

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA



**“LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO
PREJUDICIAL, EN LAS COMISARIAS DE ALTO SELVA ALEGRE Y
CERRO COLORADO, PROVINCIA DE AREQUIPA, AÑO 2012.”**

Tesis presentada por la Bachiller:

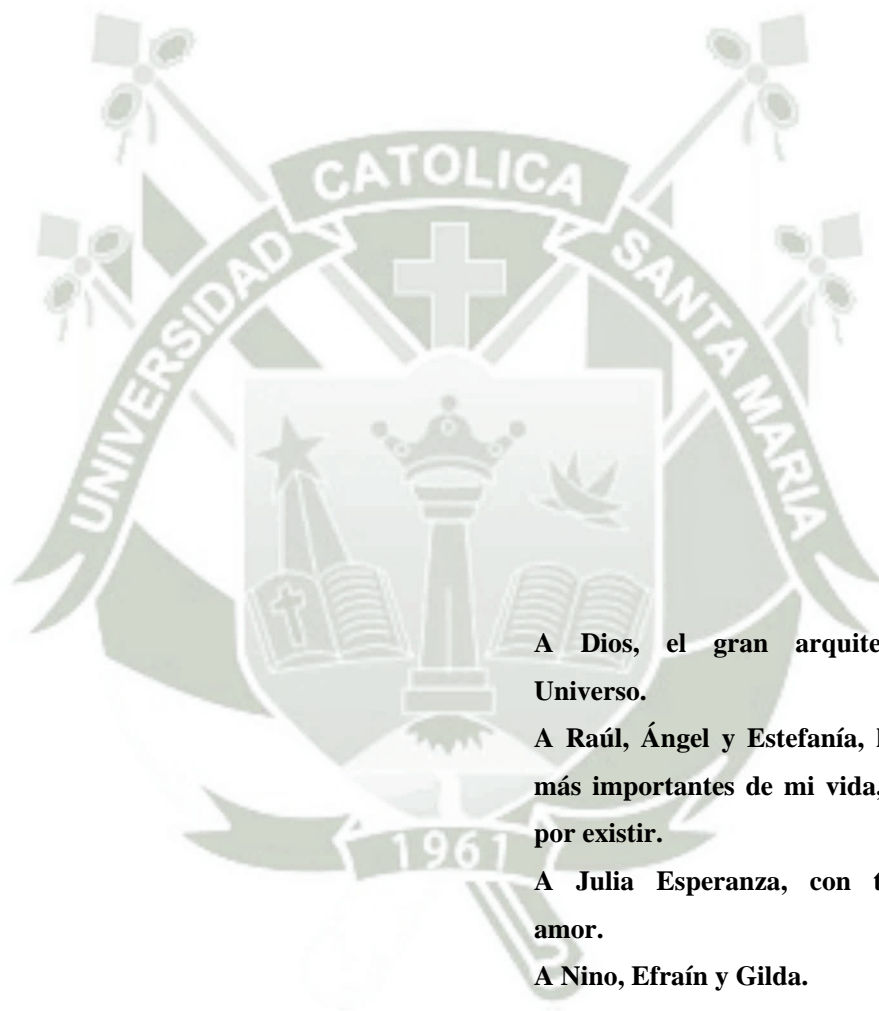
ADELA CHÁVEZ PINAZO

Para obtener el Grado Académico de:

Magister en Derecho de Familia.

AREQUIPA – PERÚ

2014



**A Dios, el gran arquitecto del
Universo.**

**A Raúl, Ángel y Estefanía, los seres
más importantes de mi vida, gracias
por existir.**

**A Julia Esperanza, con todo mi
amor.**

A Nino, Efraín y Gilda.

RESUMEN

En la presente investigación, pretendemos dar a conocer la verdadera problemática, que se presenta en las Comisarias, de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, cuando los padres se disputan la tenencia material de sus hijos sean estos niños, niñas o adolescentes.

En el primer capítulo, tratamos lo concerniente a la Patria Potestad, debido a que la Tenencia es un atributo de esta, con la finalidad que quede claro qué se entiende por patria potestad y qué es todo lo que engloba.

Después en un segundo capítulo, entrando realmente en el tema que nos motiva, pretendemos analizar la tenencia en sí, sus aspectos específicos, así como otras figuras que derivan de la tenencia, el régimen de visitas y la diferencia con otras figuras jurídicas, como la tutela; así mismo veremos a la figura jurídica de la tenencia en el ámbito internacional, cómo es tratada en otros países, en donde tiene diferente denominación y no se llama tenencia, sino guarda y custodia de niños, niñas y adolescentes.

En el Tercer capítulo, procedemos a determinar la problemática que se presenta en las Comisarias de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado cuando ambos padres se disputan la tenencia de sus hijos, como se ha podido verificar en las mismas comisarias, que no lleva ningún tipo de registro de estos incidentes, no toman ninguna denuncia. Esto de enero a diciembre de 2012, sin embargo cabe señalar que esto se ha dado en años anteriores al referido y que esta situación se sigue repitiendo en la actualidad.

Finalmente debemos señalar que este problema continua sin solución en la actualidad en las Comisarias indicadas, muchas veces no se tiene en cuenta los intereses del niño.

Arequipa, 2013 julio.

La Autora.

SUMMARY

In this research, we aim to make known the true problem, which occurs in police stations of Alto Selva Alegre and Cerro Colorado, when both parents compete for the tenure of their minor children.

In the first chapter, we try to regard to the parenting, since possession is an attribute, in order to make it clear that parental authority is defined, which all that encompasses is.

Then in a second chapter, actually entering the issue that motivates us, we intend to analyze the holding itself, its specific aspects, as well as other figures derived from tenure, example the regime of visits and the difference with other legal figures such as guardianship.

In the fourth chapter to see the legal figure of tenure at the international level, as it is treated in other countries, where has different denomination and not called tenure, but guard and custody of children.

In the fifth chapter, we proceed to determine the problem which arises in the police stations of Alto Selva Alegre and Cerro Colorado, when both parents disputed the possession of their children, as it has been able to check at the same stations, that they do not carry any kind of registration of these incidents, they do not take any complaint. This January to December 2012, however should be noted that this has been given in years prior to the referral and that this situation is repeating today.

Finally, we should point out that this continuous problem without solution today indicated police stations, often is not taken into account the interests of the minor.

Arequipa, 2013 July.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, encontramos que no existe normatividad respecto de la Tenencia de los hijos, en la etapa prejudicial, hasta que sea ingresada al Poder Judicial, Juzgados Especializados de Familia, vía proceso, mediante una demanda, la que tiene que ser admitida, y como todo proceso se tiene que notificar, esperar la contestación, fijar la fecha para la realización de la Audiencia Única, fechas que se están estableciendo hasta después de meses, debido a la sobre carga que tienen estos Juzgados, pueden pasar años, para que se dé una sentencia definitiva, en estos procesos.

Para ello, hemos considerado el periodo más reciente para el estudio de las denuncias y ocurrencias, que obran en las Comisarias, habiendo tomado dos Comisarias las que son Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, entre los meses de enero a diciembre de 2012, a fin de evaluar los resultados y así poder conocer cuál es la incidencia de este suceso, que es lo que se determina en el momento mismo, quien lo establece, con qué criterio.

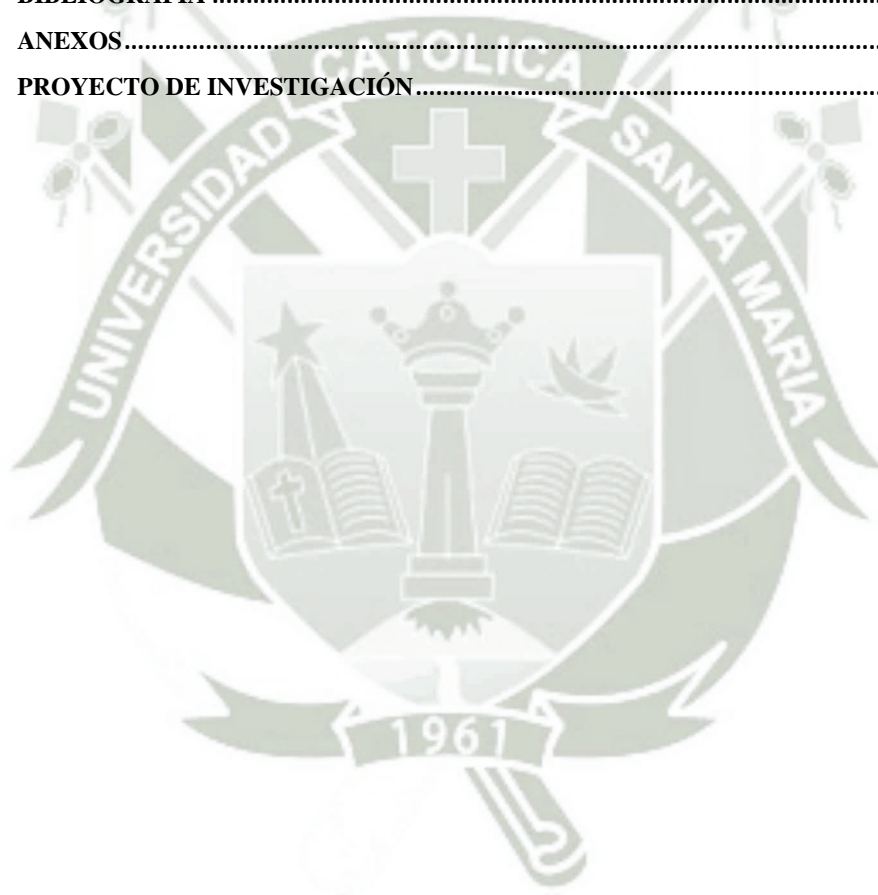
Los artículos pertinentes del Código de los Niños y Adolescentes, que van desde el 81 hasta el 87, no contemplan nada sobre quien decidirá la Tenencia provisionalmente, antes de que se dilucide el caso en proceso judicial, más aun si el artículo 87 del código indicado, en su cuarto párrafo señala expresamente “*que no procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso*”: Es probable que, personal policial, de la sección Familia, este realizando algún tipo de entrega provisional a uno de los padres, sin estar facultados para ello, o se esté dando cuenta a los Fiscales Provinciales de Familia, quienes también podrían estar actuando sin respaldo legal, al disponer que los menores sean entregados por la Policía a uno de los padres, lo que estaría generando consecuencias negativas en la administración de justicia.

El nivel de investigación es de tipo descriptiva – relacional, en la medida en que permitirá determinar la incidencia de este hecho en las Comisarias, así como la decisión que se tomó en ese momento, y si esta tiene respaldo legal, ya que la norma prescribe que en caso de desacuerdo entre los padres, solo el Juez Especializado de Familia, está facultado para determinar bajo la tenencia de cuál de los padres se queda el niño, niña o adolescente.

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
SUMMARY	4
INTRODUCCIÓN	5
ÍNDICE.....	6
CAPÍTULO I	8
PATRIA POTESTAD	8
1. ANTECEDENTES.....	8
2. CONCEPTO Y DEFINICIÓN	13
3. EL PADRE Y LA MADRE RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD.....	15
3.1. <i>RÉGIMEN DEL EJERCICIO COMPARTIDO O CONJUNTO.....</i>	17
3.2. <i>RÉGIMEN DEL EJERCICIO EXCLUSIVO.....</i>	17
4. LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	17
4.1. SISTEMA DE POTESTAD CONJUNTA	17
4.2. EJERCICIO UNILATERAL DE LA PATRIA POTESTAD	18
4.4 LA PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE LOS HIJOS MATRIMONIALES	19
4.4. LA PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES	21
4.4.1. <i>Cuando es reconocido solo por uno de los padres.....</i>	21
4.4.2. <i>Cuando es reconocido por ambos padres.....</i>	21
4.4.3. <i>Cuando la madre es niña o adolescente.....</i>	21
5.1. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES	24
5.2. SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.....	27
5.3. VIGENCIA DE LA PATRIA POTESTAD.....	30
5.4. EXTINCIÓN O PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.....	31
6. PARTICULARIDADES DE LA PATRIA POTESTAD.....	33
7. RESTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	34
CAPITULO II.....	36
LA TENENCIA.....	36
1. CONCEPTO DE TENENCIA.....	36
3. LA TENENCIA DE LOS HIJOS: NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO ATRIBUTO DE LA PATRIA POTESTAD	39
4. LA GUARDA Y CUSTODIA	47
A. SEMBLANTE JURÍDICO DE LA TENENCIA, LA GUARDA Y CUSTODIA.....	50
B. RELACIÓN ENTRE LA TENENCIA, LA GUARDA, LA CUSTODIA Y LA PATRIA POTESTAD ..	50
C. COMPOSICIÓN DE LA TENENCIA O GUARDA-CUSTODIA	51
5. VARIACIÓN DE LA TENENCIA	53
6. LA TENENCIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS	55
7. LA TENENCIA, GUARDA O CUSTODIA COMPARTIDA	57

8. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	61
9. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	67
A. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA TENENCIA DE LOS HIJOS.	68
10. LA OPINIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE	70
CAPITULO III	73
PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	73
DETERMINACIÓN DE LAS ACCIONES TOMADAS A NIVEL POLICIAL, FRENTE A LA DISPUTA DE LA TENENCIA, POR LOS PADRES EN LAS COMISARIAS DE ALTO SELVA ALEGRE Y CERRO COLORADO.	73
CONCLUSIONES.....	100
SUGERENCIAS	103
PROYECTO DE LEY.....	105
BIBLIOGRAFÍA	109
ANEXOS.....	112
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.....	112



CAPÍTULO I

PATRIA POTESTAD

1. Antecedentes.

En la antigüedad la Patria Potestad, estaba conceptualizada como el “poder de los padres sobre sus hijos”, este concepto ha cambiado con el transcurso del tiempo, ahora hablamos de la Patria Potestad, como una “institución natural” tratada dentro del Derecho de Familia. Es una institución natural, debido a que todos los seres humanos atravesamos una etapa, en la que necesitamos de cuidados especiales, este lapso está comprendido desde nuestro nacimiento hasta que estamos aptos para procurarnos solos nuestro sustento y cuidado. Son los padres las personas que tienen el deber y el derecho de cumplir con estos requerimientos de protección y cuidado.

En el derecho comparado podemos encontrar diversas definiciones dadas por muchos tratadistas los que tienen una visión particular de lo que se entiende por patria potestad, algunos de ellos son citados a continuación.

Alex Placido¹ al referirse a la patria potestad, “(...) es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de estos. En ella, están estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferidos por la ley”.

Peralta Andia², “la patria potestad, tal como se la conoce hoy, es el resultado de un largo proceso de evolución que ha transformado la institución al punto de que en la doctrina y en la legislación comparada, se utilizan diferentes denominaciones para designarla, tales como: patria potestad, autoridad parental, autoridad de los padres, deberes y derechos paterno-filiales, etc., que señalan la perentoria necesidad de cambiarla por otra más acorde con su naturaleza”.

¹ PLACIDO VILCACHAGUA, Manual de Derecho de familia, Gaceta Jurídica, Lima 2001, p. 35.

² PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Cuarta Edición Lima Perú 2008, p. 317-318.

La Convención sobre los Derechos del Niño indica que la patria potestad se ejerce en beneficio de los hijos: ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, e impone a aquellos que la preocupación fundamental es el interés superior del niño³.

Artículo 9, de la Convención sobre los Derechos del Niño, prescribe

1. 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 caso particular, por ejemplo, en caso de que un niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que este 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.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o el fallecimiento (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona este encarcelada por el Estado) de uno de los padres o de ambos o bien del niño. El Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño, o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño.

Los Estados parte se cerciorarán además, de que la presentación de tal petición no entrañe por si misma consecuencias desfavorables para el o los interesados.

³ Artículo 18, numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Comentando el artículo precedente, Fermín Chunga Lamonja, señala: “Por Patria Potestad, el padre y la madre tiene el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. Puede ejercerse por ambos conjuntamente o por uno solamente (casos de pérdida, suspensión, separación o divorcio)”.

“Entre los deberes y derechos que genera la Patria Potestad figuran, entre otros, el tener a los hijos en su compañía, recogerlos del lugar donde se encuentren sin su permiso, dirigir su educación, corregirlos moderadamente, etc.”.

“En caso de separación o divorcio el juez deberá de fijar un régimen de visitas a favor de quien no lo tenga en su poder y de ser posible determinar una tenencia compartida”⁴.

Cualquiera sea el nombre que se adopte, lo evidente es que como consecuencia de la filiación, los padres tienen la obligación de alimentar, proteger y educar a sus hijos, y para la mejor observancia de esos deberes el ordenamiento jurídico les determina un haz de deberes-derechos que son los que se congregan bajo el nombre de “patria potestad”, aunque éste es un rezago que viene del Derecho romano.

