juez deberá tomar en cuenta el interés supremo de los hijos menores de edad, esto en atención a su edad, más no basar su decisión únicamente en el acuerdo previo que los padres han tomado y han dado a conocer al magistrado y, aun cuando esto fuera necesario, siempre deberán cerciorarse de que tal acuerdo vaya a favorecer a los menores, más que a los adultos.

Sobre el asunto, a pesar de que el artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes, de forma posterior a la aplicación del Código Civil, amplió las causas de suspensión de la patria potestad, reconociendo nuevas causas que no aparecían en el artículo 466 del referido Código Civil, es indispensable manifestar que no todas las causales envuelven hechos que vulneran a los hijos por parte de los padres como para afirmar que la suspensión contiene si o si un reproche a la conducta del padre o de la madre sobre quien recae tal restricción.

Por esto, sostenemos la opinión de que el ejercicio unilateral y la suspensión, cuando de por medio exista separación convencional y ulterior divorcio, separación de cuerpos o divorcio por causal, incluso, en la invalidación del matrimonio, no debe suponer en esencia un juicio valorativo de la conducta del padre o de la madre para determinar que estas figuras deban aplicarse siempre a título de sanción; por el contrario, la sanción impuesta debe derivar a la identificación de elementos o comportamientos repudiables de uno de los padres o de ambos, por esta razón, resulta lógico pensar que será esta circunstancia la que fundamentará por sí misma la suspensión y la concesión de su ejercicio unilateral a favor de uno de los padres estipulado de forma confusa por los artículos 345 del Código Civil y 76° del Código de los Niños y Adolescentes.

2.2.2.2. Artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes.

Por su lado, el artículo 76°, respecto a la misma hipótesis jurídica, esto es la separación convencional y separación de hecho, establece cierto mandato que se diferencia de lo dispuesto por el artículo 345° del Código Civil, al establecer sobre la vigencia de la Patria Potestad lo siguiente: **“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] es decir, imparte o promociona la tenencia compartida al decir que ninguno de los padres deberá quedarse suspendido en el ejercicio de la patria potestad y seguramente establece esa consideración debido a la ausencia de culpabilidad en la separación de los cónyuges; no obstante, vamos a ver más adelante que la suspensión del ejercicio de patria potestad a uno de los padres y por ende de la tenencia no se fundamenta necesariamente en la culpa del conyugue que provoco el divorcio, sino en el principio del interés superior del niño.

Ciertamente, la legislación peruana ha reconocido que los hijos se quedarán al cuidado del cónyuge que no dio motivos para el divorcio, esto es, aquel que no tuvo la culpa del rompimiento del vínculo matrimonial; en cambio, el que si provoco el divorcio por incurrir en una de las causales previstas por el artículo 333° del código sustantivo quedará suspendido en su ejercicio de la patria potestad.

En todo caso, debido a que en la separación convencional y en la separación de hecho existe un acuerdo mutuo o consensuado por parte de ambos para no continuar con el matrimonio, se puede afirmar que no hay causa específica y, por ende, un cónyuge culpable, que nos permita establecer el supuesto básico en virtud del cual el juez decide confiar a los hijos al conyugue invicto.

Sin embargo, parte de la doctrina refiere que, el ejercicio unilateral, tanto como la suspensión de la patria potestad cobran relevancia y se sustentan cuando hay separación convención de cuerpos o, también denominado, divorcio por causa específica, incluso, cuando hay invalidación del matrimonio, es decir, queda fundamentada la sanción contra el cónyuge que dio motivos para el rompimiento del vínculo matrimonial, quien no merece que les confíen a los hijos.

En este orden de pensamiento, el autor Sotomartno (s/f), sostiene que: **“Cualquier limitación tendría que sustentarse en causas específicas y perjudiciales a los intereses superiores del niño, niña o adolescentes”** (p. 102) [El resaltado es nuestro] el autor pone énfasis en la idea de supervisar y vigilar cualquier decisión que haya tomado el ente judicial o los mismos padres a fin de identificar que el interés superior del niño este siendo una conspiración primordial.

Así mismo, el autor en cuestión, Sotomartno (s/f), sostiene una postura que nos parece discutible:

La separación convencional y el divorcio ulterior al suprimir el juicio sobre los motivos del quiebre del matrimonio, no justificarían aplicar ningún tipo de suspensión salvo que, en el respectivo procedimiento, el juez advierta esa necesidad basada precisamente en el bienestar de los hijos menores (p. 102).

Lo cierto es que, aun cuando no existiese culpabilidad en ambos cónyuges con relación al divorcio incoado por estos, todavía subsiste la regla general que consiste, en tomar una decisión sobre el ejercicio de la patria potestad pensando en los hijos, más no en la existencia o inexistencia de culpabilidad en los padres.

Si bien, el ejercicio de la titularidad se complementa con la tenencia, pues, esta última figura se constituye en uno de los atributos más importantes del primero, en virtud del cual, es posible tener al hijo viviendo con uno de los padres, cobrando relevancia la promoción de la tenencia monoparental, más que la tenencia compartida.

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 76 del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes toda vez que el texto legal de este dispositivo contraviene los principios generales como el interés superior del niño y desincentiva el ejercicio responsable de la patria potestad, pues ambos padres no pueden representar el ejercicio, debido a la confrontación de posiciones que esto podría provocar y, por ende, perjudicar el bienestar general de los hijos menores de edad.

2.2.2.2.1. Patria potestad y su definición.

La patria potestad es aquel instituto jurídico que regula la relación entre padres e hijos, pues, está comprendido por el conjunto de derechos y deberes que estos deben ejercer con total responsabilidad a fin de coadyuvar con el desarrollo integral de sus menores hijos, esto dentro de un ambiente saludable y amigable; lo cual, implicará evitar todo tipo de tratos, actos u omisiones tendientes a degenerar dicha relación o establecer algún tipo de abuso.

La doctrina moderna prefiere denominarla responsabilidad paternal, en atención al reconocimiento de la legitimidad en favor de los padres para que sean ellos las primeras personas que pueden actuar en defensa de los derechos de sus hijos, siempre buscando aquella opción que mejor favorezca con su desarrollo integral.

En contraste, el modo en que debe ejercer el conjunto de derechos y deberes reconocidos a los padres por la patria potestad en la actualidad estaría generando controversias, básicamente, debido a que no existe adecuada armonía entre los artículos 345° y 76°, sin entrar de pleno en la discusión de ambos articulados, en seguida debemos referirnos al concepto de tal instituto.

El autor Varsi (2012), un académico especializado en materia de derecho de familia, refiere sobre la patria potestad, se trata de un derecho subjetivo familiar tradicional a través del cual la ley reconoce y asigna una serie de derechos y deberes a los padres para que ejerzan la protección y cuidado de sus hijos, tanto de la persona de estos como de patrimonio si es lo tuvieran, así mismo, señala que estos últimos estarán sujetos a la obediencia y autoridad responsable de sus padres hasta que alcancen la mayoría de edad y con esto la plena capacidad; por consiguiente, se define a esta institución como el conjunto de derechos y obligaciones que rige la relación en padres e hijos (p. 294).

Por su parte, el Código Civil mencionando un contenido similar, pone énfasis en que el ejercicio de la patria potestad debe ser ejercido por ambos padres y en igualdad de condiciones, pues, el legislador peruano comprende la importancia de la participación equitativa e igualitaria de estos en el proceso de crianza de sus hijos a fin de que instruyan y preparen a los futuros ciudadanos para que sean capaces de afrontar diversas circunstancias o desafíos de la sociedad.

No obstante, aun cuando el Estado peruano viene promoviendo la responsabilidad paternal con fundamentos más consistentes, tales como considerara en primera instancia el interés superior de los niños en cualquier caso o respecto de cualquier medida que se vaya a tomar en su favor, debemos manifestar que se ha evidenciado una antinomia entre dos artículos que se encuentran regulados por distintos cuerpos legales, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, los cuales, regulan disposiciones sobre el ejercicio unilateral, tanto como la suspensión de la patria potestad en el supuesto de la separación convencional y divorcio ulterior.

En síntesis, resulta evidente analizar la esencia de ambos articulados, tal como lo venimos haciendo, más aún, considerando que estamos antes un instituto, patria potestad, que engloba varios derechos de orden fundamental que buscan promover el desarrollo y bienestar integral de los hijos.

2.2.2.2.2. *Características.*

Tomando en cuenta que, la patria potestad o responsabilidad parental se fundamenta en el hecho de proteger los intereses de los hijos menores de edad y con ello la protección de la familia, tanto como de la sociedad entera, deviene en sustancial las características propias que son de aplicación para este instituto; en este orden de ideas, el autor Varsi (2012), señala las siguientes características:

- Es un derecho subjetivo la patria potestad, porque deriva y se fundamenta en el vínculo consanguíneo o de afinidad de los padres y sus hijos, en virtud del cual, nace el sentido de reciprocidad, lo cual, es indispensable en los primeros años de vida de todo ser humano, pues, de ella depende la supervivencia en este mundo.
- Está regulada por normas de orden público, esto quiere decir, que el contenido de esta institución se constituye en una de interés social, en tanto, las normas pueden recaer sobre todas las personas independientemente de la condición que ostenten; por esta razón, es nulo cualquier contrato privado que impida o prive el ejercicio de la patria potestad.
- Presenta una relación de autoridad de los padres sobre sus hijos, esta característica no debe ser entendida como aquella autoridad o poder absoluto de los primeros respecto de los últimos, sino como aquella responsabilidad designada a los padres para que protejan y representen en todo momento a sus hijos, ejerciendo el rol de líderes que guían, educan y corrigen con respeto a sus hijos, sin vulnerar la dignidad del menor, ni siquiera sus demás derechos.
- Es tuitiva, esta característica responde al deber de proteger el interés supremo del menor, el cual debe ser efectuado por los padres y cualquier tercero que este ejerciendo su representación, de tal modo que, cualquier decisión a tomar contribuya con el desarrollo integral de este.
- Es imprescriptible, la imprescriptibilidad de la patria potestad se fundamenta en la protección continua y perpetua que merece el hijo menor de edad hasta el momento en que adquiera la mayoría de edad; por ello, es indispensable resaltar que, no puede sufrir variaciones o extinguirse durante

este periodo de tiempo, excepto si fuera para salvaguardar su interés superior.

- Por último, es relativa, esta característica consiste en el establecimiento de variaciones que puede sufrir en el tiempo y debido a las circunstancias presentadas, siendo solamente la ley la que definirá tal modificación.

2.2.2.2.3. Elementos constitutivos.

Existen dos elementos que forman parte de la patria potestad y, que, a su vez, dotan de cierta trascendencia a este instituto al momento de su determinación; por ello, a nivel doctrinario se ha dividido en dos: el elemento personal y patrimonial; el primero, comprende el deber y el derecho de los padres respecto de sus hijos, por ejemplo, la alimentación, representación, etc.; el segundo, hace referencia a la administración, usufructo y la disposición de los bienes de sus hijos siempre y cuando los tuvieren; e tanto, el autor Zavaleta citado por Calderón (2016, p. 114), expone sobre los elementos:

- a) El elemento personal:** Este elemento se encuentra constituido por los padres y sus hijos menores de edad, siendo indispensable establecer deberes y derechos en la relación a fin de que sean cumplidas de forma recíproca durante su vida (art. 423 del Código Civil y el artículo 76 del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes)
 - El conjunto de deberes de los padres consiste en la obligación legal que les permite actuar en todo momento procurando alcanzar el desarrollo integral de sus hijos; estos actos no deben ser contrarios a las leyes, ni a las buenas costumbres.
 - Por su parte, el conjunto de derechos lo encontramos consagrados en los artículos 423° del Código Civil y 76° del Código de los Niños y Adolescentes, los cuales reconocen las facultades generales que deberán de tener en cuenta al momento de realizar o ejercer cualquier derecho, por ejemplo, aquellos relacionados con la tenencia y representación.

- b) Elemento patrimonial:** Este elemento concede facultades a los padres respecto de los bienes patrimoniales de sus hijos, si es que o tuvieren, básicamente, para ejercer en representación de ellos la administración de tales bienes, por eso, están facultados para realizar y tomar decisiones sobre la producción, administración, siempre en coordinación estrecha con sus hijos y sin desligarse del mismo o malversar los fondos.

2.2.2.2.4. *Fundamento.*

El fundamento de la patria potestad radica en cautelar todos los intereses del menor para su desarrollo integral, pues, al encontrarse en pleno proceso de crecimiento urge la necesidad de protegerlo de cualquier acto que pueda causar un perjuicio en él o ella; en ese orden, el doctor Hinostraza (1997) explica los tres elementos que fundamentan a la responsabilidad parental: “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]; lo que el autor quiere decir es que, el conjunto de derechos y deberes asignados a los padres tienen una correspondencia con su deber moral, aquel que precisa del aseguramiento de todos los requerimiento que le permita promover la educación, salud, creatividad, autenticidad en su hijo; buscando además que los padres alcancen su realización personal.

Antes bien, hay que tener en consideración un supuesto natural y previo al reconocimiento legal de la patria potestad, este es el nacimiento, un acontecimiento natural de la vida que al configurarse da cabida a la filiación legal o reconocimiento legal de los padres y, con ello, al reconocimiento de la patria potestad; entonces, en este proceso encontramos la obligación de protección de los padres hacia sus hijos hasta el momento en que estos últimos puedan hacerlo por si solos (Hinostraza, 1997, p. 278).

