



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**  
**Escuela Profesional de Derecho**

**TESIS**

**“LA DESPROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD PERSONAL  
DE LOS NIÑOS MAYORES DE TRES AÑOS EN  
RELACIÓN AL OTORGAMIENTO DE TENENCIA  
PROVISIONAL”**

**PRESENTADO POR:**

**CLAUDIA SOFÍA BENAVENTE DELGADO**

**ASESORES:**

**VICTOR PANTIGOSO BUSTAMANTE**

**ELVA BUSTINZA RODRIGUEZ**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AREQUIPA, PERÚ**

**2016**



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Escuela Profesional de Derecho

DICTAMEN DE TESIS

Arequipa, 07 de Julio del 2016

**VISTO:** La tesis titulada "La desprotección de la Integridad Personal de los niños mayores de tres años en relación al otorgamiento de Tenencia Provisional". Presentada por la bachiller en Derecho Claudia Sofía Benavente Delgado, para optar el Título Profesional de ABOGADO.

**Señora Directora de la Escuela Profesional de Derecho:**

Cumplo con comunicar a usted Dra. Yigliola Arias Huiza, que la Bachiller en mención ha terminado el desarrollo del trabajo de Tesis, habiendo cumplido con las exigencias del Reglamento de Grados, para ser presentada al Jurado, manteniendo un orden expositivo, precisando los aspectos normativos, doctrinales y metodológicos, que habilita para aspirar al Título Profesional de Abogado.

**El proceso del desarrollo de la Tesis presenta los aspectos siguientes:**

**El problema de investigación:** El Art. 87° del Código de los Niños y Adolescentes hace referencia a la **tenencia provisional** y señala expresamente: "**se podrá solicitar si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el juez resolver en el plazo de veinticuatro horas, en los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.**

**Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.**

**No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso."**

La realidad hoy en día demuestra que de aplicarse el primer párrafo de este artículo **no se estaría cumpliendo con velar por el interés superior de todos los niños y adolescentes peruanos**, sino sólo de los menores de edad menores de tres años ya que el juez bajo este supuesto deberá resolver en el término de 24 horas mientras que en los demás casos no, ya que no se establece un plazo determinado para resolver.

Por tanto, se considera que este artículo vulnera no sólo la integridad física sino la integridad personal de estos menores de edad al momento de otorgar la tenencia provisional, porque tanto cuando se pone en peligro la integridad física y psíquica de un menor de tres años, como en los demás casos, **lo que el Juez debe tutelar es precisamente que desaparezca ese peligro que existe sobre la integridad personal**

**del menor**, partiendo de esta premisa, no se entiende entonces por qué cuando el niño fuere menor de 3 años el Juez deberá resolver en el término de 24 horas, y por qué en los demás casos no se señala un término perentorio para que éste resuelva. Es decir, en el primer supuesto **el Juez actuaría con diligencia y podría impedir ese peligro a la integridad física del menor, y en el segundo caso quizás podría ser demasiado tarde para evitar ese peligro.**

Es así que de cumplirse con el requerimiento en cuanto a edad de los menores el artículo 87° del Código de los niños y adolescentes estaría generando **desprotección a los menores de edad mayores de tres años** ya que el artículo taxativamente señala que la tenencia provisional **solo se podrá solicitar si el menor fuera menor de tres años** y estuviere en peligro su integridad física, lo que implicaría someter a los menores de edad mayores de tres años a esperar el tiempo que demore el equipo multidisciplinario y el dictamen fiscal para que la tenencia provisional sea otorgada, aun cuando también estuviere en peligro su integridad física y psíquica.

Todo esto nos lleva a pensar que cuando un niño o adolescente tenga en peligro su "integridad" tanto física como psíquica y el Juez conozca la denuncia debe actuar inmediatamente, con celeridad y prioritariamente, y resolver dentro de las 24 horas, **no sólo en el caso de niños de menos de 3 años de edad.**

1. **Lo que ha permitido plantear el problema siguiente: ¿Por qué el Artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional, carece de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años, generando la desprotección de su integridad personal. Arequipa-2016?**

*Estableciendo como objetivo general, **Analizar el Art. 87° del Código de los niños y adolescentes referente a la tenencia provisional, la desprotección de integridad personal que genera la carencia de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años.***

2. **En cuanto al método:**El diseño de la investigación, es **descriptivo-explicativo**, porque está basado en describir y explicar el problema suscitado en el Artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional, con la finalidad de modificar el primer párrafo del mismo, eliminando la distinción a los niños mayores de 3 años. En esta investigación se realizó la búsqueda de teorías, las cuales han sido contrastadas con la realidad, lo que permitió identificar el fondo del problema. La población considera a los fiscales de familia y los jueces especializados de familia, ya que ellos son los operadores de justicia directos al momento de otorgar la tenencia provisional de menores, tal como establece el Art. 87 del Código de los Niños y Adolescentes para que se otorgue la tenencia provisional los fiscales deben emitir un dictamen fiscal previamente y en base a este y al informe del equipo multidisciplinario los jueces recién podrán otorgar la tenencia provisional, la encuesta se llevó a cabo en las Fiscalías Provinciales de Familia de la ciudad de Arequipa y los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

3. **Resultado de la Investigación:***El presente trabajo de investigación demuestra que en el Artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes referente a la tenencia provisional, al no establecerse un plazo determinado para otorgar la tenencia de los niños mayores de tres años, se genera la desprotección de su*

integridad no sólo física sino personal ya que esta comprende la integridad psíquica y moral, siendo que se estaría vulnerando el interés superior del niños y adolescente, por lo que resulta necesario establecer un plazo determinado de tiempo para que el Juez otorgue la tenencia de manera oportuna y se cumpla a cabalidad con el principio del interés superior de los Niños y Adolescentes.

#### **4. OPINIÓN DEL ASESOR.**

Desde el punto de vista de la investigación y el análisis jurídico desarrollado; reviste de mucho interés.

Por lo que se **RESUELVE**: Poner a disposición de la Dirección Adjunta de la Escuela de Derecho de la Universidad Alas Peruanas, el presente trabajo de investigación, para que sea analizado y observado en el acto académico de graduación.

Atentamente.

  
Mag. Victor A. B. Pantigoso Bustamante  
Docente Asesor  
CAA N° 4012



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Escuela Profesional de Derecho**

**INFORME DE ASESORIA DE TESIS**

A : **Dra. YIGLIOLA GLENDA ARIASHUIZA**  
Directora de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Alas Peruanas-Arequipa.

DE : **Dra. ELVA BUSTINZA RODRIGUEZ**  
Asesora de especialidad

ASUNTO : Informe de Asesoría

**TESIS:** LA DESPROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LOS NIÑOS MAYORES DE TRES AÑOS EN RELACIÓN AL OTORGAMIENTO DE TENENCIA PROVISIONAL, elaborada por la Bachiller **CLAUDIA SOFÍA BENAVENTE DELGADO**, para su correspondiente sustentación y obtención del Título Profesional de Abogado.

FECHA : 06 de Julio del 2016.

---

Señora Directora:

Cumplo con informarle que la señorita Bachiller **Claudia Sofía Benavente Delgado**, ha concluido satisfactoriamente el desarrollo de su tesis para su respectiva sustentación y obtención del Título Profesional de Abogado.

El problema de investigación de la tesis en mención, radica en el Art. 87° del Código de los Niños y Adolescentes el cual hace referencia a la tenencia provisional y señala expresamente: *“Se podrá solicitar si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el juez resolver en el plazo de veinticuatro horas,*

*en los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.*

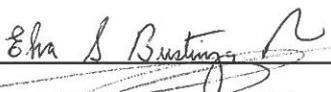
Siendo así, de cumplirse con el requerimiento en cuanto a edad de los menores el Art. 87° del Código de los Niños y Adolescentes estaría generando **desprotección a los menores de edad mayores de tres años** ya que el artículo taxativamente señala que la tenencia provisional **solo podrá ser otorgada en 24 horas si el menor fuera menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física**, siendo que dicho artículo carece de un plazo determinado para que el Juez resuelva en los casos de los menores de edad mayores de tres años, lo cual se considera un vacío legal que vulnera el Interés Superior del niño y adolescente.

En esta investigación se realizó la búsqueda de teorías, las cuales han sido contrastadas con la realidad, lo que permitió identificar el fondo del problema, se utilizó la técnica de la encuesta por lo que se consideró como población y muestra de esta investigación a los Fiscales Provinciales de Familia y los Jueces especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, ya que ellos son los operadores de justicia directos al momento de otorgar la tenencia provisional de menores.

La tesis en mención ha sido elaborada en base a una investigación jurídica, con orden expositivo racional en el aspecto normativo doctrinal, jurisprudencial y metodológico que exige la facultad, la cual considero es un importante aporte a la investigación.

Por las consideraciones expuestas, estimo que la asesoría está cumplida y concluyo que la bachiller **Claudia Sofía Benavente Delgado**, se encuentra apta para efectuar la sustentación de la tesis en mención y así optar al Título Profesional de abogado.

Atentamente

  
Dra. Elva Bustinzá Rodríguez  
**Asesora de Especialidad**

## *Dedicatoria*

*A mi madre, por su confianza, amor incondicional, por ser el modelo de  
lucha y perseverancia que me hace crecer día a día.*

## *Agradecimientos*

*A Dios que ha derramado bendición sobre mí, dándome fortaleza y perseverancia para seguir adelante.*

*A la Corte Superior de Justicia de Arequipa y a las Fiscalías provinciales de Familia de Arequipa por las facilidades brindadas para llevar a cabo la presente tesis.*

*A los profesionales del derecho que participaron en calidad de asesores y encuetados.*

*A quien me alentó y fue mi apoyo incondicional durante la elaboración de la presente tesis, a ti Arnaldo, muchas gracias.*

## Resumen

La presente tesis tiene por objeto comprobar la vulneración de la integridad personal de los niños mayores de tres años en relación al otorgamiento de tenencia provisional lo que radica específicamente en el tiempo en el que debe resolver el Juez de acuerdo a la edad de los menores, por tanto se exponen los fundamentos de índole jurídico y social por los cuales la existencia de la institución jurídica de la tenencia provisional de menores es positiva en términos generales, siendo, como toda institución jurídica susceptible a cambios dentro de la guía del espíritu en la que fue propuesta, es decir, si se mantiene la intención original del legislador, pero se optimiza su aplicación es un gran acierto y cumple con el ciclo natural del desarrollo social del derecho.

Esta investigación tiene la intención de revalorar una figura que por temas de orden procesal ha sido dejada de lado, por las complejidades propias de la protección del menor, olvidándose de la premura y necesidad del mismo.

Se intenta plantear una modificatoria del Art. 87º del Código de los Niños y Adolescentes, ello para garantizar que el proceso para otorgar la medida cautelar de Tenencia Provisional a los niños mayores de 3 años sea mucho más rápido y efectivamente se cumpla con cautelar su integridad no solo física sino personal ya que al no ser así no se estaría cumpliendo con velar por el interés superior de los niños y adolescentes.

## **Abstract**

This thesis is to check the violation of the personal integrity of children over three years in relation to the granting of provisional tenure which lies specifically in the time that should resolve the judge according to the age of the children, therefore the foundations of legal and social issues are discussed by which the existence of the legal institution of the provisional tenure of minors is generally positive, being, as a legal institution susceptible to changes within the guidance of the spirit in which was proposed, that is, if the original intention of the legislator is maintained, but is optimized application is a great success and meets the natural cycle of social development of the law.

This research intends to revalue a figure that procedural issues has been left aside for the complexities of child protection, forgetting the urgency and necessity of it.

It tries to raise an amending Article 87 of the Code of Children and Adolescents, therefore to ensure that the process for granting injunctive Provisional Tenancy to children over 3 years is much faster and effectively comply with prudential its integrity no only physical but staff as not being so would not ensure compliance with the best interests of children and adolescents.

## INTRODUCCIÓN

Debido a la complejidad y demora en los procesos judiciales de tenencia de menores, específicamente en las medidas cautelares de tenencia provisional resulta necesario determinar las falencias procesales, así como proponer alternativas de solución al mismo tema.

Las razones que me motivaron a realizar la presente investigación fueron académicas y sociales; por un lado el de modificar la legislación peruana en la materia y por el otro de velar por el la integridad personal de todos los menores de edad en nuestro país.

De todo lo expuesto surge nuestro **problema de investigación**: ¿Por qué el Art. 87º del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional, carece de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años, generando la desprotección de su integridad personal? Para el desarrollo de esta investigación nos hemos trazado los siguientes **objetivos**: Analizar la carencia de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años ,en el Art. 87º del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional, Analizar la desprotección de la integridad personal al carecer de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años, Determinar la relación entre el otorgamiento de tenencia provisional y la desprotección de la integridad personal. Planteamos la siguiente **hipótesis**: Es probable que la modificación del Art. 87º del Código de los Niños y Adolescentes, referente al otorgamiento de tenencia provisional, establezca un plazodeterminado para resolver respecto a los niños mayores de tres años, garantizando su derecho a la integridad personal.

Para esta investigación se empleó el método científico y dentro de este se ha escogido al Método explicativo, porque en primera instancia se describirá el problema resultante de este vacío en la norma, seguidamente se explicará en base a teorías las posibles soluciones al problema.

Hemos dividido la investigación por capítulos: **en primer lugar** se expone el **planteamiento del problema**, que consta de la descripción de la realidad problemática, el problema de investigación, los objetivos de investigación, hipótesis, metodología de la investigación detallando el diseño, el enfoque, el método, la población y muestra la técnica y recolección de datos, así como la justificación y delimitación de la misma. En el **Capítulo II** presentamos el **Marco Teórico** organizado en base a nuestras variables y objetivos, constituido por los antecedentes históricos, científicos y empíricos, así como las bases teóricas y definición de términos básicos. En el **Capítulo III**, desarrollamos la presentación, análisis e interpretación de los resultados mediante tablas y gráficos estadísticos, también se exponen las conclusiones, recomendaciones y finalmente las fuentes de información.

## INDICE

<b>Dedicatoria</b> .....	<b>ii</b>
<b>Agradecimiento</b> .....	<b>iii</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>iv</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>v</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>vi</b>

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

<b>1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA</b> .....	<b>1</b>
<b>1.2 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>5</b>
1.2.1 Delimitación Espacial.....	5
1.2.2 Delimitación Social.....	5
1.2.3 Delimitación Temporal.....	5
1.2.4 Delimitación Conceptual.....	5
<b>1.3 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>5</b>
1.3.1 Problema Principal.....	5
1.3.2 Problemas Secundarios.....	6
<b>1.4 OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>6</b>
1.4.1 Objetivo General.....	6
1.4.2 Objetivo Específicos.....	6
<b>1.5 HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>7</b>
1.5.1 Hipótesis General.....	7
1.5.2 Hipótesis Específicas.....	7
1.5.3 Operacionalización de las variables.....	8
<b>1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>9</b>
1.6.1 Tipo y Nivel de Investigación.....	9
a) Tipo de investigación.....	9
b) Nivel de investigación.....	9
1.6.2 Método y diseño de investigación.....	9

a) Método de investigación.....	9
b) Diseño de investigación.....	9
1.6.3 Población y muestra de la investigación.....	10
a) Población.....	10
b) Muestra.....	10
1.6.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	11
a) Técnicas.....	11
b) Instrumento.....	11
1.6.5 Justificación, importancia y limitaciones de la investigación.....	12
a) Justificación.....	12
b) Importancia.....	12
c) Limitaciones.....	13

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

<b>2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	15
A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	15
B. ANTECEDENTES CIENTÍFICOS.....	16
C. ANTECEDENTES EMPÍRICOS.....	20
<b>2.2 BASES TEÓRICAS</b> .....	21
<b>2.2.1 INSTITUCIONES FAMILIARES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA</b> .....	21
a) Patria Potestad.....	21
b) Tenencia de Niños y Adolescentes.....	22
c) Alimentos.....	23
d) Tutela.....	24
e) Curatela.....	25
f) Consejo de Familia.....	25
g) Régimen de visitas.....	25
<b>2.2.2 LA TENENCIA DE MENORES</b> .....	26

A. ETIMOLOGÍA DE TENENCIA.....	26
B. CONCEPTO DE TENENCIA DE MENORES.....	26
C. OBJETO DE LA TENENCIA DE MENORES.....	27
D. CAUSAS DE OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES.....	28
E. CARACTERÍSTICAS DE LA TENENCIA DE MENORES.....	29
F. TIPOS Y SUJETOS DE LA TENENCIA DE MENORES.....	30
G. DETERMINACIÓN DE LA TENENCIA DE MENORES.....	34
H. CRITERIOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA.....	36
1) El interés superior del niño y adolescente.....	38
2) El derecho de audiencia de los menores.....	45
3) Cumplimiento de las obligaciones emergentes de la Patria Potestad.....	46
4) El principio de no separación de hermanos.....	50
5) La edad de los menores.....	51
6) Las condiciones físicas y mentales psicológicas del solicitante.....	52
7) La naturaleza de la relación del menor con el progenitor solicitante.....	57
8) El tiempo que disponen los progenitores.....	58
9) La convivencia del solicitante con una tercera persona.....	59
10) El lugar de residencia.....	60
<b>2.3 TEORÍA REFERENTE A LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.....</b>	<b>60</b>
<b>2.4 TEORÍA REFERENTE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN RELACIÓN A LA TENENCIA DE MENORES.....</b>	<b>63</b>
<b>2.5 TEORÍA DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LOS MENORES</b>	<b>68</b>
a) Yo Fisiológico.....	73
b) Yo Psíquico.....	73
c) Yo Espiritual.....	73
<b>2.6 LA TENENCIA PROVISIONAL Y LA PROTECCIÓN EFICIENTE PARA EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.....</b>	<b>74</b>

<b>2.7 TEORÍA DE LA SITUACIÓN DE RIESGO SOCIAL EN LA INFANCIA.....</b>	<b>75</b>
<b>2.8 TEORÍA RELACIONADA AL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA.....</b>	<b>77</b>
<b>2.9 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN DERECHO DE FAMILIA.....</b>	<b>80</b>
<b>2.10 EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO Y FUNCIONES.....</b>	<b>82</b>
<b>2.11 LEGISLACION COMPARADA.....</b>	<b>85</b>
Paraguay.....	85
Uruguay.....	86
Ecuador.....	88
<b>2.12 PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES A LA TENENCIA.....</b>	<b>91</b>
a) Principio de Celeridad Procesal.....	91
b) El debido proceso.....	92
c) Incumplimiento del principio de celeridad procesal en procesos de tenencia...	93
<b>2.13 CUESTIONES PSICOLÓGICAS APLICABLES A LA TENENCIA.....</b>	<b>94</b>
2.13.1 Crianza con Apego.....	96
2.13.2 El Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.).....	98
<b>2.14 DEFINICION DE TERMINOS BÁSICOS.....</b>	<b>101</b>
a) Niñez.....	101
b) Niño.....	102
c) Niña.....	102
d) Adolescencia.....	102
e) Integridad Física.....	102
f) Integridad Psíquica.....	102
g) Integridad Moral.....	102
h) Integridad Personal.....	102
i) Desprotección.....	103
j) Tenencia Provisional.....	103

**CAPÍTULO III**  
**PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS**  
**RESULTADOS**

<b>3.1 ANALISIS DE DATOS.....</b>	<b>104</b>
Tabla N° 1.....	105
Gráfico N°1.....	106
Tabla N° 2.....	107

Gráfico N°2.....	108
Tabla N°3.....	109
Gráfico N°3.....	110
Tabla N°4.....	111
Gráfico N°4.....	112
Tabla N°5.....	113
Gráfico N°5.....	114
Tabla N° 6.....	115
Gráfico N° 6.....	116
Tabla N°7.....	117
Gráfico N°7.....	118
Tabla N°8.....	119
Gráfico N°8.....	120
Tabla N° 9.....	121
Gráfico N°9.....	122
3.2 DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	123
3.3 CONCLUSIONES.....	124
3.4. RECOMENDACIONES.....	125
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	128

## **ANEXOS**

Anexo A Matriz de consistencia

Anexo B Cuestionario

Anexo C Fichas de Validación

Anexo D Proyecto de ley

Anexo E Oficio y autorización para aplicar encuestas en la Corte Superior

Anexo F Oficio y autorización para aplicar encuestas en las Fiscalías de familia

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La Constitución Política del Perú en su Art. 6º, promueve la paternidad y maternidad responsable lo que implica el ejercicio de la patria potestad, que a su vez incluye el derecho a los padres a vivir con sus hijos y de estos a vivir en una familia sea esta monoparental, nuclear, separada, reconstituida o ensamblada, a fin de que entre los padres y los hijos se produzca ***el disfrute mutuo de la compañía recíproca.***

Siendo así, el Código de los Niños y Adolescentes en su Art. 81º, señala que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente y de no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos entonces ***la tenencia la resolverá el juez especializado dictando siempre las medidas necesarias ,salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.***

Asimismo, el **Art. 87º** del mismo Código hace referencia a la **tenencia provisional** y señala expresamente:

***“se podrá solicitar si el niño fuere menor de tres añosy estuviere en peligro su integridad física, debiendo el juez resolver en el plazo de veinticuatro horas, en los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.***

***Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.***

***No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.”***

Hasta aquí, se ha mencionado lo que nos alcanza la base legal peruana en relación a la tenencia provisional de menores, pero nuestra realidad hoy en día demuestra que de aplicarse el primer párrafo de este artículo ***no se estaría cumpliendo con velar por el interés superior de todos los niños y adolescentes peruanos***, sino sólo de los menores de edad menores de tres años ya que el juez bajo este supuesto deberá resolver en el término de 24 horas mientras que en los demás casos no, ya que no se establece un plazo determinado para resolver.

Por tanto, consideramos que este artículo vulnera no sólo la integridad física sino la integridad personal de estos menores de edad al momento de otorgar la tenencia provisional, porque tanto cuando se pone en peligro la integridad física y psíquica de un menor de tres años, como en los demás casos, ***lo que el Juez debe tutelar es precisamente que desaparezca ese peligro que existe sobre la integridad personal del menor***, partiendo de esta premisa, no entendemos entonces por qué cuando el niño fuere menor de 3 años el Juez deberá resolver en el término de 24 horas, y por qué en los

demás casos no se señala un término perentorio para que éste resuelva. Es decir, en el primer supuesto ***el Juez actuaría con diligencia y podría impedir ese peligro a la integridad física del menor, y en el segundo caso quizás podría ser demasiado tarde para evitar ese peligro.***

Como primer caso que ejemplifica perfectamente el vacío legal del artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes se hace referencia **el actual proceso judicial de tenencia (expediente N° 2391-2012)** seguido por el señor **Luis Nicholson Sanz** en contra de la señora **María Elena Arce Chávez** cuya pretensión es que el Juzgado de Familia Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Arequipa **le otorgue la tenencia de su menor hijo** cuyas iniciales son **C.N.A de cinco años de edad**, en este proceso, ambas partes demandaron la tenencia del menor, siendo que ambos procesos se acumularon, la sentencia de primera instancia N° 556-2014, le otorgó la tenencia al padre del menor **al haberse demostrado que la madre no brindaba la seguridad necesaria al menor** al encontrarse emocionalmente inestable y tomando como antecedente que ésta **intentó quitarse la vida ingiriendo doce pastillas del antidepresivo fluoxetina en presencia del menor poniendo en riesgo la integridad física y mental del menor.**

Dadas las circunstancias y la desesperación del padre por el riesgo que corre el menor al permanecer con su madre hasta que se expida una nueva sentencia, el señor Nicholson con fecha **09 de octubre del 2015**, amparado en el **artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes**, solicita una medida cautelar de **tenencia provisional** (Exp-2391-2012-91) dentro del proceso y debido a que en ese momento **el menor ya tenía cinco años de edad** no resultaba factible que el Juez resuelva en el plazo de veinticuatro horas sino que tenga que esperar el informe del equipo multidisciplinario, esto es, que un asistente(a) social realice visitas sociales tanto en el centro de trabajo de la madre, en el centro de estudios del menor

y en el domicilio del señor Nicholson, que un psiquiatra evalúe a ambos progenitores y finalmente que un psicólogo los evalúe a ambos padres y al menor , lo que significaría esperar muchísimo tiempo debido a la carga procesal que sostiene el Poder Judicial, evidentemente **esperar el informe del equipo multidisciplinario y el dictamen fiscal genera la desprotección de la integridad física del menor** al permanecer con su madre después de haberse acreditado en autos que el menor se encontraría más seguro de otorgársele la tenencia de éste a su padre.

Según señala **Chunga, F.(2005)** otro caso en relación a la tenencia provisional se dio debido a la falta de sensibilidad deex-Jueces de Menores, ya que un padre **desquiciado mató y descuartizó a 2 sus dos hijos adolescentes**. El hecho ocurrió a pocas cuadras de los ex- Juzgados de Menores (Orrantía del Mar) **y a pesar de la denuncia oportuna de los vecinos**.

Es así que de cumplirse con el requerimiento en cuanto a edad de los menores el artículo 87° del Código de los niños y adolescentes estaría generando **desprotección a los menores de edad mayores de tres años** ya que el artículo taxativamente señala que la tenencia provisional **solo se podrá solicitar si el menor fuera menor de tres años** y estuviere en peligro su integridad física, lo que implicaría someter a los menores de edad mayores de tres años a esperar el tiempo que demore el equipo multidisciplinario y el dictamen fiscal para que la tenencia provisional sea otorgada, aun cuando también estuviere en peligro su integridad física y psíquica.

Todo esto nos lleva a pensar que cuando un niño o adolescente tenga en peligro su "integridad" tanto física como psíquica y el Juez conozca la denuncia debe actuar inmediatamente, con celeridad y prioritariamente, y resolver dentro de las 24 horas, **no sólo en el caso de niños de menos de**

***3 años de edad. Su actitud vigilante permitirá que el derecho a la vida esté suficientemente protegido.***

## **1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.2.1. Delimitación Espacial**

Esta tesis abarca un área espacial que recae directamente en la ciudad de Arequipa.

### **1.2.2. Delimitación Social**

El grupo humano al cual abarca y beneficia la presente tesis, comprende a los niños mayores de tres años.

### **1.2.3. Delimitación Temporal**

La presente tesis se realizó en el año 2016.

### **1.2.4. Delimitación Conceptual**

Desde el punto de vista conceptual, se definirán las variables relacionadas con el otorgamiento de tenencia provisional en relación a la desprotección de la integridad personal de los menores, todo ello en referencia al Interés Superior de los Niños y Adolescentes.

## **1.3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1. Problema principal**

- **¿Por qué el Artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional, carece de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años, generando la desprotección de su integridad personal. Arequipa-2016?**

### **1.3.2. Problemas Secundarios**

- ¿Por qué el Art. 87° del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional, carece de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años?
- ¿Por qué se desprotege la integridad personal al carecer de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años?
- ¿Cuál es la relación entre el otorgamiento de tenencia provisional y la desprotección de la integridad personal?

## **1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1. Objetivo General**

- Analizar el Art. 87° del Código de los niños y adolescentes referente a la tenencia provisional, la desprotección de integridad personal que genera la carencia de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años.

### **1.4.2. Objetivos Específicos**

- Analizar la carencia de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años ,en el Art. 87° del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional.

- Analizar la desprotección de la integridad personal al carecer de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años.
- Determinar la relación entre el otorgamiento de tenencia provisional y la desprotección de la integridad personal.

## **1.5. HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.5.1. Hipótesis General**

Es probable que la modificación del Artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes, referente al otorgamiento de tenencia provisional, establezca un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años, garantizando su derecho a la integridad personal.

### **1.5.2. Hipótesis Específicas**

- Es probable que se genere la desprotección de la integridad personal de los niños mayores tres años en relación al Art. 87 del Código de los Niños y Adolescentes.
- Es probable la carencia de un plazo determinado para otorgar la tenencia provisional de los niños mayores de tres años genere la desprotección de su integridad personal.
- Es probable garantizar el derecho a la integridad personal de los niños mayores de tres años modificando el Artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes.