“Precisamente, su origen se halla en el Derecho antiguo, particularmente en Roma donde la patria potestad es conocida como un officium en interés del filius. En esta época el pater familias llegó a arrogarse derechos incondicionales sobre sus hijos, de ese modo tenía aquél un poder de vida y muerte sobre aquéllos, por lo tanto, podía castigar en justicia privada, disponer de sus bienes e igualmente sucederlos.

Este poderío paterno, que poseyó expresiones contradictorias a todo efecto de paternidad, duró hasta la muerte, cualquiera que fuese la edad de los hijos”.

“Durante el derecho medieval, la patria potestad en la antigua Legislación Española fundada sobre las instituciones romanas, involucraba poderes casi incondicionales del padre, ya que permitía no sólo el arrendamiento de los hijos sino también su comercio en casos de extrema indigencia. La Iglesia asumió una marcada autoridad en la atenuación de este sistema, pues entendió la patria potestad, más bien, desde el ángulo de los intereses del hijo. En el Derecho germánico predominó también la idea de amparo del incapaz, siendo los poderes paternos de carácter transitorio, pero concluyentemente fue en el cristianismo donde se ponderó en las leyes de aquel

⁴ CHUNGA LAMONJA, Fermín, CHUNGA CHÁVEZ, Carmen, CHUNGA CHÁVEZ Lucía. Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos, editorial Grijley, Lima – Perú, 2012, p. 399.

tiempo, un nuevo ánimo, estableciendo que el correctivo de los hijos debía hacerse con prudencia y con humanidad”.

“Contrariamente, en el Derecho moderno se pone mayor acento en los deberes que en los derechos del padre, caracterizándose por una marcada tendencia de intervencionismo estatal en la vida íntima de la familia, pero fue con la Revolución Francesa que se la abolió tal como se la concibiera en el Derecho Romano. El Código de Napoleón, no obstante haber considerado que la patria potestad constituía una institución de protección en favor del hijo, consagró los poderes del padre atribuyéndose el ejercicio de múltiples derechos; sin embargo, todo va cambiando y hoy está triunfante la idea de que la patria potestad implica no sólo derechos sino también deberes y, aún más, lo que interesa primordialmente es la protección de todos los menores de edad”.

“También, la sociedad y el Estado socialista previeron una serie de disposiciones importantísimas sobre los deberes y derechos de los padres, que ahora se toman en cuenta”.

En el Derecho actual es la Convención sobre los Derechos del Niño lo que resalta la función tuitiva de la patria potestad al indicar que se ejerce en beneficio de los hijos: El principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo de sus hijos, impone a aquéllos la preocupación fundamental en el interés superior del niño.

Para Benjamín Aguilar⁵, “la patria potestad no es una creación de la ley, sino de la naturaleza, la ley solo cumple con regularla, mas no es ella la que confiere los derechos e impone los deberes a los padres, sino que los declara, pues ellos vienen impuestos por la naturaleza, por el hecho mismo de la procreación; sin embargo, la institución existe mientras exista un estado de necesidad natural en el ser humano, el cual desde que nace hasta un cierto periodo de su existencia es incapaz de atender a sus necesidades, ni de cautelar sus intereses, o de reclamar sus derechos, pues ese estado de indefensión, de incapacidad, debe ser cubierto por alguien, de lo contrario este ser humano está condenado a perecer, y ese alguien tienen que ser aquellos que lo trajeron al mundo, aquellos que le dieron la vida, ellos son sus progenitores”.

“Por tratarse de una institución que descansa en un estado de necesidad natural de los sujetos bajo la patria potestad y dado que se da entre padres e hijos, aparecen

⁵ AGUILAR LLANOS, Benjamín, La familia en el Código Civil peruano, Ediciones Legales, Lima 2008, p. 297.

particularidades propias, reconocidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia”.

- Es una institución del Derecho de Familia, al darse entre personas vinculadas por el parentesco.
- Se reconoce a los padres no solo deberes sino también derecho sobre la persona y bienes de sus hijos.
- Se reconoce a los hijos no solo derechos, sino igualmente deberes para con sus padres.
- Es una institución no creada por el Derecho, sino que precede a este, pues se trata de una institución de orden natural.
- La patria potestad tiene sentido en tanto busca cautelar los intereses de los hijos, que por su incapacidad no pueden ser cautelados por ellos mismos.

Por su parte Enrique Varsi⁶, al referirse a la naturaleza jurídica de la patria potestad, señala: “La patria potestad es una institución típica del Derecho de familia, que implica una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad”

La autoridad paterna tiene su fundamento en la propia naturaleza y es tan vieja como la sociedad humana; pero la manera de ejercer, sobre los derechos y obligaciones que comporta, ha evolucionado considerablemente.

La legislación comparada, al decir de Fernández CLÉRIGO, ha evolucionado notablemente en materia de patria potestad, bien sea: (i) concentrando y atribuyendo poderes sólo al padre, (ii) otorgando poderes subordinados a la madre, o (iii) estableciendo la igualdad entre el padre y la madre. Todo ello ha generado la creación de relaciones jurídicas equilibradas en el Derecho de Familia, en las que surgen las facultades recíprocas entre las partes intervinientes⁷.

⁶ Ibídem, Divorcio, filiación y patria potestad, Grijley, Lima, 2004. p. 6.

⁷ FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis: El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, México Uteha, 1947. p 27.

Por nuestra parte consideramos, que la Patria Potestad, es tanto un deber como un derecho natural, que tienen los padres y las madres para con sus hijos, no queremos usar la palabra “sobre”, porque haría ver que estamos por encima, lo que no creemos que sea apropiado para usarla, en este caso.

2. Concepto y Definición

La patria potestad adviene del latín potestad o patria potestad, que viene a ser el poder unitario del pater familias sobre los hijos. Las Partidas lo definen como el poder o señorío de los padres sobre los hijos o como un compendio de derechos sin deberes.

La patria potestad, constituye también un derecho del padre y la madre para atender, sobre todo, al desarrollo y futuro de aquellos que trajeron al mundo y con quienes tienen lazos de amor filial.

Cualquier limitación tendría que sustentarse en causas determinadas y perjudiciales a los intereses superiores del niño, niña o adolescente. El ejercicio conjunto de la patria potestad es una normal convivencia del marido y la mujer, abarca divergencias, es predecible que la invalidación o la separación o divorcio por causa específica, produzcan un distanciamiento físico y/o emocional de los padres, susceptible de perturbar la meditación conllevada.

“La procreación es el acto biológico generador de descendencia que produce efectos legales (hecho jurídico) que se van a establecer de manera plena con la determinación de la filiación. Es por ello que procreación y filiación implican elementos fundamentales dentro del Derecho de Familia: el primero es generador de vida y el segundo es causante de relaciones paterno-filiales”.

Para Varsi Rospigliosi, “mediante la filiación los padres se vinculan jurídicamente con sus hijos cumpliendo con satisfacer sus necesidades y requerimientos, asistiéndolos, protegiéndolos y representándolos. La relación paterno-filial es, por ello, un complejo de relaciones familiares entre padres e hijos en la que se da la denominada "autoridad paternal" que obedece a la obligación que tienen los padres en la formación de sus hijos”.

“Al constituir un medio de realización natural, la familia tiene como uno de sus fines el cuidar la persona y los bienes de los hijos, lo que se cumple mediante el ejercicio de la autoridad de los padres dentro de la institución de la patria potestad. Así, los

padres cuidan y defienden a su descendencia, que es una obligación propia, innata y connatural en el ser humano”⁸.

El tratadista francés Joserand⁹, expresa que “La patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben en lo que concierne a la manutención y educación de dichos hijos”. “Esta concepción responde al criterio imperante de épocas pasadas, donde los hijos no gozaban de derechos frente a los padres, contrariamente, la patria potestad era el poder de éstos sobre los hijos y sus bienes”.

Pero, los conceptos cambian atendiendo las transformaciones de la vida en sociedad, por eso – expresa Diez-Picazo citando a Messineo¹⁰ que la patria potestad es “el conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función social confiada a los progenitores de proteger, educar Instruir a los hijos menores de edad en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente falta de capacidad de obrar”.

Peralta Andia¹¹, sostiene que “la patria potestad es otra institución importante del Derecho de Familia que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para cuidar de las persona y de los bienes de sus menores hijos. En suma, este instituto beneficia y cautela prioritariamente los derechos de los hijos desde la concepción, la niñez y la adolescencia, teniendo como directriz el principio superior del niño y adolescente con la finalidad de que aquellos puedan desarrollarse de manera adecuada en los planos: personal, social, económico y cultural”.

Con la denominación adoptada por el Código, que obviamente está desactualizada, entonces conviene cambiarla por la de “deberes y derechos de los padres” o por la de “deberes y derechos paterno-filiales”.

Por su parte, CABANELLAS, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, al referirse a la patria potestad, señala: “Conjunto de derechos y deberes que al padre, en su caso a la madre, corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos

⁸ *Ibidem*, Divorcio, filiación y patria potestad, Grijley, Lima, 2004. p. 265.

⁹ JOSSERAND, Louis, Derecho Civil, Buenos Aires: Bosch, 1950. Tomo I, Vol. 2º. P. 257.

¹⁰ DIEZ-PICAZO. Luis y Guillon, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Madrid: Tecnos, 1983, Volumen IV, p. 3

¹¹ *Ibidem*, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Cuarta Edición Lima Perú 2008, p. 522.

menores de edad y no emancipados. (...)”. Agrega: “Invirtiendo violentamente las ideas, algunos autores modernos llegan a la conclusión, sin duda exagerada, de que la patria potestad no integra para los padres sino una serie de deberes. Así Ríos Sarmiento, después de afirmar que la única patria potestad que ha existido ha sido la romana, agrega: “Aunque hoy existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquellas. En sustancia, esto que llamamos hoy patria potestad es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad”¹².

La modificación del Código Civil francés, efectuada en el año 2002, ha variado la definición de autoridad parental de una manera profunda al establecerse que "es un conjunto de derechos y deberes que tiene por finalidad el interés del hijo. Corresponde al padre y la madre, hasta la mayoría o emancipación del hijo, protegerlo en su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo, dentro del respeto debido a su persona. Los padres asocian al hijo en las decisiones que le conciernen, según su edad y su grado de madurez" (artículo 371-1). Con dicho texto se perfecciona y amplía el concepto del anterior artículo 371-2, (i) quedando suprimidas las referencias a los derechos-deberes de guarda, vigilancia y educación, (ii) introduciéndose el concepto de "interés del hijo" y (iii) legislándose la necesidad de oírlo, con lo que se presta atención a las pautas del primer párrafo del artículo 3, y primer párrafo del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹³.

3. El padre y la madre respecto a la patria potestad

- a. La titularidad de la patria potestad atañe, a ambos padres. Dando como resultado que se les atribuye a los padres el conjunto de

¹² CABANELLAS, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T.V, p. 148.

¹³ Como refiere Augusto BELLUSCIO. "el 4 de marzo del 2002 fueron promulgadas en Francia dos importantes leyes modificatorias del Código Civil en materia de Derecho de las Personas y de la Familia: la [Ley] 2002-303 sobre la autoridad parental y la filiación y la [Ley] 2002304 sobre el nombre de familia; además, la primera incluye en el Código Penal nuevas disposiciones relativas a la prostitución de menores. Una y otra constituyen significativos avances en la adopción de normas destinadas a completar la situación de igualdad jurídica del hombre y la mujer en sus relaciones de familia; además, la primera renueva totalmente la legislación acerca de la autoridad de los padres sobre sus hijos menores de edad" (BELLUSCIO, Augusto: "Nuevas reformas del Derecho civil y penal francés: Filiación, autoridad paren tal, prostitución de menores y nombre", en La Ley, Buenos Aires, Año LXVI, W 130, 8/7/2002)

deberes-derechos, que son el contenido de la patria potestad. Estos deberes derechos son procurados por la naturaleza, no los invento el hombre, el cuidado de la prole, no es un ejercicio exclusivo del ser humano, pero esta institución ha evolucionado considerablemente, en los primeros visos de esta institución, el pater familias, ejercía sobre sus hijos un poder extremo, pudiendo llegar a decidir sobre la vida o la muerte de su hijo.

La concepción tradicional de la patria potestad entiende que la misma otorga derechos a los padres; sin embargo, dicho criterio ha sido descartado y hoy en día la patria potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y de los hijos.

Dentro de la estructura familiar, entonces, tanto los padres como los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre sí (esto configura la denominada "relación jurídica de la patria potestad") y, a la vez, determina la característica esencial de los derechos subjetivos del Derecho de Familia que, en algunos casos, implican derechos y deberes correlativos o derechos y deberes independientes, lo que ha hecho que se los califique de derechos-deberes, derechos-funciones o poderes-funciones. Aquí es de aclarar que la titularidad y el ejercicio directo de la patria potestad corresponden a los padres. Pues son éstos los que gozan de la autoridad y a quienes les corresponde la tutela de la prole¹⁴.

Al respecto Peralta Andía¹⁵ Señala, que “el ejercicio de la patria potestad es la facultad de actuar que tienen los padres en virtud de sus deberes-derechos, que corresponden en algunos casos a uno u otro o ambos padres. Como ya se tiene manifestado los deberes y derechos paterno-filiales se confieren a los padres por la ley positiva derivándola del derecho natural; no obstante ello, no siempre es posible que la ejerzan ambos padres sino que ella depende de ciertas eventualidades en que se hallan y especialmente, de la situación de los hijos sean éstos matrimoniales, adoptivos o extramatrimoniales”.

“El ejercicio de la patria potestad se ha regulado de diferentes maneras. En la antigüedad se daba preferencia al padre en el ejercicio de la patria potestad, ya que

¹⁴ BELLUSCIO, Augusto: Manual de Derecho de Familia. 3a ed., Buenos Aires, Depalma. 1981. T. n. p. 281.

¹⁵ PERALTA ANDIA, Rolando, Ob. Cit. p. 529.

las mujeres no tenían iguales derechos que los hombres, que adquirieron consagración en el Código Francés de 1804, el Código Italiano de 1942 y otros. En la actualidad, las cosas han cambiado, por ello en numerosos países han instaurado el sistema de la patria potestad conjunta del padre y de la madre, debido a que los derechos tanto de los hombres como de las mujeres se han igualado, es más, en la coyuntura en la que estamos viviendo, el número de madres solteras ha aumentado en grandes proporciones, por lo que más madres son las que ejercen la exclusividad de la patria potestad, concurren respecto a la autoridad de los padres los subsecuentes regímenes”:

3.1. Régimen del ejercicio compartido o conjunto

Este sistema otorga a ambos padres, autoridad sobre sus hijos, comunes conjuntamente, tienen que actuar de común acuerdo.

3.2. Régimen del ejercicio exclusivo

Este régimen tiene lugar cuando uno solo de los padres ejerce la patria potestad, en nuestra sociedad y en los tiempos que venimos atravesando, un alto porcentaje de mujeres, ejercen solas la patria potestad, no nos referimos solo a la tenencia de los hijos, sino a que estos no son reconocidos por sus progenitores, este importante incremento de las madres solteras, da como resultado que los hijos, solo vivan en un hogar monoparental, por tanto solo ellas ejercen la patria potestad sobre sus hijos. Se presenta con menos frecuencia que uno de los padres haya sido impedido de ejercer la patria potestad, total o parcialmente por sentencia fundada. También se da en los casos que uno de los progenitores haya fallecido, siendo solo el superviviente el que ejerza la patria potestad con exclusividad.

4. La Patria Potestad en el Código Civil Peruano

4.1. Sistema de potestad conjunta

Nuestro Código Civil, sigue el sistema de potestad conjunta, con recurso judicial en caso de desacuerdo. Lo que se puede apreciar es que se sigue discriminado, sobre el origen de la filiación, Artículo 419 del Código Civil¹⁶,

¹⁶ Artículo 419 del Código Civil, Ejercicio común de la Patria Potestad: La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disenso, resuelve el Juez del Niño y Adolescente.

cuando los padres no viven juntos sea porque están separados de hecho o divorciados o cuando el matrimonio se ha invalidado. El ejercicio de la patria potestad pueden convenirlo ambos, si no se ponen de acuerdo lo determinara el juez, vía proceso judicial.

4.2. Ejercicio Unilateral De La Patria Potestad

Artículo 420 Código Civil prescribe que *“En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio”*.

La regulación de la patria potestad ha reflejado, según destaca CORNEJO CHÁVEZ¹⁷, “un fenómeno modelado por la propia naturaleza, que se revela como anterior a las leyes o las convenciones. Ella impone el milagro potencial que tiene el ser humano sobre otros seres vivos pero, al mismo tiempo, evidencia las limitaciones que por un período afectan a la persona para sobrevivir y evolucionar apropiadamente sin ayuda externa. Es menester reconocer que en este período, asiste a los padres la tarea de brindar asistencia, protección y representación de sus hijos menores”.