Por tanto, el sentido en concreto de la patria potestad radica fundamentalmente en el requerimiento de protección y tutela de los derechos de los hijos menores de edad o los hijos no emancipados en atención estricta a su minoría de edad, se trata de una legitimidad que el Estado reconoce y refrenda en todo el sistema jurídico en favor de los hijos; sin embargo, dicha facultad que no se debe confundir con el poder absoluto de los padres hacia sus primogénitos.

2.2.2.2.5. Titularidad y ejercicio de la patria potestad.

Pareciera que tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad están referidos a lo mismo, no obstante, en el presente apartado evidenciaremos las diferencias de ambas facultades que el ordenamiento reconoce en favor de los padres, pues, cada una su propio significado, así como, sus propios efectos con relación a los hijos.

Para ello, recurrimos a una explicación sencilla que ofrecen los doctores Bosseret y Zannoni (2005), quienes sostienen:

(...) 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 quieren decir que, la titularidad hace referencia propiamente a la legitimidad que el Estado reconoce a ambos padres o, por lo menos, a quienes han reconocido a sus hijos, entonces, esto es, por el solo hecho de tener tal condición; en cambio, el ejercicio trata propiamente sobre la facultad de actuar y disponer respecto de cada uno de esos derechos y deberes que se tiene en relación con los hijos.

Por su parte, el artículo 418° del Código Civil de 1984, prescribe taxativamente: “La patria potestad es el deber y derecho que tienen los padres”, disposición que guarda estrecho vínculo con el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes, el cual, enumera cuales son esos deberes y derechos de los padres respecto de sus hijos; así mismo, el artículo 419° del mismo cuerpo normativo

reconoce que el ejercicio de la patria potestad se constituye en una facultad que debe ser ejercida conjuntamente por el padre y la madre.

Antes bien, resulta importante resaltar que el ejercicio de los deberes y derechos concedidos a los padres no se originan exclusivamente de los derechos subjetivos o intereses individuales de los padres, por el contrario, está sustentado auténticamente en la defensa de los intereses supremos del menor hijo sujeto a la patria potestad; por tanto, si sucediese lo contrario, hay la posibilidad de denunciar ante las autoridades competentes el abuso cometido en su contra; tal como lo propone el doctor Coviello citado por Hugo (1973), quien señala:

(...) 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).

El autor busca explicar que, tanto la titularidad como el ejercicio establecen distintos alcances, el primero, reconoce a ambos padres la titularidad o deber de protección de sus hijos en todos los ámbitos que estén involucrados, mientras que, el segundo, establece el derecho de actuación o de poner en práctica el contenido de cualquier derecho respecto de los hijos.

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**, conocido también como sistema unilateral, predomina en hogares autoritarios y machistas, pues, la autoridad absoluta es ejercida por el padre que termina opacando o desplazando la autoridad de la madre quien puede intervenir únicamente como apoyo o ejercer un rol alternativo, más no decisor; este sistema no fue adoptado legalmente en el Perú, aunque existen familias que funcionan bajo este sistema unilateral.

(b) **Potestad paterna y coparticipación de la madre**, este permite y/o promueve la participación de ambos progenitores respecto de sus menores hijos, sin embargo, la última decisión será tomada el padre siempre y cuando exista cierto desacuerdo entre estos.

(c) **Potestad conjunta, sin poder decisorio paterno**, este sistema se constituye en el ideal, ya que la potestad para tomar cualquier decisión que tenga relación con los hijos recae en ambos padres, quienes debaten su postura y llegan a armonizar una decisión, por el contrario, cuando el disenso perviva recurren a un tercero para su resolución, por ejemplo, a un magistrado.

(d) **Potestad conjunta, con recurso judicial en caso de desacuerdo**, en torno a este sistema debe considerarse que, no cualquier discrepancia entre los padres deberá convertirse en un motivo para recurrir al ente judicial e incoar una pretensión, sino solamente aquellos que fueran necesarios (pp. 114-115).

Por esta razón, los académicos Bosseret y Zannoni (2003), especializados en materia de derecho de familia explican que la titularidad y ejercicio de la patria potestad tienen modalidades, los cuales detallamos en seguida:

- El **ejercicio conjunto**, trata sobre la facultad de intervención de ambos padres en cualquier situación en que esté implicado el hijo menor de edad: “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]; es decir, requiere en los padres un rol de líderes tendiente a fortalecer el futuro del núcleo familiar, asegurando en lo posible el desarrollo de cada uno de sus integrantes, sobre todo, de aquellos que están creciendo y desarrollándose.
- El **ejercicio unipersonal**, al respecto los autores antes citados refieren: “[Es] (...) **cuando se concentran en un solo progenitor todas las facultades de ejercer la patria potestad** (...)” (Bosseret y Zannoni, 2003, p. 557) [El resaltado es nuestro]; es decir, este tipo de ejercicio responde a la facultad de actuar que tiene solo uno de los padres, sobre quien recae la obligación y el derecho de adoptar decisiones respecto del menor de edad.

- La modalidad **del ejercicio indistinto** viene a ser un sistema que faculta a cualquiera de los padres el derecho de ejercer actos en favor de sus hijos; cabe aclarar que, dicha facultad para ejecutar acciones debe obedecer concretamente a la búsqueda de bienestar y desarrollo integral del menor, evitando la interposición de los intereses individuales de los adultos o de algún tercero (Bossaret y Zannoni, 2003, p. 557).

En síntesis, esta demás manifestar que el ejercicio de la patria potestad cuando los cónyuges se están separados debe recaer sobre los hombros de un solo progenitor, aquel que cuenta con mejores opciones económicas, sociales, laborales, entre otras, pero, sobre todo, la decisión ideal deberá surgir de la opinión y el deseo del menor hijo, siempre que esté en condiciones para manifestarla, ya que finalmente la determinación del ejercicio en favor de un padre, como la suspensión del otro terminaran impacta en su normal desenvolvimiento.

Empero, surge la preocupación debido a la falta de armonía entre los dispositivos que traemos a colación entre el artículo 345° y 76° del Código Civil y del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, respectivamente, pues, ambos establecen disposiciones con similares hipótesis jurídicas (el ejercicio de la patria potestad en la separación convencional), pero consignan diferentes conclusiones, lo cual genera incertidumbre y hasta confusión al momento de su aplicación.

2.2.2.3. Contraposición entre el artículo 345° y el 76°.

Es menester abordar la contraposición existente entre lo dispuesto por el artículo 345° y el artículo 76° del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente, pues, ambos cuerpos legales regulan instituciones jurídicas semejantes, tales como: la tenencia, la patria potestad y la separación convencional; no obstante, las consecuencias jurídicas proporcionadas por ambos textos normativos son disimiles, situación que no puede pasar dentro de un sistema normativo democrático y constitucional (regido por principios como la congruencia y unidad entre sus normas); motivo por el cual, es menester realizar un análisis estructural y material de ambas disposiciones a fin de avizorar su diferencias.

Ciertamente, el ejercicio unilateral de la patria potestad y de la tenencia son dos figuras jurídicas que tienen un impacto directo en el normal desenvolvimiento de la vida de los hijos menores de edad, quienes deben aceptar todas las decisiones de sus padres, pero, sobre todo, de aquella disposición que se ordena en la sentencia o acta de conciliación donde se deliberaron estos temas.

Entonces, tanto el fuero judicial como en el extrajudicial el juez y los padres de familia deberán tener en cuenta el interés superior del niño menor de edad considerándola como una prioridad, pues, al tratarse de una población en condición de vulnerabilidad, debido a su corta edad, madurez e incapacidad jurídica es necesario desplegar decisiones o medidas que protejan sus intereses, más no los de sus padres o de algún tercero.

Ahora bien, cuando se pone énfasis a la obligatoriedad de considerar en primer orden al interés superior del niño no se debe entender como aquella necesidad puramente vacía o literal que debe satisfacer el juez o conciliador, sino al deber de motivación y análisis que requiere dicho interés, es decir, una explicación y/o motivación objetiva y real respecto a los derechos que están siendo sacrificados o suspendidos, así como los mecanismos que servirán para remediarlos en el tiempo más corto posible.

Tal como se ha mencionado en el número 2.2.2.1.2., la disposición del artículo 345° nos lleva a centrar el análisis en el ejercicio unilateral de la patria potestad, el cual da lugar a la suspensión de la patria potestad para los casos de separación de cuerpos y divorcio por causal específica, además de invalidación de matrimonio, en consecuencia, el sistema adoptado por el Código Civil en relación al ejercicio unilateral de la patria potestad nos da a entender que es aplicable para casos de separación convencional y divorcio ulterior.

Ciertamente, la situación de conflicto que provoca el rompimiento del vínculo matrimonial debe tipificarse en una de las causales de la separación de cuerpos, divorcio o invalidación del matrimonio de los padres, de tal forma que, en estos supuestos si será plausible determinar quién es el cónyuge culpable y de este modo asignarle la sanción de la suspensión de la patria potestad, debido a su comportamiento; en consecuencia, confiar a los hijos a uno de los padres implicará la suspensión en el otro que califico como cónyuge culpable.

De acuerdo con estipulado por el artículo 340° del código sustantivo, los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, excepto que el juez adopte otra decisión para salvaguardar el interés superior de los hijos menores, es decir, que le encargue al otro cónyuge o a un tercero (tutor) Así mismo, en el segundo párrafo establece que, si ambos fueran causantes de su separación los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre, mientras tanto, las hijas menores de edad y los hijos menores de siete años quedan al cuidado de la madre, salvo que el juez determine otra cosa.

Empero, los supuestos establecidos para la separación convencional responden a una situación particular como es evidente, ya que, existe un concierto de voluntades para lograr la condición legal de separación y, con ello, el posterior divorcio, tal como está previsto en el artículo 345°.

La regulación anterior, entonces, aparentemente concuerda con la aplicación la disposición del artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes, en donde no se admite la suspensión de la patria potestad para ninguno de los padres.

Al respecto, cierta parte de la doctrina el ejercicio unilateral, así como la suspensión de la patria potestad encuentran su fundamento cuando hay separación de cuerpos o divorcio por causa específica, además de invalidación de matrimonio, ya que, no confiarles a los hijos se convierte en una especie de sanción.

Sin embargo, tenemos que mencionar aquello que fue señalado por la Corte Superior de Lima al respecto, esto en las sentencias número 99-98 y 1547-97, en donde refiere con énfasis: “ha resaltado el concepto de patria potestad como institución reguladora de la relación paterno filial para destacar que **ella no puede ser objeto de convenio o renuncia en tanto no tiene carácter indisponible de los padres**” (Varsi, 201, p. 102) [El resaltado es nuestro]; en este mismo orden, el tribunal en menciona establece en la sentencia número 826-97 con contundencia: “(...) **es la tenencia y no la patria potestad, la que admite convenio entre los padres** aunque no con carácter definitivo” (Sotomartno, s/f, p.102) [El resaltado es nuestro] es decir, el legislador peruano habría hecho una distinción entre ambas figuras que aparentemente son lo mismo.

Así mismo, existe otra postura en relación con el ejercicio unilateral de la patria potestad, la cual sustenta que, deberá estar enfocada en la atribución de este

ejercicio solo a uno de los padres, lo que a su vez da lugar a la suspensión del otro, pero sin que ello suponga una sanción, sino se configure como la opción que mejor le beneficia al hijo para efectos de su desarrollo integral.

Independientemente de las posturas que se vaya a adoptar resulta indispensable sustentar la tutela de los derechos de niños implicados: “Cualquier limitación tendría que sustentarse en causas específicas y perjudiciales a los intereses superiores del niño, niña o adolescente” (Sotomartno, s/f, p. 102).

En síntesis, es necesario mencionar que no existe una formula única o general por medio del cual se puede establecer el ejercicio de la patria potestad y, por ende, de la tenencia, sino, esta decisión debe derivarse luego de la realización de un test de proporcionalidad respecto a cuál es la mejor opción que le va a convenir al menor de edad para efectos de su desarrollo integral dentro de un ambiente saludable; de ahí, en casos de separación convencional y posterior divorcio esta idea se refuerza debido a que ambos padres siguen teniendo la aptitud para hacerse cargo de los hijos menores que tuvieren y, sin que esta condición implique necesariamente una tenencia compartida, por el contrario, cualquier decisión o medida que se tome sobre un menor deberá considerar en primera instancia a su interés superior; en consecuencia, tanto los padres, como el operador jurídico y cualquier otro tercero competente para adoptar una decisión en favor de un niño deberá fundamentarla en el principio del interés superior del niño como mandato imperativo de carácter obligatorio.

2.3. Marco conceptual

La delimitación conceptual de los términos empleados coadyuvara a un mejor entendimiento de la presente investigación. Por lo tanto, en esta sección se disertarán lo términos más frecuentes en el desarrollo de la investigación. Ahora bien, estos significados permitirán tener un amplio panorama para el lector, entonces, estos serán desarrollados desde el punto de vista de Armando Ezaine Chávez, por lo que, tenemos los siguientes:

- **Acción civil.** - La que se ejercita ante los jueces y tribunales civiles. En el Perú, ante los juzgados de paz (tratándose de mínima cuantía) y ante los juzgados de primera instancia en lo civil (menor y mayor cuantía) (Ezaine, 1991, p. 24).