### 1.5.3. Operacionalización de las Variables

<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>DIMENSION</b>	<b>INDICADOR</b>
<b>Otorgamiento de Tenencia Provisional</b>	Requisitos de otorgamiento de tenencia provisional	Edad del menor
		Riesgo de la Integridad Física
		Evaluación del Equipo Multidisciplinario
	Plazo del Juez para resolver	Plazo de 24 Horas
		Plazo indeterminado

<b>VARIABLES DEPENDIENTE</b>	<b>DIMENSION</b>	<b>INDICADOR</b>
<b>Integridad Personal de los niños mayores de 3 Años</b>	Interés Superior del Niño y Adolescente	Integridad física
		Integridad Psíquica
		Integridad Moral

## **1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1. Tipo y Nivel de Investigación**

**a) Tipo de investigación:** Este trabajo de investigación por su naturaleza es teórica, porque en ella entraran concepciones racionales de autores que escriben referente al tema de investigación, esto es, sobre la integridad personal de los menores de edad en relación al otorgamiento de la tenencia provisional.

**b) Nivel de investigación:** En el presente caso el nivel de investigación corresponde al explicativo.

### **1.6.2. Método y diseño de Investigación**

**a) Método de Investigación:** El método utilizado es el científico y dentro de este se ha escogido al Método explicativo, que permitirá desarrollar y analizar las variables del problema e hipótesis de investigación, es decir se explica el problema suscitado en el Artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional, con la finalidad de modificar el primer párrafo del mismo, eliminando la distinción a los niños mayores de 3 años.

En esta investigación se realizó la búsqueda de teorías, las cuales han sido contrastadas con la realidad, lo que permitió identificar el fondo del problema.

**b) Diseño de Investigación:** El diseño es No experimental es decir que no se pondrá en práctica las variables de estudio.

### 1.6.3. POBLACION Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN

- a) **Población:** La población considera a los Fiscales de familia y los Jueces especializados de familia, ya que ellos son los operadores de justicia directos al momento de otorgar la tenencia provisional de menores, tal como establece el Art. 87 del Código de los Niños y Adolescentes para que se otorgue la tenencia provisional los fiscales deben emitir un dictamen fiscal previamente y en base a este y al informe del equipo multidisciplinario los jueces recién podrán otorgar la tenencia provisional.
- b) **Muestra:** Se tomó por muestra a las Fiscalías Provinciales de Familia de la ciudad de Arequipa y los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

<b>Juzgados de Familia</b>	<b>N° de Jueces</b>
Primer Juzgado de Familia	1
Segundo Juzgado de Familia	1
Tercer Juzgado de Familia	1
Cuarto Juzgado de Familia	1
Quinto Juzgado de Familia	1
<b>Fiscalías de Familia</b>	<b>N° de Fiscales</b>
Primera Fiscalía Provincial de Familia	2
Segunda Fiscalía Provincial de Familia	2
Tercera Fiscalía Provincial de Familia	2
Cuarta Fiscalía Provincial de Familia	2

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

**a) Técnicas:**

La técnica utilizada fue la encuesta.

**b) Instrumento:**

El instrumento está representado por un cuestionario, el cual contiene nueve preguntas.

Este instrumento es confiable y válido, porque se han hecho las correcciones sobre las posibles fuentes de error. De esta forma los ítems o preguntas han sido corregidas, las instrucciones para el llenado del cuestionario han sido aclaradas y finalmente el cuestionario ha tenido una impresión de calidad.

Para ello, se sometió el instrumento al sistema de **juicio de expertos**, los cuales con su experiencia juzgaron de manera independiente los ítems del instrumento, calificándolos siguientes criterios:

- **Claridad**
- **Congruencia**
- **Tendenciosidad**

Una vez elegidos los tres jueces o expertos, se les entregó la ficha de validación del instrumento. En este caso se eligió a los siguientes abogados:

- A la abogada y docente **Maribel Acosta Mendoza**, docente en la facultad de Derecho de la Universidad Alas Peruanas, actualmente dicta cátedra en materia de Derecho de los Niños y Adolescentes.

- Al abogado **José Luis Parada Gonzales**, especialista en Derecho Procesal Constitucional y Administrativo, profesional en litigios de carácter civil.
- A la abogada **Geisy Yesmina Machicao Gálvez** profesional en litigios de carácter civil.

Procedieron, en su calidad de expertos, a evaluar el instrumento en base a los criterios señalados, se recogieron los resultados de la evaluación y se analizaron las coincidencias y desacuerdos. Los ítems validados solo parcialmente y los excluidos fueron nuevamente reformulados y presentados para la nueva validación por los jueces.

#### **1.6.5. JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **a) Justificación:**

Esta investigación contribuirá a la incorporación de nuevos contenidos teóricos, puesto que se dará a conocer cuáles serían los motivos por lo que los niños mayores de tres años se ven afectados al no ser considerados en el primer párrafo del Art. 87° de Código de los Niños y Adolescentes, así como el análisis de la aplicación de figuras del ámbito comparado de la aplicación de la Institución Cautelar de Tenencia Provisional, logrando así enriquecer el marco teórico de su aplicación y el sustento legal de la misma.

##### **b) Importancia:**

En cuanto al **ámbito social**, esta investigación es importante para la sociedad, puesto que, dará a conocer que existe un vacío legal

que genera desprotección de la integridad personal es decir no sólo física sino también psíquica de los niños mayores de tres años, siendo que no se estaría cumpliendo con priorizar el interés superior de todos los niños y adolescentes, además de generar situaciones lamentables relacionadas a la integridad de los menores que actualmente se encuentran fuera de los alcances de la protección inmediata de la Medida Cautelar de Tenencia Provisional, establecida en el Código delos Niños y Adolescentes.

En cuanto al **ámbito Jurídico**, esta investigación propone la modificación del Art. 87° del Código delos Niños y Adolescentes, lo que significaría establecer un plazo determinado para que el juez resuelva respecto a los niños mayores de tres años, resguardando de esta forma no sólo su integridad física sino su integridad personal, siendo así ya no habría un vacío legal y se estaría cumpliendo con el principio de celeridad procesal en los procesos de tenencia, además de lograr la innovación en materia legal, al proponer la modificación de la norma, adecuándola a la problemática real complementada con legislación y doctrina de naciones con similar problemática, en cuanto al tema referido.

### **c) Limitaciones**

El acceso limitado a poder consultar y analizar resoluciones que otorguen la medida cautelar de tenencia provisional ya que los cuadernos cautelares a través del sistema de consulta de expedientes del Poder Judicial se encuentran ocultos, y también limitado el acceso a solicitar su revisión de manera presencial ya que por tratarse de materia que involucra a niños y adolescentes no es permitido.

La demora al momento de aplicar las encuestas a los Jueces y Fiscales debido a su recargada labor, puesto que el tiempo es un factor que juega en contra del investigador.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

##### A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los Derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen su inicio en Europa en donde se vio una desatención a los menores siendo estos un grupo vulnerable que no podía defenderse por sí solo de la explotación y de las secuelas que las situaciones de conflictos armados que se producían en aquel entonces.

**Simon, F. (2008)** Desde finales del siglo XVII en Finlandia se dio ya una especial atención a la niñez, esto se dio gracias a estudiar las relaciones de los niños que ayudo a entender que necesitaban leyes que los protegieran. La primera defensora de la niñez fue Englantina Jebb quien luego de la Primera Guerra Mundial redactó la primera Carta Magna del Niño, esta carta trataba sobre lo que la humanidad debe hacer por los niños sin discriminación en igualdad de condiciones.

Después de la Segunda Guerra Mundial se dio la Carta de la Infancia que fue elaborada por la Liga Internacional para la educación de Londres, luego de esto se dio la Declaración de Derechos Humanos.

La historia de los derechos de los niños se da desde la primera declaración de los derechos del niño fue la Declaración de Ginebra celebrada el 16 de Septiembre de 1924 y redactada por Englantina Jebb. En el año de 1946 tras la Segunda Guerra Mundial las Naciones Unidas creó UNICEF para proteger a los niños víctimas de pobreza, violencia, enfermedad y discriminación. En 1948 se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual incluyó a los derechos de los niños.

Respecto a la **tenencia de menores**, la práctica judicial ha venido derivando del Derecho Romano, en dicha regulación los hijos eran vistos como una propiedad del padre que tenían absoluto poder sobre los niños como sobre su esposa a la que podían abandonar o vender si ese era su deseo. En ese entonces, de la sociedad romana, el niño era objeto de mucha afección y amor, pero no existía como individuo.

Estaba considerado como un pequeño hombre desprovisto de palabra (infat = el que no habla) y que no podía bastarse así mismo, en consecuencia sin personalidad propia, ya que dependía completamente de los adultos, a un tal punto que para los romanos estaba permitido el “abandono de los niños”. Así en caso de repudio o de divorcio, el pater familias, quien dispondría de la potestad y la custodia absoluta de los menores.

## **B. ANTECEDENTES CIENTÍFICOS**

**Noblecilla, S. (2014)** cuya tesis gira en torno a la problemática de cuáles son los factores determinantes a favor de la Tenencia de menores que contravienen el Principio del Interés Superior del Niño la cual engloba

investigación que se fundamenta en determinar los alcances de los diversos tipos de Tenencia de niños y adolescentes, las ventajas y desventajas que traen consigo cada una de ellas, teniendo como punto de partida un principio rector el Interés Superior del Niño, que coadyuvará a garantizar el desarrollo integral del menor, quien resulta ser el más afectado cuando existe una disputa entre los progenitores por obtener su custodia.

Por lo que concluye que la tenencia monoparental, se presenta como una figura disociadora de la relación paterno-filial desvinculándola, provocando una semiorfandad artificial sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad dependiendo a cuál de los progenitores fue otorgada la custodia.

Asimismo, al analizar las sentencias expedidas por los juzgados de familia, se presenta el poder hegemónico asentado generalmente en la madre, quien con diversos atributos otorgados desdibuja la paternidad.

Es así que se sugiere en el ámbito judicial, los factores, adoptados por los jueces para el otorgamiento de la Tenencia o un tipo de ella, deben ser evaluados y acordes a la realidad que se presenta, no en todos los casos presentados se podrán determinar o integrar los mismos criterios ya que cada uno responde a situaciones distintas, siendo el objetivo principal salvaguardar el desarrollo integral del menor.

**Gaona, L. (2014)** en cuya tesis él problema radica en que el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador no contempla a la tenencia como un proceso en el que se puede dictar una resolución provisional por parte del Juez de Familia por lo que se pone en riesgo el derecho a la integridad personal y al interés superior del niño, niña o adolescente que pueden ser vulnerados a consecuencia de la permanencia del menor junto al padre demandado por el tiempo que se prolongue el proceso.

Además en cuanto a legislación comparada señala estar en desacuerdo con lo establecido en el Art. 87° del Código de los niños y Adolescentes de nuestro país al considerar que según lo establecido en el primer párrafo del mencionado artículo solo se estaría velando por la integridad de los menores de tres y años y se estaría vulnerando y exponiendo el derecho a la integridad personal del resto de menores por lo que sugiere considerar la posibilidad de modificar este artículo con el fin de velar por el interés superior de los niños y adolescentes.

Por lo que concluye en que al no contemplarse en la legislación ecuatoriana de manera específica la posibilidad de dictar una resolución provisional en el proceso de tenencia, se pone en riesgo el derecho al a integridad personal del menor que en el lapso que transcurre hasta el pronunciamiento del auto resolutorio, puede ser objeto de conductas de vulneración tanto en su aspecto físico y psicológico, por parte del padre o madre demandado.

Es así que sugiere a la Asamblea Nacional de la República de Ecuador a realizar una profunda revisión a las normas en referencia a los niños y adolescentes y se considere la propuesta de reforma legal que se plantea en la tesis como mecanismo para garantizar que la tenencia cumpla el objetivo de proteger el interés superior y el desarrollo integral de los menores.

**Barrera, V. (2015)** en cuya tesis señala como problema de investigación la incidencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los juicios de tenencia y por objetivo tiene determinar que la importancia en estos temas radica en la necesidad otorgar una mejor vida a las niños, niñas y adolescentes en un hogar que les brinde amor y todos los cuidados necesarios para su desarrollo tanto físico como emocional, para lo cual es

importante la relación directa y la comunicación con sus dos padres, salvo que esto sea perjudicial para el niño o perjudique sus derechos.

Es así que se realizó una encuesta y se llegó a la conclusión de que el 82% de los encuestados está consciente de que la Tenencia afecta el entorno familiar, pues la ruptura de una familia crea una nueva estructura dentro del hogar dejando toda la responsabilidad de los hijos solo al progenitor que obtiene la tenencia, quedando el otro como un visitante de ciertos días y reduciendo su papel y autoridad con los menores, por lo que se sugiere dar a los hijos la posibilidad de tener a los padres con las mismas responsabilidades que tenían antes de divorciarse o separarse, puesto que si conjuntamente se encargaban del cuidado, protección, crianza, educación, alimentación, formación y prestaban todo lo necesario para el desarrollo y crecimiento de los menores; también lo podrán hacer cuando se separan, así los menores no sienten las secuelas dentro de su entorno familiar.

**Pinta, M. (2014)** en cuya tesis el problema radica en que en los procesos de tenencia se necesita que la administración de justicia sea ágil ya que los niños necesitan la atención del principio de su interés superior por lo que se sostiene que la característica fundamental de un proceso de menores es tratar de resolver los asuntos atinentes a ellos, no a los padres; consecuentes a esto los jueces deben aplicar las normas y dilucidar las dudas o lagunas legales que pudieran existir o se presenten en el transcurso del trámite.

Asimismo sugiere a los jueces, resolver de la forma rápida, los procesos de tenencia, porque se necesita que la administración de justicia sea ágil, porque los niños necesitan la atención por el principio de su interés superior.

### **C. ANTECEDENTES EMPÍRICOS**

**Chunga, F. (2005)** considera que el Art. 87° del Código de los niños y adolescentes adolece de un problema de coherencia porque tanto cuando se pone en peligro la integridad física de un menor de tres años, como en los demás casos, lo que debe tutelar el Jueces precisamente que desaparezca ese peligro que existe sobre la integridad física del menor, no entendemos entonces, partiendo de esta premisa, porqué cuando el niño fuere menor de 3 años el Juez resuelve en el término de 24 horas, y por qué en los demás casos no señala términos.

No podría ocurrir tanto en el primero como en el segundo supuesto, de que mientras para el primero el Juez actuaría con diligencia y podría impedir ese peligro a la integridad física del menor, y en el segundo caso podría ser demasiado tarde para evitar ese peligro. Por tanto considera en todo caso, de que el Juez intervenga en el término, no de 24 horas, sino inmediatamente cuando tenga conocimiento de que cualquier menor sea niño o adolescente su integridad física corra peligro, de oficio debe impartir las órdenes pertinentes para evitar que se haga efectivo ese peligro o desvirtuar esa supuesta situación de peligro.

Por eso cuando el niño o el adolescente tenga en peligro su "integridad" física y el Juez conozca la denuncia debe actuar inmediatamente, con celeridad y prioritariamente, y resolver dentro de las 24 horas, no sólo en el caso de niños de menos de 3 años de edad. Su actitud vigilante permitirá que el derecho a la vida esté suficientemente protegido, por lo cual considera que debe modificarse el artículo en comento.

**Dávalos, C. (2011)** "Resulta ilógico limitar los pedidos de tenencia provisional del artículo 87 a los niños menores de tres años, toda vez que la situación de peligro físico o moral puede afectar a niños de mayor edad y adolescentes

**Canales, C. (2014)**“No encuentro el fundamento por el cual el Art. 87° del Código de los Niños y Adolescentes protege solo la integridad de los menores de tres años con la tenencia provisional, cuando debería protegerse la integridad de todos los menores, además se debe proteger al menor no solo dentro de las veinticuatro horas ,sino de inmediato”.

## **2.2 BASES TEÓRICAS**

### **2.2.1 INSTITUCIONES FAMILIARES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

#### **a) Patria Potestad:**

La Patria Potestad resulta ser la más importante de todas las instituciones que se ubican en el Derecho de Familia, esta institución básicamente es el derecho de todos los padres, de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, tal como lo consigna la Constitución de 1993 en su Art.6, o el deber derecho de los padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores, como lo prescribe el Art. 418 del Código Civil.

Ahora bien, **Aguilar, B. (2012)** nos dice que tratándose de hijos matrimoniales, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, en igualdad de condiciones, mientras que si se trata de hijos extramatrimoniales, entonces el legislador alcanza al juzgador, elementos referenciales para otorgar la patria potestad a uno u otro, en el caso de que los padres no vivan juntos.

Para que el juez otorgue la patria potestad, este debe tener en cuenta criterios referidos a brindar el cuidado integral de los hijos menores, resultando trascendental que ante toda decisión tomada por el juez a favor de los menores deba primar el Principio del Interés Superior del Niño o Adolescente recogido por el Código de los Niños y Adolescentes en su Título Preliminar, artículo IX.

Por tanto podemos decir que la patria potestad se refiere al conjunto de derechos y deberes que derivan del ejercicio de la paternidad y corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la misma sobre sus hijos, asumiendo el reparto de funciones como lo es el cuidado, alimentación y crianza de los hijos, sin discriminación alguna. Y si en caso existiera ausencia de uno de los padres, la patria potestad será asumida por uno solo.

Refiere **Rosales, M. (2005)** que mientras los hijos son menores de edad los padres tienen una serie de deberes hacia ellos, para su protección y formación, y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos, llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

#### **b) Tenencia de Niños y Adolescentes:**

El Código de los Niños y Adolescentes, equipara la tenencia a la custodia; ante ello **Aguilar, B. (2012)** cree que es un error, pues la tenencia es un atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos, derecho que le es reconocido por ley a ambos padres y como resulta de una opinión unánime, ello implica el derecho a convivir con los hijos; ahora bien, ya en el ejercicio del derecho de tenencia surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos y que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos, por lo tanto la custodia vendría a ser un deber (acción de custodiar, persona que cuida a otra), en consecuencia no puede haber identificación entre ambos términos como si fueran sinónimos.

La página web **Tenencia, (2011)** señala que la tenencia es la responsabilidad parental, de los padres de la niña, niño o adolescente, de velar por su desarrollo integral cuando se encuentren separados de hecho. La madre o el padre que entregue a su hijo en tenencia no pierden la patria potestad. Tal responsabilidad se asume a través del reconocimiento judicial

del derecho de custodia y tenencia de un hijo. Procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge conviviente le arrebatara al otro a un hijo si estuviera en peligro la identidad física de éste.

### **c) Alimentos:**

Art. 472° Código Civil “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica según la situación y posibilidad de la familia.

Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”.

Por su parte el Código de los Niños y Adolescentes en su Art. 92°, prescribe que “Los alimentos son todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño y adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto”.

Así pues, **Aguila&Capcha, (2007)** señalan que los alimentos son el conjunto de medios materiales indispensables para la subsistencia de las personas y también para la educación y formación de ellas.

Para **Carbonell, Lanzon, & Mosquera, (2010)** el concepto de alimentos posee más de una connotación. Comúnmente se entiende por alimento cualquier sustancia que sirve para nutrir, pero cuando jurídicamente nos referimos a él su connotación se amplía en tanto comprende todas las asistencias que se prestan para el sustento y la sobrevivencia de una persona y que no se circunscriben sólo a la comida. Jurídicamente, por alimentos deben entenderse la prestación de dinero o en especie, de una persona, en determinadas circunstancias (indigente, incapaz, etc), puede reclamar de otras, entre las señaladas por la ley, para su mantenimiento y

subsistencia; es pues, todo aquello que por misterio de ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir.

La institución de los Alimentos, tiene como fundamento uno de los efectos del parentesco, quienes se deben ayuda mutua, cónyuges y parientes, y la forma normal de cumplirla es la obligación de darse alimentos en caso de necesidad. En este sentido, diversos autores consideran a la obligación alimentaria como una obligación natural, fundada en un principio elemental de solidaridad familiar.

#### **d) Tutela:**

**Castellanos, Díaz, Hernandez, Pezo, & Sosa, (2011)** refieren jurídicamente que la tutela es la suplencia de la patria potestad por incapacidad, fallecimiento o ausencia para acudir y representar a un menor de edad en la administración de los bienes. Por ello se dice que es una institución creada por la ley para proteger a los menores de edad que no se encuentran sometidos a la patria potestad, y excepcionalmente aun existiendo padres en ejercicio de aquella para resolver situaciones de intereses contrapuestos en la administración de los bienes, pero que implica fundamentalmente, la colocación de un menor de edad bajo la asistencia y la representación de una persona mayor de edad, cuyas condiciones hacen presumir que se encontrará capacitado para tales fines.

Art. 502° Código Civil: “Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”.

Se entiende por Tutela, al derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil.

#### **e) Curatela:**

Art. 564° Código Civil “Están sujetos a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3 y 44, incisos 2 a 8”.

La curatela es inherente a la incapacidad de mayores de edad, establece que se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes; agregando que son incapaces de administrarlos el demente aunque tenga intervalos lúcidos y el sordomudo que no sabe leer ni escribir.

Según **Avendaño, J. (2012)** citando el Expediente N° 368-1997-Lima, *“La curatela es una institución de protección a los mayores de edad, que no están en aptitud para dirigir su persona ni conservar sus bienes. En dicho expediente, habiéndose amparado la demanda al declarársele la interdicción corresponde designarle curador, cuyo cargo debe recaer en l actora como hermana del interdicto.”*

#### **f) Consejo de Familia:**

Art. 619 Código Civil “Habrá un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre.

También lo habrá aunque viva el padre o la madre en los casos que señale este código”.

#### **g) Régimen de Visitas:**

Según **Rosales, M. (2005)** no es un propio derecho sino un complejo de derecho-deber o derecho-función, cuyo adecuado cumplimiento tiene por finalidad no satisfacer los deseos o derechos de los progenitores (o abuelos y otros parientes), sino cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores en aras a un desarrollo equilibrado de los mismos.

También menciona **Rosales, M. (2005)** que el derecho de visita no está vinculado a la patria potestad, puesto que persiste igualmente en el supuesto de privación de la misma y se caracteriza por ser inalienable e irrenunciable siendo determinados los supuestos en los que se hablará de suspensión y limitación del derecho de visita.

## **2.2.2 LA TENENCIA DE MENORES**

### **A. ETIMOLOGÍA DE TENENCIA**

Tenencia etimológicamente deriva del latín “tenere” y “minor” que significa tener al menor (vocabulario usual en la protección de menores del Instituto Interamericano del Niño, OEA).

### **B. CONCEPTO DE TENENCIA DE MENORES**

**De Santo, V. (1999)** expresa que en tanto la familia permanece física y espiritualmente unida, este tema no suele suscitar problemas. La situación se torna conflictiva cuando los progenitores por distintas causas ya no conviven.

En estos casos, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y de educarlos, aunque la tenencia sea ejercida por uno de ellos”

La tenencia ***es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar***, esto es, teniendo como fin el interés superior del niño resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.

**Canales, C. (2014)** sostiene que la tenencia y custodia de los ***hijos es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener***

***la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo.*** Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fueses necesario.

En tal sentido, el Código de los Niños y Adolescentes, en su **Art. 81º**, establece que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

### **C. OBJETO DE LA TENENCIA DE MENORES**

**Cabrera, J. (2008)** Sostiene que el objeto principal de la Tenencia es **precautelar el bienestar del niño, niña y adolescente** encargándole su cuidado a uno de los padres o a una tercera persona que puede **garantizarle protección en un ambiente adecuado que ayude a un desarrollo integral del menor.** “La Tenencia es un instrumento jurídico que habrá de emplearse para proteger a los menores, del hecho de la desfragmentación familiar.”

La Tenencia busca el hogar más adecuado para el niño, niña o adolescente, siempre y cuando el Juez en su decisión elegirá al progenitor que **mejores condiciones ofrezca para el cuidado de los hijos**, además es importante que el padre tenga una conducta aceptable ante la sociedad sin presentar problemas que afecten en lo posterior a los menores que están bajo su protección, causando daños físicos o psicológicos que marcan sus vidas.

**Cabrera, J. (2008)** *“Una decisión judicial adversa al menor, le acarreará problemas a éste a lo largo de su vida, tanto en su integridad física*

*como en su psiquis, quedando así desvirtuado el principio constitucional de seguridad.”* Se buscará siempre que pueda compartir tiempo con los hijos y no simplemente se queden bajo el cuidado de niñeras o empleadas domésticas, es necesario que se comparta tiempo y se tenga una adecuada comunicación para fortalecer las relaciones entre padres e hijos.

#### **D. CAUSAS DE OTORGAMIENTO DE TENENCIA DE MENORES**

##### **• Divorcio o Separación de los padres**

Es el principal motivo de la Tenencia puesto que el hogar que se mantenía se debe dividir y se debe otorgar el cuidado de los hijos a uno de los padres con quienes convivirán en un futuro.

**Ojeda, C. (2004)** *“Pensemos en nuestros hijos, esos pobres infantes que los adultos los convierten en fichas del fuego de sus caprichos, egoísmos y más pretensiones.”*

Cuando los padres deciden alejarse el uno del otro sin que se dé el divorcio sea por un periodo de tiempo o definitivamente los hijos deberán quedarse al cuidado de solo uno de los padres.

##### **• Muerte de uno o de los dos padres**

En caso de muerte de un progenitor se otorgará la Tenencia al otro sobreviviente, si no hubiese sobreviviente o solo convivía con el progenitor que falleció el cuidado de los menores se otorgará a un familiar y se procederá de la misma forma en caso de muerte presunta.

##### **• Abandono de los padres**

Abandonar es dejar indefenso y en desprotección a una persona, en caso de abandonar a los hijos ya sea provisionalmente o de manera definitiva los familiares serán los encargados del cuidado de los menores

que están desprotegidos y podrán obtener la tenencia, con el fin de brindarles un hogar y una familia.

#### • **Maltrato físico o psicológico**

Si dentro de un hogar un menor de edad no recibe el cuidado que necesita entorno a su edad y que brinde **las garantías adecuadas para su desarrollo**, que sufra de maltrato que deje huellas no solo en su cuerpo sino también en su alma, es necesario buscar un familiar el cual obtenga la tenencia y pueda ayudar a sanar las secuelas al niño, niña o adolescente.

**Ojeda, C. (2004)** *“La gran responsabilidad de los padres, con la finalidad de que exista una verdadera convivencia, consiste en saber ejercer la autoridad con los hijos, sin llegar al maltrato.”*

### **E. CARACTERÍSTICAS DE LA TENENCIA DE MENORES**

#### **1) Personalísimo**

Solo lo podrán solicitar las personas quienes son llamadas a ejercerla y quienes están en capacidad para el cuidado y protección de un niño o adolescente.

#### **2) Derecho restringido**

La tenencia se ejerce específicamente ante un menor de edad no ante personas mayores de edad, ni en caso de una persona con capacidades especiales.

#### **3) Divisible**

Si los padres de común acuerdo sin ninguna dificultad comparten el cuidado y los gastos de alimentación, educación, vestimento, y lo demás

necesario para el desempeño de las labores de los hijos si se llega a dividir la tenencia entre los progenitores.

#### **4) Condicional**

Porque la condición para que los hijos estén bajo el cuidado de uno de los padres es la conducta que esté presente en torno al cuidado de los hijos, caso contrario de observar una mala conducta del progenitor y un descuido en el cuidado de los menores, la tenencia se otorgará a favor del otro padre que preste mejores garantías en el cuidado de los hijos.

#### **5) Provisional**

En el caso de la tenencia nunca se da una resolución definitiva por parte del Juez, pues esta puede ser cambiada en cualquier momento según el cuidado que estén prestando los padres si quien goza de la tenencia no cumple con el cuidado que debe a los hijos se la otorgará al otro que si cumpla y en caso de incumplimiento de ambos padres se optará por otras medidas.

#### **6) Transmisible**

Si los padres no son aptos para ejercer la tenencia por cualquier incapacidad o imposibilidad, esta se puede otorgar a un familiar que preste las garantías necesarias para el cuidado de los niños, niñas y adolescentes.