Para CORNEJO CHÁVEZ¹⁸ “la doctrina jurídica contemporánea habría acogido una tendencia ecléctica para que la patria potestad no puede ser considerada ni como un derecho de los padres frente a los hijos ni solo como un derecho de los hijos frente a los padres, sino más bien como un complejo de derechos y obligaciones recíprocos que impone a los padres la responsabilidad por velar por la persona y los bienes de sus hijos menores, y les permite también aprovechar los servicios de éstos y usufructuar a veces sus bienes e imprimir orientación a su personalidad”.

D’ANTONIO¹⁹ quien resalta que “la patria potestad abarca una constelación de derechos a los que corresponden distintos deberes ejecutados de manera particular. Las múltiples facetas en las que el padre y/o la madre la hacen efectiva, alteran las tradicionales nociones de titularidad y ejercicio de derechos. No se puede considerar que la patria potestad se restrinja o limite a un aspecto estático y, al mismo tiempo,

¹⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Lima Gaceta Jurídica Editores 10^o edición actualizada 1999. P. 177.

¹⁸ Ibídem. P. 178.

¹⁹ D’ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Rubinzal y Culzoni, S.C.C. editores, 09 de julio, Santa Fe, Argentina p. 257.

como lo señala su ejercicio no comporta la puesta en movimiento del complejo funcional en forma exclusiva, por la persona llamada a ejecutarla. Su suspensión o pérdida debe limitarse a los supuestos fijados expresamente en la ley y siempre en función de lo que convenga a los hijos menores”.

4.3. Patria potestad por invalidación del vínculo, Artículo 420 del Código Civil

La asignación de la titularidad y, por esa vía, del ejercicio de la patria potestad, tienen en el caso del artículo 420 un origen natural, derivado de la procreación y del matrimonio de los padres.

Este artículo está referido a una situación de conflicto: el resquebrajamiento del matrimonio sea por la separación de cuerpos, el divorcio o la invalidación del vínculo matrimonial de los padres²⁰.

4.4 La Patria Potestad en el caso de los hijos matrimoniales

La Patria Potestad en el caso de los hijos matrimoniales, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad es conjunta, por ende, pertenece tanto al padre como a la madre casados; sin embargo, por excepción, este deber-derecho no se ejerce en aquellos casos en que el padre o la madre lo hubiera perdido o hubiese sido privado, limitado o suspendido a posteriori de la misma, en virtud de una resolución judicial.

Nuestro Código Civil se inspira en el sistema de patria potestad conjunta, con recurso judicial en caso de desacuerdo. Ello se basa, también, en el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, previsto en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Dentro de este sistema, la mayor dilación que puede ocasionar la actuación conjunta de ambos padres se salva mediante la posibilidad de la actuación de uno de ellos con el asentimiento expreso o tácito del otro. Sin embargo, ni el Código Civil ni el Código de los Niños y Adolescentes regula correctamente este sistema²¹.

Peralta Andia, señala que “existen dos hipótesis concretas: el ejercicio conjunto de la patria potestad y su imposibilidad. En la primera, la titularidad y el ejercicio

²⁰ CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Tomo III, Derecho de Familia (segunda Parte), Gaceta Jurídica, abril 2011. Comentario: SOTOMARINO CÁCERES, Roxana. P. 77.

²¹ CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Tomo III, Derecho de Familia (segunda Parte), Gaceta Jurídica, abril 2011. Comentario: PLACIDO VILCACHAHUA, Alex. P. 84.

compartido de la patria potestad se da sólo cuando los padres se hallan en una convivencia normal de la vida matrimonial o desarrollo conyugal sin dificultades. En ese caso la ley precisa que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo”.

“En la segunda hipótesis, la imposibilidad del ejercicio conjunto de la patria potestad se da cuando ambos padres tropiezan en la práctica con dificultades insalvables como en las siguientes situaciones²²:

- **Desacuerdo o discrepancia.-** El artículo 419 disponía que tal disentiimiento fuera resuelto por el Juez de Menores en la vía incidental, lo que significaba, que presentaba la solicitud se corría traslado al padre en desacuerdo, quien a su vez debía contestar dentro del tercer día. Con su contestación o sin ella se recibía la causa a prueba por diez días, vencido dicho término, el juez era quien decidía lo que más convenía a los intereses de los hijos.

Empero, el Decreto Legislativo N° 768 establece una modificatoria en cuanto al procedimiento según el cual en caso de disentiimiento, lo resuelve el Juez del Niño y adolescente conforme al proceso sumarísimo, por tanto, son aplicables los artículos 419 y siguientes del Código Civil.

- **Separación convencional o separación de hecho.-** El artículo 345 modificado por Ley N° 27495, señala que en caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o la que ambos cónyuges acuerdan. Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341.
- **Separación de cuerpos, divorcio o invalidación del matrimonio.-** Supuestos en los cuales, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos, mientras que el otro queda suspendido en su ejercicio, lo que armoniza con el Código de los Niños y Adolescentes.

²² PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Ob. Cit. p. 530.

- **Interdicción, ausencia y muerte.-** Igualmente, en estos casos el otro cónyuge será quien ejerza de hecho la patria potestad de los hijos, por simple deducción lógica”.

4.5. La Patria Potestad en el caso de los hijos extramatrimoniales

“En este supuesto, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad ha sido siempre complicada, creando contextos dificultosos de solucionar sobre todo cuando ambos padres se disputan tal ejercicio. El actual Código, hace más factible el ejercicio de la patria potestad, regulando tres situaciones diferentes:

4.5.1. Cuando es reconocido solo por uno de los padres.

Supuesto en el cual, no existe dificultad alguna porque el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre o a la madre que lo hubiera reconocido voluntariamente por cualquiera de las formas establecidas por ley, sin embargo en la casuística es muy difícil encontrar que sea el padre quien solo reconozca a su hijo, lo que abunda en nuestra sociedad, son los casos de reconocimiento solo por parte de la madre, quien muchas veces le pone solo su apellido al niño o niña.

4.5.2. Cuando es reconocido por ambos padres.

Lo que acontece simultáneamente o sucesivamente, estén llevando o no vida en convivencia, lo que en verdad crea problemas difíciles de resolver. El Código actual prescribe que el juez de familia determina a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad, atendiendo a la edad y al sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados y, en todo caso, a los intereses del hijo.

4.5.3. Cuando la madre es niña o adolescente.

“Al presentarse este tipo de casos, dispone la ley, que las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad; no obstante, el juez, puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad. Sin embargo se puede apreciar que son pocos los casos en los que se tiene que nombrar un

curador, debido a que en la gran mayoría de casos la madre de la menor de edad (abuela materna del recién nacido), es quien se termina haciendo cargo no solo de su hijo, sino también de su nieto. Asimismo lo expuesto el artículo 1º de la Ley N° 27201, modifica el artículo 46 del Código Civil, estableciendo que tratándose de mayores de 14 años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar sólo los actos siguientes: reconocer a sus hijos, reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto y, demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos”.

Lo que D’ANTONIO²³ denomina “la sujeción de las voluntades al poder organizador que representa la comunión de las adhesiones individuales, se ve sustancialmente afectada por las circunstancias antes mencionadas.

El artículo 422 establece que si el hijo matrimonial o extramatrimonial no viviese bajo la patria potestad de uno de los padres, éste tiene derecho a mantener con él las relaciones personales, este derecho no solo se le puede reconocer al padre o madre, es un derecho tanto del progenitor y del hijo.

El derecho a conservar cercanía, proximidad, inmediación y contacto directo, involucra el derecho de atención, cuidado y educación del hijo, el derecho de mantener comunicación apropiada con el mismo, el derecho a visitarlo en su domicilio, si en el caso concreto no pueden llegar a darse las visitas en el mismo domicilio, dependiendo del caso concreto, y de la relación existente entre los padres, se hace necesario que las visitas se produzcan en un lugar en el que existe tranquilidad, para que estas puedan llevarse a cabo de forma natural.

Por otra parte, el Artículo 420 del Código Civil, prescribe que en caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce:

a) por el padre o de la madre a quien se confían los hijos, y, b) suspender mientras tanto a la otra, en el ejercicio de la potestad que le correspondía de manera conjunta.

La determinación del padre o la madre a quien se confían los hijos menores, orienta, por mandato expreso de la ley, el ejercicio de uno y la suspensión del otro en el ejercicio de la patria potestad”.

²³ D’ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Rubinzal y Culzoni, S.C.C. editores, 09 de julio, Santa Fe, Argentina p. 253.

A decir de Peralta Andia²⁴, “la orientación que adopta nuestra legislación es la que corresponde a la posición intermedia, por eso, el artículo 418 declara que por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos menores.

La ley contempla la intervención de la autoridad judicial en la disposición de los bienes del niño, niña o adolescente y para otros actos trascendentales, en la determinación de los titulares para solicitar la acción de nulidad de actos, las limitaciones en el ejercicio de la patria potestad, la suspensión temporal y definitiva de la misma, etc. (447, 448, 450, 462, 463, 464 y 466 del C.C). Otras disposiciones se encuentran consignadas en el Código de los Niños y Adolescentes.

El artículo 345 modificado por Ley N° 27495, señala que en caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o la que ambos cónyuges acuerdan. Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341.

Supuestos en los cuales, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos, mientras que el otro queda suspendido en su ejercicio, lo que armoniza con el Código de los Niños y Adolescentes”.

5. La Patria Potestad en el Código de los Niños y Adolescentes

Del artículo 74²⁵ al 80 del Código de los Niños y Adolescentes, se trata el tema de la patria potestad, el artículo IX del Título Preliminar declara que en toda medida

²⁴ PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Cuarta Edición Lima Perú 2008, p. 527.

²⁵ Artículo 74 C.N. y A., Deberes y Derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer su sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente.
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil.
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención.
- h) Administrar y usufructuar sus bienes cuando los tuvieren; y
- i) Tratándose de productos se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004° del Código Civil.

concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ministerio público, los Gobiernos Regionales, los 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 Adolescente y el respeto a sus derechos.

Es específico y exacto lo que plasma el Código de los Niños y adolescentes en cuanto a considerar que solo están exceptuados de la suspensión de la patria potestad y, por esa vía, del ejercicio exclusivo, los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ratifica la incuestionable aplicación de tales figuras para los demás supuestos previstos en el artículo 420 del Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, es posterior al Código Civil, y es una norma específica, lo que se tiene que tomar en cuenta.

5.1. Contenido de la Patria Potestad en el Código de los Niños y Adolescentes

Es importante resaltar que la patria potestad concede a los progenitores la representación legal de los hijos, esto se puede dividir en dos ámbitos, uno personal y uno patrimonial.

5.1.1. Esfera personal. Cuidar a los hijos, en todo aspecto, normalmente se debería realizar esta actividad diaria, teniendo a los hijos en su compañía, pero no en todos los casos se puede llevar a cabo de esta forma, debido a que hay padres que viven separados, pero no por ello se deben desentender del cuidado de los hijos. El cuidado personal tiene implícito el proporcionar alimentos, educación y formación, la facultad de corrección, así como la representación legal de los hijos.

5.1.2. Esfera patrimonial. Así los hijos sean menores de edad, poseen capacidad de goce, pudiendo ser propietarios de bienes, por su parte los padres tienen la facultad de administrar sus bienes.

Artículo 1004 del C.C. Usufructo Legal, Cuando el usufructo legal recae sobre los productos a que se refiere el artículo 894, los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos.

Artículo 894 del C.C. Productos, son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien.

El Código de los Niños y Adolescentes enumera cada uno de los deberes y derechos que los padres asumen. A decir de lo señalado por Ana Cecilia Garay Molina:

- **Velar por los hijos:** más que un deber independiente, de muy difícil exigibilidad, es como la medida y hasta la actitud que debe informar el cumplimiento de los restantes deberes. Normalmente velar por los hijos va unido a tenerlos en su compañía, quien por ellos vela; pero no siempre es así, como es el caso de la separación de los padres.
- **Compañía:** en esta manifestación de la patria potestad se ve su doble faceta, a la par que un deber de los padres es una facultad exigible al hijo. Este deber y facultad, no se agota en la unidad de domicilio ni siempre se exige. La compañía es algo más que la inmediación física y la identidad de techo, entraña comunicación afectiva e intelectual y, respecto de los padres, exige buen ejemplo y cariño ambiental. Junto con el deber de velar por el hijo, integra la compañía la custodia o también llamada tenencia del hijo y, junto con el de alimentos y con el de educación, integra su crianza. Por otra parte, la compañía es compatible con separaciones físicas transitorias, por razón de enfermedad, estudio, vacaciones, etc. Acordadas o consentidas y compensadas con relación epistolar, telefónica, etc. La compañía es presupuesto de la contribución económica del hijo o hija al levantamiento de las cargas familiares y, de la responsabilidad paterna por actos ilícitos de los hijos, así es como debe entenderse la custodia o tenencia. Su incumplimiento puede ser causa de pérdida de la patria potestad y otra serie de sanciones civiles. Puede ser constitutivo de delito de abandono de familia.
- **Alimentos:** cuando este deber coincide con el de compañía, no es aplicable el requerimiento de solicitar judicialmente alimentos; integrado en la patria potestad, es un deber unilateral, específico y típico. No se exonera en su cumplimiento el progenitor que no tenga al hijo o hija en su compañía; su incumplimiento puede ser también constitutivo de abandono de familia y de causa de privación de la patria potestad.

- **Educación y formación:** La función educadora de los padres tiene una doble vertiente: conferir por si mismos la educación a sus hijos, por una parte; y por otra parte, elegir con plena libertad el centro educativo y controlar la educación que en el mismo se imparte a los hijos. Su ámbito es exhaustivo –formación integral- : cultural, profesional, social, moral y religiosa; naturalmente, dentro del ámbito de libertad que compete al hijo o hija conforme a su edad, y conforme a su personalidad.
- **La facultad de corrección:** esta facultad se mantiene desprovista de la mención del castigo que contenían las legislaciones anteriores; implica que también se podrá corregir razonable y moderadamente a los hijos. Esta facultad, correlativa al deber de educar, tiene también sus raíces en la moral; y en ella, como adecuación al fin educativo, junto a las concepciones usuales en una sociedad civilizada, debe buscarse el módulo de la moderación. En general, puede afirmarse como excesivo todo lo que ponga en peligro la salud y moralidad de los hijos, y lo que suponga privación de cosas necesarias; su apreciación queda al arbitrio judicial. El abuso de esta facultad puede tipificar un delito o falta y es objeto de sanciones civiles, principalmente, privación de la patria potestad, y desheredación.
- **Representarlos:** con el sistema de patria potestad dual, se atribuye la representación a los padres en las mismas condiciones, evidenciándose que sin motivos justificados, no pueden los padres declinar esta representación. En caso de existir intereses opuestos entre los padres y los hijos, procede el nombramiento de un defensor que represente al hijo o hija en juicio, suspendido la patria potestad en el caso concreto.
- **Administrar los bienes:** los hijos menores de edad tienen capacidad jurídica para ser titulares dominicales –dominio-, les pertenece todos los bienes adquiridos sea por título oneroso, lucrativo o gratuito, asimismo, son dueños de los bienes adquiridos por subrogación real y reemplazo de los anteriores²⁶.

²⁶ GARAY MOLINA, Ana Cecilia, Custodia de los hijos cuando de da fin al matrimonio, Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida (Coparentalidad), Grijley 2009, Lima Perú. P. 70-71.

5.2. Suspensión de la Patria Potestad.

El artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes enumera taxativamente los casos por los que se suspende la Patria Potestad. Ésta emana de una situación de hecho que no lía recriminación de delito ni de falta efectuada por alguno de los padres. Se trata de aquellos supuestos en los cuales la patria potestad debe ser confiada al otro progenitor o a un tercero, -como ya se aclaró, nuestra legislación no contempla el otorgamiento de la patria potestad a un tercero, se tendría que tutelar al niño o adolescente o realizar una colocación familiar-, pero no de manera definitiva. En realidad no se trata de una terminación de la potestad misma, sino de la interrupción de uno o de los dos padres del ejercicio de las atribuciones que le corresponden. Las limitaciones al ejercicio de la patria potestad por inobservancia de deberes inherentes a ella son impuestas por el Juez Especializado de Familia, luego de evaluar y calificar las pruebas obrantes en el expediente.

El sistema del Código Civil, tratando este tipo de restricción, se refería a la suspensión de la patria potestad, (artículo 466 del C.C.). Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes derogando tácitamente el sistema indicado, reúne las causales previstas para este caso con los supuestos de hecho que suponen incumplimientos imputables a los padres que lesionan los intereses de los hijos, bajo el título único de suspensión de la patria potestad; y erróneamente, establece que las restricciones al ejercicio de la patria potestad por eventualidades que de hecho impidan su ejercicio, sean establecidas en sede judicial, recargando inútilmente el trabajo judicial²⁷

Comparando el Código Civil y el Código de los niños y adolescentes, respecto a la Suspensión de la patria potestad, tenemos que el Código Civil, en el artículo 466 prescribe, los motivos por los que se suspende la Patria Potestad, conteniendo solo cuatro ítems.