- **Exigible.** – Que puede o debe exigirse o demandarse. Las obligaciones puras se caracterizan por ser exigibles desde luego; es decir, si no dependen de un suceso futuro o incierto o de un suceso pasado que los interesados ignoren (Ezaine, 1991, p. 241).
- **Honor.** – Cualidad moral que induce al hombre al cumplimiento cabal de sus deberes, tanto en lo que respecta a su persona como a los terceros. Honestidad. Buena reputación. (Ezaine, 1991, p. 284).
- **Inadmisibilidad.** – Dícese de la condición de aquello que se rechaza de plano, sin entrar a discutir el fondo del asunto (Ezaine, 1991, p. 304).
- **Incapacidad.** – Falta de aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. Ineptitud. Incompetencia. Falta de capacidad. En derecho se manifiestan varias formas de incapacidad (Ezaine, 1991, p. 304).
- **Improcedente.** – En derecho procesal dícese de la resolución negatoria que se expide cuando la ley no concede acción en función de determinada situación jurídica sustantiva o procesal (Ezaine, 1991, p. 297).
- **Jurisprudencia.** – Del latín jurisprudencia, que significa: Ciencia del derecho. En este sentido ya no se le emplea. Justiniano la definió como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto (Ezaine, 1991, p. 341).
- **Justicia.** – En su estricto sentido jurídico: Dícese de lo que es conforme al derecho. En otra acepción, más objetiva se refiere la palabra a la idea de sistema de organización judicial (Ezaine, 1991, p. 341).

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

El **enfoque cualitativo alude puntualmente a aquel tipo de** investigación al cual: “(...) no se llega por procedimientos estadísticas u otro tipo de cuantificación (...)” (Aranzamendi, 2010, p. 100), sino, en virtud de su naturaleza se sustenta en: “(...) comprender un fenómeno complejo (...) [cuyo] acento no está en medir las variables del fenómeno, sino en entenderlo” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 18); por ello, decimos que en esencia una investigación cualitativa está enfocada en analizar el sentido de una acción social definida, conocida técnicamente dentro del ámbito del derecho como la interpretación de una realidad teórica (el fenómeno complejo) la que a su vez da lugar a una solución adecuada.

La naturaleza **cualitativa teórica** significó aplicar con exactitud los preceptos de una determinada doctrina, la que se ajusta a la explicación del jurista e investigador mexicano Witker c. p. García, (2015), según quien 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”; lo que el autor quiso explicar fue que, este tipo de investigación colabora con la interpretación y el análisis de dispositivos jurídicos individuales o conjuntas.

Tomando en cuenta la naturaleza de la investigación, es decir, la acción de subordinación de los dispositivos normativos al análisis y cuestionamiento ligado a sus respectivos conceptos jurídicos, ya podemos afirmar que la finalidad consistió en evidenciar las irregularidades interpretativas en relación con sus cualidades, por ello, el trabajo de investigación **analizó la disposición establecida por el artículo 345° del Código Civil y el 76° del Código de los Niños y Adolescentes.**

Ahora bien, habiendo anticipado en la delimitación conceptual de la presente investigación se empleó de un lenguaje o discurso consistente en la teoría iuspositivista es que argumentaremos los motivos de la **postura epistemológica jurídica** dicha.

La **escuela iuspositivista** ha coincidido en que la cientificidad del derecho deriva principalmente en la norma y su correspondiente análisis dogmático, además el **(a) objeto, (b) método y (c) fin de estudio** se justifica en virtud de que cada escuela jurídica debe instituir con claridad qué es lo que va a estudiar, luego, cómo lo va a estudiar y, por último, si dos elementos previamente dichos se acomodan al propósito de la escuela en mención (Vivanco, 2017, pp. 36-41).

Así, el “(a)” del iuspositivismo viene a ser la legislación, esto es, cualquier dispositivo normativo vigente en el ordenamiento jurídico, por su parte, la “(b)” se centra en la realización del análisis y evaluación por medio de la interpretación jurídica, para que luego la “(c)” concluya con la propuesta de mejoramiento del ordenamiento jurídico, mismo que puede efectuarse o materializarse por medio del planteamiento de una inconstitucionalidad, una modificación o derogación de la norma calificada de insuficiente o contradictoria con la finalidad de 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)” fue la antinomia jurídica entre los artículos 345° del Código Civil y el 76° del Código de los Niños y Adolescentes, “(b)” se interpretaron correctamente los artículos y principios mencionados por medio de los diferentes tipos de hermenéutica jurídica, tales como: la interpretación sistemática, constitucional, etc.; para que finalmente, “(c)” fue el mejoramiento del ordenamiento jurídico mediante la modificación normativa del del articulado número 76° y no dejar vacíos o lagunas, sobre todo, para que el juez pueda resolver mejor los casos concretos.

3.2. Metodología

Ciertamente, las metodologías paradigmáticas se dividen en investigaciones empíricas y teóricas, por esto, después de haber justificado las razones del porqué fue **teórica**, en seguida se empleó la modalidad de metodología paradigmática de la investigación **teórica jurídica** [según Witker] con una **tipología de corte propositivo**.

Luego, de haber mencionado 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 trata de: “(...) 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]; en tal sentido, estamos sometiendo a análisis dispositivos normativos desde una óptica epistemológica iusnaturalista.

El vínculo entre el paradigma metodológico teórico jurídico con la tipología de corte propositivo, además de la postura epistemológica iuspositivista es compatible y viable, debido a que ambos sistemas buscan cuestionar y valorar una norma, que en nuestro caso viene a ser el artículo 345° del Código Civil y el artículo 76 del CNyA.

3.3. Diseño metodológico

3.3.1. Trayectoria metodológica.

La trayectoria busca explicar la forma en cómo se procedió desde que se instala la metodología hasta la explicación sistemática de los datos recolectados, esto es, dio a conocer la explicación holística del proceso que se siguió desde la determinación del método hasta las conclusiones de la investigación, por eso, en los párrafos subsiguientes explicaremos con más detalle al respecto.

Conforme a la naturaleza de la investigación se utilizó la interpretación exegética, la cual busca descubrir la voluntad del legislador (Miró-Quesada, 2003, 157), a fin de analizar la antinomia jurídica entre los artículos 345° del Código Civil y el 76° del Código de los Niños y Adolescentes.

En síntesis, la información fue recolectada gracias al empleo de la técnica del análisis documental, que junto a los instrumentos de recolección de datos denominado: la ficha (bibliográfica, textual y de resumen) esto orientado a analizar las características de ambos conceptos jurídicos y observar su punto de inflexión, para que finalmente 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 implicó el análisis de la una antinomia jurídica entre los artículos 345° del Código Civil y el 76° del 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

Al tener un carácter cualitativo teórico se estuvo analizando las estructuras normativas del artículo 345° del Código Civil y el 76° del Código de los Niños y Adolescentes, los cuales evidencian una antinomia y en donde se identificaron a las categorías: antinomia jurídica en su modalidad total-total y total-parcial en relación directa con los articulados mencionados 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 tiene estrecha relación con la utilización de la técnica, pues, a estos se pudo analizar textos doctrinarios, de los cuales se extrajo la información relevante para el desarrollo del fenómeno a investigar, de ahí, se pudo afirmar que el análisis documental es entendida como la operación sustentada en la naturaleza cognoscitiva del hombre, permitiéndonos de este modo la elaboración de un documento primigenio a través de otras fuentes primarias como secundarias, empero, de estas últimas depende 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.

Los instrumentos que utilizamos para la recopilación de información fueron la ficha en sus diferentes tipos, los cuales son: textuales, de resumen, bibliográficas, los cuales serán puestos en práctica con la finalidad de realizar un marco teórico fuerte y sólido capaz de adecuarse a nuestras necesidades según el desarrollo

progresivo 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 recolectada a través de la ficha textual, ficha de resumen y la ficha bibliográfica, resulta útil mencionar que esta no es capaz de llevarnos a la autenticidad de la investigación, sino, fue necesario ampliarla por medio de un análisis formalizado o de contenido tendiente a minimizar la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los conceptos; en consecuencia, nos dispusimos 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:

FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: 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.

CONTENIDO:

“.....

”

En ese orden, la información documental indudablemente va a abarcar premisas y conclusiones, las cuales deberán tener un conjunto de propiedades, por ende, el procedimiento que se utilizó en la investigación fue la argumentación jurídica, sobre esto 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.

Tomando en cuenta los datos y su correspondiente procesamiento, los cuales tienen su origen en los distintos textos, es posible 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 tiene que ver con la precisión y seriedad con la que se ha estructurado y/o desarrollado la investigación, por ello, recurrimos a la lógica de la científicidad del paradigma metodológico explicado detenidamente en párrafos anteriores, de este modo, su científicidad está garantizada por los métodos y el proceso estricto que ha seguido desde el análisis hasta el planteamiento de una conclusión o conclusiones, pues, 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); debido a ello, es que se consideró conveniente analizar el dispositivo normativo desde una óptica positivista a fin de colaborar con el mejoramiento del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta siempre el hecho de no contradecir la armonía del mismo, tampoco de la carta magna donde descansan los derechos fundamentales y principios rectores del Derecho.

Por último, a fin de identificar si en verdad se está empleando la postura epistemológica jurídica del iuspositivismo, resultó útil revisar que no se haya brindado valoraciones axiológicas (argumentos moralistas), sociológicas (mediante datos estadísticos), entre otros; sino que, el análisis de la investigación deberá enfocarse auténticamente en la utilización de las estructuras y conceptos de los dispositivos normativos y/ categorías mencionadas, semejante suerte corrieron los demás conceptos que guardan relación con los dispositivos materia de análisis dentro del ordenamiento jurídico, tanto como de la doctrina estándar sobre la antinomia entre los artículos 345° del Código Civil y 76° del Código de los Niños y adolescentes.

3.3.7. Consideraciones éticas

Al ser de corte cualitativa teórica la presente investigación, no se requiere manifestar justificación alguna para avalar la integridad o la honra de algún entrevistado o encuestado, menos aún de cualquier otra modalidad fáctica-empírica.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Análisis descriptivo de los resultados del objetivo uno.

El objetivo uno ha sido: “Identificar si existe una antinomia jurídica en la modalidad total-total entre los artículos 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú”, y sus resultados fueron:

Primero. – Con la finalidad de efectuar un resumen práctico y dinámico respecto de los resultados del primer objetivo de la presente investigación, en seguida daremos a conocer el orden en que abordaran los temas referidos a las categorías y subcategorías inmersas dentro del objetivo número uno, en primer lugar, trataremos brevemente sobre la institución jurídica de la antinomia jurídica junto a la modalidad total -total; luego, daremos a conocer todo lo relacionado sobre el contenido de los artículos 345° y 76° del Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, donde nos centraremos en temas tales como: la patria potestad, tenencia, separación convencional y divorcio ulterior.

Segundo. - La antinomia jurídica debe ser entendida como aquella contradicción entre dos normas que son totalmente aplicables a un caso hipotético o real, explicado en términos más simples, diremos que se presenta cuando una norma dentro de un caso concreto prohíbe una conducta, acción u omisión, mientras que, la otra norma permitirá la conducta, acción u omisión entorno al mismo supuesto de hecho; de este modo, en un primer momento serán denegadas y en otro permitidas, generando una situación inversa o de contradicción entre las normas, situación que termina provocando la inestabilidad legal en un Estado, toda vez que, perjudica a los justiciables de una u otra forma, en consecuencia, podemos decir que la existencia de una antinomia no justifica la falta de resolución del conflicto, por el contrario, representa un obstáculo a la labor de la administración de justicia por parte del operador jurídico, así como de los recurrentes y los demás implicados.

Tercero. – La doctrina mayoritaria ha establecido principios tendientes a coadyuvar con la solución de la antinomia jurídica, de tal modo que, se encuentran 10 importantes nociones que pasaremos a detallar a continuación:

- En primer lugar, encontramos al principio de plazo de validez, el cual está enfocado en fundamentar que toda norma va estar vigente hasta el momento

en que otra la derogue, empero, es necesario precisar que ambas normas deben ser del mismo rango o de menor jerarquía para que opere su validación dentro del sistema normativo.

- En segundo lugar, encontramos al principio de plazo de posterioridad, este principio busca identificar que la norma no solo debe tener aspectos negativos y contradictorios, sino, además explica que prevalecerá aquella norma con fecha de origen actual, mas no anterior.
- En tercer lugar, tenemos al principio de especificidad, este principio se fundamenta en el carácter especial de las normas, es decir, de si estamos ante una norma particular y genérica, por ende, será útil someter a las normas al grado de jerarquía para su solución.
- En cuarto lugar, encontramos al principio de favorabilidad, este principio deriva a la aplicación primigenia de la solidaridad que, al ser aplicado en el Derecho implica inevitablemente el mejoramiento de la situación jurídica de un procesado, es así, como lo promueve el artículo 103 de la Constitución Política del Perú.
- En quinto lugar, tenemos al principio de envío, se trata de principio que tiene a orientar su análisis a partir de la omisión de la norma o de un pequeño detalle no regulado por esta.
- En sexto lugar, encontramos al principio de subsidiaridad, el cual se fundamenta en la existencia de un hecho que se encuentra establecido de forma provisional por una norma hasta el momento en que otra norma entre en vigencia, siendo esta ultima la que tiene un plazo indeterminado para regir.
- En séptimo lugar, tenemos al principio de complementariedad, el cual hace referencia a la necesidad de complementación de una norma por otra, esto con el propósito de salvaguardar la manera total los derechos del justiciable, así como el pleno respeto por la norma.
- En octavo lugar, encontramos al principio de suplementariedad, el cual tiene que ver con que un dispositivo legal se encuentra regulado como norma de apoyo con otro dispositivo de mayor extensión, es decir, el primero esta

englobado por el segundo, por ende, no necesariamente existirá la necesidad de que nazca una contradicción u eliminación.