### **F. TIPOS Y SUJETOS DE LA TENENCIA DE MENORES**

Se puede clasificar a la tenencia de acuerdo a los siguientes criterios:

#### **1) De acuerdo a su ejercicio**

De acuerdo a la manera como realizan el ejercicio de la tenencia de los hijos, se puede clasificar en:

- **Tenencia conjunta**

Se da en las situaciones en los cuales con o sin matrimonio, con o sin unión estable, ambos progenitores ejercen conjuntamente la tenencia de los hijos, porque existe convivencia entre dichos progenitores. Se da cuando ambos padres cohabitan con los hijos.

- **Tenencia compartida**

La tenencia compartida propiamente dicha se da en aquellos supuestos en que no existiendo dicha convivencia entre progenitores, estos deciden compartir el tiempo de tenencia de los hijos.

Tal como señala **Canales, C. (2014)**, además está precisar que solo cuando ambos padres tienen titularidad de la patria potestad pueden ejercer la tenencia de manera conjunta o compartida, existen varias modalidades de tenencia conjunta o compartida. Cada caso es particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, horario escolar, carga laboral de los padres, número de hijos, etc.

Pero existe una subclasificación según **Varsi, E. (2004)** que de algún modo engloba muchas otras:

- Guarda conjunta o compartida donde ambos padres comparten el cuidado de los hijos en forma permanente.

- Guarda alternativa, los hijos permanecen temporalmente en la casa de cada uno de sus padres.

- Sistema de anidación, son los padres los que se trasladan a la casa del hijo.

- **Tenencia exclusiva o separada**

En este tipo de tenencia solo el padre o la madre ejerce la tenencia de sus hijos con o sin matrimonio. La razón principal de tal supuesto es la separación de hecho de los padres. Así pues, los padres pueden tener ambos, la titularidad de la patria potestad, pero el ejercicio de sus elementos de manera exclusiva o separada. Pero también se da en aquellos supuestos de pérdida, extinción o suspensión de la patria potestad en uno de los progenitores.

## **2) De acuerdo al tiempo**

Existen en la doctrina diversos tipos de tenencia. Para los fines que competen a los temas bajo análisis, nos quedamos con el criterio simple de clasificación de la tenencia, a partir del tiempo de utilización de la institución.

De acuerdo al referido criterio, tenemos: La tenencia definitiva y la tenencia provisional.

- **Tenencia Definitiva**

Es aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o conciliación extrajudicial, que como sabemos, tiene calidad de cosa juzgada. Así pues, esta tenencia es definitiva en el sentido de que requeriría nueva resolución judicial o acuerdo conciliatorio que la varíe o modifique. Se determina al final de un proceso judicial o acuerdo conciliatorio. Se plantea esta pretensión, generalmente a través de un proceso principal.

- **Tenencia Provisional**

La tenencia provisional es la facultad del padre que no tiene la custodia, de recurrir al Juez Especializado a fin de solicitar la tenencia provisional.

**Canales, C. (2014)** señala que en nuestro medio, **la tenencia provisional es considerada en razón del peligro que corre la integridad física del menor.** Se presume que el menor está corriendo un **grave riesgo al estar con el otro progenitor**, este **debe entregarlo inmediatamente con una orden judicial.** Esta tenencia se otorga a las veinticuatro horas, **sólo si el niño o niña es menor de tres años.**

El que tiene la custodia de hecho no puede solicitar la tenencia provisional precisamente porque la tiene de hecho, pero puede recurrir inmediatamente a solicitar la tenencia a fin de que se le reconozca el derecho, con las garantías correspondientes. La ley además prevé que quien no tiene la custodia, tiene el derecho de solicitar la tenencia provisional para salvar la integridad del menor, entonces el juez deberá ordenar dentro de las 24 horas la entrega del menor.

**Canales, C. (2014)**, esta facultad de solicitar la tenencia provisional viola el derecho a la igualdad ante la ley, ya que deberían ser ambos los padres quienes puedan acceder a solicita una tenencia provisional es decir el que tiene y el que no tiene la custodia. Ante tal interpretación, losjueces podrían ejercer el control difuso, prefiriendo la normal constitucional.

La tenencia provisional se plantea usualmente como una medida cautelar, a través de un proceso cautelar. Dependerá de la eficacia de las pruebas del solicitante para el éxito de esta medida, así como también puede llegar a ser determinante la voluntad del menor de edad.

El Código de los Niños y Adolescentes , en su Art.87, respecto de la tenencia provisional, establece que : “Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física debiendo el juez resolver en el plazo de veinticuatro horas. En los demás casos, el juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fisca. Esta acción solo procede a

solicitud del padre o madre que no tenga al hijo bajo su custodia, No procede la solicitud de tenencia provisional como medida cautelar fuera del proceso”.

**Canales, C. (2014)** sostiene que no se encuentra el fundamento por el cual el Art. 87 del Código de los Niños y Adolescentes protege solo la integridad de los menores de tres años con la tenencia provisional, cuando debería protegerse la integridad de todos los menores. Además debe protegerse al menor no solo dentro de las 24 horas, sino inmediatamente.

### **3) Sujetos de la tenencia**

- **Sujetos Activos**

Los padres o los abuelos, los cuales se denominan los tenedores.

En el caso de los padres opera de forma individual, se otorga a uno de ellos mientras que en los abuelos opera de forma individual a uno de ellos o conjunta a la pareja de abuelos, prefiriéndose en mejor medida a esta última.

- **Sujetos pasivos**

Los hijos, los cuales se denominan tenidos.

## **G. DETERMINACIÓN DE LA TENENCIA DE MENORES**

Según **Varsi, E. (2011)** cuando los padres estén separados de hecho, conforme al artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, la tenencia se determina de la manera siguiente:

### **1) Por acuerdo**

Es la voluntad de los padres, tomando en cuenta opción del menor, el que mejor puede identificar las relaciones de tenencia. Acuerdo, de ambos, con la finalidad de satisfacer al máximo las necesidades filiales.

La tenencia no es una relación familiar de dos, ni en su decisión ni en su práctica. Es una relación trilateral en la que el padre, la madre y el hijo deben expresar sus intenciones y deseos para que pueda ser llevada cabo de forma plena.

La exclusividad, en el ejercicio de esta relación familiar como derecho, está descartada.

## **2) A falta de acuerdo**

De no existir acuerdo, sino discrepancia, o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Esta situación es bastante difícil y compleja porque se deja en manos de un tercero, el juez, tomar la decisión de conferir la tenencia a uno u otro padres. Puede confirmarse a aquel que la tiene, lo cual supone la continuidad de la tenencia, o puede despojarse a uno para entregársela al otro, lo cual supone la entrega del menor. La tenencia es una institución jurídica en donde más se manifiesta o exterioriza el conflicto entre los padres por lo que se pide a estos corrección en su actuar procesal a fin de no denunciar agravios que carecen de todo asidero real, puesto que ello implicaría infringir el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con el numeral IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil y procurar, alturadamente lo mejor para el menor.

En estos casos el juez, de acuerdo con el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes, resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; y
- El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre.

El Juez debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta el del adolescente, de acuerdo con el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes. En todo caso puede disponerse la tenencia compartida, ni a uno ni a otro, pero ambos igual, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor.

## **H. CRITERIOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA**

En base al principio de igualdad entre los padres, ambos padres, cada quien de acuerdo a su naturaleza, están en condiciones de criar a su hijo, al menos esa debe ser la tendencia, sin que exista discriminación.

El Código Civil considera que si ambos cónyuges son culpables de la separación, los hijos varones mayores de 7 años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de 7 años, al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa, de acuerdo con el artículo 340 del Código Civil.

Por otro lado el Código de los Niños y Adolescentes, en su Art. 84, considera que, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo menor de 3 años permanecerá con la madre.

**Varsi, E. (2011)** acertadamente considera que el hecho de ser madre no otorga una mejor posición para adquirir la tenencia , en razón de que puede ser el padre a quien se le confiera al ser este el mejor preparado para ello. En la realidad, la ley si ofrece cierta ventaja a las madres para mantener la tenencia, en caso el hijo sea menor de tres años.

La tenencia sin duda es un tema muy importante dentro del Derecho de Familia, al determinarse se precisa con quien vivirán los menores, ya sea con el padre o con la madre. Cuando los padres estén separados, la tenencia de los niños y adolescentes generalmente se determinará de común acuerdo con ellos. Sin embargo, al no haber acuerdo de los padres o si estando de

acuerdo, este resulta perjudicial para ellos, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, distando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes, en su Art. 83 establece lo siguiente: “El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes”. La tenencia del niño o adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés, en otras palabras, la demanda de tenencia no solo podrá ser interpuesta por el padre que no tenga al niño o adolescente, sino también por el que no lo tenga.

Asimismo, el Art. 84 del Código de los Niños y Adolescentes establece, respecto de las facultades del juez, que: “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y;
- Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el Juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”.

Existe una regla en materia de Tenencia de menores de edad, que está contemplada en el Art. 85 del Código de los Niños y Adolescentes según la cual: “El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y

tomar en cuenta la del adolescente”. Ello no implica que el juez decida siempre atendiendo a los deseos de los menores.

**Canales, C. (2014)** al respecto, señala algunos de los supuestos que implican generalmente la solicitud judicial de la tenencia de los hijos menores, y son:

- La existencia de una separación de hecho, de facto de los padres.
- La no existencia de acuerdo entre los padres para determinar con quién se quedan los hijos.
- La existencia de acuerdo de padres al respecto, pero que sea perjudicial para el niño o adolescente.
- El juez debe tomar en cuenta e parecer del niño o adolescente.

Además de estas disposiciones normativas, encontramos determinados criterios jurisprudenciales que nos ilustran respecto de aquello que se prioriza al analizar la determinación y el otorgamiento de la tenencia.

### **1. El interés superior del niño y adolescente**

Principal criterio a tenerse en cuenta que implica que entre las alternativas que se tengan para determinar la tenencia, se escoja la que sea más beneficiosa para el niño o adolescente. Las normas precisan de manera general la importancia de tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y del adolescente para la determinación de la tenencia.

**Cillero, M. (2015)**, nos explica que el interés superior del niño constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar tal interés como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, ya que en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, los niños tienen derechos a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En tal sentido concordamos en que el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor, y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescente.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece:

***“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”***

En este sentido similar, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral de desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

**Canales, C. (2014)** señala que en este contexto resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares.

El Estado entonces a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia ya sea abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación, de las que puedan ser víctimas, ya sea proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceras personas, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

En el ámbito nacional, el principio del interés superior del niño lo encontramos plasmado normativamente en el Código de los Niños y Adolescentes. Así pues en el artículo IX del referido cuerpo legal se establece lo siguiente:

***“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescentes y el respeto a sus derechos”.***

Asimismo esto concuerda con el principio constitucional plasmado en la primera parte del artículo 4 de nuestra Carta Magna que establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. ”

**Canales, C. (2014)** precisa que teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, podríamos considerar que el interés superior del niño se encuentra implícitamente reconocido en el Art. 4 de la Constitución. De ahí que, e virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos , tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Al respecto presentamos la jurisprudencia siguiente:

**Casación Nº 2067-2010-Lima.Considerando Vigésimo Tercero:**

*“Que, en tal contexto, se advierten circunstancias referenciales que suponen grave peligro para la integridad de los niños xxx y zzz: 1) La imputación de que el padre, ahora demandante, habría incurrido en actos contra la libertad sexual en agravio de una menor de edad, hermana de sus hijos por la línea materna, lo que pone en tela de juicio el cumplimiento de su rol paterno y su comportamiento en relación a la indemnidad sexual de sus hijos, y 2) A pesar de los esfuerzos realizados para que con motivo del régimen de visitas la relación entre madre e hijos mejor, **los hechos demuestran lo contrario, la relación materno filial se resquebraja cada vez más, lo que demuestra indiscutiblemente que el síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia paterna sigue incidiendo negativamente en el desarrollo e***

**integridad emocional de los niños.** Aspecto que se pone de manifiesto en el considerando décimo séptimo de la sentencia de vista, donde analizando el dictamen del Fiscal Superior de fojas mil setecientos, pondera que : **“Si bien fundamenta su posición en los informes psicológicos corrientes en hojas setecientos cincuenta y ocho a setecientos cincuenta y nueve, que señala que la menor xxx ‘prefiere vivir con su padre’, asimismo en el informe psicológico de folios setecientos sesenta a setecientos sesenta y uno, practicado al niño zzz, ‘prefiriendo la del padre”** . Dichas declaraciones en el contexto de alienación parental deben ser tomadas con reserva. **En este sentido, además se hace una ponderación del derecho de opinión previsto en el Art. 85 el Código de los Niños y Adolescentes con el derecho a no ser separados de sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo adecuado con ellos, tal como lo consagra los artículos 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.**De tal manera que este colegiado no puede priorizar el otorgamiento de la tenencia y custodia a quien no ha observado y garantizado dicho derecho de los niños”. Con lo cual, las declaraciones realizadas por los menores respecto a que prefieren vivir con su padre, deben ser ponderadas en el contexto de alienación parental, por lo que deben ser tomadas con reserva, pues como se ha precisado en los considerando vigésimo y vigésimo primero, la figura materna frente a los menores ha sido mermada, siendo necesario que se restablezcan los vínculos materno filiales. Asimismo, como también se ha precisado, los criterios previstos por el Código de los Niños y Adolescentes, son orientadores, mas no determinantes, de la decisión, en consecuencia, la recurrida no infringe el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, por el contrario, la interpreta y aplica como parámetro qué es lo más beneficioso para los niños”.

**Casación N° 380-2011-Huaura. Considerando Sexto:**

*“En cuanto a la denuncia consignada en el apartado C) si bien es cierto el argumento central del demandante para solicitar la tenencia de su menor hija, consiste en que esta habría sido víctima de violación sexual debido al descuido de la madre de la menor, delito cuya comisión la atribuye a un familiar de ésta, **no es menos cierto que en atención al principio del interés superior del niño y del adolescente, contenido en el artículo noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el juez no puede limitarse a ponderar solo lo alegado en la demanda, sino que debe considerar todos aquellos factores que inciden en un adecuado desarrollo de la salud emocional y física del menor. Por consiguiente, el ad quem no ha incurrido en la infracción aquí alegada, por cuya razón no se cumple, en rigor, con la exigencia del artículo trescientos ochenta y ocho del Código Procesal Civil.***

**Casación N° 34-2004-Junin Considerando Cuarto**

*“Que, si bien en el caso sublitis, la Sala ha considerado que la sustracción de la menor de la casa materna constituye un acto irregular, ello no guarda mayor relevancia en el presente proceso, **cuyos puntos controvertidos han sido fijados con la finalidad de que se determine a qué progenitor corresponde la tenencia de la menor XXX, conforme a las condiciones más beneficiosas e interés superior de la niña,** siendo que el referido pronunciamiento del ad quem no ha desvirtuado la validez de aquellos medios probatorios que han sido analizados por el a quo, conforme a lo señalado en el cuarto considerando de la presente resolución”.*

## **Casación N° 1738-2000-Callao.Considerando Sexto**

***“Que, la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro”.***

## **Expediente-932-95.Consideando Único**

***“Que si bien está establecido que la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido, la declaración que hace el padre del nacimiento del menor Julio Mario Paolo Granda De La Torre, comprende a la madre cuyo nombre también declara, de modo que, en el caso de autos, ambos padres accionan por iguales motivos en pos de la tenencia de dicho menor, que es de señalar, en ese sentido, que es deber de los padres velar que sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral, que , igualmente todo niño tiene derecho a la atención integral de su salud y a desarrollarse físicamente e intelectualmente en condiciones adecuadas que, por ellos, sin afectar la tenencia que actualmente detenta la demandante es conveniente por el interés superior del niño, que su padre continúe atendiendo directamente todo lo relacionado con la atención médica del mencionado menor, pues ha quedado demostrado en el presente proceso que dispone de más tiempo que la madre y reúne las condiciones para ese cometido, que, así, ambos padres del menor asumen en forma compartida las necesidades de su menor hijo, pues fluye de los informes sociales que existe armonía y buena disposición de los padres, quienes han expresado,***

*coincidentalmente, su deseo de conformar un hogar legalmente constituido, con su hijo al lado, del mismo modo, cabe incidir en que la tierna edad del menor y su delicado estado de salud, por padecer de displasia en la cadera y en la rodilla requiere del calor y los cuidados maternos”.*

## **2. El derecho de audiencia de los menores**

La opinión del niño o adolescente es un criterio importante. Se debe escuchar al niño y tomar en cuenta la opinión del adolescente en los supuestos de determinación de la tenencia.

En tal sentido, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 85, establece respecto de los procesos de tenencia, que: ‘El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente’.

Al respecto presentamos la jurisprudencia siguiente:

**Casación N° 1279-2000-Piura. Considerandos Quinto, Sexto, Séptimo. Octavo y Noveno**

*“Que, una de las manifestaciones del interés superior del niño implica el derecho del menor en sede judicial a ser oído y valorar su opinión para concluir qué es lo más beneficioso para él. Que, el menor participa en el proceso a fin de esclarecer cuál es la persona más idónea afectivamente para tener o mantener la tenencia del niño o adolescente, lo que es materia de análisis.*

*Que al ser oída la menor durante el proceso, se puede concluir que se encuentra estrechamente vinculada con su abuela y que la atención que esta le dedica, no ha producido sin beneficios, esto es, que ha mantenido a la menor dentro de un hogar estable*

***emocionalmente, fomentando en ella su desarrollo personal. Que, en consecuencia, la madre biológica tiene la patria potestad de la menor, mas no así la tenencia y el legítimo derecho de que se establezca un régimen de visitas que le permita a la menor el no desvincularse de quien siempre será su madre y que también le permita estrechar los lazos con ella. Que además, el hecho de que la madre biológica no tenga la tenencia de la menor no la sustrae de su ineludible obligación de colaborar con la manutención de la menor, más aún si este extremo se encuentra ligado al interés superior del menor aludido”.***

### **Expediente N° 2211-98.Considerandos Segundo y Cuarto**

***“Que, fundamenta su acción en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, señalando que tiene legítimo interés moral, toda vez que los menores se encuentran en su poder desde antes que falleciera su recordado hijo.***

***Que, de las entrevistas efectuadas a los menores xxx y zzz, en la audiencia única obrante de fojas sesenticinco a sesentiocho, manifiestan que no conocen a su madre que ella los abandonó desde que eran muy pequeños, pero que sí conocen a la mamá de su hermanita quien dijo que se iba a trabajar a Paramonga y nunca más regresó; y al ser preguntados con quién les gustaría seguir viviendo ellos contestaron que con su abuelita y su tío César”.***

### **3. Cumplimiento de las obligaciones emergentes de la Patria Potestad**

Un requisito para solicitar la tenencia es conservar la titularidad de la patria potestad y con ellos, las de las obligaciones emergentes de la patria

potestad. En tal sentido un criterio a tenerse en cuenta para el progenitor solicitante de la tenencia es el cumplimiento de dichas obligaciones, como por ejemplo, la asistencia, los alimentos, siempre determinados bajos los criterios de la posibilidad y necesidad económicas.

Al respecto presentamos la jurisprudencia siguiente:

**Casación N° 356-2005-Cono Norte. Considerandos Tercero y Cuarto**

*“Que, conforme se puede apreciar del texto del artículo noventa y siete de la Ley veintisiete mil trescientos treinta y siete, este regula un requisito especial de que el demandante no haya sido objeto de una demanda de alimentos, entendiéndose que el propósito de esta norma es evitar maniobras por parte del progenitor que, queriendo incumplir sus obligaciones alimentarias o hacerlas a su modo, peticione la tenencia del menor para quien se pidió y otorgó los citados alimentos; Que, no obstante lo anterior, y conociéndose la naturaleza de las relaciones familiares, el legislador ha previsto también en el mismo dispositivo una excepción a dicha regla, esto es, la presencia de una causa debidamente justificada que obligue al progenitor a solicitar dicha Tenencia, lo cual desaparece la presunción de que se quiere evadir las obligaciones alimentarias, de tal modo que los juzgadores deben verificar el cumplimiento del precitado requisito especial y la presencia o no de la causal d excepción desde la interposición de la demanda, o ya en la etapa de saneamiento o finalmente en la sentencia, de conformidad con el artículo ciento veintiuno, in fine, del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, el cual prescribe que “mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o*

*excepcionalmente, sobre la validez de la relación procesal”*

**Expediente N° 1517-97. Considerando Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto y Sétimo**

***“Que no debe confundirse patria potestad con tenencia, siendo esta última atributo de la patria potestad, la cual si bien es cierto puede ser materia de convenio, también lo es que dicho acuerdo no tiene carácter de definitivo, por cuando es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al menor.***

***Que ambos hermanos por su entroncamiento, edad y sexo deben desarrollarse juntos al lado del padre a cuya tenencia se entregue. Que al padre, viene demostrando gran interés por el desarrollo físico emocional de ambos niños tal como se verifica de los documentos obrantes a fojas diecinueve, veintidós, veintitrés, sesenticuatro a setenticinco, así como de la manifestación del menor Favio Alberto obrante a fojas ciento ochentiuno, en la que expresa su afecto a ambos padres, no obstante lo cual prefiere vivir con su padre. Que es el derecho de los padres pero sobre todo del niño y/o adolescente el mantener una relación fluida y afectuosa con ambos padres, de ahí que el Código de los Niños y Adolescentes sanciona le incumplimiento por parte de uno de ellos del mandato judicial que lo disponga, dando lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia. Que tratándose de un proceso de tenencia, en que el padre que no participa de la misma mantiene expedito su derecho de visitar a sus hijos sin restricción alguna, no correspondiendo fijar el mismo cuando no ha sido materia de petitorio, acorde al criterio ya establecido por este Superior Colegiado, en el caso de autos, aun cuando se está ventilando por***

*este Superior Colegiado, en el caso de autos, aun cuando se está ventilando solo la tenencia y el régimen de visitas no haya sido planteado acumulativamente, sin embargo, **debe señalarse dicho régimen no solo por economía procesal en atención al interés superior de los niños, sino por ser este de necesidad evidente, por existir graves desavenencias entre los padres y familia de los menores***”

#### **Expediente N° 709-97. Considerandos Primero y Tercero**

*“Que conforme se ha aprobado en autos, don José Manuel Dueñas Leyva, **no cumple regularmente con prestar alimentos a sus hijos**, lo que ha determinado que la madre de los menores, interponga las acciones por delito de omisión de asistencia familiar. Que, finalmente, en autos se ha demostrado, que el emplazante viaja constantemente al extranjero, Estados Unidos de Norte América, donde permanece por tiempos prolongados, lo que le impide ejercer regularmente la Patria Potestad, respecto de sus menores hijos, y estando a lo que disponen los incisos f) y g) del artículo ochentitrés del Código de los Niños y Adolescentes”*

#### **Expediente N° 4353-94. Considerando único**

*“Que, de autos no está debidamente acreditado que la demandada lleve una vida desarreglada y que la menor se encuentre en situación de descuido y abandono moral, por el contrario, se encuentra estudiando satisfactoriamente dentro de las posibilidades económicas de la madre quien trabaja como costurera según constancia que corre en autos, **que, los demandantes si bien son abuelos paternos de la menor, no tienen mejor derecho que la madre biológica, más aun si del informe social fluye que son también de condición económica limitada y en el hogar viven varias***

*personas a sus lados, que, de otro lado, según el mismo informe la armonía entre las partes se ha superado al extremos de visitarse, en especial la niña, por vivir cerca una de la otra, **que de acuerdo a ley, es derecho de la madre ejercer la patria potestad a tenor de los artículo cuatrocientos dieciocho y cuatrocientos veintiuno del Código Civil, más si el padre de la niña ha fallecido, no así los abuelos, que es necesario se sigan considerando las relaciones entre la niña y sus abuelos; que es necesario se sigan considerando las relaciones entre la niñas y sus abuelos para su normal desarrollo sicobiológico, teniendo en cuenta que es el deseo de los abuelos tener a la nieta a su lado***".

#### **4. El principio de no separación de hermanos**

De ser el caso, en la medida en que sea posible la permanencia de la integración entre hermanos, esto será un elemento importante para la determinación de la tenencia.

**El considerando noveno del Expediente N° 2815-2002** al respecto señala lo siguiente:

***"Que, para considerar una decisión tan trascendental como la fijación de la patria potestad y la determinación de la tenencia separada de dos hermanos, que han vivido regularmente juntos, se amerita no solo conocer la opinión de cada uno de ellos respecto a tal medida, sino además es necesario, por el bienestar de los mismos, corroborar lo expuesto en el Informe profesional correspondiente emitido por el equipo multidisciplinario"***.

## 5. La edad de los menores

La edad también es un criterio muy importante al momento de determinar la tenencia de un menor de edad.

El Art. 340 del Código Civil establece lo siguiente:

***“Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos que se encargue de todos o de algunos el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos y tíos.***

***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.***

***El padre o madre a quien se hayan 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”.***

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes establece en su Art.84 lo siguiente:

***“En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:***

***a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;***

**b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y,**

**c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.**

**En cualquiera de los supuestos el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”.**

## **6. Las condiciones físicas y mentales psicológicas del solicitante**

También constituyen un criterio muy importante para la determinación de la tenencia, ya que se suele analizar que éstas no sean perjudiciales para el menor de edad.