La patria potestad, de conformidad con el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, se suspende:

²⁷ CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Tomo III, Derecho de Familia (segunda Parte), Gaceta Jurídica, abril 2011. Comentario: PLACIDO VILCACHAHUA, Alex. P. 149.

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en una causa de naturaleza civil.

Los supuestos por los que se declara la incapacidad de una persona, se encuentran previstos en el artículo 564 del Código Civil.

- b) Por la ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.

Este supuesto se da cuando el menor es abandonado por uno de sus progenitores, se podría considerar en los casos de desaparición del progenitor o cuando abandone el hogar y se desconozca su paradero.

- c) Por darles ordenes, consejos o ejemplos que los corrompan.

- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad.

- e) Por maltratarlos física o mentalmente.

- f) Por negarse a prestarles alimentos.

- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282° y 340° del Código Civil.

Se refiere al ejercicio exclusivo y la suspensión de la patria potestad se sustenta cuando hay separación de cuerpos o divorcio por causa específica como en la invalidación del matrimonio, en la aplicación de una sanción contra quien, evaluado en el respectivo proceso judicial, no ha merecido que se le entreguen los hijos, este artículo se encuentra concordado con el artículo 340 del Código Civil, determina que los hijos se confían a quien obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez establezca, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno, el otro cónyuge, o, si hay motivo grave, una tercera persona (que ejercerá tutela). La designación se aplica por su orden, según la posibilidad y conveniencia, “en alguno de los abuelos, los hermanos o tíos”. Agrega el segundo párrafo de este artículo 340, que la culpabilidad de ambos cónyuges en cuanto al divorcio o la separación de cuerpos, genera la aplicación de una antigua fórmula que incide en la determinación de la patria potestad: los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad y los hijos menores de siete años, con la madre, salvo que el juez determine otra cosa.

- h) Por habersele aperturado proceso penal al padre o a la madre, por delitos previstos en los artículos 173°, 173°-A, 176°-A, 179°, 181° y 181°-A del Código Penal.

Los artículos del Código Penal, señalados en el ítem h), artículo 173°; Violación sexual de menor de edad. Artículo 173°-A, Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave; artículo 176°-A, Actos contra el pudor en menor de 14 años; artículo 179° Favorecimiento a la prostitución; artículo 181° Proxenetismo y artículo 181-A, Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo.

Como se puede apreciar el Código de los Niños y Adolescentes.- Ley N° 27337, derogando el sistema del Código Civil, reúne todas las causales previstas en el artículo 75.

El Código de los Niños y Adolescentes, de una u otra manera recoge los supuestos de privación y suspensión regulados en el Código Civil, con excepción de lo previsto en el inciso 3) del artículo 466, referido a los impedimentos de hecho para su ejercicio. Así la suspensión implica una situación temporal de ausencia del derecho a ejercer la patria potestad, mientras que la extinción o pérdida (términos usados como sinónimos) determinan la terminación definitiva o desaparición permanente de la patria potestad²⁸.

La suspensión con la atribución correlativa de la patria potestad a uno de los padres de hijos matrimoniales, se aplica indudablemente, por mandato legal expreso pero no en todos los casos, a título de sanción sino de respuesta a una situación que, de hecho, genera obstáculos para el normal ejercicio.

Al no haber necesariamente en la suspensión de la patria potestad derivada de la invalidación del matrimonio, separación de cuerpos y divorcio por causal, la carga valorativa de la conducta de los padres, presente en otros casos de suspensión, será necesario que se admita un trato particular para el padre o la madre suspendido según la regla del artículo 422 del Código Civil. Más que nunca en estos casos, ellos tendrán derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad, las relaciones personales indicadas por las circunstancias e inclusive, por el bienestar de los hijos menores, tienen derecho a dar su opinión e intervenir en el futuro de sus hijos, para aceptar por ejemplo que el hijo menor de edad viva fuera del país, resolviendo la autoridad judicial.

²⁸ PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Ob. Cit. p. 550.

JOSSERAND²⁹ aludía a la influencia de lo que él llamaba “ciertas eventualidades excepcionales” sobre la atribución de la patria potestad, para resaltar que si el hogar ha dejado de existir, subsiste sin duda el lazo de sangre que es más fuerte y resiste a la prueba . Pero incumbe al legislador y al juez procede de tal suerte que los hijos sufran lo menos posible en razón de la situación anormal en que se encuentran.

Por una cuestión de técnica legislativa, convendría que se dictaran normas que armonicen los artículos del Código Civil con los del Código de los Niños y Adolescentes con relación a la figura del ejercicio unilateral de la patria potestad y la suspensión.

Así mismo en los casos de muerte, ausencia o interdicción, el otro cónyuge será quien ejerza de hecho la patria potestad de los hijos, por simple deducción razonada.

Por no tratarse de una restricción del ejercicio de la patria potestad, por cuanto los demás atributos de ésta, seguirán siendo ejercidos por los padres, se comprueban que las “causas graves” no están referidas a los supuestos que provocan la pérdida, privación o suspensión de la autoridad paterna. Deben tratarse de circunstancias que, sin constituir casos de restricción del ejercicio de la patria potestad, evidencian la inconveniencia de que el menor continúe conviviendo con el padre o la madre que contrajo matrimonio. En este sentido, más apropiado es indicar en la norma “causas justificadas”.

5.3. Vigencia de la Patria Potestad.

El artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes señala: En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad.

La separación convencional y el divorcio ulterior al desarraigar el juicio sobre los motivos del quiebre de matrimonio, no justificarían aplicar ningún tipo de suspensión salvo que en el respectivo procedimiento, el juez advierta esa necesidad asentado necesariamente en el bienestar de los hijos menores.

Una segunda postura se situaría a reflexionar que hay circunstancias excepcionales también liadas al íntegro ejercicio de la patria potestad, que motivan atribuirla solo a uno de ellos y suspender al otro sin que ello suponga aplicar una sanción.

²⁹ JOSSERAND, Louis, Derecho Civil, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia. Editores 1952, p. 247.

Hay jurisprudencia nacional que establece que la suspensión de la patria potestad solo se llevará a cabo por mandato legal y con carácter de sanción; este criterio aparece en las sentencias dictadas por la Sexta Sala de Lima, con fecha 30 de abril de 1998 y 21 de julio de 1997, en los expedientes números 364-98 y 157 -97.

5.4. Extinción o pérdida de la Patria Potestad

El artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes modifica el numeral mencionado precedentemente, cuando dispone que la patria potestad se extingue o pierde:

- a) Por muerte de los padres o del hijo.
- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad.
- c) Por declaración judicial de abandono;
- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;
- e) Por reincidir en las causales c), d) y f) del artículo 75;
- f) Por cesar la incapacidad del hijo, conforme el artículo 46 del Código Civil.

Este artículo, recoge los supuestos de extinción y pérdida regulados en el Código Civil, en algunos casos con mejor redacción, pero añade otras causales no previstas. Por ejemplo el inciso 5) es una novedad que está plenamente justificada, pues la conducta de un progenitor que lo haga incurrir de manera reiterada en la pérdida temporal de la patria potestad, demuestra su falta de idoneidad para ejercerla y por lo tanto, es lógico concluir que deba perderla definitivamente. Dado que la norma no señala la cantidad de veces que deba producir esa reiteración queda al arbitrio del juez analizar caso por caso, con las particularidades que estos tengan.

El artículo acotado, se refiere a la suspensión de la Patria Potestad señalando a través de 7 incisos, cuales son las causas. La suspensión del ejercicio de la Patria Potestad termina y se restituye cuando cesa la causa que la produjo. El Código actual ha mejorado la redacción que tenía el anterior, y en este, se

suprime el inciso b, que señalaba “por haber sido condenado por delito en agravio del niño”³⁰.

Modifica las causales del artículo 466 del Código Civil, ampliándolo en las causales siguientes “c) por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan a los niños. d) por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; e) por maltratarlos física o mentalmente; f) por negarse a prestarle alimentos”. El Código de los niños y adolescentes ha derogado en forma tácita los artículos 462, referente a la pérdida de la patria potestad; 463, referente a la privación de la Patria Potestad; y el 464 referente a la limitación de la Patria Potestad involucrando las causales señaladas en dichos numerales en la figura de la suspensión y extinción³¹.

Conforme el artículo 462 del C.C. “La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo”.

El incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad evidencia la inconveniencia de que los padres sigan ejerciéndola, por afectarse con ello el interés de los hijos.

Pero también puede presentarse alguna eventualidad que de hecho impida el ejercicio de la patria potestad, sin que los padres lesionen el interés de sus hijos. En las circunstancias expuestas se producirán restricciones al ejercicio de la patria potestad.

Por su parte, como dicen *Manuel Muro Rojo* y *Alfonso Rebaza Gonzales*, las causales de extinción y pérdida de la patria potestad a que se refieren los artículos 461 y 462 del Código Civil, respectivamente, han sido subsumidas dentro del artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual regula las causales de extinción o pérdida de la patria potestad de manera conjunta. Sobre la base de lo expuesto, es posible establecer que el artículo bajo comentario ha sido modificado, si bien no expresamente, por lo menos de

³⁰ CHUNGA LAMONJA, Fermín, CHUNGA CHÁVEZ, Carmen, CHUNGA CHÁVEZ Lucía. Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos, editorial Grijley, Lima – Perú, 2012, p. 108.

³¹ *Ibidem*, p. 108

manera tácita. Esta modificación debe entenderse desde dos puntos de vista, a saber:

- a) La primera referida a la supresión de las categorías del Código Civil (pérdida, privación, limitación y suspensión) para incorporarlas a las categorías reguladas por el Código de los Niños y Adolescentes (suspensión y pérdida). En consecuencia, el supuesto de hecho de la norma deberá entenderse referido a las categorías contempladas en el Código de los Niños y Adolescentes.
- b) De otro lado, a las causales contempladas por el Código Civil debe añadirse aquellas incorporadas por el Código de los Niños y Adolescentes. Se entiende, por tanto, que la supresión de la patria potestad también procede de verificarse estas nuevas causales³².

Como es evidente, los progenitores que incurran en cualquiera de las referidas causales, no podrán solicitar su restitución de la patria potestad de sus hijos, quedando extinto o perdido el ejercicio del mismo, La desaparición definitiva de la patria potestad no afecta ni extingue la obligación alimentaria que pudiera existir para con los hijos, la misma que deberá ser plenamente cumplida³³.

6. Particularidades de la Patria Potestad.

- Es una Institución del Derecho de Familia, La patria potestad se da entre personas enlazadas por el parentesco, no es un simple derecho intrínseco que concierne a los progenitores, es un complicado irrefutable de obligaciones y derechos que se expresa en una función a ellos encomendada. Se encuentra legislada en toda sistematización jurídica teniendo en cuenta los beneficios de los hijos, los progenitores y la sociedad.
- Los padres no solo tienen deberes, frente a sus hijos, sino también derechos y los hijos de igual manera, no solo tienen derechos en relación a sus padres, además tienen deberes.

³² MURO ROJO, Manuel. REBAZA GONZALES, Alfonso, comentarios, Código Civil, tomo III, Derecho de familia, Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2011.

³³ PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Ob. Cit. p. 549.

- La Patria Potestad es una norma de orden público, si bien es cierto esto y que sus reglas son de orden público, de obligatorio cumplimiento, no es una institución creada por el derecho, como ya se comentó anteriormente, ella antecede a este, por ello se dice que es una institución de orden natural.
- La Patria potestad, es un deber-derecho, que no se puede transmitir, no se puede ceder, no se puede transar sobre el.
- La Patria Potestad es Irrenunciable, por ello no cabe renuncia.
- Es imprescriptible, no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo.

7. Restitución de la Patria Potestad

A los padres a quienes se les ha suspendido del ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva.

El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente. Así reza el artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes.

Para Fermín Chunga Lamónja, esto se refiere a la restitución de la Patria Potestad y señala que los padres que fueron suspendidos en el ejercicio de la Patria Potestad, podrán pedir su restitución cuando cesa la causa que la produjo³⁴.

Peralta Andía, considera que el Código de los Niños y Adolescentes virtualmente ha derogado al artículo 471 del Código Civil, que prescribía que los padres que a los cuales se les había privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, podían pedir la restitución cuando cesaban las causas que la determinaban. La acción sólo podía intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente, por lo que el juez podía restituir la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del niño, niña o adolescente. En los casos de pérdida y suspensión, los

³⁴ CHUNGA LAMONJA, Fermín, CHUNGA CHÁVEZ, Carmen, CHUNGA CHÁVEZ Lucía. Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos, editorial Grijley, Lima – Perú, 2012, p. 109.

padres volvían a ejercer la patria potestad cuando desaparecían los hechos que los motivaron³⁵.

Por nuestra parte consideramos que lo que tiene que realizar el Juez Especializado de Familia, es tener presente el principio invocado en el artículo en cuestión, esto quiere decir que en estos casos el interés del hijo reside en su bienestar físico, espiritual y sobre todo emocional, considerado como el primordial elemento para resguardar el derecho esencial al correcto desarrollo de la personalidad del niño, niña o adolescente. Son muchas las sentencias que resolviendo sobre la patria potestad, se refieren al interés superior del niño, como la consideración más importante a que debe atender el juez.



³⁵ PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Ob. Cit. p. 553.

CAPITULO II

LA TENENCIA

1. CONCEPTO DE TENENCIA.

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

Es la facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (artículos 81 y siguientes de nuestro Código de los Niños y Adolescentes). Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica³⁶.

Para Enrique Varsi Rospigliosi³⁷, la Tenencia o Custodia, es la institución por la que se legitima la posesión que tiene un padre con respecto de sus hijos cuando hay separación de hecho. Este no vendría a ser un derecho del padre sino un derecho del hijo de contar con un protector adecuado (que cumpla los requisitos). En todo proceso de tenencia debe de fallarse el régimen de visitas que tendrá la otra parte (restringida de la tenencia).

A decir de Fermín Chunga Lamonja, desde el punto de vista jurídico, la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en

³⁶ PODER JUDICIAL DEL PERÚ. COMISIÓN DE MAGISTRADOS DEL PLENO JURISDICCIONAL DE FAMILIA, Pleno Jurisdiccional de Familia de 1997: Conclusiones finales, Lima, 1997.

³⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Tratado de Derecho de Familia, La nueva teoría Institucional y Jurídica de la Familia, Tomo I, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Octubre de 2011, p. 273.

su compañía. Sin embargo por extensión señala el Código, la Tenencia también puede otorgársela a quien tenga legítimo interés.

Etimológicamente “tenencia” deriva del latín *tenere* y *minor* (vocablo usual en la protección de menores del Instituto Iberoamericano del Niño, OEA).

El artículo en cometo señala, en primer lugar, que la tenencia se ejerce por el padre que de común acuerdo han señalado ambos padres al separarse, indicando como una innovación que se “tomara en cuenta el parecer del niño y el adolescente”. El segundo supuesto es que de no existir acuerdo o si este resulta perjudicial, deberá ser el Juez de Familia quien decida de acuerdo al interés superior del niño, el que debe tener al hijo³⁸.

Fuensanta Rabadán³⁹, señala que la tenencia se refiere a aquellas facultades de la patria potestad que están relacionadas con el cuidado directo de los hijos, y para cuya realización necesita la convivencia del progenitor con el niño o niña; por ello, la tenencia será ostentada por el progenitor que convive con los hijos.

Mientras que el derecho de visita corresponde al progenitor que no vive con los hijos, de manera que pueda “tener a los hijos en su compañía”. Pese a su denominación, derecho de visita no es un derecho, sino una facultad conferida al progenitor que no tiene la tenencia; de esta manera se pretende evitar el perjuicio que supone para el desarrollo del niño, niña o adolescente verse privado de la convivencia con uno de sus padres, por la separación de los mismos. Está basado en la relación “paterno-filial”, de ahí que pese a que haya privación de la titularidad de la patria potestad, se mantenga el derecho de visita, excepto si lo requiere el bienestar de los hijos⁴⁰.

La tenencia constituye característica importante de la patria potestad; pese a involucrar; como indica D’ANTONIO, un elemento puramente material y fáctico, representa compartir la vida diaria. Con ello, es innegable que se moldea también el ejercicio real y cotidiano de la patria potestad.

Para Mariana Hollweck y Graciela Medina, la tenencia es el derecho preferente a ejercer la guardia del hijo o hija menor, por uno de los padres, cuando se ha

³⁸ CHUNGA LAMONJA, Fermín, CHUNGA CHÁVEZ, Carmen, CHUNGA CHÁVEZ Lucia. Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos, editorial Grijley, Lima – Perú, 2012, p. 108

³⁹ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, Breves notas sobre la patria potestad. Especial problemática de los supuestos de separación de los padres, en Anuario de Justicia de Menores, Nº II-2002, Editorial Astigi, Sevilla, 2003. P. 258.

⁴⁰ Ibid.; p.268.

producido la situación de desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo o hija, siendo uno de los supuestos de desmembramiento de la patria potestad⁴¹.