- En noveno lugar, tenemos al principio de ultraactividad expresa, el cual hace referencia a que la ley se deroga únicamente por otra ley.
- En décimo lugar, encontramos al principio de competencia excluyente, este principio parte de la palabra “exclusivo” que, fundamentalmente significa una reserva privilegiada o una reserva especial.

Cuarto. – En cuanto, al concepto de la patria potestad se dijo que actualmente ha sido superada dentro de la doctrina, pues, antes era entendida como la autoridad absoluta del padre sobre los hijos y la mujer, autoridad que tuvo sus orígenes en el Derecho Romano con el *pater familias*; no obstante, hoy en día las nuevas políticas públicas que el Estado peruano viene desprendiendo surgen para favorecer a la ciudadanía, básicamente, para contribuir con el buen desempeño del rol paternal y maternal.

También, se mencionó que esta institución guarda relación con las obligaciones comunes de los padres con respecto a sus hijos, fundamentalmente, para salvaguardar su interés superior, de este modo, la patria potestad se ha convertido en una institución garantista de los derechos generales y particulares de los niños y adolescentes, en términos más sencillos, están llamados y obligados a resguardar en primera instancia los derechos inherentes a su condición de personas, así como de otros derechos vinculados a su desarrollo integral.

Quinto. - En realidad, se trata de una obligación que recae directamente sobre los hombros de los padres, así como, en la familia, surgiendo el deber de cuidar y criar a sus hijos menores de edad; por ello se consideró que, la familia en términos generales esta llamada a cumplir con responsabilidad sus funciones, tanto de direccionamiento y orientación, tal como explica la autora Guevara citado por Barleta (2018), quien manifiesta al respecto:

La familia de manera prioritaria e inmediata debe cumplir una **función orientadora y permisiva**, en relación con la primera deberá impartir dirección y orientación a sus hijos y con relación a la segunda, deberá permitir a los hijos ejercer los derechos conforme a su capacidad evolutiva [...]. (p. 108) [El resaltado es nuestro]

El autor con la presente cita pone énfasis en el rol trascendental y equilibrado que debe desempeñar la familia para coadyuvar con la formación de sus integrantes, sobre todo, de quienes se encuentran en proceso de formación, como los niños, niñas y adolescentes.

Sexto. – Continuando, con la síntesis también se dijo que los deberes y derechos correspondiente a este instituto guardan su fundamento en el deber general de “velar por el desarrollo integral de los hijos” que tienen los padres, obligación que se encuentra contemplada en el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes. Así mismo, la doctrina ha contemplado ciertos límites a dicha responsabilidad parental, los cuales se ponen en marcha cuando se pretenda tergiversar su ejercicio, tal como lo señala el literal “b” del artículo 24° del mismo cuerpo legal, donde está prescrito sobre el deber de los hijos en estrecha relación con las ordenes que reciben de sus padres: “**Respetar y obedecer a sus padres o los responsables de su cuidado, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes**” [El resaltado es nuestro]; en tanto, las ordenes que reciben no se constituyan en mandatos de abuso o aprovechamiento de los hijos estos deberán ser obedecidos y cumplidos.

Básicamente, este instituto busca fomentar no solo la obediencia y respeto que debe primar en la relación de hijos a sus padres, sino, sobre todo, busca promover la autonomía de los niños en el entorno familiar, resaltando su condición de sujeto de derecho para solicitar y exigir, cuando sea necesario en los demás, el respeto de sus sentimientos, pensamientos e inclinaciones; en consecuencia, deberá existir un equilibrio entre el sentido de obediencia y la exigibilidad de las ordenes de los padres.

Sétimo.- Otro punto importante que se consideró, fue el aporte la Convención sobre los Derechos del Niño en relación con la promoción de la autodeterminación progresiva de los niños en la dinámica familiar, esto en los artículos 5° y 12°, de ahí, surge el deber y sentido de la familia para contribuir con su dirección y orientación en el ejercicio pleno de sus derechos según lo permita la propia evolución de sus facultades; en relación con esto, nos parece razonable aquello que fue señalado en el fundamento número 7 por el Comité de Derechos del Niño citado por Barletta (2018), en donde manifiesta que, la evolución de las

facultades del menor se constituye en el principio habilitador a través del cual adquiere paulatinamente conocimientos, los comprende y, entonces, puede exigirlos (p. 109).

En resumen, lo que pretende explicar el comité a través de estas ideas es que, la responsabilidad parental debe ejercerse dentro del respeto de la personalidad y el bienestar del hijo, más no, del respeto irrestricto de los intereses de los padres o de terceras personas; por ello, en algunas decisiones los padres o el operador jurídico tendrán que requerir y considerar la opinión del menor conforme a su discernimiento o, intentar conseguir su conformidad.

Octavo. – Un tema de vital importancia que se tocó fue la tenencia, el cual, viene a ser una figura jurídica correspondiente al Derecho de Familia, sobre todo, un atributo de la patria potestad; de entrada, se trata del derecho y deber de los padres de tener a sus hijos viviendo con ellos a fin de materializar su cuidado y atención oportuna; empero, en ocasiones es necesario fijar la tenencia y encargarla a un solo padre, resultando necesario para ello considerar la opinión del menor así como el amparo primordial de su interés superior.

Se trata de un atributo que únicamente es atribuible a los padres, tal como lo establece el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes; el fundamento para fijarla ha superado una anterior, en el sentido que debe estar orientada a la protección integral y, no necesariamente la fijación de la tenencia tiene que obedecer al carácter exclusivo y excluyente de uno de los padres; por ende, cuando se pretende tomar alguna medida que involucre al niño con respecto a la tenencia es indispensable detenernos en la coparentalidad referida a la presencia de ambos padres, quienes a pesar de vivir separados deben saber que pervive su responsabilidad para participar y hacerse cargo de forma directa en la crianza, educación y orientación de los hijos.

Se dijo que, la doctrina basada en la normatividad nacional, básicamente, el Código Civil centraliza su atención en el ejercicio exclusivo de la patria potestad y, con ello, determina o fija la tenencia cuando los padres están separados (artículos 420 y 345°) similar normatividad se identifica en el Código de los Niños y adolescentes, en el artículo 75, literal g, el cual titula “Suspensión de la patria potestad” y, prescribe: “**Por separación o divorcio de los padres**, o por invalidez

del matrimonio de conformidad con los Artículos 282° y 340° de Código Civil” [El resaltado es nuestro] luego, el artículo 88° del mismo cuerpo de leyes, expresa: “Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos”; como podemos observar, en todas las desposesiones mencionadas se pone énfasis en la suspensión de la patria potestad al padre que no tiene la tenencia.

Noveno. – En el presente considerando, se va a abarcar netamente respecto al tema central de nuestro **objetivo uno**, por el cual, primero se debe comprender que una de las clases de antinomia denominada, total- total; este tipo de antinomia trata sobre la disputa entre las normas respecto al ámbito de aplicación, es decir, tanto la norma “X” como la norma “Y” son válidas en sentido amplio, empero, el conflicto se suscita cuando se pretende aplicar una de ellas; por ejemplo, Se tiene que, la norma “X”, prescribe: “Esta permitido ingresar a la sala de Cinemark llevando canchita en presentación personal y cantidad similar a la que vendemos”, mientras tanto, la norma “Y” establece: “Esta prohibido ingresar a la sala de Cinemark llevando canchita en presentación personal y cantidad similar a la que vendemos”; también, podemos ilustrarnos con el siguiente ejemplo, la Norma “X” establece que: “En Huancayo está permitido el pase de vehículos de carga pesada desde las 11 de la noche hasta las 3 de la mañana, mientras tanto, la norma “Y” prescribe: “En Huancayo está prohibido el pase de vehículos de carga pesada en las noches”.

A partir de la interpretación del primer ejemplo, es posible inducir que, dadas las condiciones del lugar de la norma “X” también se cumplen las de la norma “Y”; por tanto, las consecuencias jurídicas planteadas por ambas son incompatibles y, por ende, ilógicas. Es más, desde una perspectiva deóntica, se identifica que la primera acepta la acción de llevar canchita en presentación personal y cantidad similar a la que expenden en dicha empresa de cine, en cambio, la segunda, no; así mismo, si observamos el segundo ejemplo podremos identificar que una de las normas, aunque es más específica que la otra, igual da a entender que la prohibición opera en horas de la noche; en consecuencia, si dejamos de lado la prohibición de la última estaremos vulnerando la disposición de la primera y, viceversa.

Llevado este análisis al ámbito de contradicción o antinomia jurídica entre el artículo 345° del Código Civil y el artículo 76° del Código del Niño y Adolescente conforme a lo explicado en el anterior párrafo podemos comprender que el conflicto normativo no guarda relación con esta modalidad, pues, los artículos no experimentan una contradicción grosera, extrema o total.

4.1.2. Análisis descriptivo de los resultados del objetivo dos.

El objetivo numero dos: “Determinar si existe una antinomia jurídica en la modalidad total-parcial entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú”, los resultados fueron los siguientes:

Primero. – Habiendo desarrollado en el análisis descriptivo de resultados del objetivo uno, desde el considerando primero al segundo todo lo referente a la antinomia, resaltando sus fundamentos doctrinarios, además de sus limitaciones legales, así como, respecto al artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes en los considerandos del tercero al séptimo; ahora nos enfocaremos en el desarrollo de la antinomia en su modalidad total-parcial.

Segundo. - Respecto al tipo de antinomia total-parcial dentro del ámbito de aplicación normativo, se explicó que, esta se da cuando dos normas jurídicas son incompatibles siendo que con una norma solo en una parte, mientras que, en otra norma el totalmente incompatible con la otra, por lo tanto, su ámbito de validez es en parte igual sobre una norma y respecto a la otra norma es contradictoria en su totalidad, por ende, se dice que hay antinomia total de la segunda norma hacia la primera, pero en parte de la primera hacia la segunda, por ejemplo: Si la norma “A” establece que: “Esta permitido la atención de las discotecas desde las 7 de la noche hasta las 3 de la mañana del día siguiente”, por otra parte, la norma “B” prescribe que: “**Está prohibido** la atención de las discotecas desde las 1 de la maña hasta las 3 de la mañana del día siguiente”.

Tercero. - Luego, la antinomia en cuestión se identifica debido a que su norma general es de amplio espectro, mientras que, la otra, establece una disposición con menor detalle, pues, solo tiene una parte de la otra arribando igualmente a su contraposición con ordenamiento jurídico, empero, se debe tomar en consideración a la norma de carácter general.

En este orden de ideas, el autor Zorzetto (2010, s/p) explica con detenimiento respecto a las relaciones de especialidad considerándolas una relación lógica que, toda vez que, la norma genérica incluye a una de carácter específica o, viceversa; con relación a esto encontramos diferentes ámbitos de aplicación:

- Primero, desde una perspectiva deontológica suponemos que el dispositivo legal “Y” faculta un comportamiento o acción social de forma general, mientras que, otro dispositivo legal “X” de manera particular señala que no se permite dicha conducta, pero en relación con una parte de la primera norma.
- Segundo, es posible ampliar el supuesto y evidenciarlo con un ejemplo: Una norma general permite el pase de vehículos de carga pesada desde las 9 de la noche hasta las 4 de la mañana, por su parte, otra norma prohíbe el pase de vehículos de carga pesada a partir de las 3 de la mañana, pudiéndose avizorar que una de ellas es general y la otra específica.
- Tercero, luego de haber explicado todo lo anterior es posible mencionar que en todo momento va a existir una norma general respecto de algún supuesto de hecho específico.

En síntesis, es posible concluir que la antinomia en su modalidad total-parcial implicará que entre la norma general y específica va a surgir un conflicto o contradicción solo en relación con una parte, esto es, las disposiciones de forma idéntica comparten cierta parte de la misma prohibición o permisión dentro de su contenido normativo, empero, una de ellas es eminentemente específica y corta.

4.1.3. Análisis descriptivo de los resultados del objetivo tres.

El objetivo número dos: “Examinar la manera en que se desarrolla una antinomia jurídica en la modalidad parcial-parcial entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú”, los resultados fueron los siguientes:

Primero. – Habiendo desarrollado en el análisis descriptivo de resultados del objetivo uno, desde el considerando primero al segundo todo lo referente a la antinomia, resaltando sus fundamentos doctrinarios, además de sus limitaciones legales, así como, respecto al artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes en los considerandos del tercero al séptimo;, por lo que

para no ser repetitivo con la información, se realizará en el presente ítem el desarrollo de la modalidad parcial-parcial.