Al respecto presentamos la jurisprudencia siguiente:

### **Casación N° 744-2002-Lima.Fundamento Cuarto**

**“Que, por ellos, cuando la sentencia de vista manda que el juez establezca y supervise el tratamiento profesional gratuito que obligatoriamente debe recibir la demandante, el demandado y menor Alexandra Ch.M., a partir del cual este podrá progresivamente primero visitar a dicha menor en el hogar materno y después de sacarla de paseo los días domingos de nueve de la mañana a cinco de la tarde, ha establecido esta medida en protección de la menor y no implica un régimen de visitas de inmediato, con lo que está tomando en consideración el informe psicológico anteriormente mencionado y con ello no se está pronunciando en forma extra petita, lo que también se encuentra facultado por la primera parte del artículo ciento setentisiete del Código de los NIÑOS Y Adolescentes aprobado**

*por la ley número veintisiete mil trescientos treintisiete”*

### **Casación N° 5138-2010-Lima. Considerando Tercero**

*“Que, tramitado el proceso conforme a su naturaleza , el juez de la causa mediante sentencia de primera instancia de fecha veinticinco de junio del año dos mil diez ha declarado fundada la demanda de Tenencia y Custodia solicitada por Renzo miguel Beteta Valderrama e infundada la misma pretensión solicitada por Valeria Andrea Fumo Ferro, **concediendo la tenencia de las menores a favor del padre y ordenando que la demandada cumpla en el plazo de veinticuatro horas con entregar en el hogar paterno a las citadas menores, concediéndole además un régimen de visitas a la madre y ordenando que las partes continúen terapias que les ayuden en su personalidad a fin de recuperar la confianza y en procura de que las niñas tengan una buena interrelación familiar.***

*De los fundamentos de dicha sentencia se extrae básicamente que sobre la base de los informes psicológicos y psiquiátricos realizados a ambas partes así como a las menores y de los informes sociales de los padres, ha determinado la custodia y tenencia de las menores a favor del padre, llegando a establecer que la madre no se encuentra prestando colaboración para que la interrelación del padre con sus hijas se efectivice, además de no estar contribuyendo ni estar garantizando el vínculo con el padre, existiendo por el contrario indicadores que la hija mayor se encontraría afectada del síndrome de alienación parental nociva para la mente y emociones de una niña en estado de formación, pues a inicios del proceso cuando aún vivía con el padre existía un lazo afectivo normal, el cual se ha perdido a la fecha pues al haber obtenido la madre la tenencia provisional de sus menores hijas a través de una medida cautelar, resulta ilógico que a los*

***pocos días de vivir en su casa, la niña mayor rechace a su padre, elemento que desmerece a cualquier madre para que pueda ejercer cabalmente la tenencia”.***

**Casación N° 759-2009-Lima.Considerandos Sétimo y Octavo**

***“Apelada dicha decisión, la Sala Superior revoca la sentencia antes mencionada, otorgando la tenencia y custodia de los menores en cuestión a la demandante, basando su decisión en el desinterés y falta de colaboración por parte del padre de los menores, inclusive ante el requerimiento de dicha Sala Superior, debiendo considerarse dicha conducta procesal, ya que no permitió en su oportunidad se practique las pericias psicológicas dispuestas por el Juzgado , así como la negativa a acceder a que los niños concurren a las audiencias programadas por ambas instancias, a fin de escucharlos y poder considerar su opinión, así como sus mejores condiciones de desarrollo, habiendo asumido, en consecuencia, una actitud de obstrucción a la actuación de la prueba, imposibilitando que el Órgano Jurisdiccional pueda constatar si los menores están en mejores condiciones con su padre, a efecto de lograr un desarrollo psicosocial adecuado; de otro lado, la Sala aprecia de las evaluaciones psiquiátricas y psicológica efectuadas a la demandante que ésta no presenta ninguna anomalía en su personalidad; por lo que no se encuentra razones psicológicas que le impidan ejercer la tenencia de sus hijos. Sobre el particular, debemos observar que en materia probatoria, nuestro sistema procesal regula el principio de valoración libre de las pruebas, regulado en el numeral 197 del Código Procesal Civil, según el cual: “Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada.***

*Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. En virtud del glosado numeral, los medios probatorios forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados por el Juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para que a partir de dicha evaluación el juzgador se forme una cabal convicción respecto del asunto en Litis . Sin embargo, debemos tener en cuenta que la valoración de la prueba es función privativa del tribunal de instancia, a cuyo criterio debe estarse, salvo que el mismo sea notoriamente irracional”.*

**Expediente N° 447-97.Considerando Segundo y Quinto**

*“A que, el mencionado cuerpo legal establece en el artículo noventicuatro, **que las resoluciones sobre tenencia pueden ser modificadas por el mismo Juzgado atendiendo a su función tuitiva, por circunstancias debidamente comprobadas, transcurridos seis meses de haber quedado consentidas, salvo que esté en peligro la integridad del menor. A que, es necesario revelar, que el ejercicio de la Patria Potestad comprende no solo los derecho respecto a la persona y viene de los hijos menores de edad, sino también los deberes inherentes a ella, tal como establece el artículo ochentidós del Código de los Niños y Adolescentes, y cabe por ellos exhortar a los padres a que depongan actitudes de egoísmo y resentimiento que redundan en perjuicio de la estabilidad emocional de su menor hija”.***

**Expediente N° 2726-97.Considerando Cuarto**

*“Que el hecho de que **la madre sufra una enfermedad mental cuya gravedad no se evidencia de los certificados médicos, de suyo contradictorio, pues, se presentan***

**diagnósticos diferentes en la tipología, como es de verse de fojas setentiséis y fojas ciento cuarentiocho, no necesariamente puede llevarnos a la certeza o probabilidad de que influya negativamente en la menor, ya que con el cuidado de su abuela y también de su madre, que hace los quehaceres del hogar, conforme su entrevista personal, la adolescente ha cumplido más de trece años y no se vislumbra que haya tenido una crianza en desmedro de su desarrollo personal, no siendo suficiente para el desarraigo de su entorno familiar, el hecho de que viva en un pueblo joven, si más de la mitad de la población de Lima vive en esas condiciones”.**

**Casación N° 3281-2006-Lambayeque.Considerando Décimo**

**“Que, si bien es cierto que las principales conclusiones a las que llega la pericia psicológica de la demandante obrante a fojas ochenta y seis a ochenta y ocho, consisten en que no se encuentran indicadores psicopatológicos que estén repercutiendo con su estilo de vida cotidiana, y que percibe su realidad en forma objetiva y real del mundo externo, también lo es que , la facultad del juzgador de disponer que el hijo permanezca con el padre, es discrecional, siendo que al haberse valorado en segunda instancia el deseo del niño cuya tenencia se discute en el presente proceso, de permanecer con su referido padre, no se ha vulnerado el artículo ochenta y cinco del Código de los Niños y Adolescentes, sino que se ha resuelto atendiendo al interés superior del niño; no configurándose, por tanto, la causal denunciada”.**

## **7. La naturaleza de la relación del menor de edad con el progenitor solicitante de la tenencia**

Cabe señalar, si dicha relación es cordial, constante, amorosa y sobre todo beneficiosa para el menor de edad. Por lo que se entiende que dicha relación debe estar libre de maltratos físicos y psicológicos hacia el menor y no debe suponer riesgos para su integridad personal.

Al respecto presentamos la jurisprudencia siguiente:

### **Casación N° 3147-2001-Lima. Considerando Segundo**

*“En efecto, la sentencia de vista considera que no se ha probado fehacientemente que el padre del menor no cuente con capacidad tanto moral y material para poder asumir la tenencia del menor XXX, y por ende solventar los gastos para el desarrollo del mismo y que si bien el menor ha manifestado su deseo de vivir con sus abuelos, también debe entenderse esta como un elemento referencial y no como algo contundente para resolver el conflicto suscitado dada la edad del menor, puesto que tal como es de verse del tenor de las traducciones oficiales de las cartas remitidas por la difunta madre del menor revelan una relación amorosa, armoniosa y cordial, sin insinuar siquiera maltrato, desavenencia o desatención por parte del demandante, tomándose en cuenta además las declaraciones testimoniales de las personas con quienes la familia Pain-Ramón desenvolvían sus actividades habituales en Francia, donde se afirman hechos en la contestación de la demanda”.*

### **Expediente N° 01817-2009-PHC/TC-Lima. Fundamento 39**

*“Por otro lado, este Tribunal considera que, con los sendos protocolos de pericia psicológica que obran en autos, se encuentra*

***demostrado que el comportamiento del emplazado también ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, pues del contenido de ellos se puede concluir que la personalidad de los menores no se está desarrollando de manera plena, armoniosa e integral, pues sus actos además de no respetar las normas básicas de convivencia, han ocasionado que tampoco estén creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, pues no les ha permitido ver e interactuar con su madre. Para llegar a la conclusión de que los menores bajo la tenencia del emplazado no están creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, este Tribunal ha tenido presente el comportamiento violento de este, pues en autos se encuentra demostrado no solo con los exámenes médicos legales respectivos sino también con declaraciones de la agraviada y los fundamentos de la medida cautelar citada, que el emplazado ha agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A.***

***Este hecho, a consideración del Tribunal, no solo impide y veda al emplazado descubierto que este ha incumplido sus deberes paternos por su falta de aptitud para proveerles el cuidado, amor y atención requeridos, poniendo en grave riesgo o peligro su integridad física y psicológica”.***

## **8. El tiempo que disponen los progenitores**

La capacidad de tiempo que el progenitor tiene para hacerse cargo personalmente del cuidado de la persona y bienes del menor de edad es un criterio primordial a tomarse en cuenta también ya que es importante y trascendental para el niño o adolescente, el contacto personal con sus progenitores y el tiempo que compartes juntos, como los primeros llamados a cumplir la labor que supone la tenencia.

**Casación N°4881-2009-Amazonas.Considerando Segundo y octavo**

***“Que, debe tomarse en consideración igualmente que la niña ha permanecido mayor tiempo con su madre desde la separación de la pareja habiéndose demostrado imposibilidad alguna para que esta siga ejerciendo derecho si se trata de buscar su estabilidad, pues tal como ha señalado el Tribunal Constitucional es prioritario tomar en cuenta la vulnerabilidad de los seres humanos en su proceso de formación”se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológicos, físico; psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y afectivo de ellos. De allí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haya destacado que la ‘protección de los niños en los instrumentos internacionales tienen como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”.***

**9. La convivencia del solicitante con una tercera persona:**

Cabe señalar, si el progenitor que busca la tenencia tiene otra pareja y si esta es su cónyuge o conviviente es un elemento importante en la determinación de cuál es el mejor entorno familiar para el menor de edad.

**Casación N° 1066-01-Huaura. Considerando Sexto y Sétimo**

***“Que, sin embargo, tanto el juez de la causa como la Sala de mérito no han considerado***

***que el padre de la referida menor tiene un nuevo compromiso, con quien la accionante ha tenido problemas que originaron la interposición de una denuncia por violencia familiar a raíz de un juicio de alimentos que esta entablara. Que, al desestimarse la demanda de tenencia y custodia interpuesta por la accionante, abuela materna de la menor mencionada, queda abierta la posibilidad de que esta última sea llevada al domicilio de su padre, por lo que resulta imprescindible la realización de un informe social de su hogar a efectos de que se decida lo más conveniente para la menor, teniendo en consideración el interés superior de la misma”.***

## **10.El lugar de residencia**

El lugar físico de residencia donde el menor realizará la mayor parte de sus actos de su vida cotidiana es un elemento importante a tener en cuenta en la determinación de la tenencia.

### **2.3TEORÍA REFERENTE A LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES**

La tenencia es una institución del derecho de familia, que tiene por finalidad, **el determinar cuál de los padres estará al cuidado de los hijos en el caso de que exista una separación.** Por lo que de acuerdo a las circunstancias, como particularmente señala **Beltrán, P. (2009)**, puede ser definida como:

***“Un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos de consuno y, por tanto ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio”*** y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día

reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones.

Por su parte, **COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, (2006)** señala que la Tenencia de Menor, **es definida como el trámite tendiente a obtener un reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo** y procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro un hijo o ***si estuviera en peligro la identidad física de este***. Es decir que se trata de una institución que **tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente**, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.

La ley nacional refiere que la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia, que con toda razón sustenta **Aguilar (2012)**, término este que no resulta aplicable en el Derecho de Familia, pues más alude a tener consigo algo, **como una suerte de pertenencia**, y quizás el término tenencia, pueda ubicarse mejor en el plano de las cosas, tal como se encuentra en algunos diccionarios, que cuando aluden a la tenencia, la refieren a la posesión, o tenencia de algunas cosas, empero en el derecho de los infantes, termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la medida que se alude al hecho de que sus padres tienen a sus hijos consigo.

En el mismo sentido, **Hollweck, (2001)** determina que la voz tenencia evidencia una relación codificante, impropia del vínculo paterno-filial y su proyección jurídica. Sin embargo, el derecho le asigna el sentido de proximidad necesaria del padre o madre hacia el hijo que viabilice las

funciones de los roles atribuidos a los progenitores por ley, expresión que no podemos modificar sin perjuicio de una propuesta en tal sentido.

El Art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, **excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño**; tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, **en los casos que el niño sea objeto de maltrato o violencia familiar**, por parte de su padre o madre o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño; en cualquier procedimiento entablado con referencia a lo anteriormente señalado, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones; los Estados Partes respetarán el Derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Por otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 81 señala que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Acertadamente, señala **Mosquera, (2012)** que la tenencia es una institución que vincula únicamente a los padres con sus hijos, a ningún otro miembro de la familia. En caso de no existir padres, estaremos ante la figura

de la tutela, que tiene por finalidad el cuidado del menor que no esté bajo la patria potestad, lo que incluye el cuidado de su persona y de sus bienes, tal como lo señala el artículo 502 del Código Civil.

## **2.4 TEORÍA REFERENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN RELACIÓN A LA TENENCIA DE MENORES**

No existe una definición o determinación exacta acerca del Interés Superior del Niño. Se hace un estudio de los orígenes del Derecho como protector de los más débiles en el ámbito de las relaciones de familia, para luego efectuar un compendio de las normas jurídicas que utilizan tal expresión. En palabras de **Correa (2016)**, dice que:

***“Entendemos que lo que se quiere es proteger al menor, en su interés, es decir, en su bien, porque el término interés implica una dimensión puramente material del tema, como persona humana, que se puede encontrar en situación de debilidad respecto de las personas con las que vive o de las que depende”.***

Así, se puede apreciar que la primera referencia al “interés superior del niño” la encontramos en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, tratado internacional suscrito y ratificado por Perú.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional de las Naciones Unidas suscrito por nuestro país, y se constituye en el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

Según la **OEA** ,El Principio del Interés Superior del Niño, es un principio reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en su

artículo 3, del que se desprenden las siguientes características: **es una garantía**, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también **es una norma** de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

Perú, no es ajeno a esta materia importante relacionada al tema de familia, es Estado peruano, conformando y ratificando la Convención Internacional Sobre los Derechos Del Niño, asume posiciones interesantes en sus sentencias, fundamentado claramente en base al **Principio del interés Superior del Niño, considerándolo como una cuestión indispensable dentro de un proceso** en donde se diluciden temas concernientes al niño y su entorno familiar, por lo que el Tribunal Constitucional considera necesario abordar dicho principio, cuya finalidad es proteger de manera especial al niño y al no ser este separado de su familia, tratando de contribuir al desarrollo armónico e integral de este, así pues el Tribunal, refiriéndose al Interés Superior del Niño, refiere lo siguiente:.. *“Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución”*.

De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos,

**tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.**

Ello se justifica no sólo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo *“niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”*.

Cabe señalar que, lo expuesto por el Tribunal, determina la participación del Estado, en general, y que a la vez este Estado formalmente organizado asume funciones determinadas, que a través de los órganos competentes las expresa, y estos deben en relación al deber proteccionista hacia los niños, cumplir con adoptar todas las acciones y medidas necesarias y eficaces para poder lograr el objetivo del Interés Superior del Niño.

Es así, como el Interés Superior del Niño goza de reconocimiento internacional universal **y ha adquirido carácter de norma de Derecho Internacional general**. Los distintos ordenamientos lo reconoce, y recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l’ *intérêt supérieur de l’enfant*”. Debemos indicar que en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un **“principio general de derecho”**, de aquellos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Dichas definiciones o ideas, proponen establecer al Interés Superior del niño, **como un principio rector que debe prevalecer, atacando a todo aquello que afecte de manera desproporcional los derechos de los**

niños, ya que **anteponerse ante este principio ocasionaría excesos modificando el derecho y el objetivo principal que es velar por el bienestar de los niños, lo que ocasionaría una incertidumbre jurídica, donde se deje de lado considerar al niño como un ser humano, verdadero poseedor de derechos que deben ser respetados especialmente por los adultos y el Estado**, debido a que los derechos del niño, niña o adolescentes, derivan de su condición de persona por lo que se busca su efectividad, en consecuencia el Interés Superior del Niño implica todo aquello que es integral para su desarrollo integral.

El interés superior del niño “constituye una novedad en el Código Civil **y es un criterio determinante que deberá tener en cuenta el juez en sus intervenciones**, dado que la Convención Sobre los Derechos del Niño contempla reiteradamente este criterio, señalando en su artículo. 3°. N° 1 que: En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño.

Conceptualmente, el interés superior del menor, mira al menor como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres. El menor es un sujeto de derecho, distinto de los padres. Por ello, en consecuencia, se considera al menor, cuando está en condiciones de formarse un juicio, como sujeto de opiniones propias y se establece la necesidad de oírlo. En cambio, si aún no tiene juicio propio, los mayores no podrán adoptar cualquier resolución a su respecto, ya que se le considera una „autonomía en desarrollo“.

**Las resoluciones de los mayores deberán tener en cuenta el impacto de la decisión que se adopte en la autonomía futura del menor.** El asegurar el desarrollo de la personalidad, la autonomía actual y futura e

identidad del menor, aparecen indisolublemente ligados a ese criterio de la protección del „interés superior del niño“. Este principio tendrá especial relevancia a propósito de las decisiones que se adopten en materia de tuición, visita y patria potestad.

El Principio del Interés Superior del Niño, se ha convertido en un principio de difícil definición y que ha sido concretado jurisprudencialmente, sin perjuicio de reconocer que ha tomado mayor participación debido al componente sociológico, es por ello su complejidad y constante modificación. Para tratar delicadamente dicho principio, no cabe duda que se debe empezar por la adaptación, adaptar los cambios sociales y la importancia y participación de los menores en la sociedad, quienes vienen experimentado cambios, de modo que el "*interés del menor*" se interprete en función de cada caso concreto. Por tanto, debemos saber y reconocer dicho principio como tal, cuyo significado es el de ser, en palabra de **Ortega, (2002)** "*Un bien jurídico protegido por el ordenamiento*".

Para materializar esta protección, se configura como **el criterio prioritario a la hora de tomar decisiones que afecten a los niños, niñas y adolescentes**. Pero tales decisiones no versan sobre el interés de estos, en abstracto, sino que se incardinan en el juego de otros derechos e intereses, bien porque exista un conflicto entre los del niño y los de otra persona.

De tal manera que, **afectar el interés superior del niño**, es una gran irresponsabilidad principalmente de los padres, quienes son los principales encargados de velar por ello, posteriormente por parte de los abogados quienes no cuentan con el conocimiento necesario o la voluntad de poder ser partícipes de defender derechos, cuyo valor permite un mejor desarrollo de esas personas en su entorno familiar y social, **finalmente el rol de los jueces, quienes son los encargados de la actividad jurisdiccional y de velar por los intereses de las personas principalmente garantizar los**

**derechos y bienestar de los menores**, por tanto cuando se tomen medidas concernientes a los niños, las instituciones, en este caso las públicas, deberán considerar su situación de manera primordial velando por su interés superior, según se puede desprender dicho análisis del Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si hablamos de casos judiciales en los cuales se disputa la Tenencia del menor, niño, niña o adolescente, por parte de los progenitores, en la cual no se ha demostrado, como refiere **Hollweck,(2001)** ninguno de los progenitores ser más idóneo que el otro, conforme toda la prueba producida y habiendo fracasado el sistema de tenencia monoparental de hecho ejercido por la madre, es necesario encontrar un régimen que permita concluir con el clima beligerante en que se encuentra inmerso el niño, siendo esto último necesario e indispensable para su crianza y educación.

En este ámbito, considerar al niño como sujeto de derechos implica “generar una dinámica familiar donde se cuente con la participación del menor en los actos relativos a su persona, participación ésta que tendrá una forma distinta en cada etapa de su vida. Este aprendizaje dentro del proceso de socialización contribuye a cimentar la responsabilidad familiar y social del niño, a través de su cooperación en los actos que lo afectan”.

## **2.5. TEORÍA DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LOS MENORES**

Artículo 4 del Código de los Niños y Adolescentes señala:

*“El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante”.*

Según el Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la paz **IPEDEHP (2010)** el derecho a la Integridad Personal es:

**“El derecho que tiene la persona por el cual nadie puede poner en peligro ni atentar contra su integridad física, psíquica o moral, ni perturbar o impedir su desarrollo y bienestar.**

**La integridad física es el derecho que tiene la persona a que nadie le cause ningún daño a su cuerpo.**

**La integridad psíquica es el derecho que tiene la persona a que no se dañe o destruya de manera directa o indirecta su mente y su personalidad.**

La integridad física y psíquica exige el resguardo de la seguridad de la persona frente a cualquier situación que pudiera ponerla en riesgo.

La tenencia de las niñas, niños y adolescentes, es una institución jurídica aplicable con la finalidad de proteger el derecho a la integridad personal de estos menores, que puede ser afectada en el ámbito físico y psicológico por la convivencia con personas que no ofrezcan las condiciones necesarias para su normal y armónico desarrollo. Por lo dicho es conveniente, estudiar este derecho de una forma particular.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, citado en **Loayza, E. (2009)** señala lo siguiente:

***“El derecho a la integridad personal es aquel derecho humano fundamental y absoluto que tiene su origen en el respeto inexcusable a la vida y sano desarrollo de esta. Es el derecho al resguardo de la persona, en toda su extensión, en su aspecto físico y mental.***

***El ser humano por el hecho de ser tal tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral.***

***La integridad física implica la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de la persona. La integridad***

***psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo con sus convicciones.***

***El reconocimiento de este derecho implica, que ningún ser humano puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica”.***

De acuerdo con lo anterior, la integridad personal constituye un derecho fundamental de los seres humanos, que está relacionado de una manera directa con el respeto a la vida y su sano desarrollo. Este derecho pretende la protección de la persona, en su aspecto físico y mental.

Por lo tanto el derecho a la integridad personal, es inherente a la condición de ser humano que tienen las personas, pues por ser tal está protegido en su integridad física, psicológica y moral.

Es importante destacar que la integridad física está orientada a la protección del cuerpo de la persona, y de todos los tejidos y órganos que lo integran, está relacionado con el estado de salud y bienestar físico del organismo humano.

La integridad psicológica, tiene que ver en cambio con la preservación y protección de todas las cualidades emocionales e intelectuales de la persona.

Finalmente la integridad moral, está relacionada con la protección del derecho de la persona a desarrollar su existencia de acuerdo con sus convicciones y su forma de orientar el desenvolvimiento de su vida de acuerdo con su particular manera de obrar, la cual en todo caso deberá adecuarse a las normas legales que nos rigen a todos los integrantes de la sociedad.

En resumen, conforme a la opinión que se ha citado, el reconocimiento del derecho a la integridad personal, como derecho de los seres humanos, implica que nadie puede ser atacado físicamente, ni ser objeto de conductas que impliquen un daño psicológico o moral, y que le impidan desarrollar adecuadamente su personalidad.

Tal como refiere **Chanamé, O. (2010)**:

***“El respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, estas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado constitucional de Derecho”***

La reflexión inicial con la que se estructura el concepto anterior, permite establecer que la integridad personal, en el ámbito físico, psicológico y moral, es un elemento esencial del ser humano, y por lo mismo debe ser una garantía imperturbable.

Lo anterior implica que ni en aquellos casos en que deban utilizarse de parte del Estado medios coercitivos, esta decisión obedecerá a circunstancias excepcionales y nunca tendrán como propósito afectar la resistencia física, moral o psicológica de la persona, pues esto implicaría desconocer la condición de ser humano titular de derechos, que tenemos todos los ciudadanos, situación que resulta inconcebible en el Estado constitucional de derecho.

Dentro de los criterios conceptuales relacionados con el derecho a la integridad también es importante señalar el de **Reyes, A. (2011)** el cual es:

***“El derecho a la integridad personal, al igual que los demás derechos humanos, es un derecho inherente a la persona en atención a su naturaleza. Este derecho asegura la integridad física y psicológica de las personas, y prohíbe la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares en esos atributos individuales. Junto con los demás derechos humanos, la integridad personal le pertenece a todos los individuos desde el momento mismo de su existencia; es universal porque todas las personas lo detentan sin distinción o discriminación alguna; es inviolable porque ni el Estado ni los particulares pueden lícitamente vulnerarlo; y es necesario, porque es un derecho que permite asegurar la vida armónica de las personas. Además, es inalienable, porquenadiepuederenunciar a él”.***

Según lo señalado el derecho a la integridad personal, está relacionado con la naturaleza del ser humano, y tiene como propósito garantizar la integridad física y psicológica de las personas, por lo que incluso implica la prohibición de que el Estado o los particulares, puedan atacar la vigencia de este derecho.

El derecho a la integridad personal tiene la característica de ser universal, pues les pertenece a todos los seres humanos desde el momento de su existencia, y debe ser reconocido y respetado sin discriminación alguna; además es inviolable pues ni el Estado y mucho menos los particulares pueden vulnerarlo, además se trata de un derecho necesario, pues permite asegurar la vida armónica de las personas; finalmente se trata de una garantía inalienable pues ningún individuo puede renunciar al derecho a la integridad personal.

Todos los criterios que se han mencionado en las páginas anteriores, contienen algunos elementos comunes, que permiten definir a la integridad personal, como aquel derecho universal del que gozamos todos los seres humanos, y que está destinado a proteger nuestra personalidad, en el ámbito físico, psicológico y moral, de manera que no seamos atacados por parte de otras personas, y que incluso el Estado respete esta garantía; es por ello que la integridad penal es objeto de protección incluso a través de la tipificación de algunas conductas, que pueden afectar la vigencia de este derecho trascendental para el desarrollo normal de la existencia de las personas.

Por ende tal como refiere **Carbonell, F. (2014)**, la vulneración a la integridad personal de los menores afecta a su Yo fisiológico, Yo psíquico y Yo espiritual.

#### **a) Yo fisiológico**

Corresponde a la parte corporal y funcional-corporal. En este sentido el cuerpo está integrado por sistemas, órganos, tejidos y células con sus correspondientes funciones.

#### **b) Yo psíquico**

Está integrado por las funciones mentales de la atención, la memoria, la imaginación y el juicio, la atención es la actividad psíquica por medio de la cual la conciencia se concentra en un estímulo determinado.

#### **c) Yo espiritual**

Significa la culminación de la personalidad y en él se manifiestan los más altos procesos intelectuales, volitivos y afectivos. Los procesos intelectuales son las actividades que tienen como fin lograr el conocimiento, los procesos volitivos se refieren a la conducta del hombre y en general a su

actuación frente al mundo, los actos exigen una deliberación y una decisión. La vida afectiva constituye probablemente, lo más significativo para el desarrollo de la personalidad de un menor.

## **2.6. LA TENENCIA PROVISIONAL Y LA PROTECCIÓN EFICIENTE PARA EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

El otorgamiento provisional de tenencia provisional en el proceso judicial de tenencia, tienen la finalidad de proteger de manera eficiente el principio de interés superior y el derecho a la integridad personal de las niñas, niños y adolescentes.

La tenencia provisional, como su nombre lo indica se trata de una decisión asumida dentro del proceso legal, la cual tendrá vigencia hasta que se emita un pronunciamiento definitivo respecto del asunto controvertido.

En materia de niñez y adolescencia, se establece la posibilidad de que el Juez, otorgue la tenencia provisional en procesos relacionados con patria potestad, alimentos y régimen de visitas.

De la naturaleza de los procesos antes mencionados se colige que la finalidad de la tenencia provisional, es atender efectivamente al principio de interés superior emitiendo una resolución, que no obligue a que la situación jurídica de la niña, niño o adolescente, se mantenga en suspenso hasta que se sustancie la respectiva audiencia de prueba y se pronuncie la decisión final.

Todo ello con el propósito de proteger el interés superior del niño, niña o adolescente, disponiendo que hasta que se resuelva el proceso el menor permanezca bajo la tenencia del progenitor, respecto del cual el Juez observe mejores condiciones para la protección de los derechos de la hijo o

hijo, y que asegure que no será objeto de algún comportamiento que pueda afectar el derecho a la integridad personal.

Es de recordar que por la naturaleza de la institución jurídica de la tenencia, las resoluciones que se emitan podrán ser revocadas o modificadas de acuerdo con las circunstancias, pero cuando la tenencia se solicita en el procedimiento contencioso es indispensable que se emita una resolución provisional, que proteja los derechos de la niña, niño o adolescente, hasta que se emita la resolución que pone fin a este procedimiento, lo que se aplicará de manera especial en aquellos casos en que no existe acuerdo entre los progenitores en la audiencia de conciliación y contestación.

## **2.7 TEORIA DE LA SITUACIÓN DE RIESGO SOCIAL EN LA INFANCIA**

Los niños son portadores de derechos fundamentales, son personas que necesitan de un especial amparo para afrontar su desarrollo integral, dada su indefensión. El estado de Bienestar pretende garantizar los derechos que sus ciudadanos a través del establecimiento de legislación de protección.

Las Naciones Unidas proclaman la Declaración de los Derechos del niño (que ya hemos hablado antes), con el fin de establecer un marco de referencia a nivel mundial sobre los mínimos a garantizar a todo niño para su desarrollo feliz y el disfrute de derechos y libertades.

Existen situaciones en las que los niños no ven cubiertas sus necesidades, ni respetados sus derechos. Es en estas situaciones de desatención en donde hablamos de menores en situación de riesgo.

Dado que el medio natural y habitual del menor es su propia familia, se deduce que es en el donde se producen, en mayor medida, las situaciones que comportan en riesgo para el menor.

En España, la Ley del Menor de la Región Autónoma Castilla la Mancha recoge que situaciones de riesgo son aquellas que como consecuencia de circunstancias de carácter personal, familiar o de su entorno, perjudican el desarrollo personal o social del menor, y en las que los padres, tutores o guardadores de los menores no asumen o pueden no asumir completamente sus responsabilidades para mitigarlas, sin que dichas situaciones requieran la asunción de la tutela de la ley.