La tenencia es una institución, un atributo de la patria potestad, no es creación jurídica, está establecida en la naturaleza, tiene por propósito situar al menor bajo la atención, cuidado, vigilancia, de uno de los padres al hallarse estos separados de hecho, en aplicación a circunspecciones que le sean más propicias 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 atañerá al otro, correspondiéndole al primero un régimen de visitas.

Los términos como patria potestad y tenencia, están siendo criticados, considerados, poco felices, no idóneos, para acreditar, habilitar los conceptos a los que se refiere, esto fue cuestionado por Cecilia Grosman, quien señala: (...) la denominación “patria potestad” responde a concepciones arcaicas, pues en latín significa el “poder del padre” y, va de suyo, que no puede hablarse de un “poder” ya que hoy en día se trata de una función en cabeza de ambos progenitores destinada a satisfacer las necesidades del hijo teniendo como preocupación esencial su interés superior (artículo 18, CDN). Por este motivo, ya en muchos países se ha reemplazado esta locución por otra terminología, como “autoridad parental” o “responsabilidad parental”, designación esta última que nos parece más apropiada para traducir la tarea de crianza y formación del hijo.

Tampoco el término “tenencia” que significa “ocupación y posesión actual y corporal de una cosa”, traduce la consideración del niño como una persona, por esta razón las legislaciones modernas, en concordancia con la nueva mirada, utilizan otra terminología, como “convivencia con el hijo”, “cuidado personal del hijo” o “residencia habitual del hijo”. Ya el Código de Familia de Cuba, sancionando tiempo atrás adopto la expresión “guarda y cuidado del hijo” (art. 58)⁴².

⁴¹ HOLLWECK, Mariana y MEDINA, Graciela, “Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares”, en <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000146.pdf>.

⁴² GROSMAN, Cecilia, “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿Utopía o realidad posible?”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coords), Nuevos perfiles del Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 181-182.

2. CUSTODIA O TENENCIA DE LOS HIJOS

Al respecto Ana Cecilia Garay Molina sostiene que en tanto la familia permanece física y espiritualmente unida no suelen suscitarse las cuestiones sobre la custodia o tenencia de los hijos y el régimen de visitas; estas surgirán tan pronto como aparezcan los primeros síntomas de discordia.

El constante incremento de las rupturas matrimoniales y de la paternidad extramatrimonial, dan lugar a que, cada vez con mayor frecuencia, se susciten conflictos en relación con la custodia o tenencia y las visitas de los hijos de padres no convivientes, casados o no. Sin embargo, estos conflictos también pueden surgir ante la ausencia física de uno o ambos progenitores –por muerte o abandono-, dado que los problemas de custodia o tenencia no solo se plantean entre los progenitores, sino que muchas veces otros miembros de la familia discuten, con o sin razón, el derecho a tenerlos consigo y, por ende a educarlos.

Como ya se refirió, cuando los padres –casados o no- viven juntos ejercen conjuntamente las facultades inherentes a la Patria Potestad. Sin embargo, cuando los padres dejan de convivir, ante la dificultad de ejercer conjuntamente la patria potestad, es necesario decidir quien se encarga del cuidado del niño, la niña o el adolescente, o de otras cuestiones, como la educación o de que forma el progenitor que no vive con el hijo o hija podrá relacionarse con él o ella supliéndose esta falta de convivencia, por lo que surgen una serie de figuras separadas y distintas, como son la tenencia, el llamado impropio “ejercicio” y el derecho de visita, para conseguir que la separación de los padres afecte lo menos posible a las relaciones paterno – filiales⁴³.

3. LA TENENCIA DE LOS HIJOS: NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO ATRIBUTO DE LA PATRIA POTESTAD

La legislación peruana, ante la ruptura del vínculo conyugal (matrimonio), establece el ejercicio exclusivo de la patria potestad para uno de los cónyuges,

⁴³ GARAY MOLINA, Ana Cecilia, Custodia de los hijos cuando de da fin al matrimonio, Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida (Coparentalidad), Grijley 2009, Lima Perú. P. 72-73.

considerándose incluso obligatorio otorgar la patria potestad en los casos de separación o divorcio por causal al padre o madre inocente de la causal cuando se trata de separación convencional, otorgar la tenencia de los hijos a uno de los padres, por acuerdo de ellos. Sin embargo consideramos con Andrés Gil, María Fama y Marisa Herrera, que se ha partido de un significado erróneo de los términos “patria potestad”, y “tenencia”, identificándolos con la guarda física de los hijos, sin advertir que el concepto es mucho más amplio, ya que comprende un cumulo de derechos y deberes relativos a la crianza y formación de los niños y adolescentes⁴⁴.

Es más se ha señalado que resulta a todas luces inconstitucional, por cuanto contraria la igualdad de derecho y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los progenitores en la crianza y educación de los hijos, contenidas en normas de rango constitucional donde no se hacen distinciones cuando se da la separación de los padres⁴⁵.

La guarda se traduce en el hecho de vivir en familia prestando la atención al desarrollo de los hijos; en este sentido, el ejercicio de la patria potestad requiere de manera fundamental la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar y es un derecho-deber de los padres el tener a sus hijos consigo. En nuestro medio se consagra tanto en el artículo 423 inciso 5 del Código Civil, como en el artículo 74 inciso e) del Código de los Niños y Adolescentes. Normas jurídicas que se pronuncian sobre el derecho de los padres de vivir con sus hijos. Empero, la guarda también implica el deber de otorgar al menor el desarrollo en un ambiente adecuado, privándolo de los malos ejemplos⁴⁶.

Es pertinente referir que uno de los derechos más trascendentales que otorga la patria potestad es la tenencia de los hijos, lo que se plasma en la convivencia de los padres con sus hijos, correspondencia efectiva, la convivencia bajo el mismo techo; sin embargo debe considerarse que no es una idea cerrada, esto debido que no se puede tomar como incumplimiento, si

⁴⁴ Ibidem. P. 91.

⁴⁵ Ibid. P. 92.

⁴⁶ LAFAILLE, Héctor Curso de Derecho de Familia, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930, p. 421.

las circunstancias lo justifican, como es el caso de los hijos que permanecen internos en un establecimiento de instrucción, o se reubican de su domicilio usual a otra ciudad para cursar estudios, o realizar otra actividad. Aclarando que la tenencia, vale de sostén o plataforma para el ejercicio de los demás derechos, la guarda de los deberes y para que opere la patria potestad integralmente. Es en este sentido que el Código de los Niños y Adolescentes, establece como atributo de la patria potestad; tener a los hijos en su compañía, recurriendo a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos⁴⁷.

El Código de los Niños y Adolescentes peruano, empareja, iguala la tenencia a la custodia y a la guarda, concibiendo que la tenencia es un atributo, facultad derecho de los padres a vivir con sus hijos, provisionarlos de cuidados diarios –atenderlos, asistirlos, vigilarlos, defenderlos, protegerlos, se podría decir que la custodia, la tenencia y la guarda; el compromiso, el deber que obliga y exige a los padres que ejercen la tenencia a proteger y cuidar a los hijos.

La tenencia del hijo por los padres significa tanto la ya mencionada proximidad física efectiva como la posibilidad de que se la consiga y se realice.

Cuando la convivencia matrimonial se ha visto interrumpida, entienden la jurisprudencia y la doctrina que deben aplicarse por analogía las normas referidas a la tenencia en caso de divorcio. Esta especie, es decir el divorcio, ha tenido en la legislación argentina una evolución derivada de la reforma operada en el artículo 76 de la ley de matrimonio civil por la ley 17.711, mientras que la ley 2393 había reproducido prácticamente lo dispuesto en el artículo 213 del Código Civil argentino⁴⁸.

Al terminar la convivencia entre los padres, ya sea por divorcio, o separación de hecho, nuestro Código de los Niños y Adolescentes, establece que se tiene que determinar la tenencia de los hijos a favor de uno de los padres, así la

⁴⁷ Código de los Niños y Adolescentes, peruano: artículo 78º, inciso f.

⁴⁸ D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Rubinzal y Culzoni, S.C.C. editores, 09 de julio, Santa Fe, Argentina p. 255.

tenencia, se convierte en una facultad que adquieren los padres separados de hecho, de acordar con cuál de ellos se ha de quedar con el hijo o hija. Esta decisión se puede efectuar convencionalmente, en el caso que los padres no lleguen a un concierto entre los ellos, la tenencia será decretada por el juez tomando en cuenta lo más provechoso, fructuoso, favorable, para el hijo o hija, así como su opinión; de tal forma que en el domicilio del padre o madre a quien se le entrega la tenencia será la residencia de los hijos.

Es de tenerse presente que la relación filial tampoco perjudica la adjudicación de la tenencia, conforme lo ha dejado en claro la jurisprudencia comparada. Citamos una de España:

"En el caso, sobre custodia a cargo del padre de la menor nacida de la unión de hecho mantenida por los litigantes, aun reconociendo las dificultades que puedan presentarse en la adaptación de la niña a convivir y ser custodiada por el padre, el Tribunal de instancia así lo decidió, lo que ha de compartirse, por tener de esta manera cubiertas en mayor medida las necesidades, tanto físicas, materiales, como de índole moral-según revela la prueba practicada, la recurrente, por su situación laboral y emocional no es la más apropiada para ocuparse de su hija-, sin que ello suponga que se proceda acortar radicalmente el contacto con la madre, que indudablemente complementará y contribuirá al mayor equilibrio emotivo y sentimental de la menor -se señala el correspondiente régimen de visitas-, pues una madre es difícil de suplantar y siempre está y debe estar en las proximidades del vivir existencial de los hijos, aunque no convivan juntos y sin perjuicio de que en el futuro, cuando a la menor le asista la capacidad legal necesaria, pueda decidir con quién de los progenitores quiere convivir. En estos supuestos a lo que ha de atenderse es al mayor beneficio del menor, al que, en los casos de crisis y separación de sus padres, se coloca en una posición difícil de optar por uno u otro, por lo que, a falta de acuerdo común, la ley traspasa al juez la siempre difícil solución de decidir cuál de los progenitores ha de asumir el cuidado y custodia -artículo 159 CC-, y en el caso, la decisión del Tribunal de instancia resulta la correcta, conforme al factum declarado probado y demás circunstancias concurrentes, ya que el favor fili es el que tiene que presidir las relaciones con los padres y

es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores⁴⁹.

De no existir acuerdo entre los padres, será el juez quien decida, teniendo en cuenta los criterios fijados en el Código especializado, los que si bien es cierto no son de total cumplimiento, si constituyen elementos de juicio para resolver la situación y deben conjugarse con el interés superior del niño, niña o adolescente –esto es, lo que más convenga a sus intereses y no tanto a los de los padres-, estableciéndose:

- El hijo o hija deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.
- El hijo o hija menor de tres años permanecerá con la madre.
- Para el que no obtenga la tenencia de los hijos, debe fijarse un régimen de visitas.

Sin embargo esta decisión no debe significar una privación para el otro progenitor de seguir el ejercicio de los demás atributos de la patria potestad; en estos casos –generalmente-, se distribuyen parcialmente las facultades y deberes de la patria potestad entre los padres, procurando que a pesar de no existir convivencia entre ellos, sigan procurándose y adoptando decisiones conjuntas sobre el bienestar de sus hijos.

Tanto el Código Civil como el Código de los niños y Adolescentes peruanos, enumeran de forma sistemática los deberes y facultades de la patria potestad, apreciándose un contenido sobre la persona del hijo o hija y otro sobre sus bienes. Como lo señala Alex Placido: “respecto del contenido personal de la patria potestad, este se puede resumir en los derechos y deberes de tenencia, vigilancia y corrección, de asistencia, educación y formación, y de representación”⁵⁰. Agrega Placido.

⁴⁹ Vid. Atribución al padre de la custodia de la menor nacida de unión extramatrimonial. España, Tribunal Supremo, 2569 - TS I. a S 9, julio, 2003.- Ponente: Sr. Villagómez Rodil (en Diario La Ley. Año XXIV. W 5843, Viernes, 5 de septiembre del 2003).

⁵⁰ PLACIDO VILCACHAUA, Alex, Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 485.

Sobre la tenencia se establece que los padres tienen el derecho y el deber de tener a los hijos en su compañía y de recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario. Indudablemente el modo ordinario de cumplir este deber es el de la convivencia de los hijos en el hogar familiar, pero no excluye la residencia de los hijos en lugar distinto, según decisión de los padres, a efectos educativos, médicos, etc. Este deber, de otro lado, implica para los hijos correlativamente un deber de permanencia en la casa familiar o aquella que sus padres les hubiesen asignado. Vale decir, que los hijos no pueden dejar la casa de los progenitores, o aquella que estos les hubiesen asignado, sin su autorización⁵¹.

De lo establecido en el Código de los Niños y Adolescentes, la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia han entendido que los hijos convivirán con uno de los padres, en tanto que el otro progenitor o progenitora tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica. Posición que va contra las tendencias contemporáneas mayoritariamente, a favor de la tenencia compartida o coparentalidad⁵².

Es de descartar que los problemas relativos al otorgamiento de la tenencia y régimen de visitas para los hijos e hijas menores de edad, generalmente se presenten como accesorios o conexos a un juicio principal de separación personal por causal, divorcio vincular por causal de nulidad de matrimonio. Evidenciándose que la primera y más importante forma de solucionar esta dada por el convenio celebrado entre los padres, determinándose quién va a detentar la tenencia o guarda; ello será resultado de un acuerdo meditado y maduro de los progenitores, quienes deberán tener en cuenta la experiencia previa en la convivencia y el interés de los hijos. El consenso se presenta así como la mejor de

⁵¹ *Ibidem*, cit, p. 462.

⁵² PODER JUDICIAL DEL PERÚ, Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional de Familia, Pleno Jurisdiccional de Familia de 1997, Conclusiones finales, Lima 1997.

las soluciones, pero no exime a los Tribunales de revisar lo acordado antes de su homologación a fin de verificar si es adecuado al interés de los hijos⁵³.

La solución contenciosa en sede judicial se presenta como subsidiaria y solo debe acudir a ella cuando existe discrepancia entre los progenitores. En este caso, será el órgano judicial el que decidirá a quien atribuir la tenencia, o guarda provisional o definitiva, teniendo en cuenta las características especiales de cada caso. Igual situación se presenta en el caso de existencia de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad corresponderá a ambos padres en forma compartida si conviven, pero si se interrumpió la cohabitación debe resolverse quien ejercerá la tenencia con similares pautas que si se tratara de hijos matrimoniales, aunque en esta alternativa la reclamación de la tenencia será siempre acción principal⁵⁴.

La tenencia establecida judicialmente puede ser variada por circunstancias debidamente comprobadas, correspondiendo su tramitación a un nuevo proceso y es procedente cuando han transcurrido seis meses de la resolución original, salvo que esté en peligro la integridad del hijo o hija. Para darse la variación, el Juez ordenara –con la asesoría de un equipo multidisciplinario–, que se efectúe en forma progresiva, a fin de que no produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente; solo cuando las circunstancias lo ameritan por encontrarse en peligro su integridad, el juez puede ordenar que el fallo se cumpla de inmediato. Al respecto en la jurisprudencia peruana también se ha determinado que “en materia de tenencia no rige el principio de cosa juzgada ya que se admite la posibilidad de la modificación de la tenencia”⁵⁵.

⁵³ FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, “Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas”, en <http://208.51.140.99/revistas/procesal/ferreyra.htm>.

⁵⁴ GARAY MOLINA, Ana Cecilia, Custodia de los hijos cuando de da fin al matrimonio, Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida (Coparentalidad), Grijley 2009, Lima Perú. P. 94.

⁵⁵ Casación en el Expediente N° 2773-2000-ICA, de fecha 27 de diciembre de 2000. Citado por PLACIDO VILCACHAGUA, Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia, cit. pp. 501-502.

Emilia Bustamante Oyaguen⁵⁶, considera que la patria potestad como derecho – deber de los padres en torno a sus menores hijos, queda subsistente como titularidad, esto es, como expresión de la autoridad que tienen los padres con respecto a sus hijos menores de edad. Empero, se prevé el ejercicio de la patria potestad a cargo de uno solo de los padres, ya que el vínculo matrimonial se debilita y origina la separación física de los padres, ambos ya no van a poder ejercer de modo completo todas las atribuciones de la patria potestad, solo a uno le compete ejercerlas, sin embargo, ello no significa que la patria potestad se anule para el otro padre o madre.

Tayli Rodríguez, señala⁵⁷:

“El divorcio, como toda ruptura, supone una crisis que hay que afrontar y superar, mediante una obligación de cambio; sin embargo es necesario preservar la estructura triangular que toda familia conlleva y para ello debe entenderse claramente que la relación desaparecida es la existente entre los cónyuges. Cuando alguno de los miembros confunde que la separación de la pareja implica la separación entre padres e hijos, ha de saber que está perjudicando a estos últimos, ya que se está condenando a los menores a crecer sin referencia de ambos progenitores, lo cual va a suponer una carga emocional de consecuencias impredecibles. Tenemos que mentalizarnos que la pareja se rompe, pero la labor de padres permanece en el tiempo; por ello, debemos intentar entendernos, como padres pensando siempre en el beneficio de nuestros hijos, así aconsejo el presidente de la Asociación de Padres de Familia Separados de España. De modo que es claro que la adaptación a la vida pos divorcio debe ser concilio y entendimiento, esto de lo contrario se rompería en el triángulo el eslabón más débil: el niño.