Segundo. - Respecto al tipo de antinomia parcial-parcial dentro del ámbito de aplicación normativo, se explicó que, esta se da cuando dos normas jurídicas son incompatibles en una de sus partes y en otra no, pero, en el ámbito de incompatibilidad estará restringido un determinado comportamiento y en el otro permitido, observándose así una validez compatible en parte de ambas normas, y la otra parte es la que viene a ser contradictoria, por ejemplo, por ejemplo: Si la norma “A” establece que: “**Esta permitido** la distribución de bebidas alcohólicas como: **cerveza**, vinos, wiskis, vodkas y gaseosas con licor en las discotecas del distrito A”, por otra parte, la norma “B” prescribe que: “**Está prohibido** la distribución de bebidas alcohólicas como: **cerveza**, coñac y tequila en las discotecas del distrito A”.

Tercero. - Luego, la antinomia en cuestión se identifica debido a que la norma A es compatible con el expendio de las bebidas como vinos, wiskis y vodkas con la prohibición de bebidas de la norma B como: coñac y tequila; sin embargo, es contradictorio solo en la parte de la cerveza, pues ésta bebida es la que solo está en contradicción, es decir, se debe prohibir su distribución o no.

4.2. Contrastación de las hipótesis.

4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno.

La hipótesis específica uno fue la siguiente: “La antinomia jurídica que se desarrolla entre los artículos 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes **no es en la modalidad total-total**”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una argumentación jurídica que permita discutir su contenido.

Primero. – Considerando que, la antinomia implica la existencia de dos normas aplicables a un mismo caso, ambas aplicables al mismo supuesto jurídico, no obstante, una de ellas prohíbe una conducta u omisión, mientras que, la otra los permite, generándose de este modo la situación de contradicción, lo cual, no puede pasar dentro de un sistema jurídico respetuoso de los derechos, catalogado por tener una estructura sistemática en base a principios sustanciales, tales como: la justicia, igualdad, solidaridad, unidad, coherencia, congruencia y jerarquía entre el conjunto de normas.

Todavía más, esto genera inestabilidad o inseguridad jurídica en los justiciables, debido a la incertidumbre de no saber cuál de las normas será la que se aplicará al caso en concreto, tal como sucede con la contradicción abierta entre el artículo 345° y el 76°; por ende, se dice que la identificación de una antinomia no debe suponer una justificación a la falta de respuesta o solución a un conflicto, por el contrario, su presencia representa un obstáculo para la labor del operador jurídico en cuanto a su deber de administrar justicia conforme a Derecho; así mismo, cabe mencionar que la antinomia se compone de 10 principios que tienen un carácter fundamental.

Segundo. - Con relación a los artículos 345° del Código Civil y el artículo 76° del Código del Niño y Adolescente, se efectuó un análisis profundo, el cual, se centró, en principio, en lo más fundamental, la fijación de la tenencia y el ejercicio de la patria potestad en casos de separación convencional y divorcio ulterior de los padres en casos en que no exista acuerdo para una tenencia compartida, llegándose a entender que se trata de un derecho y deber complejo que debe recaer en los padres o solamente en uno de ellos.

Como regla general, el ordenamiento promueve un ejercicio coparental de la patria potestad (235° y 419° del CC), es decir, el derecho de los padres a participar en igualdad de forma activa en el desarrollo de sus hijos, quedando reservado el ejercicio unilateral para casos de hijos extramatrimoniales (421° del CC) en donde la patria potestad será ejercida por el padre o madre que reconoció al hijo y, cuando ambos lo hubieran reconocido, será el juez quien fije el ejercicio de la patria potestad únicamente a uno de ellos, esto implicará consecuentemente la suspensión en uno y la habilitación del otro para tal ejercicio, más no, compartido, porque estamos ante una potestad indivisible y no negociable.

No obstante, el artículo 76 del CNA estableció respecto a la vigencia de la patria potestad estableció que, ninguno de los padres debe ser suspendido en su ejercicio: “En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, **ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad**”, mientras que, el **Código civil** establece que si corresponde la suspensión de la patria potestad en casos de separación convencional, pues, el artículo 345° dispone la aplicación del último párrafo del 340 en donde se reafirma que, el ejercicio lo asume el padre o

madre a quien se haya confiado los hijos, el otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

Tercero. – Aun, cuando el artículo 340° del código Civil en sus primeros párrafos señala que, si ambos tuvieron la culpa para el rompimiento del vínculo matrimonial se determinará el otorgamiento de la tenencia del siguiente modo: los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa; queda claro que la tenencia se constituye en un atributo de la patria potestad y, por ende, no es jurídicamente aceptable asignar la tenencia sin la patria potestad, en términos más simples, no corresponde otorgar tenencia sin representación legal, puesto que, la potestad legal les permite a los padres actuar jurídicamente en representación del niño; pero, sobre todo, la motivación principal bajo el cual tiene que estar justificada la determinación del ejercicio de la patria potestad es el interés superior del niño, por ello, si para efectos del mejor desarrollo del niño es bueno que viva con ambos padres, resulta excelente y, si no se constituye en la mejor opción, sencillamente, se quedará con aquel que tenga mejores condiciones y capacidad para ejercerlo.

En base a ello, consideramos que la tenencia y el ejercicio de la patria potestad de los hijos en casos de separación convencional y divorcio ulterior puede recaer en ambos padres (cuando se ejerce la tenencia compartida) o en uno de ellos, en caso de esta última modalidad será necesario suspender el ejercicio del otro progenitor; pues, no debemos caer en los fundamentos tradicionales para la suspensión de la patria potestad, el cual, se deriva de alguna sanción y mediante una sentencia, por lo que, resultará adecuado separar del entorno nocivo (separación y/o divorcio) al menor y velar en todo momento en función del interés superior de este.

Cuarto.- Luego, se resaltó sobre la necesidad de modificar una de las normas ya expuestas en anteriores párrafos, llegándose a sostener una respuesta positiva al respecto con los siguientes fundamentos: Se evidenció una clara existencia de antinomia jurídica entre los mismos, por ello, es impostergable la modificación del artículo 345° del Código Civil y consecuentemente del artículo 76°, puesto que, el primer articulado se centra especialmente en priorizar el

ejercicio unilateral de la patria potestad y el segundo, el tipo colateral; no obstante, la determinación del ejercicio de la patria potestad deberá fundamentarse auténticamente en orden al principio de interés superior del niño, por tanto, si ello no se modifica va seguir existiendo una contradicción entre ambos dispositivos; por consiguiente, es necesario que la estructura de aquella modificación se establezca de la siguiente manera: En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ejerce la patria potestad el padre o madre que demuestre estar en mejor condición, capacidad para ejercerlo y/o cuando esto sea beneficioso para efectos del desarrollo integral del menor, así mismo, si en caso ambos padres tienen la facultad para ejercerlo, pues, deberán hacerlo en orden a las reglas y límites establecidos, tal como: Someterse a una terapia previa tendiente a concientizarlos sobre el rol compartido, tomar decisiones consensuadas cuando estos vayan a interrumpir el ejercicio del otro padre, a falta de acuerdo el juez puede determinar el ejercicio unilateral y suspender al otro.

Quinto. – En relación con la antinomia total-total, se llegó a fundamentar lo siguiente: Se trata de un tipo de antinomia que se configura puntualmente en el campo de aplicación de las normas, se caracteriza por establecer una prohibición diametralmente opuesta a la permisión. Por ello, respecto a esta subcategoría, se puede decir que, tanto la norma “X” como la norma “Y” son válidas en sentido amplio, no obstante, el conflicto se desprende cuando se intenta aplicar una de ellas; por ejemplo, esto se aprecia con claridad en el siguiente caso: Si la norma “A”, prescribe: “Está permitido ingresar a la sala de Cine Mark llevando canchita en presentación personal y cantidad similar a la que vendemos”, mientras tanto, la norma “Y” establece: “Está prohibido ingresar a la sala de Cine Mark llevando canchita en presentación personal y cantidad similar a la que vendemos”; evidenciándose que ambas normas contienen consecuencias jurídicas opuestas e incompatibles y, por ende, ilógicas. Desde una perspectiva deóntica, la segunda, no asiente la acción de ingresar canchita en presentación personal y cantidad semejante a la que venden en Cine Mark, en cambio, la primera si acepta esta acción, en consecuencia, si dejamos de lado la prohibición se terminará vulnerando la permisión y, sucederá algo parecido si aplicamos a la inversa.

Por tanto, resulta evidente que este tipo de antinomia se configura cuando la confrontación de ambas disposiciones es incompatible de forma absoluta o total, esto es, existe una confrontación en todos sus extremos, situación que no sucede con la contradicción entre el artículo 76° del Código del Niño y Adolescente y el artículo 345° del Código Civil.

Sexto. – Antes bien, en el presente considerando se va a plantear los siguientes casos hipotéticos, claro alejados del contexto de los artículos en mención:

- Félix, es un señor de 56 años que trabaja como chofer y/o transportista de carga pesada llevando mercadería de un lugar a otro, en ocasiones, transporta carga perecible, tales como: frutas y verduras. Un día, mientras venía con dirección a la ciudad incontrastable de Huancayo trayendo papayas y chirimoyas llegó a las 11 de la noche, siendo interceptado por agentes de serenazgo de la ciudad, quienes impidieron su pase, mencionándole que está prohibido el pase de vehículos de carga pesada en horas de la noche desde las 10 p.m., lo cual le generaba problemas, pues, él tenía pensado descargar y pasar a Huancavelica esa misma noche para dejar el resto de la carga. Al día siguiente el señor Félix, muy indignado, decide acercarse a la municipalidad a fin de interponer una queja debido al incidente ocurrido la noche anterior, encontrándose con un escenario de enfrentamiento de posiciones entre los serenos, quienes manifestaban que existía una norma que, en efecto, impedía el pase de tales vehículos en horas de la noche, pero, también existía otra norma que si lo permitía al expresa: “Esta permitido el pase de vehículos de carga pesada a partir de las 10:00 p.m.”, evidenciando un conflicto normativo en la modalidad total-total en las disposiciones; motivo por el cual, no solo tuvieron que pedir disculpas, sino que reconocer al señor una suma de dinero en calidad de indemnización.
- Rosa y Roció, dos hermanas adolescentes decidieron ir a relajarse al cine un fin de semana aprovechando que habían culminado los exámenes finales de la universidad, ambas obtuvieron resultados satisfactorios. No obstante, luego de haber escogido la película y comprado los boletos de entrada son retenidas por el supervisor de la sala de cine, debido a que llevaban bolsas

de canchita en presentación diferente a la de la empresa de cine, manifestándoles que: “Está prohibido ingresar a la sala de Cine Mark, canchita en presentación personal y cantidad distinta a la que se venden en dicha empresa” generando sorpresa y sofoco en las señoritas frente a los demás clientes y amigos. Entonces ellas se ven muy confundidas y afectadas debido a lo acontecido, porque no comprenden dicha regla, pues, hace algunos meses atrás una ley nacional había establecido: “Esta permitido ingresar a la sala de Cine Mark con canchita en presentación personal y cantidad distinta a la que se venden en dicha empresa”; de tal suerte, se puede evidenciar que la empresa ha generado una incoherencia en su normatividad, haciéndole notar que existe una antinomia en la modalidad total-total.

Tras lo dicho, ahora evidenciaremos la contradicción existente entre los artículos 76° del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 345 del Código Civil, la cual se da solo en un escenario o supuesto concreto en que la norma ingresa en contradicción, más no en la totalidad de escenarios para advertir que una antinomia total-total, en tanto si bien, si existe contradicción entre ambas, no se estarían contradiciendo en su totalidad, por ello, recurrimos a la explicación a través de los siguientes escenarios:

Cuando existe separación convencional, existen dos escenarios de compatibilidad entre ambos artículos:

Tabla 1. Contradicción y compatibilidades de la norma 345 del C.C. y 76 del CNyA

Patria Potestad y alimentos en separación convencional	345 del CC	76 del CNyA	Compatibilidad	Escenario
Separación convencional cuando los padres llegan a la tenencia compartida	Ninguno pierde la patria potestad	Ninguno pierde la patria potestad	Sí existe compatibilidad	1
Separación convencional cuando los padres “no” llegan a la tenencia compartida	El juez suspende a uno de los padres el ejercicio de la patria potestad [en virtud de la aplicación del	Ninguno pierde la patria potestad	No existe compatibilidad	2

	art. 340 último párrafo]			
Separación de hecho	El juez suspende el ejercicio de la patria potestad [en virtud de la aplicación del art. 340 último párrafo]	No especifica.	Sí existe compatibilidad	3

Séptimo. - Estando a lo analizado en el párrafo anterior, se observa que la contradicción entre el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 345° del Código Civil no pertenece a la antinomia en su modalidad total – total, pues, las disposiciones de ambos artículos, aun cuando sean de diferentes ordenamientos legales, no experimentan una incompatibilidad total, sino que existe una incompatibilidad parcial entre el artículo 76 del CNyA y el 345 del C.C., esto es en dos contextos o escenarios sí hay compatibilidad, siendo el **escenario 3** con respecto al divorcio por separación de hecho, sobre el cual no se evidencia una incompatibilidad u oposición con respecto a ella; y el **escenario 2** cuando los padres están de acuerdo con la tenencia compartida; en cambio, solo en un contexto o en el **escenario 1** hay **contradicción**, en otras palabras (separación convencional cuando los padres no llegan a un acuerdo) pues, en un ámbito la norma general señalada si puede ser aplicada, y en otro contexto no, por ello es necesario una modificación.