**Bejarano, F. (2009)**, considera situaciones de riesgo las siguientes:

a) Negligencia en la atención física, psíquica o educativa del menor por parte de sus padres, tutores o guardadores.

- Omisiones de carácter leve, sin que perjudiquen su salud.

- Descuido de carácter leve en sus necesidades principales

b) Utilización de castigo físico o emocional que perjudique el desarrollo del menor, sin que sea violencia.

c) Otras que deriven en una situación de riesgo conforme el concepto expresado en la Ley.

Los indicadores de riesgo Son instrumentos que nos ayudan a detectar aquellas situaciones en la que un menor se encuentra en situación de riesgo, y sea necesaria la intervención externa para poder incidir en la modificación de las causas que la provocan.

**Bejarano, F. (2009)** agrupa los indicadores de riesgo en siete grupos atendiendo a la problemática social en la que están inmersos:

- 1) Menores al margen de un entorno familiar: orfandad, abandono.
- 2) Familiares consumidores habituales de alcohol y otras drogas.
- 3) Niños ignorados y desatendidos es decir con graves carencias afectivas, falta de cuidados.
- 4) Inadaptación y fracaso escolar.
- 5) Familiar con problemática económico- laboral: desempleo.
- 6) Incitación o permisión al inicio de consumo de alcohol, drogas.
- 7) Progenitores con historial delictivo.

## **2.8. TEORÍA EN RELACIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA**

En los casos en que solicita la tenencia provisional de niños mayores de tres años, estos procesos tienden a demorar mucho más tiempo que en los casos en los que los menores tienen menos de tres años , de esta forma se está poniendo en riesgo el derecho a la seguridad jurídica de las niñas, niños y adolescentes mayores de tres años, por lo que para entender adecuadamente este subtema es necesario conceptualizar este derecho señalando las siguientes referencias.

La primera cita que respecto a la definición de la seguridad jurídica, debe ser tomada en cuenta según **Word Press (2016)** señala:

***“Seguridad Jurídica es aquella certidumbre que las personas tienen sobre los alcances y límites de la autoridad pública. En términos amplios, la seguridad jurídica es la certeza que tiene todo sujeto de derecho sobre la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico del Estado o reconocido por éste con eficacia jurídica, y la garantía de que en caso de violación de dicho ordenamiento, la institucionalidad de un país impulsa la materialización de la responsabilidad correspondiente. En otras palabras es aquella certeza jurídica que tiene como presupuesto, fundamento, contenido y finalidad los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos”.***

Considerando el criterio anterior se determina que la seguridad jurídica es un principio que tiene que ver con la certeza que tienen las personas acerca de los límites y alcances de la autoridad pública. Se refiere a la certeza que tienen las personas, sobre la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico vigente en el Estado, o al que éste le reconoce la eficacia jurídica suficiente para la protección de los derechos de las personas, abarca además la garantía de que en caso de violación a los preceptos vigentes en dicho ordenamiento, los órganos de justicia impulsarán la correspondiente materialización de la responsabilidad, de manera que se apliquen las sanciones a los responsables de dicha vulneración, y se restaure el perjuicio ocasionado a las personas.

Se trata la seguridad jurídica, dice la parte final de la cita, de la certeza jurídica sobre la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, que son el presupuesto, fundamento y contenido de este principio trascendental para el respeto a las personas en su condición de titulares de derechos.

En el afán de recopilar conceptos que permitan entender lo que es la seguridad jurídica, **Pérez, A. (1993)** señala la siguiente nota que se refiere a

este principio en estudio definiéndolo de la manera siguiente:

***“Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. La seguridad jurídica «establece ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho. Supone el conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento”***

Considerando el criterio expuesto en la cita se establece que la seguridad jurídica es una cualidad del ordenamiento jurídico, por la cual se produce en la persona, la certeza acerca de lo que es el derecho en cada momento del devenir social y sobre lo que probablemente será en el futuro.

La vigencia y el respeto a la seguridad jurídica, generan un clima cívico de confianza en la normativa jurídica, que se basa en cuestiones de previsibilidad, y se convierte en una función del Estado de derecho, y definitiva supone el conocimiento de las normas jurídicas, así como la estabilidad del ordenamiento legal.

Los criterios que se han puntualizado en las líneas que preceden, me permiten establecer una opinión de orden personal, respecto al principio de seguridad jurídica, señalando que éste tiene que ver con el conocimiento y la certeza que tiene la persona, acerca del ordenamiento jurídico que la rige, lo cual requiere también la estabilidad de la norma de manera que la misma no obedezca a improvisados procesos de cambio, sino que esté orientada a constituirse en un precepto cierto, que tendrá vigencia por un considerable

lapso de tiempo, hasta que las condiciones sociales, políticas y económicas, de la sociedad en la que rige, exijan su modificación.

La seguridad jurídica, por lo tanto es la certeza que tiene la persona respecto a que conoce las normas legales que rigen su accionar, que reconocen y garantizan sus derechos y que determinan sus obligaciones, involucran también el accionar responsable del poder legislativo en el sentido de incorporar las normas que se requieren para garantizar eficientemente la vigencia de los derechos de las personas, y proporcionar los mecanismos pertinentes a objeto de que exista la correspondiente reparación de parte del Estado o de los individuos responsables de la vulneración de los derechos, la seguridad jurídica se plasma por ello en normas claras, conocidas y fácilmente aplicables en defensa de la vigencia de los derechos de las personas.

## **2.9. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN DERECHO DE FAMILIA**

Hablar de medidas cautelares en Derecho de familia es abordar el dilema entre la urgencia y la prudencia en la toma de decisiones cautelares, que interesa no sólo a las partes, sino a los demás miembros de la familia.

Como toda medida cautelar se presupone importantes aspectos:

Urgencia de las medidas

a) Caracteres específicos de las medidas cautelares en el derecho de familia En general, los presupuestos procesales exigidos para el otorgamiento de una medida cautelar tienen una íntima relación con su excepcionalidad. Y en casi todos los casos existe una tensión: “un delicado equilibrio entre la celeridad en la composición judicial de los conflictos, que implica normalmente una mayor superficialidad o fragmentariedad en la sustanciación y conocimiento de las causas... y la seguridad jurídica que impone un debate exhaustivo de la relación jurídica”.

En el ámbito propio del derecho de familia la aplicación de medidas cautelares tiene notas distintivas, porque muchas veces las situaciones que surgen en el marco de las relaciones interfamiliares requieren de respuestas aún más rápidas y esencialmente mutables. Con lo cual, esa tensión, celeridad versus seguridad, se agrava hasta límites casi insoportables.

Como lo señala **Cárdenas, E. (2015)** con acierto: el derecho procesal comienza a descubrir de qué modo el tiempo que insume el litigio familiar, influye sobre la justicia de la solución.

#### b) Presupuestos comunes y breve comparación

##### *1) Verosimilitud del derecho*

Así, en el derecho procesal, la verosimilitud del derecho se refiere a una clara legitimidad de forma y de fondo “*fomusbonis iuris*”, que debe acreditarse para solicitar esta clase de medidas. Vale la pena recordar que “no se exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. De lo contrario, un pleno juicio de certeza se opondría a la finalidad de la institución cautelar”

Según **Ferreira, A. (1996)** en el derecho de familia “la verosimilitud del derecho surge en la mayoría de los casos de la propia naturaleza de la petición y se presume con la sola acreditación del vínculo”

##### *2) Contra cautela*

La contra cautela garantiza que se podrá responder ante los perjuicios ilegítimos o abusos que estas pudieran ocasionar. Como dice GalliFiant: “es la pesa que equilibra la balanza a favor del que debe soportar la medida peticionada por su contraparte. Sin embargo, en la práctica judicial de ordinario no se exige tampoco contra cautela para los casos de alimentos

provisorios, exclusión del hogar, prohibición de acercamiento, suspensión de las visitas y en general para cualquier otro que no tenga un fin patrimonial.

### *3) Peligro en la demora*

El peligro en la demora es el tercer presupuesto exigido y sobre el que particularmente me voy a detener en este trabajo. Ello por cuanto es el requisito que – al apuntar claramente a las razones de urgencia – justifica la toma de decisiones mediante un procedimiento extraordinario que casi siempre resulta agresivo para quien debe tolerarlas. Una medida cautelar en muchos casos puede funcionar en el sentido procesal como un atajo.

Porque al resolverse sin escuchar a la otra parte, se obtiene el resultado deseado en una forma ultra rápida.

## **2.10 EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO Y FUNCIONES**

Según el artículo 149 del Código de los Niños y Adolescentes el equipo multidisciplinario estará conformado por médicos, psicólogos y asistentes sociales, cada Corte Superior de Justicia designará a los profesionales de cada área, los que ejercerán sus funciones en forma obligatoria en cada juzgado que ejerza competencia en niños y adolescentes.

Dentro de sus atribuciones según señala el artículo 150 del Código de los Niños y Adolescentes:

- a) Emitir los informes solicitados por el Juez o Fiscal.
- b) Hacer seguimiento de las medidas y hacer y emitir dictamen técnico, para efectos de la evaluación correspondiente, así como las recomendaciones para la toma de las medidas pertinentes.
- c) Las demás que señale el presente Código.

Asimismo **Benôit, C. (2009)** precisa que mientras a los especialistas de psicología se les suele solicitar orientación sobre la idoneidad de las distintas pretensiones en litigio, tomando en cuenta el mejor interés del menor; a los especialistas de trabajo social se les suele encargar la supervisión del cumplimiento y el seguimiento de las medidas judiciales acordadas. Cabe precisar sin embargo que sus funciones están sobre todo sujetas a los criterios de los magistrados que requieren sus pericias.

Según el **Manual de Organización y Funciones del Módulo Judicial para las Especialidades: Constitucional, Civil, Comercial, Contencioso Administrativo, Trabajo y Familia (2009)** las funciones específicas de los psicólogos integrantes del equipo multidisciplinario son:

- a) Estudiar y analizar los casos presentados por orden del Despacho del Juez.
- b) Realizar evaluaciones, elaborar informes y emitir opiniones a solicitud del Juez en las causas que lo requieran.
- c) Elaborar, aplicar y evaluar pruebas psicológicas, psicométricas, psicotécnicas, psicopatológicas y similares.
- d) Realizar entrevistas a las partes involucradas en los procesos y realizar las evaluaciones respectivas.
- e) Recomendar métodos para la rehabilitación y tratamiento del evaluado.
- f) Coordinar con los profesionales que conforman el Equipo Multidisciplinario las acciones propias de su función a fin de optimizar el servicio que presta el equipo.
- g) Hacer el seguimiento de las medidas dispuestas por el Juez.

h) Participar activamente en las labores de proyección a la comunidad que realiza el Juzgado y/o la Corte Superior de Justicia.

i) Elaborar los informes sobre el desarrollo de su actividad.

j) Recepción de documentos y archivo de los mismos.

k) Archivar copia de los informes que emite.

l) Otras que le sean asignadas por el Juez.

Según el **Manual de Organización y Funciones del Módulo Judicial para las Especialidades: Constitucional, Civil, Comercial, Contencioso Administrativo, Trabajo y Familia (2009)** las funciones específicas de los asistentes sociales integrantes del equipo multidisciplinario son:

a) Estudiar y analizar los casos presentados por orden del Despacho del Juez.

b) Realizar evaluaciones, elaborar informes y emitir opiniones a solicitud del Juez en las causas que lo requieran.

c) Realizar visitas domiciliarias y de control de guarda, elaborando los informes técnicos correspondientes.

d) Realizar el control post adoptivo en los procesos sobre Adopción.

e) Realizar el seguimiento de las medidas dispuestas en ejecución de las sentencias.

f) Evaluar las condiciones sociales donde habita la familia.

g) Mantener en forma organizada los documentos correspondientes a los expedientes en proceso.

h) Recepción de documentos y archivo de los mismos.

i) Coordinar con los profesionales que conforman el Equipo Multidisciplinario las acciones propias de su función a fin de optimizar el servicio que presta el equipo.

j) Participar activamente en las labores de proyección a la comunidad que realiza el Juzgado y/o la Corte Superior de Justicia.

k) Coordinar con las Instituciones tutelares y/o centros de rehabilitación.

l) Elaborar los informes sobre el desarrollo de su actividad.

m) Realizar otras funciones propias del puesto cuando ello es requerido por el Juez.

## **2.11 LEGISLACIÓN COMPARADA**

Dentro de la recopilación de los referentes jurídicos que tienen relación con la temática investigada, es conveniente estudiar las normas legales vigentes en otros países, para lo cual he decidido analizar los siguientes cuerpos legales.

- **Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay**

Dentro de la legislación paraguaya, el Código de la Niñez y la Adolescencia, vigente manifiesta:

***“Art. 93.- DE LA CONTROVERSIA ENTRE EL PADRE Y LA MADRE.-***

***En caso de separación de los padres y de existir controversia sobre la tenencia del hijo, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y resolverá teniendo en cuenta la edad y el interés superior del mismo”.***

Es decir que cuando se produzca la separación de los padres, y no

se pongan de acuerdo acerca de la tenencia de los hijos; deberán concurrir ante el Juez competente; luego de escuchar la opinión de la niña, niño o adolescente, deberá resolver teniendo en cuenta la edad del menor así como el interés superior del mismo.

Por lo tanto en la legislación del Paraguay, se establece la existencia de un procedimiento breve en donde una vez que el Juez recibe la demanda de tenencia, escucha al menor, y resuelve lo que mejor convenga para la protección del interés superior de sus derechos.

- **Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay**

La institución jurídica de la tenencia ha sido regulada también en el caso de la legislación uruguaya, que de forma puntual dispone:

***“Artículo 34. Tenencia por los padres***

***Cuando los padres estén separados, se determinará de común acuerdo cómo se ejercerá la tenencia.***

***De no existir acuerdo de los padres, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento”***

De acuerdo con lo anterior, la tenencia puede ser determinada de común acuerdo por los padres, en los casos en que éstos se separen; sin embargo en los casos en que no exista el correspondiente acuerdo la tenencia la resolverá un Juez de Familia, que está obligado a dictar las medidas necesarias para su cumplimiento

El Juez de Familia de Uruguay, para resolver el proceso de tenencia debe considerar las reglas que se mencionan en el siguiente artículo.

***“Artículo 35. (Facultades del Juez de Familia).- En caso de no existir acuerdo de los padres, el Juez resolverá, teniendo en cuenta las siguientes recomendaciones:***

***A) El hijo deberá permanecer con el padre o la madre con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca.***

***B) Preferir a la madre cuando el niño sea menor de dos años, siempre que no sea perjudicial para él.***

***C) Bajo su más seria responsabilidad funcional, el Juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente”***

El artículo señalado, dispone que cuando no exista acuerdo de los padres, el Juez aplicará consideraciones como las siguientes: el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que esto le sea favorable; se preferirá a la madre en el caso de niños menores de dos años, siempre que no sea perjudicial para ellos; el Juez actuará con la mayor responsabilidad al oír y considerar la opinión del niño o adolescente.

El procedimiento para la tenencia se encuentra determinado en la siguiente disposición.

***“Artículo 37. Procedimiento.- Todas las pretensiones relativas a la tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños o adolescentes, se regularán por el procedimiento extraordinario consagrado en los artículos 346, 347, 349 y 350 del Código General del Proceso. La ratificación de tenencia se tramitará por el procedimiento voluntario. Es Juez competente para conocer en dichas pretensiones, el del domicilio del niño o adolescente”***

Es decir todos los procesos relacionados con la tenencia de una niña, niño o adolescente, deberán tramitarse de acuerdo con las reglas del procedimiento extraordinario. Es conveniente para entender la normativa anterior, señalar lo que dispone el artículo 346 del Código General del Proceso de Uruguay, que textualmente en su parte pertinente dice:

***“Artículo 346. Procedimiento.- El proceso extraordinario se regirá por lo establecido en el ordinario en cuanto fuere pertinente y con las siguientes modificaciones:***

***El trámite se concentrará en una sola audiencia de conciliación, fijación de los puntos en debate, prueba, alegatos y sentencia”.***

Por lo tanto el proceso de tenencia, se concretará en una sola audiencia de conciliación, de debate, prueba, alegatos y sentencia.

Los elementos que se han puntualizado respecto de la legislación comparada permite determinar que en las disposiciones estudiadas se establece la posibilidad de que la tenencia, sea resuelta provisionalmente de una forma rápida de forma que se proteja los derechos de la niña, niño o adolescente; y que se ejecute un procedimiento basado en la celeridad, que permite el pronunciamiento de una resolución provisional en la que se pueda pronunciar sobre la pretensión del actor decidiendo lo que mejor convenga al interés superior de la niña, niño o adolescente y a la protección de su derecho a la integridad.

- **Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador**

En cuanto a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la legislación ecuatoriana, esta se basa en los preceptos que sobre las diferentes instituciones jurídicas que tienen relación con este grupo poblacional están previstas en el Código de la Niñez y la

Adolescencia, los artículos pertinentes al problema de estudio son los que se citan y comentan en las líneas siguientes:

***“Art. 118.- Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.***

***También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior”.***

De acuerdo con el artículo anterior se determina que en aquellos casos en que el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, lo considere más conveniente para el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, que tengan la condición de hija o hijo de familia, podrá confiar su cuidado y crianza a uno de sus progenitores, siguiendo para ello las reglas previstas en el mismo Código para la patria potestad.

La tenencia podrá ser confiada con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en consideración la conveniencia para el desarrollo integral del menor.

Cuando los padres no manifiestan su voluntad para llegar a un acuerdo mutuo respecto a resolver la tenencia de los hijos, es necesario llevar a cabo un procedimiento judicial, que deberá sustanciarse de acuerdo reglas establecidas en el Código de la Niñez y la Adolescencia, para el procedimiento contencioso, estas reglas en su parte pertinente son analizadas a continuación.

***“Art. 274.- Resolución provisional.- En los juicios sobre patria potestad, prestación de alimentos y régimen de visitas, el Juez necesariamente hará una fijación provisional sobre la pretensión del accionante, en la misma audiencia de que trata el artículo anterior. Si existe acuerdo de los progenitores al respecto, se pondrá término al juzgamiento.***

***Esta fijación podrá modificarse en la forma señalada en el artículo 278”.***

La disposición anterior es taxativa, y determina de forma clara que en los juicios relacionados con la patria potestad, prestación de alimentos y régimen de visitas, el Juez deberá hacer una fijación provisional, respecto a la pretensión del accionante, en la misma audiencia de conciliación, por lo que si existe acuerdo de los progenitores, se pondrá fin al juzgamiento. Es decir que en los juicios antes mencionados, es imperativo que el juez emita una resolución provisional respecto de la pretensión del accionante, esto con la finalidad de proteger los derechos de la niña, niño o adolescente.

Sin embargo por no estar considerado en la norma anterior, no se hace un pronunciamiento de resolución provisional, en el juicio de tenencia con lo cual la resolución del proceso debe avanzar hacia la audiencia de prueba que está regulada en el siguiente artículo.

El análisis de las normas anteriores permite establecer con claridad, que la tenencia es una institución jurídica que está sometida al procedimiento contencioso, por lo cual la persona interesada en que se declare a su favor la tenencia de una niña, niño o adolescente, a través de la decisión judicial correspondiente deberá comparecer ante el Juez de la Niñez y la Adolescencia, aceptada la demanda se convocará a una audiencia de conciliación y contestación, en la cual se buscará lograr un

acuerdo de los padres respecto a la tenencia del menor, si no se logra la misma deberá convocarse a la audiencia de prueba.

En el caso de la tenencia, por no estar incluida en la descripción taxativa que se realiza en el artículo 274 del Código de la Niñez y la Adolescencia, no es admisible el pronunciamiento de una resolución provisional, por lo que debería continuarse con la sustanciación del procedimiento, llevándose a cabo la audiencia de prueba, y el posterior pronunciamiento del auto resolutorio.

Es decir en el mejor de los casos la tenencia de la niña, niño o adolescente, al no existir un pronunciamiento provisional, deberá resolverse en un término de treinta días, período en el cual no existe seguridad jurídica para el derecho a la integridad personal y a la vigencia del principio de interés superior de los derechos de estos menores, al no resolverse lo relacionado con la pretensión del accionante, por lo que el niño, niña o adolescente deberá permanecer bajo el cuidado del padre o de la persona demandada.

## **2.12 PRINCIPIOS PROCESALES APLICADOS A LA TENENCIA**

### **a) Principio de celeridad procesal**

El principio de inmediación, según **Cabanellas, G. (1979)**, aconseja en lo procesal que *“El juzgador mantenga el mayor contacto con las partes, para descubrir mejor su actitud y conocer su proceder personal en el juicio, indicio importante de la mala o buena fe con que actúan y, por ende, del Derecho en que confían o del que simulan.”*

La inmediación es un principio en la que el juez como autoridad judicial tratará que las partes lleguen a un acuerdo, esto es muy conveniente para la celeridad de los procesos, y este acuerdo es tomado por el juez para

dar su resolución, si no hay acuerdo el trámite sigue con las actuaciones señaladas en la ley.

**Devis, H. (2009)** señala del principio de celeridad procesal lo siguiente:

***“Debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo empleo de procesal. Resultado de él es el rechazo de la demanda que no reúna los requisitos legales, para que al ser corregida desde un principio, no vaya a ser la causa de la pérdida de mayores actuaciones; la inadmisibilidad de las pruebas o incidentes inconducentes o que la ley no permite para el caso; la acumulación de acciones para que bajo una misma cuerda se ventilen varias, y evitar, en consecuencia, la necesidad de diversos procesos; la restricción de los recursos de apelación y casación y otros hechos semejantes.”***

El principio de celeridad para este autor está de la mano de la economía procesal, que en el menor tiempo debe resolverse los casos en diferentes ámbitos, es por ello que los trámites penales, de alimentos, actualmente se desarrollan en el menor tiempo, para que no exista acumulación de acciones y no se violente los derechos de los sujetos procesales.

#### **b) El Debido Proceso**

**Cueva, L. (2013)** indica lo siguiente:

***“El debido proceso es un sistema de garantías y de normas jurídicas de carácter sustancial y de grado superior, porque son constitucionales, le señala la debida y correcta actuación al funcionario público, le fija los límites dentro de los que debe actuar y la manera de impartir justicia imparcial, efectiva y oportuna”***

El debido proceso es la forma que el Estado a través del sistema judicial garantiza que los procesos se lleve a cabo de acuerdo a las normas constitucionales y legales, y se respeten los principios y garantías del proceso en cualquier rama: civil, penal, laboral, administrativo, de tránsito, constitucional y de menores. Es así por ejemplo a la tenencia, ésta no pueden durar un periodo largo de proceso, como se tramite con el procedimiento contencioso general señalado en esta norma, lo cual debe establecer rapidez en el proceso de tenencia para no vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo cual en los procesos judiciales, las normas jurídicas deben observar los valores, los principios y los derechos; es así, que en caso de tenencia deben haber agilidad en el proceso porque está de por medio el interés superior del niño, niña y adolescente.

#### **c) Incumplimiento del principio de celeridad procesal en los procesos de tenencia**

Los procesos de tenencia de niños, niñas y adolescentes que se suscitan por controversias en el matrimonio o unión de pareja, que conlleva a la separación de los cónyuges, o convivientes, conlleva los problemas de quien quiere tener la tenencia de sus hijos por el afecto que existen entre sus padres, pero lo dificultoso es que los procesos de esta naturaleza son muy largo, por el procedimiento contencioso general que señala la legislación de la niñez y adolescencia.

**Abarca, L. (2013)**, manifiesta lo siguiente:

***“Si bien la función de juzgar implícitamente conlleva la de aplicar las normas jurídicas pertinentes a las sustanciación del debido proceso y a la solución del caso concreto que es su objeto, a tal punto que no existe ninguna actividad jurisdiccional o procesal sin ley que la regule, o resolución en que no se aplique ninguna ley”.***

El principio de celeridad, se *“establece la necesidad de que los procesos judiciales se desarrollen en un tiempo prudencial para evitar la viciosa costumbre de eternizar la sustanciación de dichos procesos con grave detrimento de la justicia que se transforma en injusticia para las partes”*.

Innegablemente, la celeridad debe cumplirse en el proceso de la tenencia de los hijos, y ésta se encuentra asociado a los principios de intermediación, eficacia, simplificación y agilidad y al fusionarse de manera adecuada, permiten hacer efectiva la aplicación de la justicia de manera ágil, tal como lo exige la sociedad ecuatoriana. Sin embargo, la lentitud de ciertos procesos, es evidente, la lentitud del proceso adquiere dimensiones dramáticas en los casos importantes, como los juicios de divorcio por esta razón se deben introducir algunas reformas estructurales en el proceso, para acelerar aún más su desarrollo, sin lesionar, de ninguna manera, los principios que caracterizan el debido proceso.

### **2.13 CUESTIONES PSICOLÓGICAS APLICABLES A LA TENENCIA**

Según **UNICEF (2011)** los niños de 3 años a más han avanzado mucho en su desarrollo, pero todavía les queda un largo camino por recorrer por tanto es muy importante acompañarlos con calidez y paciencia, disfrutando con ellos de este tránsito, que es lo que necesitan para seguir creciendo seguro.

A esta edad el niño necesita sentir que sus padres son una unidad fuerte para cuidarlo, protegerlo y acompañarlo en la vida. La amenaza de perder esa protección le genera mucha angustia. Esto vale tanto para el papá y la mamá que viven juntos como para los padres separados.

En algún momento de su infancia, unos cuantos niños experimentarán la separación de sus padres. Que en la actualidad la separación de las

parejas se vea como algo “normal”, “que suele ocurrir”, no significa que no sea uno de los hechos vitales que pueden causar más estrés en la vida de los niños. Como cada situación es diferente, el sufrimiento que experimenta cada niño como consecuencia de la separación también es muy variable. El mejor ecosistema para el desarrollo de los niños sigue siendo el de la familia de padre y madre, cuando es armónica y estable. Cuando ello no es así y los padres deciden separarse, también es posible encontrar nuevos ecosistemas saludables en los cuales criar hijos sanos y felices aunque cambie la configuración familiar. Para lograrlo es necesario recorrer un camino que necesita tiempo, elaboración, madurez y compromiso de los adultos.

Asimismo señala **UNICEF (2011)** que los padres y madres separados deben seguir cumpliendo plenamente su rol a pesar de la separación, lo cual **implica pasar con el hijo el tiempo suficiente que les permita compartir momentos significativos de la vida cotidiana** y continuar poniendo límites, ofreciendo guía y orientación para lo que está bien y lo que está mal ”.

La prioridad de ambos padres debe ser criar niños y niñas fuertes emocionalmente. Lo cual implica educarlos de tal forma que puedan ir de a poco aprendiendo a enfrentar frustraciones, a conocer y saber qué hacer con sus emociones e impulsos, a ser capaces de ponerse en el lugar del otro, a tolerar el estrés, a aprender a valorarse, a confiar en sí mismos, a tener esperanza, a saber relacionarse con los demás, de lo mencionado antes se considera básicamente la importancia de permanecer al lado de los hijos a lo largo de su crecimiento para que crezcan emocionalmente estables, siendo así, **el tiempo que tarde en emitirse la resolución de tenencia provisional lo que haría es privar al niño o niña de vivir y compartir momentos con uno de sus progenitores además de generar su inestabilidad emocional al privarlo de vivencias significativas junto al progenitor que solicita la tenencia provisional.**

En muchos casos los niños son agredidos de manera física o psicológica por uno de sus progenitores lo que conlleva a consecuencias emocionales muy negativas para él niño o niña.

Tal como señala **UNICEF (2011)**, ser agredido por alguien a quien se ama produce fuertes y complejas emociones, tales como miedo, tristeza, resentimiento, rabia, impotencia y desamparo.

Siempre afecta la autoestima y la confianza en uno mismo y en los demás.