Según el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en caso de conflicto, el juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable; el hijo menor de tres años permanecerá con la madre.

⁵⁶ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, Tenencia y patria potestad. Doctrina y jurisprudencia, Compendio Especializado, Normas Legales, Trujillo, 2002, Vol. XVI. P. 19

⁵⁷ RODRÍGUEZ, Tayli, “Custodia compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la Familia”, en http://www.revistafuturos.info/futuros_9/custodia_1.htm.

Procesalmente la tenencia en si no tiene carácter de “definitiva”, porque su destino puede variar en razón de las circunstancias de hecho sobrevinientes, dado que siempre se encuentra latente la posibilidad de cambiar. La regla suprema que rige la cuestión apunta a la preservación de la salud física, moral y mental de los niños niñas y adolescentes, por lo que cuando exista un riesgo de que ello suceda, puede operarse la mutación en cualquier momento⁵⁸.

4. LA GUARDA Y CUSTODIA

En otros países a la tenencia de los hijos, se la denomina “*guarda y custodia*”. Las palabras tenencia, guarda y custodia, opinamos que son utilizadas bajo relación de analogía y que las tres representan a una misma institución jurídica, esto es, el cuidado, la atención, la vigilancia personal de los hijos, entonces custodia supone algo más que guarda; que significa guarda cuidadosa y diligente, por la cual, al ir juntas, indican que el cuidado de los hijos está reforzado. La tenencia, implicaría la suma de la guarda, la custodia, y el tener a los hijos en compañía de los padres, el vivir juntos. Así la expresión guarda y custodia se ceñiría únicamente a la función realizada por uno o los dos padres, reservándose el uso de guarda para los casos en que se lleva a cabo por un tercero, sea este un tutor, guardador del hecho, un pariente o persona a la que se le haya entregado al niño, niña o adolescente en colocación familiar, pudiendo también ser una institución que lo albergue, sea esta pública o privada.

Para Daniel Hugo D'Antonio, la Guarda, es el primer elemento que aparece en la patria potestad como integrador del complejo funcional de derechos-deberes, es el de la tenencia del hijo.

Este derecho-deber es tratado por la doctrina en función con lo que se denomina "guarda' del hijo e, incluso, se ha señalado que en esta materia el término está utilizado con impropiedad.

Pese a tal opinión, consideramos necesario distinguir con precisión ambos supuestos y percibir la tenencia del hijo como derecho-deber específico y diferenciado de la

⁵⁸ LADERECHE, María de las Mercedes y ALLENDE, Lucia, “Patria potestad – Tenencia compartida”, en <http://www.ampfsmexico.com/docongreso/CONFERENCIASMAGISTRALES/jueves/PATRIA%20POTESTAD%20TRABAJO%MEXICO%20MERCEDES.doc>.

guarda, ya que esta segunda atañe a una realidad del derecho de familia perfectamente distinguible en su esencia y alcances.

En efecto, la guarda presupone una actividad que responde a su significado en el habla castellana signada por comportamientos de custodia, defensa o conservación. La tenencia, en cambio, refiérase a un aspecto meramente material o fáctico, implicando la proximidad física de algo o alguien, por lo cual en el artículo 155, inciso 19 del Código Civil español se la define como el deber de los padres de tener a sus hijos "en su compañía", y doctrinariamente se la denomina deber de convivencia o unidad de domicilio.

En el caso del hijo esa proximidad física puede o no ir acompañada de los ingredientes propios de la guarda que a nuestro criterio corresponden a la satisfacción de los deberes de cuidado y vigilancia y abarcan igualmente lo vinculado con la asistencia material del menor⁵⁹.

Diez-Picazo⁶⁰, fue uno de los primeros estudiosos en advertir ciertos deslindes entre guarda y custodia y patria potestad. En las hipótesis de normalidad de la relación paterno-filial, el cuidado de los hijos estaba contenido en la patria potestad y que, en situaciones de separación de los padres por sentencia firme, el cuidado de los hijos estaba contenido en la patria potestad y que, en situaciones de separación de los padres por sentencia firme, el cuidado de los hijos debía continuar ejerciéndose por el progenitor a quien correspondiese la patria potestad. Sin embargo, se planteaba la problemática que originaba la delimitación de dichas funciones cuando cada una de ellas era atribuida la delimitación de dichas funciones cuando cada una de ellas era atribuida a distintos progenitores. Agregaba que las facultades referidas al contenido patrimonial de la patria potestad no presentaban mayores dificultades, correspondiendo a quien la ostentase. El problema radicaba más bien en el contenido personal de la patria potestad, en cuyo caso debían analizarse cada uno de los elementos que ésta agrupada con el objeto de incluirlos en una u otra titularidad.

En suma, no existía un tratamiento separado de ambas figuras aunque, sin embargo, se atisbaba una cierta distinción entre las facultades que comprende el cuidado personal.

⁵⁹ D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Rubinzal y Culzoni, S.C.C. editores, 09 de julio, Santa Fe, Argentina p. 260.

⁶⁰ DIEZ-PICAZO, "Notas sobre la Reforma del Código Civil en materia de patria potestad", ADC, 1982, Sevilla España, P. 107-108.

Para Castan Tobeñas, La terminología utilizada en esta materia tampoco daba muchas luces sobre el contenido de esta institución.

En efecto, hasta el año 1981 el Código Civil Español, establecía en su art. 70, para el caso de la nulidad matrimonial, que los hijos e hijas menores de siete años quedaban bajo el cuidado de la madre hasta cumplir dicha edad (párrafo quinto); y si ambos cónyuges eran de buena fe, los hijos varones mayores de siete años quedaban al cuidado del padre, y las hijas, al de la madre. En cambio, si la buena fe existía de padre de uno solo de los cónyuges, quedaban bajo su poder y cuidado de los hijos de ambos sexos (párrafo tercero). De esta forma, el legislador utilizaba dos expresiones distintas para una y otra hipótesis; al parecer, para referirse al aspecto personal de los hijos menores prefería la expresión cuidado, y cuando la intención era atribuir la patria potestad y el cuidado personal sólo al cónyuge de buena fe, empleaba las expresiones bajo su poder y cuidado⁶¹.

En este sentido García Pastor, señala que con posterioridad a la reforma de 1981 tampoco se despierta un interés especial por el estudio de la guarda y custodia, existiendo sólo referencias secundarias en ciertos comentarios de artículos del Código Civil Español. (...) la doctrina española no profundiza en el contenido de este instituto; los límites entre guarda y patria potestad parecen difusos, resultando difícil construir un concepto de aquélla.

Algo similar ocurría en la doctrina extranjera de la época. En el ámbito italiano, por ejemplo Grassi ponía el acento en el fundamento de esta figura, señalando que el cuidado de los hijos, que comprendía el deber de educarlos, formarlos e instruirlos, más que un derecho de los progenitores parece que debe ser considerado un munus, un encargo. A su vez, en el Derecho Francés Simler definía la guarda y custodia como el eje alrededor del cual gravitan y se ordenan todas las demás prerrogativas de la patria potestad, poniendo de manifiesto la íntima relación entre guarda y custodia y patria potestad y, más exactamente, con el ejercicio de esta última⁶².

⁶¹ CASTAN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español, común y foral, V. Derecho de Familia. Vol. 1º Relaciones conyugales, 9º. Edición, Madrid, Reus, 1976, p. 899.

⁶² GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales, Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1997, p. 79.

A. Semblante jurídico de la tenencia, la guarda y custodia

La tenencia, La guarda y custodia instituyen la función paterno-filial de carácter personal que más nombradía obtiene una vez acontecida la dificultad familiar o de pareja. En efecto, como su regulación origina un verdadero “efecto catarata” también conocido como “efecto cascada”, en todos los otros aspectos, que tienen que verse; ejercicio de la patria potestad, alimentos, vivienda familiar, régimen de visitas, etc.

En otras legislaciones como la chilena, la guarda de los hijos se encuentra separada de la patria potestad, tanto antes como después de la crisis conyugal. Esto se debe a que la patria potestad comprende solo los aspectos patrimoniales del vínculo filial, de manera que existe un tratamiento dual de las relaciones filiales: las de carácter personal (englobadas en el denominado “cuidado personal”) por una parte, y las de naturaleza económica (comprendidas en la “patria potestad”), por otra⁶³.

B. Relación entre la tenencia, la guarda, la custodia y la patria potestad

En primer lugar, debemos señalar que existe una clara vinculación entre la tenencia, la guarda y custodia y patria potestad, pero no son lo mismo, existen incuestionables diferencias que conceden un semblante judicial adecuado a la tenencia, a la guarda y custodia frente a la patria potestad.

Así mismo es cierto que existe proximidad entre ambas figuras, en nuestra legislación, se equipara a la guarda y custodia con la tenencia, mientras que la patria potestad vendría a comprender, entre otros derechos y facultades respecto de los hijos, la patria potestad no solo es velar por ellos y tenerlos en su compañía, contiene otros aspectos. Podríamos decir que la patria potestad es el género, y la tenencia la especie, dentro de los atributos, propiedades, caracteres de la patria potestad, se encuentra la tenencia, la que también es conocida en otras legislaciones como guarda y custodia.

En el Derecho Francés, la legislación civil no distingue tampoco con nitidez entre patria potestad y guarda de los hijos, refiriéndose solamente a la primera de estas figuras. El equivalente al art. 154 del Código Civil español, se encuentra en el art. 371.1 del Code, modificado por ley núm. 2002-305, de 4 de marzo de 2002. Este precepto establece que la autorité parentale (patria potestad) es un conjunto de

⁶³ LATHROP GÓMEZ, F. Cuidado personal de los hijos, Santiago de Chile, Puntolex, 2005, p. 3-5.

derechos y obligaciones que tienen como fin el interés del hijo; y, determinando su contenido, agrega que pertenecen al padre y a la madre hasta la mayoría de edad o emancipación del hijo, para velar por la seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona⁶⁴.

En Alemania, en tanto, la ley efectúa una cierta diferenciación entre ambos institutos aunque no por ello dejan de conformar una única unidad.

Establece que los padres tienen la obligación y el derecho de cuidar del hijo menor de edad, función genérica denominada cuidado paterno. Éste agrega la disposición, comprende tanto la atención de la persona del hijo, que recibe el nombre de cuidado personal, como el de su patrimonio, designado como administración patrimonial. Por su parte, del mismo cuerpo legal determina el contenido del derecho de cuidado personal prescribiendo que éste comprende sobre todo el derecho y la obligación de determinar su crianza, educación, guarda y residencia.

Se trata, como vemos, de nociones amplias de patria potestad, que agrupan el aspecto personal y patrimonial de la relación filial⁶⁵.

C. Composición de la tenencia o guarda-custodia

La tenencia o guarda-custodia, está formada por innegables derechos y deberes que otorga la patria potestad. Por ello se puede decir que una y otra caminen juntas.

La tenencia, guarda-custodia, se encuentran diluidas en la patria potestad, cuando todo es armonía entre los padres y en la familia, esta sale a la luz, solo cuando se presenta la discordia, y allí es donde toma verdadera importancia y relieve, antes de eso como es natural los hijos se encuentran viviendo junto a sus dos padres, no tienen ningún problema, ni se presenta ninguna discusión de bajo el cuidado de quien viviera el hijo o los hijos.

En efecto, cuando ambos padres viven juntos y la relación conyugal o de pareja se desenvuelve con normalidad, la tenencia, guarda o custodia es ejercida conjuntamente por ellos, de tal manera que ésta se encuentra “embebida por la patria potestad dual”, sin necesidad de desgajarse de ella. En otras palabras, ambas instituciones coexisten perfectamente, pudiendo sostenerse que la guarda “es aquella

⁶⁴ Basado en la traducción efectuada por NÚÑEZ IGLESIAS, A., Código Civil Francés, edición bilingüe, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005. p. 225.

⁶⁵ Basado en la traducción realizada por EIRANOVA ENCINAS, E., Código Civil alemán, Comentado, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 482.

función (derecho-deber) dimanante de la patria potestad que consiste en cubrir la necesidad de cuidado del hijo⁶⁶.

Esto no quiere decir que cuando los padres se separen, recién nazca, brote o germine, la Tenencia o guarda-custodia, sino que es el momento en que esta figura jurídica se hace visible, se pone de manifiesto, antes de que esto ocurra la tenencia, formaba parte de una figura jurídica indivisible, con todo lo demás que implica esta, (la patria potestad).

La tenencia guarda-custodia de los hijos existe, pero en estado virtual, pues se confunde en el seno de la patria potestad; en los casos en que ésta es ejercida normalmente por ambos progenitores, aunque sería teóricamente imposible definir la tenencia guarda-custodia, ello sería perfectamente inútil, ya que no cumple ningún papel efectivo. La única situación que permite su conceptualización se produce cuando ambos institutos están separados.

Para Ragel Sánchez, L. la vinculación del origen de la guarda y custodia con la ruptura matrimonial o de pareja responde al especial hincapié que se efectúa en los elementos personales que conforman la patria potestad. Así, conforme a esta posición, si los progenitores no viven juntos el cuidado personal de los hijos que no es sino el contenido personal de la patria potestad sólo puede desarrollarse por la persona que convive con ellos; éste es el origen de la guarda y custodia. Sin embargo, esta postura olvida que aquella se encontraba latente dentro de esas funciones de carácter personal de la patria potestad que sólo salen a la luz, con mayor claridad, frente a la ausencia de convivencia. La guarda y custodia dual no sólo es factible sino que es lo más corriente. Prueba de ello es el párrafo segundo del art. 1903 del C.C. (Código Civil Español), que, al referirse a la responsabilidad extracontractual derivada de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo guarda y custodia, emplea el vocablo padres (en plural)⁶⁷.

García Pastor, indica que en la relación personal de cercanía que existe entre guardador e hijo, se ha definido la guarda y custodia como el “conjunto de funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño”, Entonces, si conforme a este concepto la guarda y custodia comprende todas las funciones

⁶⁶ GODOY MORENO, A. “la guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, en VV.AA., Diez años de abogados de familia, Madrid, La Ley, 2003, p. 320.

⁶⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L., “Reflexiones sobre los derechos paterno-filiales”, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Díez-Picazo, tomo III, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 4887.

paterno-filiales que requieren la inmediatez, cabe preguntarse ¿ qué grado de injerencia corresponde en ellas al progenitor no guardador? Al parecer, parte de dichos derechos-funciones podrían ser desenvueltos por el padre o madre que no mantiene esa relación de convivencia constante, pues sólo es imprescindible que las desarrolle el progenitor guardador en cuanto al factor determinante de la inmediatez así lo exija⁶⁸.

Para Ragel Sánchez, existen dos tendencias en la doctrina respecto a la guarda y custodia. En primer lugar, hay quienes conciben el contacto directo, físico y continuo con el hijo como el elemento esencial de la guarda y custodia. En este caso estamos frente a un concepto, por así decirlo, “restringido” de esta figura. Por otro lado, una noción más amplia de esta institución involucra la educación y formación integral de los hijos, es decir, sobrepasa el mero cuidado o protección física de éstos⁶⁹.

Para nosotros, la tenencia (como es denominada en nuestro ordenamiento jurídico), se equipara a las figuras de la guarda y custodia, lo que vendría a ser el cuidado personal de los hijos, esto no quiere decir que este cuidado tenga que ser en estricto personal, el que se delegue esta función a una tercera persona, como es el caso de los padres que trabajan hasta horas de la tarde y dejan a sus hijos en guarderías, cunas o al cuidado de una nana, o personal de servicio doméstico en su domicilio, no es que ellos no tengan bajo su cuidado y protección a sus hijos, si bien es cierto que la patria potestad y la tenencia, se encuentran intrínsecamente ligadas, en nuestro ordenamiento jurídico no se hace la distinción que la tenencia, guarda y custodia, se hace cargo del aspecto personal y la patria potestad, del aspecto patrimonial, ya que la patria potestad no solo comprende la parte patrimonial, sino es mucho más amplio, abarcando un todo.

5. VARIACIÓN DE LA TENENCIA

El artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes (peruano), señala que si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenara, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no produzca daño o trastorno.

⁶⁸ GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1997, p. 85.

⁶⁹ RAGEL SÁNCHEZ, L., “Reflexiones sobre los derechos paterno-filiales”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Díez-Picazo*, tomo III, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 4890.

Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el juez, por decisión motivada, ordenara que el fallo se cumpla de inmediato.