Por todo lo mencionado, **confirmamos la hipótesis planteada**, de que la antinomia jurídica desarrollada entre los artículos 345 del Código Civil peruano y el 76 del Código de los Niños y Adolescentes **no es de modalidad total-total**, pues, aunque se trata de disposiciones que están contempladas en diferentes ordenamientos jurídicos **no existe una contradicción total o radical**, sino parcial, esto es en un solo contexto en donde la fijación del ejercicio de la patria potestad para casos de separación convencional se otorga de forma unilateral a un solo padres, básicamente, a quien se confían los hijos menores de edad.

4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos.

La hipótesis específica dos fue: “La antinomia jurídica que se desarrolla entre los artículos 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y

Adolescentes no es en la modalidad total-parcial”, al respecto surge la necesidad de iniciar una argumentación jurídica que permita discutir su contenido.

Primero. – Antes de iniciar con la contrastación de la presente hipótesis, es menester mencionar que, en el **considerando primero al sexto de la hipótesis uno** se ha fundamentado sobre la antinomia jurídica en la modalidad total-total que se desarrolla entre los artículos 76° del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 345 del Código Civil peruano, por consiguiente, en la presente contrastación se abarcará únicamente respecto a antinomia en **la modalidad total-parcial**, de la siguiente manera:

Segundo. - En la investigación desarrollada se consideró que la antinomia Total- parcial se da cuando dos normas jurídicas son incompatibles en una parte y en otra no, pero, en el ámbito de incompatibilidad estará restringido un determinado comportamiento y en el otro permitido, observándose así una validez en parte, pues, se configura una antinomia total por parte de la primera norma respecto de la segunda y solo de forma parcial ante la primera, explicado en términos más simples, uno de los rasgos más distintivos de la antinomia total es que, la primera norma tiene una disposición más general, en cambio la otra será solo considerado como una especie, por ejemplo: La norma “A” prescribe que: “**Está permitido** ingresar alimentos a la sala de Cine Mark, tales como: gaseosas, pasteles, chocolates, **canchita**, hamburguesas, galletas y agua” por otro lado, la norma “B” prescribe que: “Está prohibido ingresar a la sala de Cine Mark **canchita** en presentación personal y cantidad similar”.

En el ejemplo anterior, se puede evidenciar que la primera norma tiene un carácter más genérico lo que le impulsa a colisionar con la segunda que, al tener un carácter más específico se ve quebrantada por la disposición de la primera, en tanto, es la norma general la que tiene incompatibilidad solamente sobre un elemento de la segunda norma jurídica, pues, uno de los elementos se va encontrar incluida dentro de la otra, debido a que la primera abarca un supuesto más amplio.

Tercero. - **En lo que respecta al presente tema**, se pudo observar en los párrafos ya mencionados, líneas arriba, cuándo es que la norma se configura en la modalidad de antinomia total - parcial, por ello, para mayor claridad se va a presentar el siguiente caso hipotético en relación con lo señalado:

- José y Carmen junto a un grupo de compañeros de su centro de labores acordaron celebrar su primer aniversario de casados en el cine, mientras les revisaban los boletos de entrada a Carmen le observaron la gaseosa en lata que llevaba con ella y a José, manifestándoles que de acuerdo al reglamento de la empresa únicamente “Está prohibido ingresar gaseosas en envases de lata o vidrio” dicho sea de paso, hay gaseosas en envase de plástico; frente a la situación, uno de los amigos de los esposos, que es abogado, decide mostrarle al controlador la ley emitida por Indecopi en donde se dispone “Está permitido el ingreso de alimentos similares a los que venden en el cine, tales como: gaseosas, galletas, hamburguesas, pásteles, chocolates, canchita y otros” por lo que, una gaseosa más allá de tener un envase distinto sigue siendo igualmente una bebida semejante a la que expenden en dicho lugar. Después, de aquel caso ellos optaron en hablar con el gerente, mencionándoles que en su reglamento interno existe una antinomia de categoría total- parcial.
- Carlos, natal de la ciudad de Cuzco, llegó a Huancayo con la finalidad de participar en un evento cultural denominado “Teatro & folclor” en distintos lugares de la ciudad, por ello, alquilo un vehículo para conducirlo y mediante la aplicación google maps transportarse durante todo el día a donde requiera, de este modo, en horas de la tarde ya por las inmediaciones del parque “Constitución” observó un letrero que decía: “**Permitido** estacionarse para camiones, **autos** y motos desde las 7:00 a.m. – 9:00 p.m.”, dos horas más tarde, cuando salió de una presentación se dio con la sorpresa que una grúa se estaba disponiendo a trasladar el vehículo alquilado, cuando se acercó los agentes de la municipalidad le manifestaron que, de acuerdo a una ordenanza municipal del nuevo alcalde **está prohibido** estacionarse a las 9:00 p.m. para el caso de **autos** en aquel lugar, debido a que da mal aspecto a un parque histórico.

Cuarto. - Por lo analizado anteriormente, se observa que el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 345 no pertenece a la modalidad total – parcial, porque en dicha categoría se pudo observar que la antinomia en esta categoría se configura cuando dos normas tienen un ámbito de

aplicación en donde entran en confrontación o conflicto y otro campo hay un conflicto parcial.

Quinto. – Ciertamente, es necesario recalcar que el contenido jurídico del ejercicio de la patria potestad es distinto al de la titularidad de la patria potestad; así mismo, cuando se alude a la tenencia compartida, la doctrina actual ha considerado que podría entenderse como tal, no sólo al hecho de distribuir el tiempo de convivencia con el menor por ambos padres, sino también distribuir todas estas facultades mencionadas a favor de ambos padres, todo ello en vista del interés superior del niño y adolescente.

No obstante, qué pasaría si el juez otorga la tenencia compartida y, por ende, el ejercicio compartido de la patria potestad a los padres y estos terminan involucrando su vida personal de tal modo que, toman decisiones perjudiciales, pues, interrumpen el tiempo de tenencia del otro, es más no tienen contacto para ponerse de acuerdo en cuanto a las decisiones favorecedoras respecto al niño. En relación con esta situación, muchos doctrinarios y especialistas en Derecho de Familia sostienen con contundencia: la naturaleza jurídica del ejercicio de la patria potestad es unilateral y no negociable, pues, no se puede permitir que existan dos líderes (padres separados) tomando decisiones aisladas con respecto al menor durante el tiempo de la tenencia en distintos tiempos, ya que estas pueden colisionar y perjudicar el desarrollo integral del menor.

Sexto. – Como respuesta a la anterior crítica efectuada en el párrafo anterior, podemos manifestar gracias al establecimiento de reglas claras y límites razonables que estamos planteando en la presente tesis, será posible coadyuvar con el ejercicio compartido de la tenencia, tal como: antes del ejercicio compartido los padres deberán demostrar haberse sometido a una terapia tendiente a concientizarlos sobre el rol compartido que deberán asumir con responsabilidad, así mismo, respecto a la toma de decisiones consensuadas cuando estos vaya a interrumpir el ejercicio del otro padre, a falta de acuerdo el juez puede determinar el ejercicio unilateral y suspender al otro.

Por todo lo esgrimido, **confirmamos la hipótesis planteada**, de que la antinomia jurídica desarrollada entre los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del Código Civil peruano **no es de modalidad total-parcial**,

porque en dichas normas existe una contradicción en parte, mientras que, en otro en es su totalidad, **por lo tanto**, la contraposición se efectúa en una parte de la norma y en otra no, incluso, a través del cuadro detallado dentro del **considerando sexto (Tabla 1) de la contrastación de la hipótesis uno** se pudo observar tal confrontación para mayor comprensión.

4.2.3. Contrastación de la hipótesis tres.

La hipótesis específica tres fue: “La antinomia jurídica que se desarrolla entre los artículos 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes **si es en la modalidad parcial-parcial**”, al respecto surge la necesidad de iniciar una argumentación jurídica que permita discutir su contenido.

Primero. – Antes de iniciar con la contrastación de la presente hipótesis, es menester mencionar que, en el **considerando primero al sexto** de la hipótesis uno y dos se han fundamentado sobre las antinomias jurídicas en la modalidad total-total y total-parcial que se desarrollan entre los artículos 76° del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 345 del Código Civil peruano, por consiguiente, en la presente contrastación se abarcará únicamente respecto a antinomia en **la modalidad parcial- parcial**, de la siguiente manera:

Segundo. - Sobre la antinomia parcial- parcial se da cuando dos normas jurídicas son incompatibles respecto a una parte de ellas y en otra no lo son, siendo que, en el ámbito de incompatibilidad estará restringido un determinado comportamiento y en el otro permitido, observándose así una validez en parte, pues, se configura una antinomia parcial por una parte de ambas normas e incompatible en la otra, por ejemplo: La norma “A” prescribe que: “**Está permitido** ingresar alimentos a la sala de Cine Mark, tales como: gaseosas, pasteles, chocolates, **canchita**, hamburguesas, galletas y agua” por otro lado, la norma “B” prescribe que: “Está prohibido ingresar a la sala de Cine Mark **canchita** en presentación personal y cantidad similar”.

Tercero.- Tras ya haber descartado los diversos tipos de antinomia, resta analizar si calza la antinomia parcial-parcial con los artículos en análisis, para lo cual es menester traer a colación a la Tabla 1, donde de forma evidente se pudo vislumbrar que sí existe dos escenarios donde hay compatibilidad y solo un escenario donde hay contradicción, esto es cuando los padres se separación por

mutuo acuerdo (sea divorcio también), pero cuando no han llegado a un acuerdo entre sí, pues el artículo 345 del C.C. estipula que solo uno tendrá la patria potestad, mientras que el artículo 76 del CNYA, independientemente de que hay acuerdo o no, siempre los padres deben ejercer ambos la patria potestad, de tal suerte, que por un lado son compatible y por el otro no, de esa manera, el legislador no podrá dar una respuesta objetiva, ni motivación correcta frente a un caso concreto como el siguiente:

Pedro y María deciden divorciarse por mutuo acuerdo en la vía judicial, de tal suerte que, se ponen de acuerdo con la distribución de la sociedad de gananciales, pero no la patria potestad, ya que de ello dependerá la suma de los alimentos, por lo cual María decide ampararse al artículo 345 del C.C., a fin de que le hagan caso que solo un padre sea, en base a un divorcio remedio o sanción, debe ejercer la patria potestad y por ende la tenencia, de esa manera, podrá captar la mayor cantidad de pensión de alimentos para sus hijos, sin embargo, el padre decide ampararse al artículo 76 del CNYA porque muy aparte de no brindar pensión de alimentos, él no quiere estar sometido a un régimen de visitas como si fuera un presidiario, sino que desea tener el mayor tiempo posible a sus hijos, pasar su vida con ellos, siendo que el juez tendrá una difícil labor de razonamiento para brindar razones jurídicas de qué norma debe prevalecer.

Por lo tanto, **confirmamos la hipótesis planteada**, de que la antinomia jurídica desarrollada entre los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del Código Civil peruano **sí es de modalidad parcial-parcial**, porque en dichas normas existe una contradicción en parte, mientras que, en otra hay plena compatibilidad.

4.2.4. Contrastación de la hipótesis general.

La hipótesis general fue: “El tipo de antinomia jurídica que se desarrolla entre los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del Código Civil peruano es **parcial-parcial**”, el cual, tras haber ya contrastado las dos hipótesis específicas, se está apto para poder asumir una postura científica frente al problema detectado mediante los siguientes argumentos:

Primero. - En este considerando es importante señalar que para determinar la contrastación de la hipótesis general, primero se debe evaluar el peso de cada

hipótesis específica pues puede existir el caso que a pesar de haber confirmado dos hipótesis de tres, el que se rechaza tenga mayor fuerza para rechazar la hipótesis general, o la situación puede ser viceversa, que frente a dos hipótesis rechazadas de tres hipótesis, solo una se confirmó es más que suficiente para poder confirmar la hipótesis general; tras conocer el contexto de lo mencionado, a todo ello se le denomina la teoría de la decisión, la cual tiene que ser discutida el peso de cada hipótesis para tomar la mejor rinda del trabajo de tesis.

Segundo. - El peso que se obtuvo de cada hipótesis es de 33.3%, asimismo, se considera que las tres hipótesis específicas no fueron independientes, esto quiere decir, que, si una hipótesis emite un resultado distinto al resto, va afectar a los demás, por lo que basta una que asegurara ser o bien total-parcial, parcial-parcial o total-parcial, se comprobaría la antinomia, y excluiría a los demás tipos de antinomia, y en este caso se comprobó que era parcia-parcial.

Por lo tanto, todas fueron confirmadas de, y por cada una de las hipótesis, el porcentaje fue del 33.3%, el cual, juntos equivalen al 100%, por ello, podemos decir que la hipótesis general también se confirma.

4.3. Discusión de los resultados

El trabajo de **investigación ha demostrado** que se desarrolla una antinomia en la modalidad parcial-parcial entre el artículo 345° del Código Civil y 76° del Código de los Niños y Adolescentes, en tanto, ambos articulados establecen disposiciones respecto al ejercicio de la patria potestad en la separación convencional; no obstante, el primero dispone que el ejercicio de la patria potestad queda a cargo del padre a quien se le confían los hijos, mientras tanto, el otro queda suspendido en su ejercicio, claro siempre que el caso sea cuando los padres no se ponen de acuerdo con la tenencia compartida.