Cuando el niño se cría en un vínculo de dominación y autoritarismo no le resulta fácil salir de él. Lo más probable es que cuando sea mayor se transforme en un ser autoritario o, por el contrario, que sea una persona sometida durante toda la vida.

Aprenderá que los problemas deben enfrentarse con violencia y aplicará esta enseñanza en todos los ámbitos de su vida. La violencia física o psicológica no enseña a portarse bien, sino a evitar el castigo. Por ese camino, los niños solo aprenden qué tienen que hacer para no enojar al castigador. Esto los aleja de la reflexión sobre lo que está bien y lo que está mal y no incorporan criterios ni principios que los orienten en la vida.

### **2.13.1 Crianza con Apego**

Término acuñado por el pediatra William Sears, es una corriente basada en los principios de la teoría del apego, término acuñado por el psiquiatra y psicoanalista John Bowlby en la psicología del desarrollo. **Según la teoría del apego, un fuerte enlace emocional con los padres durante la infancia, también conocido como apego seguro, es precursor del desarrollo de una personalidad segura e independiente, un buen comportamiento, independencia, y relaciones buenas y sanas.** Este tipo

de crianza tendrá efectos positivos durante toda la niñez, adolescencia y adultez.

Todo mamífero humano nace inteligente, con capacidad para apegarse a otro y para amar. Mientras nos desarrollamos en el vientre de nuestra madre, las ideas, creencias y estilos culturales comienzan a impactar nuestro desarrollo cerebral.

El mamífero humano recién nacido está listo para apegarse y sobrevivir, para lo cual contará con una madre o “cuidador principal”, quien va a satisfacer las necesidades de vida de este nuevo hijo según la cultura en que se encuentra y desde la propia conflictiva psicológica. De esta manera, cada madre, padre o cuidador principal (nana, abuela, vecina) dará respuestas a las necesidades del niño al que cuida y “ama” desde su propia historia de vida.

**El niño necesita del adulto o cuidador principal para que le devuelva el equilibrio perdido cada vez que entra en estrés** (hambre, sed, miedo, pena, angustia, ansiedades, dolores, enfermedades). Se espera que el adulto sea sensible, capaz de sintonizar rápido con las necesidades de su hijo, de tal manera que pueda responder adecuadamente al estrés del niño. Mientras más atingentes sean las respuestas por parte del cuidador principal, el cerebro del niño estará menos expuesto a la hormona del cortisol (estrés) y crecerá con sensaciones más plenas en su cerebro. Si un niño llora poco los primeros años de vida, guardará en su memoria implícita (cerebro) más sensaciones de placer que de displacer, lo que le hará una persona más calmada, segura y confiada. Ese hijo con apego seguro será una persona que difícilmente se sentirá cómoda con el maltrato y los abusos.

Son los padres los que tienen el poder de organizar o desorganizar el cerebro de sus hijos, darles seguridad o inseguridad, etc.; tal como ya varios especialistas en cerebro infantil lo han expresado: *“los padres somos los arquitectos del cerebro de nuestros hijos”, “la madre moldea el hemisferio derecho durante el primer año de vida”*.

### 2.13.2 El Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.)

El doctor **Gardner (2016)** define al Síndrome de Alienación Parental, como una respuesta de contexto familiar típica al divorcio o separación de sus padres, *en la cual el niño resulta alienado respecto de uno de sus progenitores y acosado con la denigración exagerada y/o injustificada del otro progenitor, hecho que produce una perturbación en el niño y que en definitiva, obstruye la relación con el progenitor no custodio, y resulta destruida en los casos más severos. Es la manipulación del padre que tiene la custodia de los hijos en desventaja del otro.*

Además el doctor **Gardner (2016)** describe algunas pautas de comportamiento que pueden llevarnos a identificar cuando un niño está siendo alienado, y son las siguientes:

- El niño está alineado con el progenitor alienador en una campaña de denigración contra el progenitor objeto, en la que el niño contribuye activamente.
- Las razones alegadas para justificar el descrédito y denigración del padre objeto, son a menudo débiles, frívolas, absurdas o falsas.
- La animadversión hacia el padre rechazado carece de la ambivalencia normal en las relaciones humanas.
- El niño afirma que la decisión de rechazar al padre o madre objeto es exclusivamente propia, lo que Gardner, R. llama el fenómeno del 'pensador independiente'.

- El niño apoya reflexivamente al progenitor con cuya causa está alineado.
- El niño expresa desprecio sin culpa por el odio o rechazo hacia el padre o madre objeto.
- Se evidencian escenarios prestados, las acciones y sentimientos del niño reflejan temas y terminologías propias del progenitor alienador.
- La animosidad se extiende a la familia de origen y a quienes se asocian con el padre odiado

Es conveniente citar a **Segura y Sepúlveda (2016)** quienes en su artículo titulado *El Síndrome de Alienación Parental: Una forma de Maltrato Infantil, enumeran lo siguiente:*

- Hablar de manera descortés del nuevo cónyuge del otro progenitor.
- Impedir al otro progenitor el ejercer su derecho de visita.
- Olvidarse de avisar al otro progenitor de citas importantes (dentista, médico, psicólogo).
- Implicar a su entorno (su madre, su nuevo cónyuge...) en el lavado de cerebro de los hijos.
- Tomar decisiones importantes a propósito de los hijos sin consultar al otro progenitor (elección de la escuela por ejemplo).
- Cambiar o intentar cambiar sus apellidos o sus nombres.
- Impedir al otro progenitor el acceso a los expedientes escolares y médicos de los hijos.
- Irse de vacaciones sin los hijos y dejarlos con otra persona, aunque el otro progenitor esté disponible y voluntario para ocuparse de ellos.

- Contar a los hijos que la ropa, que el otro progenitor les ha comprado, es fea, y prohibirles ponérsela.
- Amenazar con castigo a los hijos si se atreven a llamar, a escribir o a contactar con el otro progenitor de la manera que sea.
- Reprochar al otro progenitor el mal comportamiento de los hijos.

#### Derechos de los hijos de padres separados

- Derecho a ser amado por ambos padres
- Derecho a amar a mi padre y mi madre
- Derecho a continuar mis estudios después de la separación de mis padres
- Derecho a convivir con ambos padres
- Derecho a disfrutar la convivencia con mis dos padres
- Derecho a platicar a uno de mis padres que quiero al otro padre
- Derecho a no escuchar peleas entre mis padres
- Derechos a no escuchar denigraciones o maldiciones de uno de mis padres en contra del otro.
- Derecho a viajar con ambos padres
- Derecho a compartir con ambos padres mis actividades en la escuela, fiestas y mis amigos.
- Derecho a convivir con mis abuelos por parte de mi padre y mi madre.
- Derecho a convivir con mis tíos y primos de parte de ambos padres.
- Derecho a que ambos padres me hablen con la verdad
- Derecho a no escuchar o conocer los problemas personales entre mis padres.
- Derecho de tener contacto directo con sus progenitores, de recibir una protección integral desde el punto de vista familiar y no ser maltratados emocionalmente.

Dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos existen seis tratados fundamentales, entre ellos los Derechos de los Niños y nos ha parecido importante destacar aquí algunos de esos derechos que se violan cuando se ejerce alineación en un niño.

- El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre (llevar el apellido de ambos padres) y a una nacionalidad (Artículo 3º)
- El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.(Artículo 6º )
- El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación (Artículo 9º).

Por lo que podemos concluir que el Síndrome de Alienación Parental hoy en día resulta muy perjudicial para los niños cuyos padres se encuentran separados, tal situación es la realidad que viven muchos menores que son parte en los procesos de tenencia, por lo que resulta necesario evitar esta situación ya que la relación padre hijo o madre e hija se ve altera debido a este síndrome de alienación parental.

## **2.14 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS**

### **a) Niñez:**

Se denomina niñez a la fase del desarrollo de la persona que se comprende entre el nacimiento de la misma, y la entrada en la pubertad o adolescencia.

b) Niño:

Persona de sexo masculino que se encuentra atravesando la etapa de la vida humana que comienza en el nacimiento y se prolonga hasta la entrada a la pubertad.

c) Niña:

Persona de sexo femenino que se encuentra atravesando la etapa de la vida humana que comienza en el nacimiento y se prolonga hasta la entrada a la pubertad.

d) Adolescencia:

Etapa que llega después de la niñez y que abarca desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo.

e) Integridad Física:

La integridad física es el derecho que tiene la persona a que nadie le cause ningún daño a su cuerpo.

f) Integridad Psíquica:

La integridad psíquica es el derecho que tiene la persona a que no se dañe o destruya de manera directa o indirecta su mente y su personalidad.

g) Integridad Moral:

La integridad moral puede definirse como una cualidad de la persona que la faculta para tomar decisiones sobre su comportamiento por sí misma.

h) Integridad Personal:

La integridad personal se relaciona al derecho a no ser objeto de vulneraciones en la persona física, como lesiones, tortura o muerte. Junto con la libertad individual.

i) Desprotección:

Lo opuesto a protección.

j) Tenencia Provisional:

Otorgamiento de tenencia por un periodo de tiempo hasta que se resuelva un proceso judicial de tenencia.

**CAPÍTULO III**  
**PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS**  
**RESULTADOS**

**3.1 ANALISIS DE TABLAS Y GRÁFICOS**

La encuesta se aplicó a la población constituida por la totalidad de Jueces especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y la totalidad de Fiscales provinciales de la ciudad de Arequipa.

### **TABLA N° 1**

#### **La edad del menor es un requisito básico para otorgar la tenencia provisional**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	8	62
b) No	5	38
Total	13	100

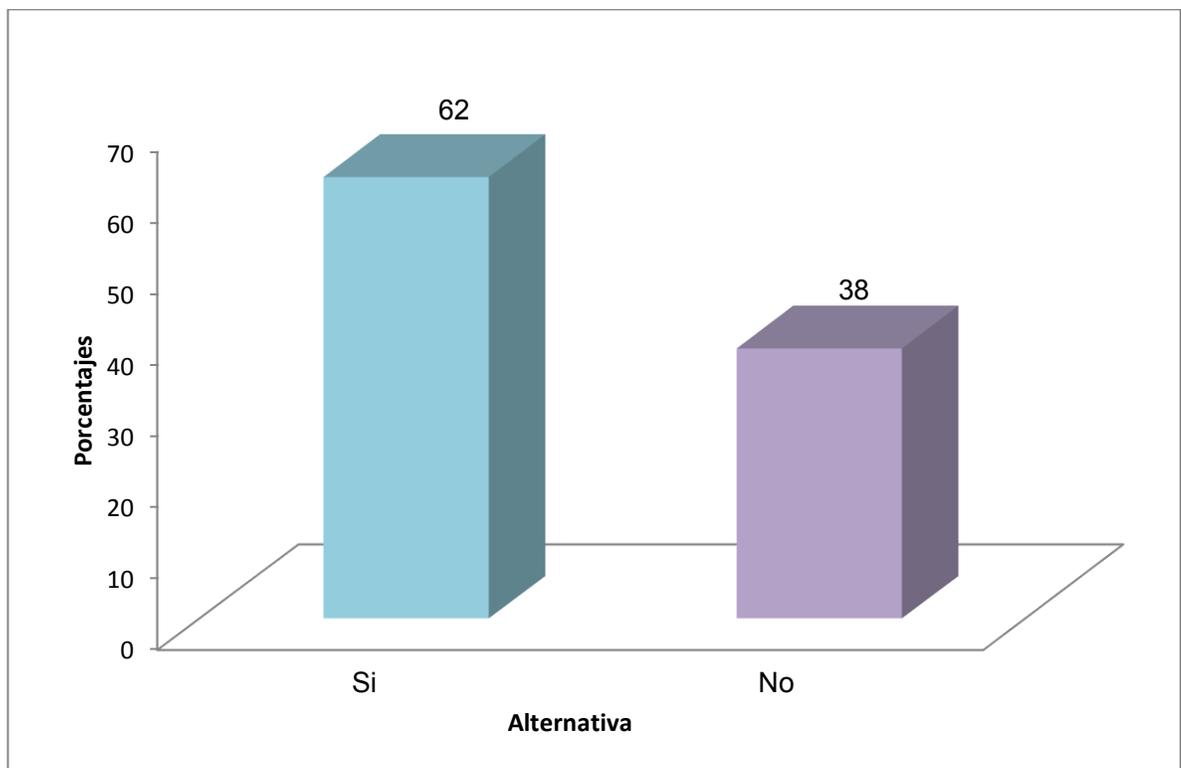
**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

De los 13 encuestados, 8 afirman que la edad de los menores es un requisito básico para otorgar la tenencia provisional, lo cual representa un 62% de la población.

Se ha comprobado entonces que la edad de los menores es un requisito básico al momento de otorgar la tenencia provisional ya que a través de esta se puede medir la vulnerabilidad de los menores de modo que resulta necesario establecer un plazo determinado para cumplir con proteger la integridad personal de los niños mayores de tres años.

## GRÁFICO N° 1

**La edad del menor es un requisito básico para otorgar la tenencia provisional**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

## **TABLA N° 2**

### **Se debe considerar sólo el riesgo de la integridad física de los menores para resolver en un plazo determinado**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Si	4	31
b) No	9	69
Total	13	100

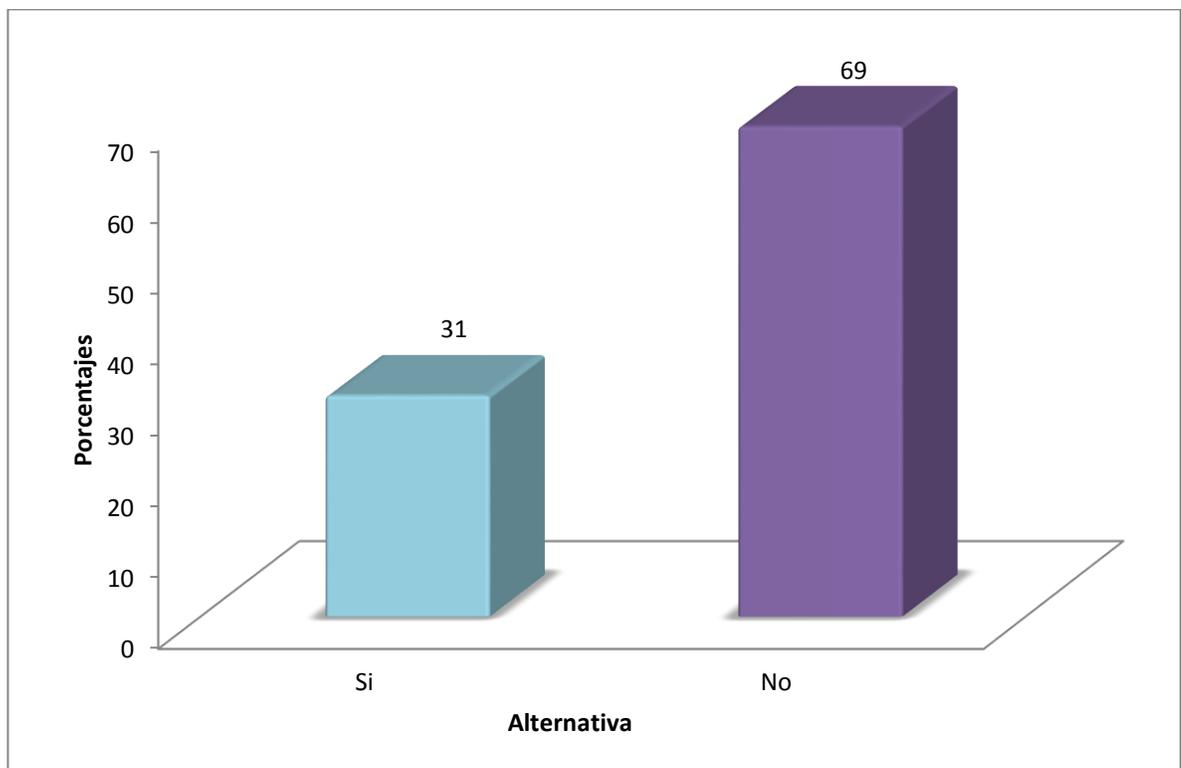
**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

De los 13 encuestados, 9 consideran que no sólo se debe considerar el riesgo de la integridad física de los menores para que la tenencia se otorgue en un plazo determinado, lo cual representa un 69% de la población.

Se verifica entonces que en el Art. 87 del Código de los Niños y Adolescentes no sólo se debe considerar el riesgo de la integridad física para poder otorgar la tenencia provisional en un plazo determinado, ya que se debe velar por la integridad personal de los menores por lo que debería establecerse un plazo determinado para otorgar la tenencia provisional de los niños mayores de tres años en un plazo determinado a fin de que no queden desprotegidos.

## GRÁFICO N° 2

**Se debe considerar sólo el riesgo de la integridad física de los menores para resolver en un plazo determinado**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

### **TABLA N° 3**

#### **El equipo multidisciplinario debería evaluar a los niños mayores de tres años en un plazo determinado**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	11	85
b) No	2	15
Total	13	100

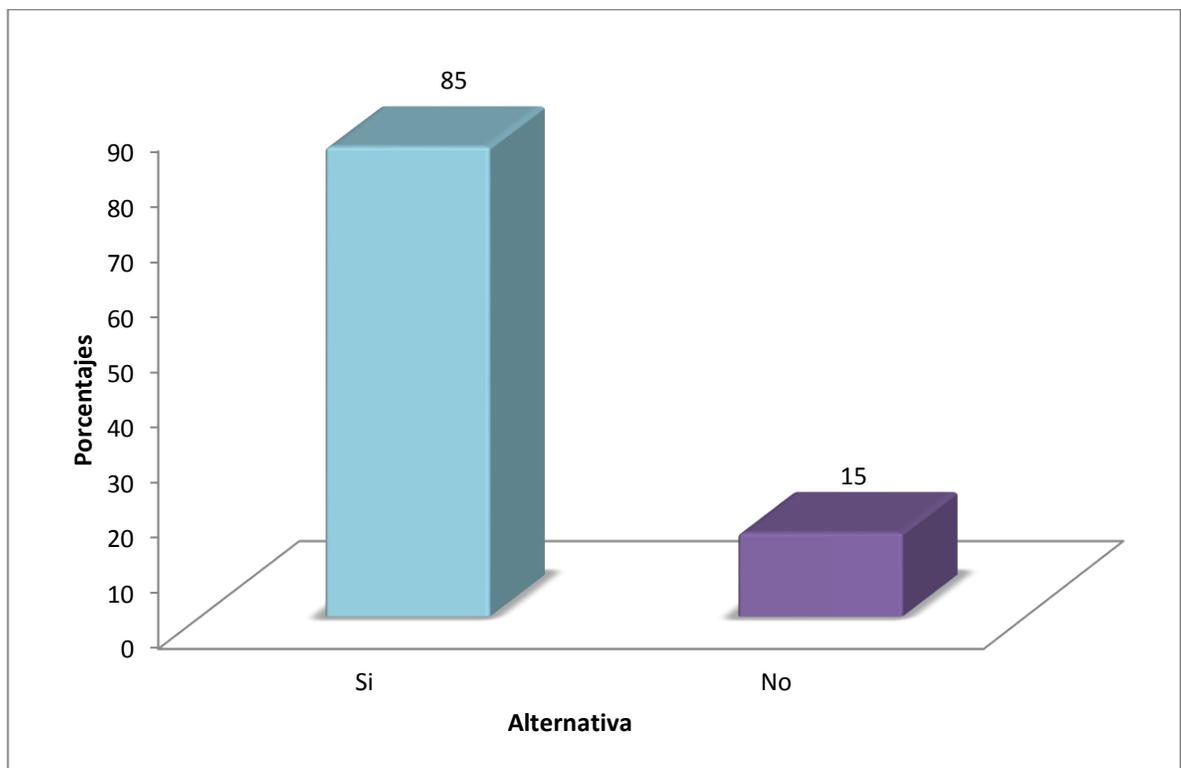
**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

De los 13 encuestados, 11 creen conveniente que el equipo multidisciplinario debería evaluar a los niños mayores de tres años en un plazo determinado, lo cual representa un 85%.

Queda comprobado que al no establecerse en el Art. 87 del Código de los Niños y Adolescentes un plazo determinado para que el equipo multidisciplinario cumpla con realizar las respectivas evaluaciones, la integridad personal de los niños mayores de tres años resulta desprotegida hasta el momento en que se otorgue la tenencia provisional.

### GRÁFICO N° 3

**El equipo multidisciplinario debería evaluar a los niños mayores de tres años en un plazo determinado**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

#### **TABLA N° 4**

#### **El Juez debería otorgar la tenencia provisional en un plazo de 24 horas solo en casos de niños menores de 3 años**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	5	38
b) No	8	62
Total	13	100

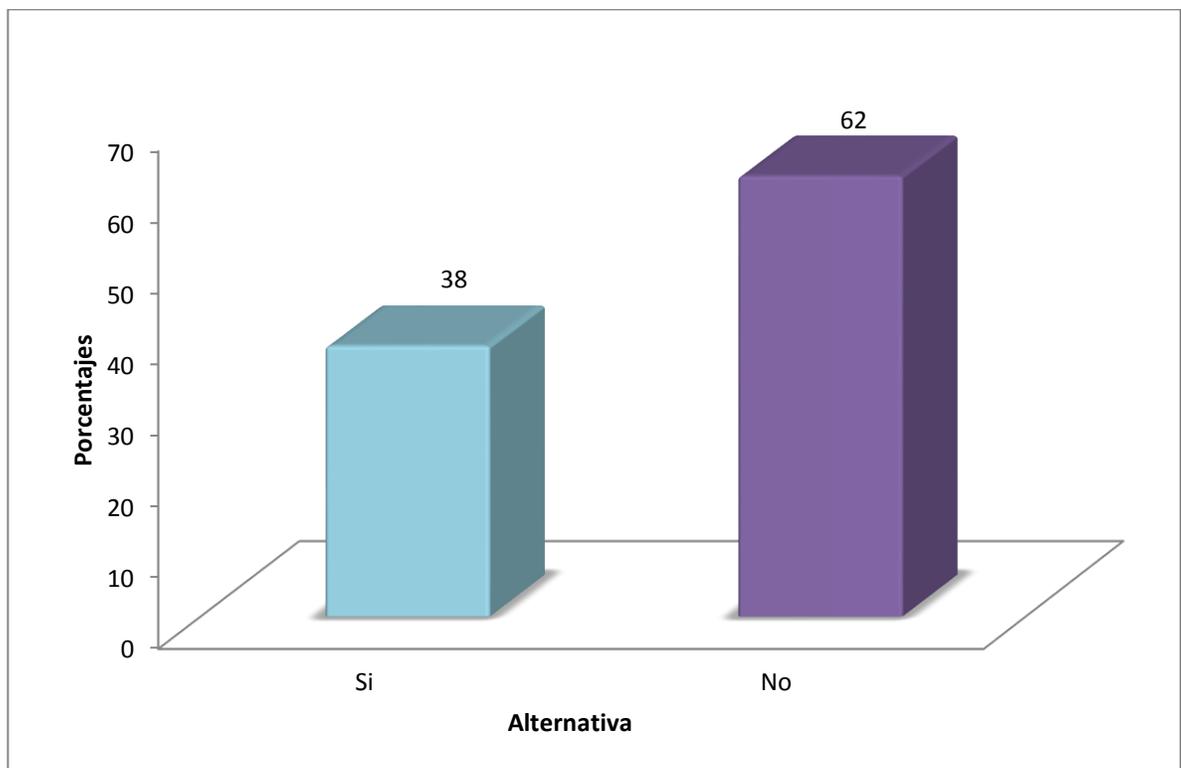
**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

De los 13 encuestados ,8 consideran que el Juez no debería otorgar la tenencia provisional en un plazo de 24 horas solo en casos de niños menores de tres años, lo cual representa un 62% de la población.

Se verifica de esta manera que al otorgarse la tenencia provisional de los menores en el plazo de 24 horas sólo cuando éstos sean menores de tres años, no se estaría velando por la integridad personal de los niños mayores de tres años y al ser así no está cumpliendo con el principio del Interés superior del Niño y Adolescente.

## GRÁFICO N° 4

**El Juez debería otorgar la tenencia provisional en un plazo de 24 horas solo en casos de niños menores de 3 años**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

### **TABLA N° 5**

#### **Se debería establecer un plazo de 48 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 3 a 7 años**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	10	77
b) No	3	23
Total	13	100

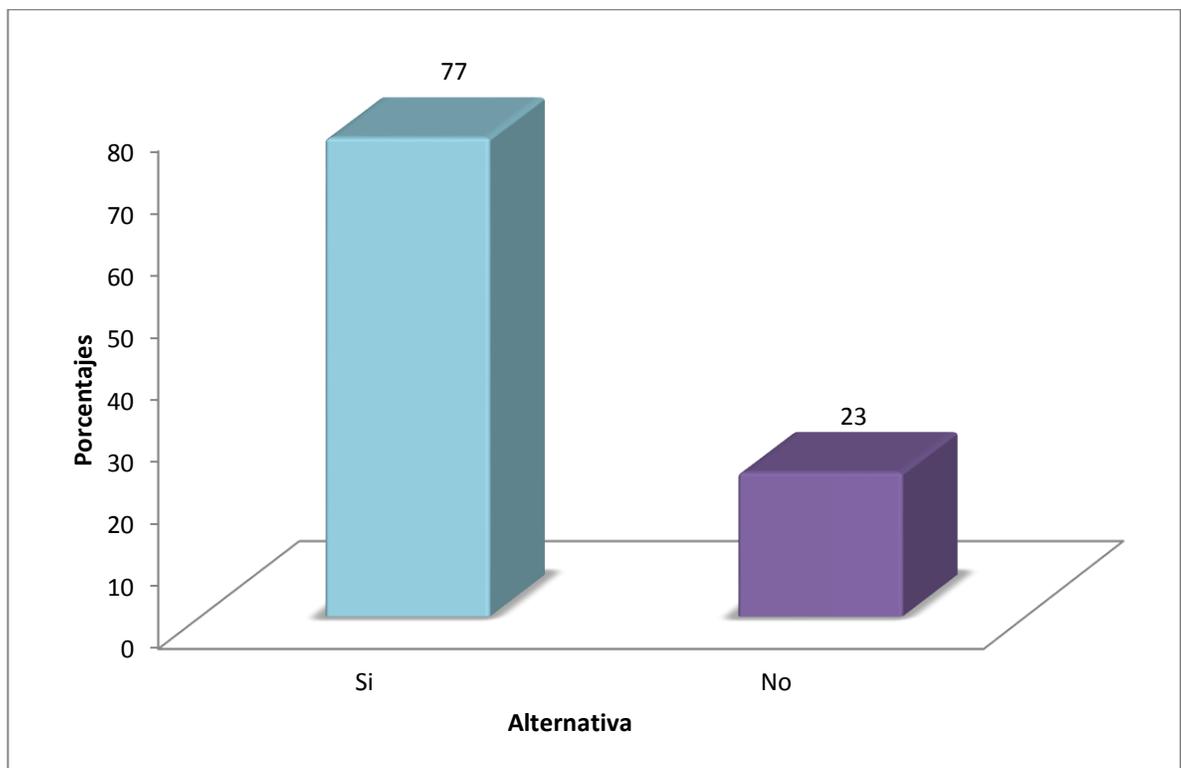
**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

De los 13 encuestados ,10 creen conveniente que se debería establecer un plazo de 48 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 3 a 7 años, lo cual representa un 77% de la población.

Se confirma entonces que la tenencia de los niños mayores de tres años debe otorgarse lo más pronto posible de igual forma que en los casos de los niños menores de tres años ,precisamente teniendo en consideración el interés superior del niño y el adolescente, lo que garantizaría el resguardo de su integridad personal.