La tenencia establecida judicialmente puede ser variada por circunstancia debidamente comprobada, correspondiendo su tramitación a un nuevo proceso y es procedente cuando han transcurrido seis meses de la resolución original, salvo que esté en peligro la integridad del hijo o hija. Para darse la variación, el Juez ordenara – con la asesoría de un equipo multidisciplinario-, que se efectúe en forma progresiva, a fin de que no produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente; solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el juez puede ordenar que el fallo se cumpla de inmediato. Al respecto en la jurisprudencia peruana también se ha determinado que “en materia de tenencia no rige el principio de cosa juzgada ya que se admite la posibilidad de modificación de la tenencia”⁷⁰.

A decir de Fermín Chunga Lamónja, la facultad que tiene el Juez de variar la tenencia con la asesoría del equipo multidisciplinario si esta es necesaria, y señala también que esa variación se efectúe en forma progresiva para no perjudicar al niño o adolescente. Señala asimismo este artículo que cuando las circunstancias lo ameriten y se encuentre en peligro la integridad del niño o adolescente, el Juez por decisión motivada, ordenara en su fallo se cumpla de inmediato⁷¹.

Procesalmente, la tenencia en si no tiene carácter de “definitiva”, porque su destino puede variar en razón de las circunstancias de hecho sobrevinientes, dado que siempre se encuentra latente la posibilidad de cambiar. La regla suprema que rige la cuestión apunta a la preservación de la salud física, moral y mental de los niños, niñas y adolescentes, por lo que cuando exista un riesgo de que ello suceda, puede operarse la mutación en cualquier momento⁷².

El equipo multidisciplinario, debe estar conformado por expertos, obligatoriamente competentes, ya que ellos son los que están convocados a pronunciar un informe imparcial, ecuaníme y sensato; concernientes a la capacidad para el ejercicio de la

⁷⁰ Casación del Expediente N° 2773-2000, de fecha 27 de diciembre de 2000. Citado por PLACIDO VILCACHAGUA, Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Cit. Pp. 501-502.

⁷¹ CHUNGA LAMONJA, Fermín, CHUNGA CHÁVEZ, Carmen, CHUNGA CHÁVEZ Lucia. Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos, editorial Grijley, Lima – Perú, 2012, p. 112.

⁷² LADERECHE, María de las Mercedes y ALLENDE, Lucia, “Patria potestad – Tenencia compartida”, en <http://www.ampfsmexico.com/docongreso/CONFERENCIASMAGISTRALES/jueves/PATRIA%20POTESTAD%20TRABAJO%MEXICO%20MERCEDES.doc>

tenencia de los hijos. Así con esta regla el legislador confiere al Juez Especializado de Familia, un instrumento poderoso para efectuar una valoración de los criterios formulados en materia de variación de la tenencia.

Es muy importante que se pueda variar la tenencia, debido a que la situación de las personas cambia, estos cambios no pueden afectar a los hijos, en la experiencia profesional se aprecia, que se presentan muchos casos en los que la madre o el padre que ostenta la tenencia de su hijo o hijos, vuelve a contraer matrimonio o inicia una nueva relación de convivencia, esta tercera persona (el nuevo esposo o conviviente) no siempre tiene un comportamiento apropiado con los niños, niñas y adolescentes, en casos extremos la nueva pareja no solo ha maltratado cruelmente a los niños, también ha llegado a abusar sexualmente de ellos, así como a dar muerte a los hijos de sus actuales parejas. En atención a lo señalado, el legislador ha hecho muy bien en permitir que la tenencia pueda variarse.

6. LA TENENCIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS

Así lo señala Jorge O. Azpiri, La incidencia que puede tener la unión marital de hecho en la atribución de la tenencia y en el régimen de visitas ha variado a través del tiempo, a pesar de que las normas aplicables al caso no han sufrido modificaciones esenciales.

Ello es así porque tanto los arts. 76 de la ley 2393, como 206, párr. 2º del Cód. Civil (español) -luego de la ley 23.515- establecen que los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo.

No es imprescindible que los padres hayan contraído matrimonio para que se apliquen, por analogía, las normas que determinan los criterios para la atribución de la tenencia.

Esto significa que cuando se tenga que resolver la tenencia y el régimen de visitas respecto de hijos cuyos padres no se encuentren casados, se deberán aplicar las mismas normas que rigen para los cónyuges.

Así lo ha resuelto la jurisprudencia:

La prioridad que prevé el art. 206 del Cód. Civil español, para otorgar la tenencia a la madre respecto de los hijos menores de cinco años, debe aplicarse a aquellas

situaciones en que los progenitores se encuentren unidos por una simple relación irregular, es decir, que no media un matrimonio legítimo constituido⁷³.

La otra cuestión que plantea este tema es la referida a la idoneidad de los padres para ejercer la tenencia o bien para gozar de un régimen de visitas, y la incidencia que el mantenimiento de una unión marital de hecho puede tener en ese aspecto.

La atribución de la tenencia de los hijos se realizará, teniendo en cuenta las normas específicas del Código Civil que alude, aparte de la edad de los menores, a la idoneidad como padres.

Durante muchos años tanto la doctrina como la jurisprudencia entendieron que la vida marital de hecho constituía una afrenta a la moral pública para la formación de la conciencia moral de los menores y para el normal desarrollo de su personalidad al introducir un factor de conflicto y perturbación en el orden natural de los afectos y, por consiguiente, descalificaban al padre que vivía en concubinato para ejercer la tenencia. Sin embargo, el cambio operado dentro de nuestra sociedad respecto a la valoración de la unión marital de hecho ha llevado a una modificación sustancial en cuanto a la apreciación que debe hacerse de ese comportamiento para la atribución de la tenencia. La conducta del padre que ejerce la tenencia debe repercutir de una manera grave en la salud física o moral de los menores para que pueda sostenerse que la guarda debe ser modificada, pero, además, el otro padre debe encontrarse en condiciones de brindar un ámbito de mejor protección.

En la actualidad ha cambiado la apreciación crítica que se tenía, por lo que el hecho de que uno de ellos mantenga una unión marital de hecho no lo descalifica, por esa sola circunstancia, como padre apto para ejercer la tenencia. Será imprescindible, en su caso, alegar y probar que la convivencia concubinaría produce un perjuicio concreto en los menores y que, por ello, el padre que mantiene esa situación pierde la idoneidad que permitía atribuirle la tenencia.

Lo mismo sucede en el caso de las visitas que se realicen en el domicilio del padre que no ejerce la guarda, y que vive en una unión de hecho, ya que con anterioridad se consideraba que el contacto de hijo con la compañera del padre constituía un elemento extraño posiblemente muy perturbador de la relación paterno-filial, que podía atentar seriamente contra la estabilidad emocional del menor y que además implicaría una distorsión de su concepto de familia.

⁷³ Cam. 1º Apelaciones Civil y Comercial, San Nicolás, 24/04/2003, “B.N.A.c.N.,M,LLBA, 2003-776.

Nuevamente aquí debe sostenerse que será necesario que se acredite concretamente, en ese caso específico, que del contacto con el compañero del padre que debe realizar las visitas se deriva un perjuicio para el menor, ya que tal situación constituye un factor de riesgo para la salud física o espiritual del hijo.

Al no constituir por sí sola la vida marital de hecho una circunstancia que redunde en perjuicio para los menores, la carga de la prueba del daño físico o espiritual de los hijos recae sobre el padre que lo alegue⁷⁴.

Al progenitor que no se le otorga la tenencia de sus hijos, le corresponden los derechos y deberes siguientes: relacionarse con su hijo o hijos, de forma continua, inmediata, y frecuente, así como el derecho de cuidado, control, porque el que no viva junto a su hijo, tampoco quiere decir que se desentienda del cuidado y control que requiere un niño o un adolescente y del control de los procesos a través de los cuales el progenitor que ostenta la tenencia proporciona de instrucción y formación al hijo, también asume el deber de cooperación, participación e intervención, en todo aspecto para con su hijo, una obligación muy importante es la asistencia alimentaria, en todo lo que esta alcanza.

No se debe ni se puede imposibilitar sin una causa evidenciada las relaciones personales entre el progenitor que no tenga al hijo bajo su tenencia, así como con los parientes de este, a quienes también les asiste el derecho de poder mantener contacto con sus nietos, sobrinos.

7. LA TENENCIA, GUARDA O CUSTODIA COMPARTIDA

Para Cecilia Garay Molina, la Tenencia compartida o coparentalidad. El termino coparentalidad, también denominada tenencia compartida, responsabilidad parental conjunta o custodia compartida, parece atentar contra la leyes físicas del espacio y el tiempo, bien es sabido que no se puede estar en dos lugares a la vez; sin embargo ese sería el razonamiento de los neófitos en lo que es el Derecho⁷⁵.

⁷⁴ AZPIRI, Jorge O., Uniones de Hecho, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 150.

⁷⁵ GARAY MOLINA, Ana Cecilia, Custodia de los hijos cuando de da fin al matrimonio, Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida (Coparentalidad), Grijley 2009, Lima Perú. P. 151.

A decir de Patricia Beltrán Pacheco, muchos confunden la coparentabilidad con la tenencia compartida, por lo que es esencial señalar que esta es una nueva forma de entender las relaciones familiares interparentales, con el único objetivo de lograr la unidad de la familia, en virtud a que ambos progenitores intervienen en igualdad de condiciones en la crianza de sus hijos más allá de si viven juntos o no, logrando en ellos un desarrollo integral como fin supremo de la sociedad y el Estado.

Continúa señalando: La coparentabilidad tiene ventajas no solo para los hijos sino también para la familia, en tanto refuerza la relación paterno filial, ya que a través de esta, se busca reconocer la igualdad entre cónyuges o convivientes desde su perspectiva personal y familiar, lo cual favorece a la pareja y por ende a la familia, ya que ninguno se sentirá el “sacrificado” por la crianza de los hijos. En muchos casos de separación o divorcio, la mayoría de los cónyuges mujeres, fundan sus pretensiones indemnizatorias en el hecho que ellas se sacrifican por la familia dejando de estudiar, de tener amigas y de trabajar por criar a sus hijos; debiéndose acotar que ello se evitaría con la coparentabilidad ya que ambos progenitores se desarrollan desde su ámbito personal y a la vez colaboran activamente en el hogar⁷⁶.

Sofía Rabelo, considera que la noción de la tenencia compartida surgió como consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al menor como el centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros. La tenencia compartida busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres⁷⁷.

⁷⁶ BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet, “El mejor padre son ambos padres” ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú?, Boletín del Instituto de la Familia N° 11-2009, UNIFE, Facultad de Derecho.

⁷⁷ RABELO, Sofia M., “Definición de la tenencia o custodia compartida”, Trad. Wilfredo J. Cesare, Brasil, en http://padresdivorciados.org/padres/index.php?option=com_contet&task=view&id=11&Itemid=12.

Por su parte Enrique Varsi Rospigliosi, señala: la tenencia compartida también llamada coparentalidad es una novedosa institución del Derecho de Familia mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica es que los dos padres, pese a vivir separados, llevan a cabo los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad se robustece dado que ambos padres la ejercerán directamente. En tal orientación, la tenencia compartida es aquella en la que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor. Las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable. Los problemas en estos casos son de tipo práctico: establecer la periodicidad más adecuada en la variación de la convivencia normal y visitas. Esta modalidad tiene éxito cuando hay buena comunicación entre los padres.

El sustento de la coparentalidad es preservar de manera especial las relaciones paterno-filiales y, en general, las relaciones familiares. Implica el estricto ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos padres, sea cual fuera su situación de convivencia. Así, se legitima un hogar a tiempo compartido en el que el hijo convive un tiempo con el padre y otro con la madre, permitiendo que la formación y contacto con sus progenitores sea equitativo y pleno, no restringido como ocurre con el régimen tradicional de tenencia que se acompaña con un régimen de visitas a efectos de mantener las relaciones familiares indispensables con el menor.

La coparentalidad no tiene una regulación específica en nuestra legislación. Su tratamiento es escaso y, en cierta manera, podríamos decir que en nuestro medio está restringida de manera indirecta. Las normas que regulan esta materia son:

Código Procesal Civil: En los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal es procedente la medida cautelar de tenencia por uno de los padres, por ambos o por un tutor o curador provisional (artículo 485). En este caso, podemos decir que se hace una referencia fortuita a la coparentalidad ya que el término por ambos implicaría que los dos podrían

ejercer la tenencia; sin embargo el Código adjetivo no quiso referirse a una tenencia compartida sino a que la solicitud pueda ser presentada por ambos. Código Civil: Rechaza la tenencia compartida. El artículo 340 y el 420 indican que los hijos se confían a uno de los cónyuges, quien ejercerá la patria potestad, en tanto que el otro queda suspendido de su ejercicio. Código de los Niños y adolescentes: Es una normativa mucho más abierta. Da una fuerza especial al acuerdo entre los padres siendo ellos los que, de creerlo conveniente, puedan ejercer una tenencia compartida (artículo 81), teniéndose cuenta el parecer del niño o adolescente⁷⁸.

Por nuestra parte consideramos que la Tenencia, guarda o custodia de los hijos, se conocía solo como la “tenencia unilateral” o “tenencia personal”, en esta solo se establece que el niño, niña o adolescente viva con uno de los padres, el que asume el cuidado de forma directa y personal, en este tipo de tenencia, no hay diferencia, puede recaer tanto en el padre como en la madre.

Otra forma de tenencia es la “distributiva” o “partida”, esta tenencia se da cuando los padres se separan, y se reparten a los hijos, entonces padre y madre se queda con uno o más hijos, lo negativo de este tipo de tenencia es la separación de los hermanos, uno o unos viven con el padre y otro u otros viven con la madre; cuando se habla de esta tipo de tenencia, no se están refiriendo a la tenencia compartida en sí.

A decir de los términos que también se usan para denominar a la tenencia, guarda o custodia compartida, existen diferentes puntos de vista, como lo vimos en lo precedente, algunos tratadistas consideran que se puede equiparar esta institución con la coparentalidad y otros discrepan, señalando que la coparentabilidad no es lo mismo que tenencia compartida.

⁷⁸ <http://www.enriquevarsi.com/2008/09/tenencia-compartida.html>

8. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Existen valores que gozan de reconocimiento universal, pues todo el mundo es consciente de que la dignidad humana, la libertad, la justicia, la igualdad, la belleza o la verdad son patrimonio común de toda la humanidad. Y los derechos del niño reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas, son derechos humanos, por tanto, todo lo que pueda predicarse sobre estos es perfectamente aplicable a los derechos del niño⁷⁹.

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Convención sobre los Derechos del Niño”, tratado que quedó abierto a la firma el 26 de enero de 1990; ese mismo día firmaron el documento sesenta y un países, entrando en vigencia el 2 de septiembre de 1990, un mes después de haber ratificado por el vigésimo estado, convirtiéndose en el instrumento internacional sobre derechos humanos que ha sido ratificado con mayor rapidez en la historia y en el tratado que ha sido firmado por el mayor número de países del mundo, constituyendo la excepción de dos países. Siendo estos Estados Unidos de América y Somalia⁸⁰.

La Convención sobre los Derechos del Niño, constituye un paradigma de las nuevas orientaciones que deben regir la materia; significó el cambio de una jurisdicción tutelar a otra en la que se reconocen los derechos y las garantías de las personas menores de edad, sosteniéndose que dicho tratado consagra normativamente la *doctrina de la protección integral*, contribuyendo de este modo a culminar el proceso de consolidación de esta doctrina, que se había estado gestando en el transcurso de los años, a través de instrumentos internacionales de derechos humanos⁸¹.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CIDN) es un tratado internacional de las Naciones Unidas por el que los estados acatan los

⁷⁹ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex, Filiación y patria potestad en la doctrina y la jurisprudencia, cit., p. 465-466.

⁸⁰ La excepción la constituyen Estados Unidos de América y Somalia.

⁸¹ SALADO OSUNA, Ana, “Algunas reflexiones sobre la Opinión Consultiva 17 (28 de agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la condición jurídica y derechos humanos del niño”, en Anuario de Justicia de Menores, N° II, 2002, Sevilla, p. 78.

derechos del niño. La convención está compuesta por 54 artículos que consagran el derecho a la protección de la sociedad y el gobierno, el derecho de los menores de 18 años a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad. La CDN reconoce a los niños como sujetos de derecho, pero convierte a los adultos en sujetos de responsabilidades. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Su origen fue la Declaración de Ginebra de 1924, redactada por Eglantyne Jebb, una fundadora de la organización internacional Save the Children. La propuesta de Jebb fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. La Organización de las Naciones Unidas aprobó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, implícitamente, incluía los derechos del niño. Sin embargo, posteriormente se llegó al convencimiento de que las particulares necesidades de los niños debían estar especialmente enunciadas y protegidas. Es el tratado internacional que reúne al mayor número de estados participantes.

Esta convención está desarrollada o complementada por los siguientes protocolos:

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 18 de enero de 2002⁸².