Entonces, el conflicto normativo en dichos artículos corresponde definitivamente a la modalidad parcial-parcial, porque las normas tienen en parte grados de compatibilidad o escenarios donde no existe incompatibilidad en la resolución de casos, mientras que otro escenario existe una incompatibilidad, del cual será motivo de una contradicción permanente.

Por otra parte, se ha demostrado que la antinomia jurídica que existe entre el artículo 76° del Código del Niño y Adolescentes y el artículo 345 del Código

Civil vulnera el principio a la seguridad jurídica, así mismo al principio de interés superior del niño, porque no promueve una solución o consecuencia jurídica en donde se respeta o priorice el desarrollo integral del menor de edad implicado en el entorno de separación de los padres.

Como **autocrítica** en la presente investigación fue no contar con expedientes judiciales relacionados a la vulneración de la manifestación de la antinomia jurídica que existe entre el artículo 76° del Código del Niño y Adolescentes y el artículo 345° del Código Civil, para poder analizar el proceso o cómo han estado motivando sus sentencias los respectivos jueces al momento de resolver los temas.

El hallazgo demostrado **se condice y se debate también con otras investigaciones** nacionales e internacionales, tales como el investigador Silva (2020), con 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, la finalidad del presente trabajo fue examinar la influencia e importancia de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1989 por este país, básicamente, con respecto a la aplicación del interés superior del niño al momento de establecer del ejercicio de la patria potestad, pues, estando en frente de una institución tuitiva y protectora de los derechos de los niños resulta esencial determinar cuáles son las normas colombianas que lo regulan y como se vienen aplicando estas reglas para la delimitación de esta figura y si esto es coherente con los principios estatuidos por esta materia y por el Derecho colombiano en general.

Ciertamente, coincidimos con la postura de la presente tesis, en tanto profundiza la doctrina sobre la protección primordial del interés superior del niño, pues, se trata de seres humanos, sujetos de derecho, con capacidad de goce, aunque no de ejercicio, que deben ser representados por sus padres o, por lo menos, por aquel que se encuentre en mejores condiciones para afrontar tal responsabilidad en su favor; por ende, cuando se trata de establecer en cuál de los padres recaerá el ejercicio de la patria potestad bajo el contexto de la separación convencional será necesario no dejarse llevar por una regla general, pues, cada caso en concreto es

distinto, sino más bien por criterios razonables tendientes a favorecer real objetivamente el desarrollo integral del menor implicado.

Luego, la tesis titulada: "Tensión por antinomia dado el componente axiológico constitucional de la democracia", realizado por Nieves & León (2021) en ésta investigación lo más resaltante fue considerar al componente axiológico constitucional de la democracia la cual genero incompatibilidad en la tensión, pues en el derecho existe un conjunto de normas producidas por medio de la legislación, la ley habilitante y el poder constitucional, que se presentan a lo largo de sus mandatos contradiciendo a la Constitución.

Ciertamente, compartimos la postura de los investigadores de forma parcial, pues, si bien existen legisladores que en vez de proponer leyes beneficiosas para sus ciudadanos promueven leyes con nombre propio e intereses propios o los de sus allegados; no obstante, también es aceptable que estos cometan errores en el ejercicio de su función legislativa, en tanto, son seres humanos, por ello, existen mecanismos tendientes a solucionar problemas de contradicción, entonces, también recae una fuerte labor en los interpretadores del derecho.

Por otro lado, tenemos otra investigación nacional Contreras (2020), con la investigación titulada: "Tenencia exclusiva y su relación con el principio de interés superior del niño en la corte superior de Huaura -años 2017 al 2018, donde se buscó identificar en el distrito de Huaura entre los años 2017 y 2018 en casos de separación o divorcio de los cónyuges, independientemente, de los factores que los condujeron a este desenlace, si el juez viene orientando su decisión sobre la tenencia exclusiva, más no una compartida, al amparo del interés superior del niño a fin de evitar que estos resulten más perjudicados con el rompimiento del vínculo matrimonial, contrariando lo establecido por el interés superior.

Ciertamente, coincidimos en parte con las conclusiones de la presente tesis, en tanto, nos parece razonable que el autor profundice los conceptos y resalte los elementos de la tenencia, así como el hecho de estudiar la diferencia entre la tenencia exclusiva y compartida, ya que, de este modo remarca las implicancias de cada una de ellas, aunque, de forma genérica en los hijos menores de edad, quienes son los protagonistas y sobre los cuales recaen las verdaderas consecuencias en un sentido familiar, personal y hasta espiritual, resultados que no podemos verlos,

debido a carga subjetiva, pero, si podemos anticiparnos a estos, por lo que consideramos que, en ciertos casos la tenencia compartida puede ser la más idónea y satisfacer perfectamente en las necesidades del menor junto con el de sus padres, así como, en otros donde la tenencia exclusiva se hace estrictamente necesario debido a la indecisión y falta de acuerdo entre los padres. No obstante, juzgamos el hecho de que el autor pone mayor énfasis en la tenencia compartida, como si el hecho de compartirse al hijo fuera la salida ideal en todos los casos, cuando la realidad es que los casos y las necesidades que se desprenden de quienes la atraviesan son múltiples.

Luego, la tesis titulada: “El Derecho a la Igualdad en la responsabilidad restringida por la edad. Antinomias Jurisprudenciales entre la Sala Constitucional y Penal de la Corte Suprema”, realizado por Padilla (2023) en ésta investigación lo más resaltante fue establecer la solución a las antinomias jurisprudenciales, siendo su actuación de debate en la Sala Constitucional y Penal de la Corte Suprema, en referencia al segundo párrafo del articulado 22 del ordenamiento jurídico penal, ya que, con este articulado se podrá obtener la disminución moderada de pena del imputado protegiendo así los derechos constitucionales del menor.

Ciertamente, la responsabilidad restringida por la edad responde a factores indispensable que, precisamente justificación una imputación absoluta o directa; consideramos que lo más relevante en estos casos es que, cualquier medida siempre tienda a generar un ánimo de corrección y no a otros factores que disminuyen el respeto de la dignidad humana.

También se tiene una cercanía con dicho trabajo, en tanto, lo interesante es que el Código Civil peruano contiene antinomias, que no necesariamente deben de ser absolutas, sino que son en una parte, por lo que, muchas veces pasan desapercibido a los ojos de los intérpretes y operadores del derecho.

De tal suerte que, **el trabajo de investigación coadyuva** a que los operadores del derecho tengan una mayor predictibilidad y seguridad jurídica al momento de tomar decisiones sobre le orden de prelación entre los familiares a prestar alimentos al menor de edad.

Lo que **si sería provechoso es que futuros investigadores puedan promover** un estudio respectivo sobre el artículo 340, segundo párrafo del Código

Civil, en casos de separación convencional: Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa” básicamente, lo que se hace con esta disposición es desconocer la autonomía de los hijos, en cuanto a su capacidad de opinión y derecho a su bienestar, pues, la decisión de con cuál de los padre se van los hijos menores de edad no debe depender de factores ajenos, más que de aquellos que se encuentran en el mismo sentir del hijo, esto en atención a su edad.

4.4. Propuesta de mejora

Como consecuencia de lo mencionado es necesario la modificación del artículo 345° del Código Civil peruano y, consecuentemente, del 76° del Código de los Niños y Adolescentes para que, a partir de la siguiente modificación, a través de:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 345 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y 76 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

1. Exposición de motivos

Se ha podido evidenciar que se desarrolla una antinomia en la modalidad parcial-parcial entre el artículo 345° del Código Civil y 76° del Código de los Niños y Adolescentes, en tanto, ambos articulados establecen disposiciones respecto al ejercicio de la patria potestad en la separación convencional; no obstante, el primero dispone que el ejercicio de la patria potestad queda a cargo del padre a quien se le confían los hijos, mientras tanto, el otro queda suspendido en su ejercicio, claro siempre que el caso sea cuando los padres no se ponen de acuerdo con la tenencia compartida.

Entonces, el conflicto normativo en dichos artículos corresponde definitivamente a la modalidad parcial-parcial, porque las normas tienen en parte grados de compatibilidad o escenarios donde no existe incompatibilidad en la resolución de casos, mientras que otro escenario existe una incompatibilidad, del cual será motivo de una contradicción permanente.

Por otra parte, se ha demostrado que la antinomia jurídica que existe entre el artículo 76° del Código del Niño y Adolescentes y el artículo 345 del Código

Civil vulnera el principio a la seguridad jurídica, así mismo al principio de interés superior del niño, porque no promueve una solución o consecuencia jurídica en donde se respeta o priorice el desarrollo integral del menor de edad implicado en el entorno de separación de los padres.

2. Objeto de la ley

A través de la presente iniciativa se propone la modificación del artículo 2014 del Código Civil por atentar el Estado Constitucional de Derecho.

3. Artículos

Artículo 1°: Modificación del artículo 345° del Código Civil peruano

Modifíquese el artículo 345° del Código Civil peruano, quedando de la siguiente manera:

Artículo 345.- Patria Potestad y alimentos en separación convencional

En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Asimismo, el juez determinará los casos en los que prevalecerá el ejercicio unilateral o compartido de la patria potestad en atención al interés superior del niño, esto es independientemente a los deseos que puedan tener los padres, de tal suerte que de optar por la tenencia compartida, el juez deberá solicitar a los padres una constancia de haber pasado por una terapia psicológica de preparación a fin de cumplir responsablemente su rol; finalmente, en cuanto a las decisiones, estas deberán ser consensuadas, y si en caso se interrumpiera el ejercicio del otro deberá ser debidamente fundamentada, y en caso de desacuerdo, deberá observarla el juez. A falta de cumplimiento o de acuerdo, el juez dictará que se ejerza la patria potestad unilateral, suspendiendo al otro. [La negrita en paréntesis es incorporación].

Artículo 2°: Modificación del artículo 76° del Código los Niños y adolescentes

Modifíquese el artículo 345° del Código los Niños y adolescentes, quedando de la siguiente manera:

Artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes

Es aplicable lo dispuesto por el artículo 345° del Código Civil. [La negrita en paréntesis es la parte modificada]

Artículo 3°: Vigencia

La vigencia de la presente ley será a partir del día siguiente de publicada en el Diario El Peruano.

4. Costo – beneficio

La presente iniciativa no trae consigo gasto alguno respecto al erario nacional menos aun generará algún gasto significativo a ningún sector, ello a razón de que, lo que se busca en realidad es modificar del cuerpo normativo jurídico normas que posean contenido arbitrario o que vulnerar derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

- **Se identificó que**, la antinomia jurídica desarrollada entre los artículos 345 del Código Civil peruano y el 76 del Código de los Niños y Adolescentes **no es** de modalidad total-total, pues, aunque se trata de disposiciones que están contempladas en diferentes ordenamientos jurídicos no existe una contradicción total o radical, sino parcial, esto es en un solo contexto en donde la fijación del ejercicio de la patria potestad para casos de separación convencional se otorga de forma unilateral a un solo padres, básicamente, a quien se confían los hijos menores de edad.
- **Se determinó que**, la antinomia jurídica desarrollada entre los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del Código Civil peruano **no es de modalidad total-parcial**, porque en dichas normas no existe una contradicción en parte de una norma A hacia la otra B, en tanto exista de la B una contradicción total hacia la A, porque sí existe compatibilidad cuando los padres se ponen de acuerdo con la tenencia compartida (escenario 3) y cuando es separación de hecho (escenario 1).
- **Se examinó que**, la antinomia jurídica desarrollada entre los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del Código Civil peruano **si es de modalidad parcial-parcial**, porque en dichas normas sí existe una contradicción en parte, mientras que, en otro guardan una estrecha relación en similar magnitud y bajo el mismo contexto, esto es que son compatibles tanto con el escenario 1 y 3, más no con el segundo, esto es cuando los padres no se ponen de acuerdo con la tenencia compartida.
- **Se analizó que**, si se desarrolla una antinomia jurídica entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes en el Perú, y aunque esta no sea en la modalidad total-total, si se produce en la modalidad parcial-parcial, por lo que, es necesario la modificación del artículo 345° del Código Civil, en tanto, se contrapone a los principios generales del Derecho de Familia, tales como el interés superior del niño y el derecho a su bienestar integral.

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 76° del Código de los Niños y Adolescentes.
- Se recomienda **tener cuidado con no** mal interpretar el nuevo texto modificado del artículo 76°, pues recordemos que su único fundamento es garantizar la efectiva tutela de los derechos de los niños menores de edad implicados en el entorno de separación convencional de sus padres.
- Se recomienda **llevar a adelante los resultados** obtenidos mediante la modificación del artículo 345° y 76°, siendo de la siguiente manera:

Artículo 345.- Patria Potestad y alimentos en separación convencional

En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Asimismo, el juez determinará los casos en los que prevalecerá el ejercicio unilateral o compartido de la patria potestad en atención al interés superior del niño, esto es independientemente a los deseos que puedan tener los padres, de tal suerte que de optar por la tenencia compartida, el juez deberá solicitar a los padres una constancia de haber pasado por una terapia psicológica de preparación a fin de cumplir responsablemente su rol; finalmente, en cuanto a las decisiones, estas deberán ser consensuadas, y si en caso se interrumpiera el ejercicio del otro deberá ser debidamente fundamentada, y en caso de desacuerdo, deberá observarla el juez. A falta de cumplimiento o de acuerdo, el juez dictará que se ejerza la patria potestad unilateral, suspendiendo al otro. [La negrita en paréntesis es incorporación].

Artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes

Es aplicable lo dispuesto por el artículo 345° del Código Civil. [La negrita en paréntesis es la parte modificada]

- Se recomienda **llevar a cabo una nueva investigación** versado en un estudio sobre el artículo 340, segundo párrafo del Código Civil, en casos de separación convencional: Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa” básicamente, lo que se hace con esta disposición es desconocer la autonomía de los hijos, en cuanto a su capacidad de opinión y derecho a su bienestar, pues, la decisión de con cuál de los padre se van los hijos menores de edad no debe depender de factores ajenos, más que de aquellos que se encuentran en el mismo sentir del hijo, esto en atención a su edad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abbott, M. (2018). Las antinomias en el pensamiento de Norberto Bobbio.
Revista de Derecho, 7(7), pp. 174-201.
- Alchourrón, C. (1981). GH von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica.
Anuario de Filosofía Política y Social, 81(1), pp. 121-149.
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Atienza, M. & Manero, J. (2000). Rules and principles revisited. *Associations*, 4(1), pp. 147-156.
- Avalos, B. (2019). La regulación de la causal de separación convencional en el ordenamiento jurídico peruano y el derecho al libre desarrollo de la personalidad [Tesis de Postgrado, Universidad Privada Antenor Orrego] Repositorio de tesis de la UPAO.
[https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/5671/1/REP_MAEST.DERE BRUNO.AVALOS REGULACI%C3%93N.CAUSAL.SEPARACI%C3%93N.CONVENCIONAL.ORDENAMIENTO.JUR%C3%8DDICO.PERUANO.DERECHO.LIBRE.DESARROLLO.PERSONALIDAD.pdf](https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/5671/1/REP_MAEST.DERE_BRUNO.AVALOS_REGULACI%C3%93N.CAUSAL.SEPARACI%C3%93N.CONVENCIONAL.ORDENAMIENTO.JUR%C3%8DDICO.PERUANO.DERECHO.LIBRE.DESARROLLO.PERSONALIDAD.pdf)
- Barleta, M. (2018). Derecho de la niñez y adolescencia. *Revista PUCP*.
https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170686/29%20Derecho%20de%20la%20ni%C3%B1ez%20y%20adolescencia%20con%20sello.pdf?fbclid=IwAR1h_0hNr1Gs74O4lyAKLbX6PHc-RU5v1FdXKuZynf5hXl-6-honBWMY0SM
- Bayón, J. (1991). *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid-España: Centro de estudios constitucionales.
- Bobbio, N. (1997). *Teoría General del Derecho*. Segunda Edición. Bogotá-Colombia: Edit. Temis.
- Bosseret, G. & Zannoni, E. (2005). *Manual de derecho de familia*. Astrea.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta.
<http://www.iterra.edu.mx/centro/wp-content/uploads/2019/02/88047784-Diccionario-Juridico-Elemental-Guillermo-Cabanellas-de-Torres-1.pdf>
- Cabello, C. (s.f.). Divorcio ¿remedio en el Perú? Disponible en:

https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13773/C_h%C3%A1vez%20Granda_Chevarr%C3%ADa%20Pineda_Inter%C3%A9s_superior_ni%C3%B1o1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

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

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

Código de los niños y adolescentes. (07/08/2000). Ley Nro. 27337.

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

Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas (s/f). Tomo III. Derecho de Familia (Segunda Parte).

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

Constitución Política del Perú (29/11/1993).

Derecho.com (2014). Deóntica s/p.

[file:///C:/Users/HP/Downloads/7546-Texto%20del%20art%C3%ADculo-30835-1-10-20221226%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/7546-Texto%20del%20art%C3%ADculo-30835-1-10-20221226%20(1).pdf)

Díaz, A. (2022). Conveniencia del plazo de separación de hecho o convencional de los cónyuges como causal de divorcio [Tesis de Postgrado, Universidad Nacional Federico Villareal]. Repositorio de tesis de la UNFV.

https://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13084/6296/UNFV_E_UPG_Diaz_Suyon_Aurea_Bertha_Maestria_2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y

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 Sipán]. 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, J (2022). *Principios, antinomias, derrotabilidad misterios y aporías del neoconstitucionalismo y sus parientes cercanos*. Editorial. Revista del pensamiento político Vol 17,2022.

[file:///C:/Users/HP/Downloads/7546-Texto%20del%20art%C3%ADculo-30835-1-10-20221226%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/7546-Texto%20del%20art%C3%ADculo-30835-1-10-20221226%20(1).pdf)

- Gascón, M. & Carbonell, M. (2000). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa.
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo: manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*. Palestra Editores.
- Guerrero, J. (2020). La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de Antinomias. *Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE*, 1(2), 227-252.
<http://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/30>
- Henríquez, M. (2013). Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno. *Revista Estudios Constitucionales*, 11(1), 459-476.
<http://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/30>
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2016). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.
- Henry Mazeaud, León & Jean. (1959). *Lecciones de Derecho Civil*. América.
- Hinostroza, A. (1997). *Derecho de familia*. FECAT.
- Hugo, D. (1973). *Derecho de familia*. Rubinzal y Culzoni S.C.C.
- Iturralde, V. (1987). Una aproximación al tema de las antinomias normativas problemas relativos a la identificación de las mismas. *Anuario de filosofía del derecho*, 4(1), 331-354.
<http://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/30>
- Kelsen, H. (1997). *Teoría Pura del Derecho*. México: Edit. Forma,
- Lara, J. (2020). La indeterminación normativa en el derecho tributario peruano a través de sus casos de lagunas y antinomias. [tesis para optar el grado de Doctor en derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú] Reposito de tesis PUCP.
<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/18293>
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.

- Marcus, RB (1980). Dilemas morales y coherencia. *La Revista de Filosofía*, 77 (3), pp.121-136.
- Martínez, D. (2015). Conflictos normativos. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2(1), pp. 1307- 1347. Recuperado de:
- Matías, L. (2022). Síndrome de alienación parental y la variación de la tenencia por vulneración del principio de interés superior del niño (huacho, 2022) [Tesis de Pregrado, Universidad nacional José Faustino Sánchez Carrión]. Repositorio de tesis de UNJFSC.
- Mendonca, D. (2000). *Los derechos en juego. Conflicto y balance de los derechos*. Madrid: Tecnos.
- 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>
- Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (31/03/2023) Observatorio de las Familias [Web-MIMP].
- Molano. M (2023) Antinomias: derechos humanos, ciencia y complejidad. Editorial. Revista arbitraria del centro de investigación.
<https://revista.grupocieg.org/wp-content/uploads/2023/02/Ed.6036-52-Molano-Maria.pdf>
- Montesinos, S. (2020). Delegación de la patria potestad al padre afín 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
- Moreso, J. & Navarro, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas, *Isonomia*, 1(5), pp. 119-139.
- 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>

Nieves & León. (2021). Tensión por antinomia dado el componente axiológico [Constitucional Democracia] Tesis para optar el título de abogado por la Universidad de Venezuela]. Recuperado de: <https://repositorio.uvm.edu.ve/xmlui/bitstream/handle/123456789/455/Leon%20B%20y%20Nieves%20A.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ossorio, M (2007) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales: Editorial Heliasta S.R.L 2003

Padilla, I (2023). El Derecho a la Igualdad en la Responsabilidad Restringida por la Edad. Antinomias Jurisprudenciales entre la Sala Constitucional y Penal de la Corte Suprema [Tesis Doctorado- Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. Repositorio UNRPG <https://hdl.handle.net/20.500.12893/10964>

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>

Prieto, L. (2002). Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación. *Diritto & questioni pubbliche*, 2(1), pp. 97-114.

Real Academia Española (02/04/2023). Diccionario [Web-RAE].
Recuperado de: <https://www.rae.es/>

Rodríguez, J. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid-España: Centro de Estudios Constitucionales <https://agoraabierta.lamula.pe/2014/05/01/la-familia-en-la-constitucion-politica-del-peru/rafaelrodriguez/>

Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

Sanchís, L. (2002). Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación. *Diritto & questioni pubbliche*, 2(1), pp. 97-114.

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>

Tribunal Constitucional. (24/04/2006). Expediente Nro. 047-2004-AI/TC, recuperado de:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

Torrel, W. & Peralta, G. (2019). La antinomia entre el artículo 30° del Decreto Legislativo N° 824 y el artículo N°163 del Código Procesal Penal, respecto a la declaración de los testigos de la policía, en el delito de tráfico ilícito de drogas. [Tesis de pregrado. Universidad Privada Antonio Guillermo Urrello de Cajamarca-Perú] Repositorio de UPAGU

<http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/963/TRABAJO%20DE%20INVESTIGACION%20Peralta-torrel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Varsi, E. (2013a). *Tratado de familia. Derecho de la filiación*. Tomo IV. Primera edición. Lima- Perú: Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (1999b). *Filiación, derecho y genética*. Lima-Perú: Edición Universidad de Lima y Fondado de Cultura Económica.

Varsi, E. (2020c). *Código Civil comentado. Derecho de familia*. Tomo II. Cuarta edición. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.

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

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%b1ez_Fundamentos_concepci%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Witker, J. & Larios, R. (1997). *Metodología jurídica*. México: MacGraw-Hill.
- Zorzetto, S. (2010). *La norma speciale. Una nozione ingannevole*. ETS.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	JUSTIFICACIÓN
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL			
¿De qué manera se desarrolla la antinomia jurídica entre el artículo 345 del Código Civil con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?	Analizar la manera en que se desarrolla la antinomia jurídica entre el artículo 345 del Código Civil con el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú	La antinomia jurídica que se desarrolla entre los artículos 76 del Código de los Niños y Adolescentes y 345 del Código Civil peruano <u>es parcial-parcial.</u>	<p>Categoría 1 Antinomia Jurídica</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Total-total • Total-parcial • Parcial-parcial 	<p>Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica Cualitativa teórica y iuspositivista</p> <p>Metodología paradigmática Propositiva</p> <p>Diseño del método paradigmático</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS		
¿De qué manera se desarrolla la antinomia jurídica en la modalidad total-total entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?	Identificar la manera en que se desarrolla una antinomia jurídica en la modalidad total-total entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú.	La antinomia que se desarrolla entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes <u>no se configura en la modalidad total-total.</u>	<p>Categoría 2 Artículo 345° del Código Civil con el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes</p>	<p>a. Escenario de estudio Ordenamiento jurídico peruano</p> <p>b. Caracterización de sujetos o fenómenos Sujetos: Categoría 1 y 2, artículo 345 del Código civil y 76° del Código de los Niños y Adolescentes</p>
¿De qué manera se desarrolla la antinomia jurídica en la modalidad total-parcial entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?	Determinar la manera en que se desarrolla una antinomia jurídica en la modalidad total-parcial entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú.	La antinomia que se desarrolla entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes <u>no se configura en la modalidad total-parcial.</u>	<p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Interés superior del niño • Patria Potestad • Tenencia 	<p>c. Técnica e instrumento Investigación documental mediante fichas textuales y de resumen</p>
¿De qué manera se desarrolla la antinomia jurídica en la modalidad parcial-parcial entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú?	Examinar la manera en que se desarrolla una antinomia jurídica en la modalidad parcial-parcial entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú.	La antinomia que se desarrolla entre el artículo 345 del Código Civil con el 76 del Código de los Niños y Adolescentes <u>si se configura en la modalidad parcial-parcial</u>		<p>d. Tratamiento de la información Los datos se procesarán mediante la argumentación jurídica.</p> <p>e. Rigor científico 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 345° y 76° del Código Civil peruano y del Código de los Niños y Adolescentes.</p>

Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Items	Escala instrumento
Antinomia jurídica	Total-total	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		
	Total-parcial			
	Parcial - Parcial			
Artículo 345° del Código Civil con el artículo 76° del Código de los Niños y Adolescentes	Interés superior del niño			
	Patria Potestad			
	Tenencia			

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:

FICHA TEXTUAL: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: 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.

CONTENIDO:

“.....

” [Transcripción literal del texto]

FICHA RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: 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.

CONTENIDO:

.....

 [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

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: La tenencia

DATOS GENERALES: Sotomartno, R. (s/f). Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas (s/f). Tomo III. Derecho de Familia (Segunda Parte). Página 102.

CONTENIDO: “(...) es la tenencia y no la patria potestad, la que admite convenio entre los padres, aunque no con carácter definitivo”.

FICHA RESUMEN: Colisión entre principios

DATOS GENERALES: Carbonell, M. (2003). El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias. En Konrad-Adenauer-Stiftung (Ed.). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, (pp. 379-396). Página 390.

CONTENIDO: Por lo que podemos ver, en la doctrina jurídica encontramos precedentes correspondientes de antinomias, así como peculiares conflictos de difícil resolución sobre qué norma o principio se debe aplicar, pues, encontrando que existe un conflicto entre principios, aplicar los conflictos, debemos entender, que contaremos con propiedades jurídicas sumamente importantes, como son los derechos fundamentales, valores y propiedades de los partes protegidos por nuestra Carta Magna

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 EDWIN RAMOS APARCO, identificado con DNI N° 71880275, domiciliado en Jr. Buenos Aires S/N – Lircay - Angaraes, 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 ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 345° DEL CÓDIGO CIVIL Y 76° DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL PERÚ”**, 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, 20 julio del 2023



Bach. Edwin Ramos Aparco
DNI N° 71880275