## GRÁFICO N° 5

**Se debería establecer un plazo de 48 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 3 a 7 años**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

### **TABLA N° 6**

#### **Se debería establecer un plazo de 72 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 8 a 12 años**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	9	69
b) No	4	31
Total	13	100

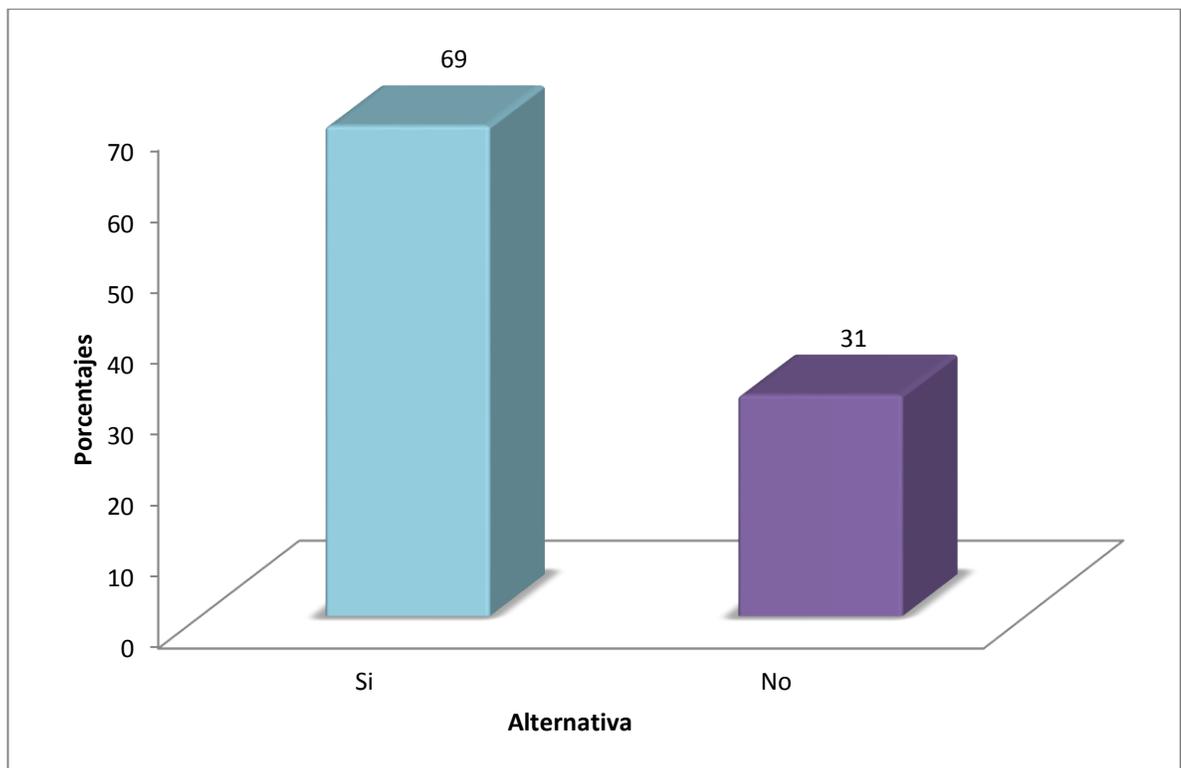
**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

De los 13 encuestados ,9 creen conveniente que se debería establecer un plazo de 72 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 8 a 12 años, lo cual representa un 69% de la población.

Se confirma entonces que la tenencia de los niños mayores de tres años debe otorgarse lo más pronto posible de igual forma que en los casos de los niños menores de tres años ,precisamente teniendo en consideración el interés superior del niño y el adolescente, lo que garantizaría el resguardo de su integridad personal.

## GRÁFICO N° 6

**Se debería establecer un plazo de 72 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 8 a 12 años**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

## TABLA N° 7

**La desprotección de la integridad física de los niños mayores de 3 años,  
al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos,  
vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	9	69
b) No	4	31
Total	13	100

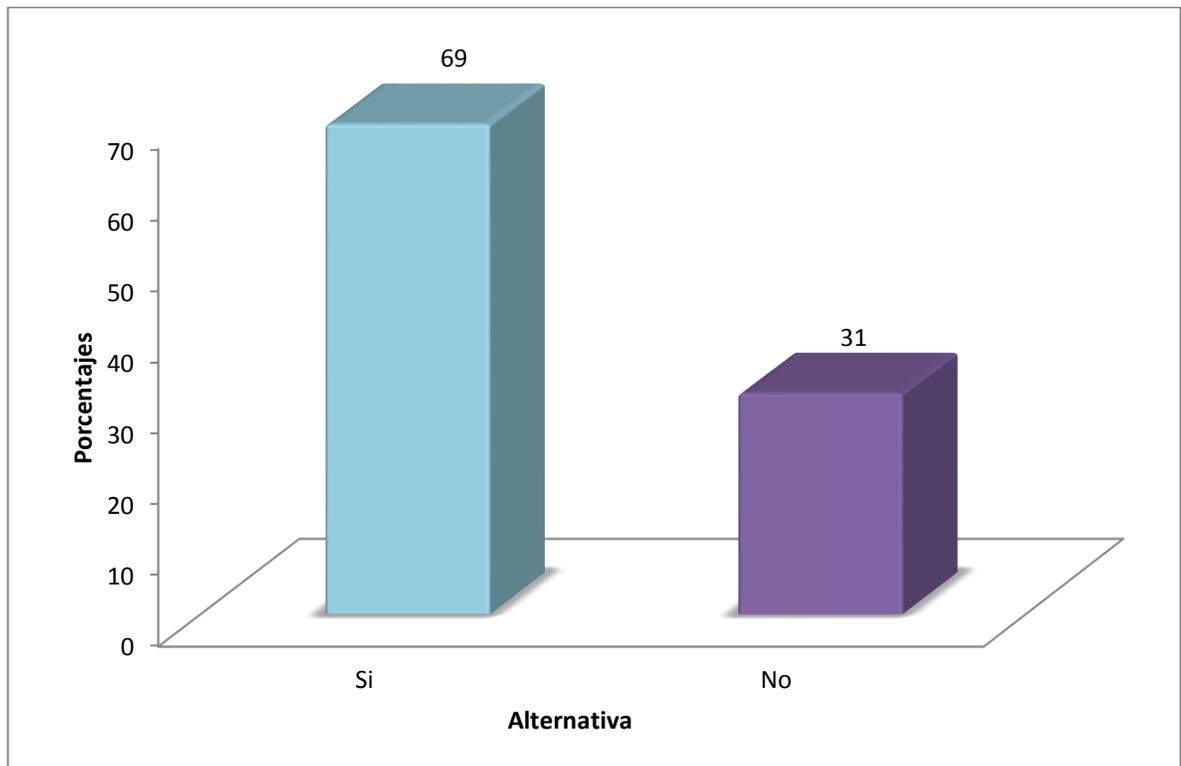
**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

De los 13 encuestados ,9 consideran que al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia provisional de los niños mayores de tres años no solo se estaría desprotegiendo su integridad física por lo que se estaría vulnerando el Interés superior del Niño y Adolescente , lo cual representa un 69% de la población.

Se comprueba entonces que la tenencia de los niños mayores de tres años si bien no es otorgada en el plazo de 24 horas, por lo menos debería de fijarse un plazo determinado para su otorgamiento de tal forma que no genere la desprotección de la integridad física de los niños mayores de tres años, todo ellos en cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente.

## GRÁFICO N° 7

**La desprotección de la integridad física de los niños mayores de 3 años,  
al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos,  
vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

### **TABLA N° 8**

**La desprotección de la integridad psíquica de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	9	69
b) No	4	31
Total	13	100

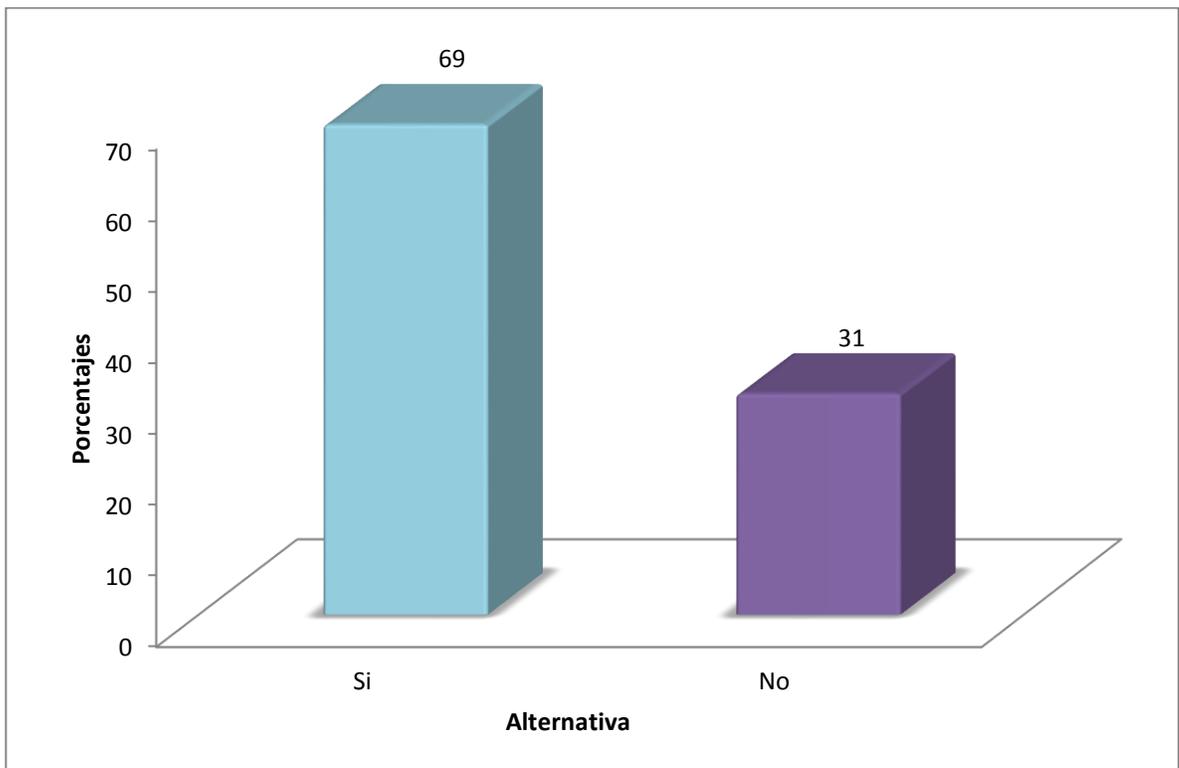
**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

De los 13 encuestados ,9 consideran que al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia provisional de los niños mayores de tres años, se estaría desprotegiendo su integridad psíquica por lo que se estaría vulnerando el Interés superior del Niño y Adolescente, lo cual representa un 69% de la población.

Se comprueba entonces que la tenencia de los niños mayores de tres años si bien no es otorgada en el plazo de 24 horas, por lo menos debería de fijarse un plazo determinado para su otorgamiento de tal forma que no genere la desprotección de la integridad psíquica de los niños mayores de tres años, todo ellos en cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente.

## GRÁFICO N° 8

**La desprotección de la integridad psíquica de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

### **TABLA N° 9**

**La desprotección de la integridad moral de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	9	69
b) No	4	31
Total	13	100

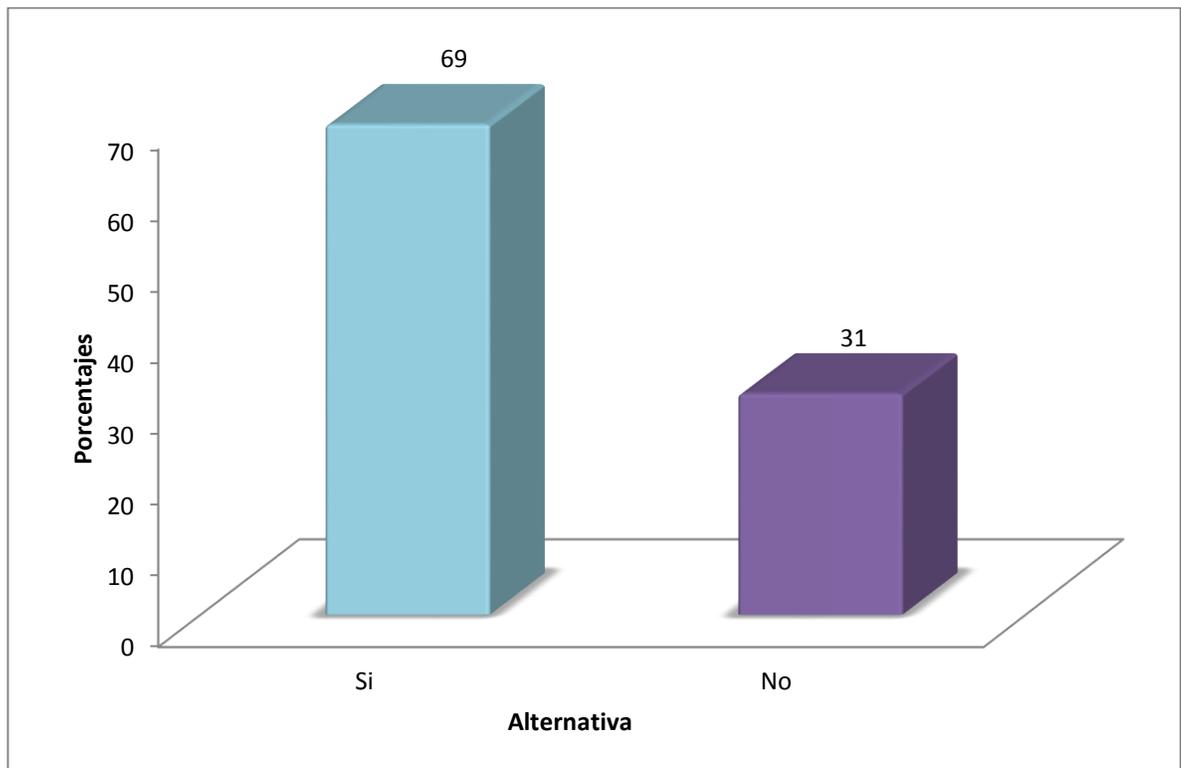
**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

De los 13 encuestados ,9 consideran que al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia provisional de los niños mayores de tres años, se estaría desprotegiendo su integridad moral por lo que se estaría vulnerando el Interés superior del Niño y Adolescente, lo cual representa un 69% de la población.

Se comprueba entonces que la tenencia de los niños mayores de tres años si bien no es otorgada en el plazo de 24 horas, por lo menos debería de fijarse un plazo determinado para su otorgamiento de tal forma que no genere la desprotección de la integridad moral de los niños mayores de tres años, todo ellos en cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente.

## GRÁFICO N° 9

**La desprotección de la integridad moral de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Jueces y Fiscales de Familia

### 3.2 DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Como resultado de la presente investigación se resalta que los niños mayores de tres años se ven afectados en cuanto a su integridad personal ya que al no estar establecido un plazo determinado para que se otorgue su tenencia provisional el proceso demora demasiado tiempo y al ser así no se estaría respetando el principio del interés superior del niño y adolescente, tal como se demuestra en la **Tabla y Gráfico N° 1**, llegando entonces a la conclusión con las **Tablas y Gráficos N° 4 ,N° 5 y N° 6** que la edad de los niños viene a ser un requisito básico para otorgar la tenencia provisional debido a que a través de la edad se puede medir la vulnerabilidad de los menores y siendo así resulta perjudicial que no se establezca un plazo determinado para otorgar la tenencia de los niños mayores de tres años, cosa que sí sucede cuando se trata de menores de tres años ya que en esos casos el Juez resuelve en el plazo de 24 horas. Todo en concordancia con la Teoría del Interés Superior del Niño y Adolescente y de la Teoría del derecho a la Integridad Personal de los menores.

De otro lado es necesario resaltar que la integridad de un menor no sólo implica su estado físico sino también la integridad psicológica y moral de los menores , **como se demuestra en la Tabla y Gráfico N°2, N° 7 N° 8 y N° 9**, ya que se encuentran en etapa de formación y desarrollo y es importante que se encuentren protegidos y seguros conviviendo en un ambiente que les brinde seguridad, bienestar y sobre todo que este desarrollo sea en compañía de progenitores que los encaminen de manera adecuada, para asegurar una formación de principios y valores.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la evaluación del equipo multidisciplinario es un requisito básico para que se pueda otorgar la tenencia provisional y al no establecerse un plazo para dichas evaluaciones es que los procesos se alargan y debido a esto no se vela por la integridad

personal de los menores, **como se demuestra en la Tabla y Gráfico N° 3**, el tiempo que se tarde en otorgar la tenencia de los menores resulta muy perjudicial para los menores ya que en este tiempo pueden ser alienados en contra del otro progenitor lo que afectaría la relación paterno o materno filial, además de ello también estaría atentando psicológicamente a los menores en concordancia con las Teorías psicológicas aplicables a la tenencia de menores y con la Teoría de la situación de riesgo social en la infancia.

Por otro lado, como Estado estamos en el deber de brindar las mejores condiciones de desarrollo integral a los niños porque cuando hablamos de niños, se trata de seres humanos que están en pleno desarrollo de su personalidad y es necesario que sea en el ambiente más favorable para ellos .

Concluyendo que es nuestro deber abogar en beneficio de los menores todo ello en mérito al Principio del Interés Superior del Niño donde nos invita ser conscientes y a realizar el máximo posible esfuerzo para construir condiciones favorables con el fin de que éstos puedan vivir y desprender sus potencialidades.

### **3.3 CONCLUSIONES**

**PRIMERA:** Se determinó que el Art. 87 del Código de los niños y adolescentes, referente a la tenencia provisional, genera la desprotección de la integridad personal de los niños mayores de tres años debido a la carencia de un plazo determinado para que la tenencia sea otorgada; este hecho pone en riesgo su integridad física y además genera afecciones psicológicas en los menores. Tal como se aprecia en la Tablas y Gráficos N° 4,5 y 6.

**SEGUNDA:** Se determinó que la carencia de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años ,en el Art. 87° del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional vulnera el Interés Superior del Niños y del Adolescente. Tal como se aprecia en las Tablas y Gráficos N° 2, 7,8 y 9.

**TERCERA:** Se determinó que la desprotección de la integridad personal es generada al carecer de un plazo determinado para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños mayores de tres años, por lo que se pone en riesgo la integridad física, psíquica y moral de los niños en tanto sea otorgada su tenencia todo ellos debido a que no se establece un plazo para que el Juez pueda resolver.

**CUARTA:** Se relacionó el otorgamiento de tenencia provisional con la integridad personal de los menores ya que el fin de los procesos de tenencia es velar por el bienestar de los menores tanto físico, psíquico y moral y al no otorgarse la tenencia de manera oportuna y con premura, este hecho colisiona así con el Principio del Interés Superior del Menor el mismo que busca facilitar la formación del menor diseñando las líneas de desarrollo de su personalidad.

### **3.3 RECOMENDACIONES**

**PRIMERA:** Se sugiere al Congreso de la República que se modifique el Art. 87° del Código de los Niños y Adolescentes, el cual debe quedar redactado de la siguiente manera: Artículo 87° *“Se podrá solicitar si el niño estuviere en peligro su integridad personal, debiendo el juez resolver en el plazo de veinticuatro horas para los niños menores de 3 años, en los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal en un plazo de cuarenta y ocho horas para los menores cuya edad se encuentre entre 4 y 7 años y de setenta y dos horas para los menores cuya edad se encuentre entre 8 y 12*

*años. Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.*

*No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.*

*Puede interponerse dicha medida cautelar conjuntamente con la demanda de tenencia, en cuyo caso se reserva la notificación de la misma y el Juzgado ordena de oficio la formación del cuaderno cautelar respectivo, exceptuándose para este caso la solicitud de copias certificadas al demandante” todo ello con el fin de garantizar el derecho a la integridad personal de los niños mayores de tres años.*

**SEGUNDA:** Se sugiere a los Jueces de Familia, que en los procesos judiciales de tenencia, de oficio en el auto admisorio, ordenen la evaluación por parte del equipo multidisciplinario, ya que de ser así si uno de los progenitores solicitase la medida cautelar de tenencia provisional, ya no habría necesidad de nuevamente ordenar dichas evaluaciones lo que resultaría más beneficioso en cuestión de tiempo, siendo que la tenencia provisional se solicita cuando se encuentra en riesgo la integridad personal de los menores.

**TECERA:** Se sugiere al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables crear la unidad de monitoreo del Régimen de Tenencia Provisional, con la finalidad de monitorear el bienestar y seguridad de los menores cuya tenencia provisional ha sido otorgada, resguardando así su integridad personal hasta que se emita una sentencia respecto a la tenencia permanente.

**CUARTA:** Se sugiere a los fiscales de familia y al equipo multidisciplinario (Psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales) dentro de sus posibilidades,

actuar con celeridad en el ejercicio de sus funciones, ya que en los procesos judiciales relacionados a las instituciones de familia como patria potestad, tenencia, tutela y otros, la premura del tiempo es de vital importancia pues se trata de menores de edad vulnerables a cualquier circunstancia.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Abarca, L. (2013) *La tutela jurídica Constitucional del debido proceso*, Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2013, p. 6, 7

Aguila, G., & Capcha, E. (2007). *El ABC del Derecho Civil*. LIMA: SAN MARCOS

Aguilar, B. (2012). *¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? Diálogo con la Jurisprudencia N° 164*, 28.

Avendaño, J. (2012). Código Civil Digital. *Gaceta Jurídica*, 183.

Barrera, V. (2015). Tesis titulada “*Los Derechos de Los Niños, Niñas y Adolescentes y Los Juicios de Tenencia*”

Bejarano, F. (2009) “*Los Derechos del Niño*” Cuadernos de Educación y Desarrollo. Recuperado el 01 de Marzo del 2016 de <http://www.eumed.net/rev/ced/06/fbg.htm>.

Beltrán, P. (2009). “*El mejor padre son ambos padres*” *¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? Boletín de la Familia N° 11-2009-UNIFE FACULTAD DE DERECHO*, 60.

Benoit, C. (2009). *Crean Equipos Multidisciplinarios en la Especialidad de Familia en las Cortes Superiores*. Recuperado el 22 de Marzo del 2016 de [http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2009/febrero/26/crean\\_equipo.htm](http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2009/febrero/26/crean_equipo.htm)

Cabanellas, G. (1979). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Editorial Heliasta, edición 12ª, Buenos Aires – Argentina, p.433

Cabrera, J. (2008) “*Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica*” Quito. Ecuador.

Canales, C. (2014) “*Patria Potestad y Tenencia, nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*” Diálogo con la Jurisprudencia.

Carbonell, F. (2014). *Manual de Derechos de los Niños y Adolescentes*

Carbonell, F., Lanzon, J., & Mosquera, S. (2010). *CÓDIGO CIVIL, Comentado-Concordado-Anotado TOMO 5 Artículos 287 al 659 FAMILIA*. LIMA-PERU: EDICIONES JURÍDICAS.

Cárdenas, E. (2015). “*El tiempo en los procesos de Familia*”, LA LEY, 1985–D, 748.

Castellanos, J., Díaz, L., Hernandez, J., Pezo, J., & Sosa, J. (2011). *INSTITUCIONES SUPLETORIAS DEL AMPARO*. Chiclayo.

Chanamé, R. (2010), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Editorial Adrus, Lima-Perú, pág. 171

Chunga, F. (2005). *Derecho de Menores; Editorial Grijley, Lima-Perú*.

Cillero, M. (2015) “*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*” Recuperado el 06 de Mayo del 2015 de <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod/Texto%208.pdf>, p.8.

COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, (2006)

Correa (s/f). *El interés superior del niño en el Derecho chileno*. Recuperado el 14 de Setiembre de 2013, de <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica16/InteresSuperior.html>

Cueva, L.(2013). *El debido proceso*, segunda edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, p. 81

Dávalos, C. (2011) *Patria Potestad y Tenencia*, Recuperado el 12 de Febrero del 2016 de <http://elblogdecharitodr.blogspot.pe/2011/04/patria-potestad-y-tenencia.html>

Devis, H. (2009): *Nociones Generales de derecho procesal civil*, segunda edición, editorial Temis, Bogotá – Colombia , p 76

De Santo, V. (1999). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Editorial Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 912.

Ferreira, A. (1993). “*Medida autosatisfactiva en el procedimiento de familia*”, LA LEY, 1996-E, 1295.

Gaona,L. (2014). Tesis titulada “*Reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia para hacer aplicable la resolución provisional a los juicios de tenencia con la finalidad de proteger el interés superior del niño, niña y adolescente*”

Gardner (2016) “*Alienación Parental*” Recuperado el 10 de Mayo del 2016 de <http://www.alienacionparental.org/siindrome.html>.

Hollweck, M. (2001). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*. Buenos Aires: Thomson La Ley

IPEDEHP(2010) Recuperado el 12 de Marzo del 2016 de <http://www.ipedehp.org.pe/userfiles/06%20DD%20a%20la%20integridad%20fisica.pdf>

Loayza, E. (2009). *“El derecho a la integridad personal”* Recuperado el 14 de Marzo del 2016 de <http://ec.globedia.com/el-derecho-a-la-integridad-personal>

Manual de Organización y Funciones del Módulo Judicial para las Especialidades: Constitucional, Civil, Comercial, Contencioso Administrativo, Trabajo y Familia (2009), *Hoja de Especificación de Funciones*. Recuperado el 21 de Marzo del 2016 de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cdd5c6804678b2c09fbadf93776efd47/pdf>

Mosquera, (2012). *Tenencia de menor solo puede ser ejercida por los padres. Diálogo con la Jurisprudencia N° 164 , 21.*

Noblecilla, S. (2014). Tesis titulada; *“Factores determinantes de la Tenencia de Menores en los Juzgados de Familia de Trujillo: La Primacía Del Interés Superior Del Niño”*

OEA: *Interés Superior del Niño*. Recuperado el 17 de Mayo de 2012, de <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>>.

Ojeda, C. (2004). *Derecho de los Niños*, Bogotá-Colombia, pág. 21

Ortega, I. (2002). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR: UNA PERSPECTIVA COMPARADA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA*. Recuperado el 12 de Marzo de 2016, de <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf>

Pérez, A. (1993) *Seguridad Jurídica*. Recuperado el 22 de Marzo del 2016 de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/seguridad-juridica/seguridad-juridica.htm>

Pinta, M. (2014). Tesis titulada *“Necesidad de cambiar el Procedimiento Contencioso General a un Procedimiento Único, en relación a la tenencia de los hijos, señalados en El Código de la Niñez y Adolescencia”*

*Poder Judicial (2010) Casación N° 2067-2010-Lima, Considerando vigésimo tercero.*

*Poder Judicial (2011) Casación N° 380-2011-Huaura. Considerando Sexto.*

*Poder Judicial (2004) Casación N° 34-2004-Junin Considerando Cuarto.*

*Poder Judicial (2000) Casación N° 1738-2000-Callao. Considerando Sexto.*

Poder Judicial (1995) *Expediente-932-95.Consideando Único.*

Poder Judicial (2000) *Casación N° 1279-2000-Piura. Considerandos Quinto, Sexto, Séptimo. Octavo y Noveno.*

Poder Judicial (1998) *Expediente N° 2211-98.Considerandos Segundo y Cuarto.*

Poder Judicial (2005)*Casación N° 356-2005-Cono Norte. Considerandos Tercero y Cuarto.*

Poder Judicial (1997) *Expediente N° 1517-97. Considerando Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo.*

Poder Judicial (1997) Expediente N° 709-97.Considerandos Primero y Tercero.

Poder Judicial (1994) *Expediente N° 4353-94. Considerando único.*

Poder Judicial (2002) *Expediente N° 2815-2002.Considerando Noveno.*

Poder Judicial (2002) *Casación N° 744-2002-Lima.Fundamento Cuarto.*

Poder Judicial (2010) *Casación N° 5138-2010-Lima. Considerando Tercero.*

Poder Judicial (2009)*Casación N° 759-2009-Lima.Considerandos Séptimo y Octavo.*

*Poder Judicial (1997) Expediente N° 447-97.Considerando Segundo y Quinto.*

Poder Judicial (1997) *Expediente N° 2726-97.Considerando Cuarto.*

Poder Judicial (2006) *Casación N° 3281-2006-Lambayeque.Considerando Décimo.*

Poder Judicial (2001) *Casación N° 3147-2001-Lima. Considerando Segundo.*

Poder Judicial (2009) *Casación N°4881-2009-Amazonas.Considerando Segundo y octavo.*

Poder Judicial (2001) *Casación N° 1066-01-Huaura. Considerando Sexto y Séptimo.*

Reyes, A. (2011). *El Derecho a la Integridad Personal, Editorial Nacional, Bogotá-Colombia, pág. 32.*

Rosales, M. (2005). CUSTODIA COMPARTIDA. *III ciclo de conferencias sobre temas actuales de la familia, organizado por la Agrupación Granadina de Madres y Padres Separados Canaletas-Alhambra., (págs. 1-21). Granada.*

Segura y Sepúlveda (2016) *“Alienación Parental”* Recuperado el 10 de Mayo del 2016 de <http://www.alienacionparental.org/siindrome.html>.

Simon, F. (2008). *“Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del niño a las Legislaciones Integrales”* Tomo 1. Quito. Ecuador.

*Tenencia*. (2011). Recuperado el 12 de Junio de 2012, de sitio web de divorcioperu: [www.divorcioperu.com/tenencia.php](http://www.divorcioperu.com/tenencia.php) 2011

Tribunal Constitucional (2009) *Expediente N° 01817-2009-PHC/TC-Lima. Fundamento 39.*

Varsi, E. (2011) *TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia, TOMO I.* LIMA: EL BÚHO E.I.R.L.

Word Press (2016) *Seguridad Jurídica.* Recuperado el 22 de Marzo del 2016 de <https://tv0828.wordpress.com/seguridad-juridica/>

# **ANEXO “A”**

## **Matriz de Consistencia**

ANEXO "A" - MATRIZ DE CONSISTENCIA

Planteamiento del Problema	Delimitación del Problema	Objetivos de la Investigación	Formulación de la Hipótesis	Método y Diseño de Investigación	Población y Muestra	Técnicas e Instrumentos
<p><b>1.1 Problema Principal</b> ¿Por qué el Artículo 87º del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional, carece de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años, generando la desprotección de su integridad personal. Arequipa-2016?</p> <p><b>1.2 Problemas Secundarios.</b> ¿Por qué el Art. 87º del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional, carece de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años?</p> <p>¿Por qué se desprotege la integridad personal al carecer de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años?</p> <p>¿Cuál es la relación entre el otorgamiento de tenencia provisional y la desprotección de la integridad personal?</p>	<p><b>A. Espacial:</b> Esta tesis abarca un área espacial que recae directamente en la ciudad de Arequipa.</p> <p><b>B. Temporal:</b> Dicha investigación corresponde al año 2016.</p> <p><b>C. Conceptual:</b> Desde el punto de vista conceptual, se definirán las variables relacionadas con el otorgamiento de tenencia provisional en relación a la desprotección de la integridad personal de los menores, todo ello en referencia al Interés Superior de los Niños y Adolescentes.</p>	<p><b>3. 1 Objetivo General</b> Analizar el Art. 87º del Código de los niños y adolescentes referente a la tenencia provisional, la desprotección de integridad personal que genera la carencia de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años</p> <p><b>3.2 Objetivos Específicos</b> Analizar la carencia de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años ,en el Art. 87º del Código de los Niños y Adolescentes referente al otorgamiento de tenencia provisional.</p> <p>Analizar la desprotección de la integridad personal al carecer de un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años.</p> <p>Determinar la relación entre el otorgamiento de tenencia provisional y la desprotección de la integridad personal.</p>	<p><b>4.1 La Hipótesis</b> Es probable que la modificación del Artículo 87º del Código de los Niños y Adolescentes, referente al otorgamiento de tenencia provisional, establezca un plazo determinado para resolver respecto a los niños mayores de tres años, garantizando su derecho a la integridad personal.</p> <p><b>4.2 Variables</b> <b>Variable independiente:</b> Otorgamiento de Tenencia Provisional.</p> <p><b>Indicadores:</b> -Edad del menor -Riesgo de la Integridad Física -Evaluación del equipo multidisciplinario -Tiempo determinado para otorgar la tenencia</p> <p><b>Variable dependiente:</b> Integridad personal de los niños mayores de 3 años.</p> <p><b>Indicadores:</b> -Integridad Física -Integridad Psíquica -Integridad Moral</p>	<p><b>5.1 Método de Investigación</b> El método utilizado es el científico y dentro de este se ha escogido al Método explicativo, que permitirá desarrollar y analizar las variables del problema e hipótesis de investigación  En esta investigación se realizó la búsqueda de teorías, las cuales han sido contrastadas con la realidad, lo que permitió identificar el fondo del problema.</p> <p><b>5.2 Diseño de Investigación</b> El diseño es No experimental es decir que no se pondrá en práctica las variables de estudio.</p>	<p><b>A. Población:</b> La población considera a los fiscales de familia y los jueces especializados de familia, ya que ellos son los operadores de justicia directos al momento de otorgar la tenencia provisional de menores, tal como establece el Art. 87 del Código de los Niños y Adolescentes para que se otorgue la tenencia provisional los fiscales deben emitir un dictamen fiscal previamente y en base a este y al informe del equipo multidisciplinario los jueces recién podrán otorgar la tenencia provisional ,la encuesta se llevó a cabo en las Fiscalías Provinciales de Familia de la ciudad de Arequipa y los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.</p>	<p><b>A.Técnica de Observación Documental</b>  <b>Técnicas</b> La técnica utilizada fue la encuesta  <b>Instrumentos</b> El instrumento que se utilizo fue el cuestionario.</p>

# **ANEXO “B”**

## **Cuestionario Aplicado**

## ANEXO “B”

### INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

#### CUESTIONARIO

**Instrucciones:** Señor Juez/Fiscal solicito a Usted los datos que se requiere para el presente trabajo de investigación sobre *“La Desprotección de la integridad personal de niños mayores de tres años en relación al otorgamiento de Tenencia Provisional”*; muy agradecida por su aporte.

**1.-¿Cree usted que la edad del menor es un requisito básico para otorgar la tenencia provisional?**

Sí ( )

No ( )

**2.- ¿Cree Ud. Que se debe considerar sólo el riesgo de la integridad física de los menores para resolver en un plazo determinado?**

Sí ( )

No ( )

**3.- ¿Cree Ud. Que el equipo multidisciplinario debería evaluar a los niños mayores de tres años en un plazo determinado?**

Sí ( )

No ( )

**4.-¿Considera que el Juez debe otorgar la tenencia provisional en un plazo de 24 horas solo en casos de niños menores de 3 años?**

Sí ( )

No ( )

**5.- ¿Cree Ud. Que se debería establecer un plazo de 48 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 3 a 7 años?**

Sí ( )

No ( )

**6.- ¿Cree Ud. Que se debería establecer un plazo de 72 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 8 a 12 años?**

Sí ( )

No ( )

**7.¿Cree usted que la desprotección de la integridad física de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?**

Sí ( )

No ( )

**8.- ¿Cree usted que la desprotección de la integridad psíquica de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?**

Sí ( )

No ( )

**9.-¿Cree usted que la desprotección de la integridad moral de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?**

Sí ( )

No ( )

# **ANEXO “C”**

## **Fichas de Validación de Encuesta**

**FICHA DE JUICIOS DE EXPERTOS**

ITEM	CONGRUENCIA		CLARIDAD		TENDENCIA		OBSERVACIONES
	COHERENCIA		PERTINENCIA		PERTINENCIA		
	Sí	No	Sí	No	Sí	No	
1.-¿Cree usted que la edad del menor es un requisito básico para otorgar la tenencia provisional?	X						
2.- ¿Cree usted que se debe considerar sólo la integridad física de los menores como requisito para otorgar la tenencia provisional?	X						
3.- ¿Cree Ud. Que el equipo multidisciplinario debería evaluar a los niños mayores de tres años en un plazo determinado?			X				
4.-¿Considera que el Juez debe otorgar la tenencia provisional en plazo de 24 horas solo en casos de niños menores de 3 años?			X				
5.- ¿Cree Ud. Que se debería establecer un plazo de 48 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 3 a 7 años?	X						

  
 Member Acosta Guillen  
 CAA 1527  
 A 120102

<p>6.- ¿Cree Ud. Que se debería establecer un plazo de 72 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 8 a 12 años?</p>									
<p>7.- ¿Cree usted que la desprotección de la integridad física de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?</p>									
<p>8.- ¿Cree usted que la desprotección de la integridad psíquica de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?</p>									
<p>9.- ¿Cree usted que la desprotección de la integridad moral de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?</p>									

X

X

X

X

  
 MARYBEL ACOSTA GUILLEN  
 C.A. 1527  
 Abasco

**FICHA DE JUICIOS DE EXPERTOS**

ITEM	CONGRUENCIA		CLARIDAD		TENDENCIA		OBSERVACIONES
	COHERENCIA		CLARIDAD		PERTINENCIA		
	Sí	No	Sí	No	Sí	No	
1.- ¿Cree usted que la edad del menor es un requisito básico para otorgar la tenencia provisional?	✓		✓		✓		
2.- ¿Cree usted que se debe considerar sólo la integridad física de los menores como requisito para otorgar la tenencia provisional?	✓		✓		✓		
3.- ¿Cree Ud. Que el equipo multidisciplinario debería evaluar a los niños mayores de tres años en un plazo determinado?	✓		✓		✓		
4.- ¿Considera que el Juez debe otorgar la tenencia provisional en plazo de 24 horas solo en casos de niños menores de 3 años?	✓		✓		✓		
5.- ¿Cree Ud. Que se debería establecer un plazo de 48 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 3 a 7 años?	✓		✓		✓		

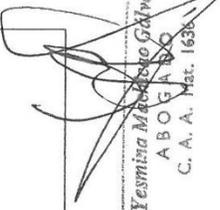
  
**José Luis Paragüa González**  
 ABOGADO  
 C.A.A. 91000

6.- ¿Cree Ud. Que se debería establecer un plazo de 72 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 8 a 12 años?	✓			✓		✓	
7.- ¿Cree usted que la desprotección de la integridad física de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?	✓			✓		✓	
8.- ¿Cree usted que la desprotección de la integridad psíquica de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?	✓			✓		✓	
9.- ¿Cree usted que la desprotección de la integridad moral de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?	✓			✓		✓	

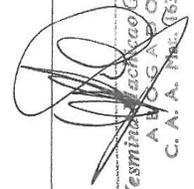
  
 José Luis Parada González  
 ABOGADO  
 C. A. A. 60000

**FICHA DE JUICIOS DE EXPERTOS**

ITEM	CONGRUENCIA		CLARIDAD		TENDENCIA		OBSERVACIONES
	Sí	No	Sí	No	Sí	No	
1.-¿Cree usted que la edad del menor es un requisito básico para otorgar la tenencia provisional?	↗		↘				
2.- ¿Cree usted que se debe considerar sólo la integridad física de los menores como requisito para otorgar la tenencia provisional?	↗		↘				
3.- ¿Cree Ud. Que el equipo multidisciplinario debería evaluar a los niños mayores de tres años en un plazo determinado?	↗		↘				
4.-¿Considera que el Juez debe otorgar la tenencia provisional en plazo de 24 horas solo en casos de niños menores de 3 años?	↗		↘				
5.- ¿Cree Ud. Que se debería establecer un plazo de 48 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 3 a 7 años?	↗		↘				

  
 Yesmina Márquez Gálvez  
 ABOGADO  
 C. A. A. Mat. 1638

<p>6.- ¿Cree Ud. Que se debería establecer un plazo de 72 horas para otorgar la tenencia provisional respecto a los niños de 8 a 12 años?</p>	✓		✓				
<p>7.¿Cree usted que la desprotección de la integridad física de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?</p>	✓		✓				
<p>8.- ¿Cree usted que la desprotección de la integridad psíquica de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?</p>	✓		✓				
<p>9.-¿Cree usted que la desprotección de la integridad moral de los niños mayores de 3 años, al no existir un plazo determinado para otorgar la tenencia de éstos, también vulnera el Interés Superior del Niño y Adolescente?</p>	✓		✓				

  
 Yesenia Pacheco Gilvez  
 ABOGADO  
 C. A. A. No. 1636

# **ANEXO “D”**

## **Proyecto de Ley**

## **ANEXO “D”**

### **PROYECTO DE LEY**

**“Decenio de las personas con discapacidad en el Perú”**

**“Año de la consolidación del Mar de Grau”**

**Sumilla:** Proyecto de Ley que modifica el artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes.

#### **I. DATOS DEL AUTOR**

La bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas que suscribe, Claudia Sofía Benavente Delgado, en ejercicio de sus facultades ciudadanas, que le confiere el artículo 31° de la Constitución Política del Perú y el artículo 75° del reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Proyecto de Ley que modifica el artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes.

#### **II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

##### **Considerando:**

Que, La Constitución Política del Perú en su Art. 6°, promueve la paternidad y maternidad responsable lo que implica el ejercicio de la patria potestad, que a su vez incluye el derecho a los padres a vivir con sus hijos y de estos a vivir en una familia sea esta monoparental, nuclear, separada, reconstituida o ensamblada, a fin de que entre los padres y los hijos se produzca el disfrute mutuo de la compañía recíproca.

Que, doctrinalmente, según Canales, C. señala que en nuestro medio, la tenencia provisional es considerada en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Se presume que el menor está corriendo un grave riesgo al estar con el otro progenitor, este debe entregarlo inmediatamente con una orden judicial.

Que, el actual Art. 87º del Código del Niño y Adolescente hace referencia a la tenencia provisional y señala expresamente: *“Se podrá solicitar si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el juez resolver en el plazo de veinticuatro horas, en los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal. Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.”*

Que, esta facultad de solicitar la tenencia provisional viola el derecho a la igualdad ante la ley, ya que deberían ser ambos los padres quienes puedan acceder a solicita una tenencia provisional es decir el que tiene y el que no tiene la custodia. Ante tal interpretación, los jueces podrían ejercer el control difuso, prefiriendo la normal constitucional.

Que, en cuanto a las decisiones tomadas sobre los menores de edad debe primar el interés superior del menor, para la toma de las mismas, siendo definido el mismo interés como “Principal criterio a tenerse en cuenta que implica que entre las alternativas que se tengan para determinar la tenencia, se escoja la que sea más beneficiosa para el niño o adolescente. Las normas precisan de manera general la importancia de tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y del adolescente para la determinación de la tenencia”.

### **III. ANALISIS COSTO - BENEFICIO:**

Que, si bien es cierto no existe cuantificación total del gasto irrogable a las Arcas Estatales y al Tesoro Público, se debe tener en cuenta que el desarrollo del menor tampoco es cuantificable puesto que el mismo constituye una forma de fortalecer el desarrollo del mismo Estado.

Tomando en consideración también, que esta propuesta legislativa busca velar por la integridad personal de los niños y procura su desarrollo integral en un ambiente óptimo para su desarrollo emocional, siendo esto fundamental para su desarrollo humano, haciendo también un ahorro al Estado, al dejar de otorgar en un futuro programas de apoyo al ciudadano que tuvo problemas familiares por mala colocación en cuanto a tenencia.

Por lo tanto, es más beneficioso para el estado velar por la integridad personal de los menores, antes de procurarles atenciones posteriores por descuidos en este aspecto.

**Que, por las consideraciones antes expuestas, se considera necesaria la presentación de la siguiente propuesta legislativa:**

### **PROYECTO DE LEY**

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

***“Ley que modifica el Artículo 87 del Código del Niño y Adolescente en lo referente a el otorgamiento de la tenencia provisional”***

**Artículo Primero.-** Modifíquese el artículo 87 del Código del Niño y Adolescente, con la redacción siguiente:

#### ***“ARTICULO 87.- TENENCIA PROVISIONAL***

***“Se podrá solicitar si el niño estuviere en peligro su integridad personal, debiendo el juez resolver en el plazo de veinticuatro horas para los niños menores de 3 años, en los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal en un plazo de cuarenta y ocho horas para los menores cuya edad se encuentre entre 4 y 7 años y de setenta y dos horas para los menores cuya edad se encuentre entre 8 y 12 años. Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.***

*No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.*

*Puede interponerse dicha medida cautelar conjuntamente con la demanda de tenencia, en cuyo caso se reserva la notificación de la misma y el Juzgado ordena de oficio la formación del cuaderno cautelar respectivo, exceptuándose para este caso la solicitud de copias certificadas al demandante”*

**Artículo Segundo.-** Deróguense los artículos y disposiciones que se opongan a la presente ley.

**Artículo Tercero.-** Encargase al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, realizar las acciones necesarias para la implementación de la presente ley.

**Artículo Cuarto.-** Créese un registro anual de aplicación del régimen de tenencia provisional, cuya confección y custodia recaerá en las Oficinas de Coordinación de los Juzgados de Familia y Mixtos de cada Sede Judicial.

**Artículo Quinto.-** Créese la unidad de monitoreo del Régimen de Tenencia Provisional, adscrita al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, con la finalidad de monitorear el bienestar de los menores sometidos a dicho régimen.

## **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**Primera Disposición Transitoria.-** La presente ley regirá desde el primero de enero del año siguiente a su publicación en el Diario Oficial El Peruano

**Segunda Disposición Transitoria.-** Encárguese al Poder Judicial y al Ministerio de la Mujer y Poblaciones de Vulnerables, la confección de los respectivos presupuesto para la implementación de esta ley.

Arequipa 07 de Julio de 2016

## **ANEXO “E”**

**Oficio y autorización de la Presidencia de la Corte  
Superior de Justicia de Arequipa para aplicar  
encuesta**

Oficio N° 065-2016-ED-UAP-AQ

**SEÑOR:**  
**Dr. Jhonny Cáceres Valencia**  
**Presidente de la Corte Superior de Justicia**

**PRESENTE.-**

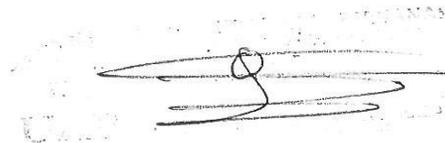
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA	
TRAMITE DOCUMENTARIO	
<b>RECIBIDO</b>	
30 MAYO 2016	
N° REG. ....	FOLIOS: 01
FIRMA: .....	HORA: 1:51

Me dirijo a Ud., con la finalidad de saludarlo y a la vez hacer extensiva mi felicitación por la gestión acertada que realiza en tan importante Institución.

El presente documento tiene por finalidad presentarle a la Srta. **BENAVENTE DELGADO CLAUDIA SOFIA** alumna egresada de la Escuela Académico Profesional de Derecho de nuestra Casa Superior de Estudios, Universidad Alas Peruanas Filial Arequipa, y a la vez para solicitarle se sirva brindarle las facilidades para que realice sus encuestas; y de esta manera poder sustentar para la obtención del Título Profesional de Abogado.

En espera de su atención a la presente, y agradeciéndole por la facilidades brindadas, me suscribo de usted no sin antes reiterarle las muestras de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,





PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Arequipa

“Año de la consolidación del Mar de Grau”

Arequipa, 31 de Mayo del 2016.

OFICIO NRO. 580-2016-P-CSJAR/PJ

Señora:

Doña Yigliola Arias Huiza

Coordinadora Académica de la Facultad de Derecho y C.C. P.P. de la Universidad Alas Peruanas  
– Filial Arequipa

Ciudad.-

Referencia: Oficio N° 065-2016-ED-UAP-AQ

Tengo el agrado de dirigirme a usted, expresándole mi cordial saludo y a través del presente, en mérito a lo solicitado mediante oficio de la referencia, a fin de atender su solicitud, se le solicita previamente indicar los servidores judiciales (Jueces, auxiliares jurisdiccionales, trabajadores administrativos), así como los órganos jurisdiccionales y/o administrativos, a los cuales se les dirigirá la encuesta objeto de su solicitud, ello a fin de poder dar atención a la misma. Va para su conocimiento y fines pertinentes.

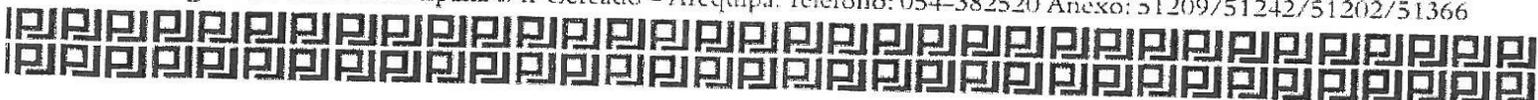
Sin otro particular hago propicia la ocasión para reiterarle las seguridades de mi más distinguida consideración, y agradecerle de nuevo su amable invitación.

Atentamente,

PRESIDENCIA



Johnny Manuel Cáceres Valencia  
PRESIDENTE  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA



2016-4312

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

TRAMITE DOCUMENTARIO

RECIBIDO

02 JUN. 2016



PODER JUDICIAL DEL PERU



FORMULARIO UNICO TRAMITES ADMINISTRATIVOS DEL PODER JUDICIAL

R.A. N° 304-2014-CE-PJ

DISTRIBUCION GRATUITA

N° REG. FOLIOS 02 1/59

I. RESUMEN DEL PEDIDO:

Solicito aplicación de encuestas a jueces especializados de familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

II. AUTORIDAD A QUIEN SE DIRIGE:

Dr. Jhonny Cáceres Valencia

III. DATOS DEL SOLICITANTE:

Persona Natural Apellido Paterno: Benavente Apellido Materno: Delgado Nombres: Claudia Sofía

Persona Jurídica Razón Social:

Tipo y Número de Documento: N° de DNI: 73858022 N° de RUC: C.Extranjería:

IV. DIRECCION:

Correos Electrónicos: 1) sofia.benavente93@hotmail.com 2)

Tipo y Nombre de la Vía: Avenida: Jirón: Calle: Pasaje: Prolongación: Otros:

Nombre de la Vía: Vía Ulrich Neisser

N° de Inmueble: Block: Interior: Mz/Lote: H-6 Otro:

Tipo de Zona: Urbanización: X Asentamiento Humano: Cooperativa: PP.JJ: Otro:

Referencia: A espaldas del Gobierno Regional de Av. Kennedy

Distrito: Paucarpata Provincia: Arequipa Departamento: Arequipa

Teléfonos: Fijo: 4656 07 Celular: 959 957 094

V. BREVE SUSTENTACIÓN DEL PEDIDO (Resumen):

Con fecha 30/ Mayo/ 2016 a través del oficio N° 065-2016-EP-UAP-AR, solicite pasar una encuesta ya que estoy elaborando una tesis actualmente, por tal motivo solicito que nuestro despacho autorice que dicho encuesta sea aplicada a los jueces especializados de familia que operan en la Corte Superior de Justicia del Cercado.

Cordialmente.

VI. ANEXOS: (En orden correlativo) FOLIOS: En Letras: En número:

1- Copia simple del Oficio N° 065-2016-EP-UAP-AR

DECLARO que la información presentada en este Formulario tiene carácter de DECLARACION JURADA.

Lugar y Fecha: Arequipa 02 de Junio - 2016

[Handwritten Signature]

FIRMA DEL USUARIO



## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA PRESIDENCIA

**DECRETO N° 2015-2016-PRES/CSA**

**NUMERO DE REGISTRO: 4312-2016**

**REFERENCIA: SOLICITUD N° S/N, OFICIO N° 580-2016-P-CSJAR/PJ**

**ASUNTO: SUBSANA SOLICITUD CONFORME A LO DISPUESTO MEDIANTE OFICIO N° 580-2016-P-CSJAR/PJ.**

Arequipa, dos mil dieciséis  
Junio, tres.-

Estando a la solicitud de fecha treinta de mayo del dos mil dieciséis con Registro N° 4173-2016, a lo dispuesto mediante Oficio N° 580-2016-P-CSJAR/PJ, y a la subsanación efectuada mediante escrito de la referencia, se otorga **AUTORIZACIÓN** a doña Claudia Sofía Benavente Delgado, para efectos de la encuesta solicitada con los señores magistrados de los Juzgados de Familia de la Sede Central, **DISPONIENDOSE** que el señor Administrador de los Juzgados de Familia, Sr. Johnny Oré Valencia, **CUMPLA** con brindar las facilidades del caso, a la solicitante, para la realización de la referida encuesta, tomándose en cuenta que no se deberá interferir las labores jurisdiccionales cotidianas, **CON CONOCIMIENTO** de los señores Jueces de los Juzgados de Familia de la Sede Central para los fines pertinentes. *Lo autoriza la señorita Secretaria de Cámara de Presidencia que suscribe la presente en aplicación de sus facultades.-*

SR.  
**CÁCERES VALENCIA**  
**PRESIDENTE.**



*Gloria Alvarez Vitorino*  
Yoice Gloria Alvarez Vitorino  
Secretaria de Presidencia  
Corte Superior de Justicia de Arequipa

**Zimbra:****notificacionespresidencia@pjcsjar.gob.pe**

---

**AUTORIZACION DE REALIZACION DE ENCUESTAS EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA (2015-2016)**

---

**De :** Notificaciones Presidencia  
<notificacionespresidencia@pjcsjar.gob.pe>

jue, 09 de jun de 2016 15:44

 1 ficheros adjuntos

**Asunto :** AUTORIZACION DE REALIZACION DE ENCUESTAS EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA (2015-2016)

**Para :** Johnny V. Ore Loayza <jore@pjcsjar.gob.pe>, Luis Giancarlo Torreblanca Gonzales <ltorreblanca@pjcsjar.gob.pe>, Julia M. Montesinos Y Montesinos Hartley <jmontesinosy@pjcsjar.gob.pe>, Humberto G. Valdivia Talavera <hvaldivia@pjcsjar.gob.pe>, Aurelio R. Valencia de Romana <rvalenciar@pjcsjar.gob.pe>, Rocio D. Aquize Caceres <raquize@pjcsjar.gob.pe>

BUENAS TARDES SEÑORES USUARIOS SE PONE A SU CONOCIMIENTO EL DECRETO N° 2015-2016-PRES/CSJAR

ATTE

NOTIFICACIONES DE PRESIDENCIA

**DECRETO 2015-2016.pdf**

240 KB

## **ANEXO “F”**

**Oficio y autorización de la Presidencia de la Junta  
de fiscales de Arequipa para aplicar encuesta**



Oficio N° 066-2016-ED-UAP-AQ

**SEÑOR:**  
**Dr. HUGO ROGGER RAMOS HURTADO**  
**Presidente de la Junta de Fiscales Superiores**

PRESENTE.-

Me dirijo a Ud., con la finalidad de saludarlo y a la vez hacer extensiva mi felicitación por la gestión acertada que realiza en tan importante Institución.

El presente documento tiene por finalidad presentarle a la Srta. **BENAVENTE DELGADO CLAUDIA SOFIA** alumna egresada de la Escuela Académico Profesional de Derecho de nuestra Casa Superior de Estudios, Universidad Alas Peruanas Filial Arequipa, y a la vez para solicitarle se sirva brindarle las facilidades para que realice sus encuestas; y de esta manera poder sustentar para la obtención del Título Profesional de Abogado.

En espera de su atención a la presente, y agradeciéndole por la facilidades brindadas, me suscribo de usted no sin antes reiterarle las muestras de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,



REG. 2099-2016.

Arequipa, treinta y uno de Mayo  
del año dos mil dieciséis.-

Dado cuenta, el Oficio N° 066-2016-ED-UAP-AQ presentado por el Coordinador Académico de la Facultad de Derecho y CC.PP. de la Universidad Alas Peruanas-Filial Arequipa, mediante el cual presenta a la señorita Benavente Delgado, Claudia Sofia, alumna egresada de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Alas Peruanas –Filial Arequipa, a fin de que se le brinden las facilidades para que realice encuestas en la **sede de las Fiscalías de Familia** del distrito fiscal de Arequipa y de esta manera poder sustentar para la obtención del Título Profesional de Abogado; por lo que siendo atendible, **AUTORÍCESE**, conforme a lo solicitado.

HRH/mav



*[Handwritten signature]*  
FERNANDO HUERTADO  
Presidente de la Junta de Fiscales Superiores  
Arequipa