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 12 de febrero de 2002.1

La doctrina de la protección integral reconoce al niño su condición de “sujeto de derecho” y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino, así desaparece la concepción anterior que consideraba al niño sujeto

⁸² http://es.wikipedia.org/wiki/Convenci%C3%B3n_sobre_los_Derechos_del_Ni%C3%B1o.

pasivo en materia de protección y objeto de protección⁸³. El niño es titular de derechos propios que por tanto puede ejercer, actualmente se le concede al niño un lugar distinto, diferente, pero no menos respetable que el del adulto.

El rasgo central y distintivo de la Convención lo constituye la consideración que hace de la infancia, desplazando en enfoque tutelar basado en la idea de niño objeto de control, hacia el enfoque de protección, fundado en la concepción del niño sujeto titular de derechos. Por lo tanto desde esta perspectiva, la acción jurisdiccional del Estado está dirigida a dar protección a los niños y debe dejar de tutelar a los sujetos, para comenzar a proteger sus derechos.

En la actualidad la Convención es la primera norma internacional sobre los derechos de los niños con carácter vinculante y de observancia obligatoria para los Estados que la han ratificado – entre ellos el Perú, que es parte de dicha Convención desde 1990-; y se cuenta además con la norma nacional específica para los niños; El Código de los Niños y Adolescentes, aprobada por Ley 27337, publicada el 7 de agosto de 2000, que recoge los derechos y principios del derecho internacional.

El preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño señala:

Los Estados partes en la presente Convención,
Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

⁸³ La denominada “doctrina de la situación irregular” que, entre otros significaba la existencia de una profunda división al interior de la categoría: niños, adolescentes y “menores”, la judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, la criminalización de la pobreza, disponiendo internaciones que constituirían verdaderas privaciones de libertad por motivos vinculados con la falta o carencia de recursos materiales; la consideración de la infancia como objeto de protección, etc. Vide (GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “Legislaciones infanto-juveniles en América Latina. Modelos y tendencias”, en Consejo de Coordinación Judicial- Unicef, materiales de lectura del Seminario Taller Internacional: El principio del Interés Superior del niño en la doctrina de la Naciones Unidas de protección de la infancia, 1997, Lima).

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos.

Teniendo presente que como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Derechos de los niños y adolescentes a ser cuidados por sus padres

Actualmente se sostiene que es un derecho humano del niño, la niña y el adolescente, por lo tanto, se hace imprescindible que sea respetado por parte del Estado a través de acciones positivas que lo hagan cumplir. Sin embargo, el derecho de los niños a vivir con sus padres se flexibiliza ante el divorcio o separación.

El artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño establece “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud a la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

El concepto de niño, niña o adolescente aparece determinado por la naturaleza humana; en consecuencia, la única diferencia que se puede encontrar entre las diversas legislaciones es que pone el límite superior a esa etapa de la vida, que ineludiblemente comienza con el nacimiento, aunque su protección es anterior al nacimiento, (a pesar de que la Convención no lo reconoce expresamente). Tal límite no es uniforme en los diversos ordenamientos jurídicos, aunque es frecuente encontrar que la mayoría de edad se alcanza años 18 años, como en el Perú.

Si bien la Convención no establece edad mínima, el Código de Niños y Adolescentes del Perú si lo hace, “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce años hasta cumplir dieciocho años de edad”.

El Instituto Interamericano del Niño, en su publicación sobre el Sistema Nacional de la Infancia, señala:

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye, sin duda, la síntesis más acabada de un nuevo paradigma para interpretar y enfrentar la realidad de la infancia, introduciendo un importante giro en la posición de la niñez frente a lo jurídico, a la familia, a la comunidad y el Estado. Este giro consiste en haber pasado de considerar al niño/a como “objeto” de preocupación, protección y control, a ser sujeto de derechos frente a los padres, la comunidad y el Estado.

La Convención a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países antes de su aprobación, no defiende a los niños (as) y adolescentes por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño (a) se lo considera a partir de sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad, y por ende titular de derechos.

Entre los mayores aportes de la Convención sobre los Derechos del Niño, es considerar al niño (a) una persona en un periodo especial de su vida, en el que está en juego el desarrollo de sus potencialidades, por lo que es un sujeto de derechos especialísimo, dotado de una protección complementaria, pues se deben agregar nuevas garantías por sobre las que corresponden a todas las personas, reconociendo su calidad de ser en desarrollo y por ende a potenciar y proteger por la familia, la sociedad y el Estado. En esta perspectiva es fundamental asumir que cualquier injerencia indebida en sus derechos, afectara su vida actual, pero también sus futuras posibilidades.

La consideración de este principio, como rector en la construcción de un Sistema Nacional de Infancia, resulta de particular importancia para avanzar en un nuevo tipo de relación social en cada uno de los países,

entre: niños-Estado, y por tanto para avanzar en la construcción de una nueva cultura respecto de los niños niñas y adolescentes⁸⁴.

El artículo 7° de la Convención se refiere al derecho del niño –en la medida de lo posible- a ser cuidado por sus padres.

Este artículo debe ser interpretado en concordancia con otros tres artículos de la misma Convención: el artículo 5°, que reconoce las responsabilidades de los padres, o en su caso de “los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local”; el artículo 9 que dispone que “el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de estos, excepto cuando (...) tal separación es necesaria en el interés superior del niño”; y el artículo 18°, que reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, y que los Estado partes deberán presentar la asistencia apropiada”⁸⁵.

El ser cuidado, atendido por los dos padres enlaza una aportación a la estabilidad emocional del niño, niña o adolescente, la que no radica sencillamente en que uno de los padres cumpla con pasar una asignación alimenticia para hijo o hija. El derecho a ser cuidado, atendido, protegido, por los padres va mucho más allá.

Conforme los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, la atribución de la tenencia de los hijos a uno de los padres –como aspecto de la responsabilidad de los padres-, no importa necesariamente la suspensión de la patria potestad del otro progenitor o progenitora, significando el continuar cumpliendo con las demás obligaciones parentales, estando privado únicamente de tener a los hijos en su

⁸⁴ INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO-IIN, Prototipo base, Sistema Nacional de Infancia, 2003, p. 10, en http://www.iin.oea.org/IIN/Pdf/publicaciones/Sistema_Nacional_Infancia.pdf.

⁸⁵ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F., “Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Una visión desde la Convención sobre los Derechos del Niño para la justicia especializada familiar”, material para el Programa de actualización y Perfeccionamiento para Magistrados, Academia de la Magistratura, Lima, 2008. Pp- 233-234.

compañía; conforme lo señala Alex Placido⁸⁶, la razón de la tenencia a favor de uno de los padres constituye la solución a la imposibilidad de continuar estos conviviendo, pero no implica que el progenitor que no tiene a los hijos a su lado, no pueda seguir preocupándose de la crianza del desarrollo integral de ellos; es decir que, la determinación de la tenencia de los hijos no discierne el ejercicio de la responsabilidad parental, de tal manera que ambos padres seguirán atendiendo a sus derechos y obligaciones comunes, en lo que respecta a la crianza, a la dirección, a la orientación apropiada y al desarrollo del niño, niña o adolescente.

En el artículo 18° de la Convención, establece, que los padres tienen, poseen responsabilidades comunes, ellos son los comprometidos, en la crianza de sus hijos, así lo reconoce la Constitución, al proteger y promover la familia, como sociedad natural, innegablemente lo menor para los hijos es que sus padres conjuntamente participen de forma continua, en la vida del niño.

9. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención de los derechos del niño y adolescente, en su artículo 3°, regula el principio del interés superior del niño:

1. *En todas las medidas concernientes a los niños, niñas, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberá atenderse el interés superior del niño.* Este principio debe forjarse, obligatoriamente, teniendo en cuenta la satisfacción de los derechos primordiales, imprescindibles del niño o niña.
2. *Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables*

⁸⁶ *Ibidem.* Pp- 233-234.

de el ante la Ley y, con ese fin, tomaran las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. *Los Estados Partes se aseguran de que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajuste a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente.*

Todas las medidas respecto al niño deben estar basadas en consideración del “Interés Superior del Niño”. Pero ¿Qué entendemos por el “Interés Superior del Niño”?, creemos que es el derecho a desarrollarse íntegramente dentro del seno de una familia, en un ambiente de comprensión, amor y dentro de un Estado justo y sin discriminación y en paz. Corresponde al Estado, dispensar al niño la protección debida en situaciones especiales⁸⁷.

Este principio es un reflejo de carácter integral de la doctrina que se define por la indivisibilidad e integralidad en la protección de derechos y, a su vez de su estrecha relación con la doctrina de los derechos humanos en general. Como los niños son parte de la humanidad y, sus derechos no se ejercen separada o contrariamente al de las otras personas, la Convención propone este principio como un modo de “arbitrar” los eventuales conflictos que podrían producirse en el ejercicio de los derechos, tanto en el ámbito de los derechos y libertades básicas, como en el de los derechos económicos sociales y culturales. Su supremacía deberá impactar directamente en las reformas legislativas que deberán hacerse para adecuar marcos jurídicos y normativos a los contenidos de la Convención⁸⁸.

a. El interés superior del niño y la tenencia de los hijos.

El interés superior de los niños cobra vital importancia en materia de guarda y custodia de los hijos. Así se ha señalado que, en estos casos, el

⁸⁷ CHUNGA LAMONJA, Fermín, CHUNGA CHÁVEZ, Carmen, CHUNGA CHÁVEZ Lucia. Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos, editorial Grijley, Lima – Perú, 2012, p. 394.

⁸⁸ INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO-IIN, Prototipo base, Sistema Nacional de Infancia, 2003, p. 10, en http://www.iin.oea.org/IIN/Pdf/publicaciones/Sistema_Nacional_Infancia.pdf

interés del hijo “reside en su bienestar físico y sobre todo emocional, considerando como el principal factor para preservar el derecho fundamental al adecuado desarrollo de la personalidad del/la niño/a”, son muchísimas las sentencias que resolviendo sobre la guarda y custodia de los hijos, se refieren al interés superior de estos como la consideración más relevante a que debe atender el Juez. De esta forma, se han formulado las siguientes directrices para la determinación de la guarda de los hijos: las decisiones sobre custodia deben salvaguardar la necesidad del menor en cuanto a la continuidad en las relaciones personales; deben reflejar el sentido temporal del niño o adolescente y no el de los adultos; y, por último deben considerar la incapacidad de la ley para supervisar las relaciones interpersonales, y los límites del conocimiento para realizar predicciones a largo plazo⁸⁹.

Es un derecho humano del niño, niña y del adolescente el vivir con sus padres y ser cuidado por ellos; por lo tanto, se hace imprescindible que sea respetado por parte del Estado a través de acciones positivas que lo hagan cumplir –el derecho del niño o niña a vivir con sus padres se flexibiliza ante el divorcio o separación -; en lugar de escuchar, nuestra sociedad elabora discursos generalizadores sobre “el niño”, sin entender que cada niño y niña es absolutamente diferente de otro en cuanto a su vida interior, en cuanto a su estructura, según lo que siente, percibe y según las particularidades del adulto que lo cría. El destino reservado a los niños entonces, depende de la actitud de los adultos⁹⁰.

Tomándose en consideración el artículo 18° de la Convención que señala; “incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

⁸⁹ GOLDSTEIN J., “En el interés superior de quien”, en Beloff, M. (Compiladora), Derecho, Infancia y Familia, Barcelona, Gedisa Editorial, 2000, p. 118.

⁹⁰ GARAY MOLINA, Ana Cecilia, Custodia de los hijos cuando de da fin al matrimonio, Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida (Coparentalidad), Grijley 2009, Lima Perú. P. 131.

El artículo 9° establece que ningún niño puede ser separado de su familia, a menos que esta medida sea necesaria para la protección del interés superior del niño. Asimismo, señala el interés superior del niño como discreción para establecer cuándo se prueba la interrupción de que el niño conserve comunicación con sus padres –artículo 9.3-. Por su parte, el artículo 21 prescribe, que el interés superior del niño deba ser “la consideración primordial” en todo lo que se refiere a la adopción.

El interés superior del niño o niña es el principio por excelencia, que tendrá que considerarse en cualquier debate en torno a la patria potestad, la tenencia, el régimen de visitas, etc.

En caso de separación del padre y la madre, la separación de los niños de uno de ellos parece ser inevitable consecuencia de la decisión de los padres a no mantener un hogar común; si bien el interés superior del niño y la niña es relevante para determinar a quién corresponde la guarda el concepto de “necesidad de separación”, no parece atinente.

10. LA OPINIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño, consagra este principio.

1. Los Estados partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Por su parte Fermín Chunga Lamonja, comenta este principio señalando que el derecho a que el niño opine, desde el momento que tiene un

razonamiento cabal, es de obligatorio cumplimiento para toda autoridad administrativa o judicial que trasmita con un proceso en que estén involucrados los niños, niñas o adolescentes. Se escuchara al niño y se tendrá en cuenta la opinión del adolescente por la autoridad respectiva⁹¹.

La Convención sobre los derechos del Niño desplaza el enfoque tutelar basado en la idea de niño objeto de control hacia el enfoque de protección, fundado en la concepción del niño sujeto titular de derechos; desde esta perspectiva, la acción jurisdiccional del Estado está dirigida a dar protección a los niños y adolescentes y debe dejar de tutelar a los sujetos, para comenzar a proteger sus derechos; sin embargo, en el Perú existe un considerable desfase entre lo establecido teórica y legalmente, y lo que efectivamente sucede en la práctica; apreciándose especialmente en los casos de nula o escasa participación del niño, la niña y el adolescente en los procesos en los que están implicados, no dando lugar a su intervención, limitando así sus derechos y no garantizando su defensa⁹².

El niño, niña y adolescente tienen derecho a ser oídos, este derecho no solo debe quedar como una posibilidad, sino como un derecho, llegando a estar los adultos obligados, a oírlos, a tomar en cuenta sus opiniones, a que estas sean valoradas, no debemos considerar que los niños, niñas y adolescentes, son seres, como inadecuadamente se los llama “menores”, siendo sinónimo de minúsculos, pequeños, ellos merecen que se los trate como lo que son “sujetos de derechos”, un niño debe ser oído en cualquier procedimiento – judicial o administrativo- del que forma parte, no solo constituyera el desarrollo de su independencia individual, sino que intervendrá y creara antecedente de credibilidad en la justicia para generaciones venideras.

Uno de los derechos más importantes del niño, niña y adolescente es de ser oído, escuchado, esto se cimienta en la intervención, participación, siendo un

⁹¹ CHUNGA LAMONJA, Fermín, CHUNGA CHÁVEZ, Carmen, CHUNGA CHÁVEZ Lucia. Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos, editorial Grijley, Lima – Perú, 2012, p. 399.

⁹² GARAY MOLINA, Ana Cecilia, Custodia de los hijos cuando de da fin al matrimonio, Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida (Coparentalidad), Grijley 2009, Lima Perú. P. 135.

derecho principal, básico de todo ser humano, recogido en las numerosas consagraciones que de él se hacen en favor de los adultos, pero también en protección de los niños, niñas y adolescentes. Este derecho tiene que darse en todos los espacios, en los que se desenvuelva el niño o adolescente, en la familia, en el colegio, en su ámbito social, y también en las instituciones públicas y privadas, como en lo judicial, debiendo tomarse en cuenta, su opinión, su sentir, sobre todo en las cuestiones que le conciernen, no se debe obligar al niño, niña o adolescente a realizar alguna actividad, o acción que él no consienta, primero se le debe escuchar, y entender los motivos y las razones de sus opinión, para comprenderlos muchas veces es preciso apuntarnos en la inter-disciplina.

En muchos juicios de tenencia de los hijos, alimentos o régimen de visitas, los niños, niñas o adolescentes –sobre todos los de corta edad-, son muchas veces tratados como objetos por sus progenitores, quienes lejos de buscar soluciones a sus disputas que consideren los derechos de sus hijos, se enfrascan en cruentas batallas legales con el único fin de ganarle al otro contrincante, evidenciando de este modo una franca contraposición de intereses con sus hijos, por lo que deviene en elemental oír al principal afectado y por tanto interesado, que el hijo o hija niño, niña o adolescente⁹³.

⁹³ GARAY MOLINA, Ana Cecilia, Custodia de los hijos cuando de da fin al matrimonio, Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida (Coparentalidad), Grijley 2009, Lima Perú. P. 137.

CAPITULO III

Presentación de Resultados

Las encuestas se realizaron al personal policial de la Sección Familia, de las Comisarias de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, en cada una de las Comisarias en la sección indicada laboran dos efectivos policiales, por turno, 24 x 24 esto es que trabajan 24 horas y descansan 24 horas, la metodología empleada, ha sido entrevistarlos personalmente, ellos llenaron las encuestas, cuyo modelo obra en el Proyecto de Investigación.

Determinación de las acciones tomadas a nivel policial, frente a la disputa de la tenencia, por los padres en las Comisarias de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado.

Cuestionario a Comisarías

Cuadro N° 1

¿Sabe que es la tenencia?

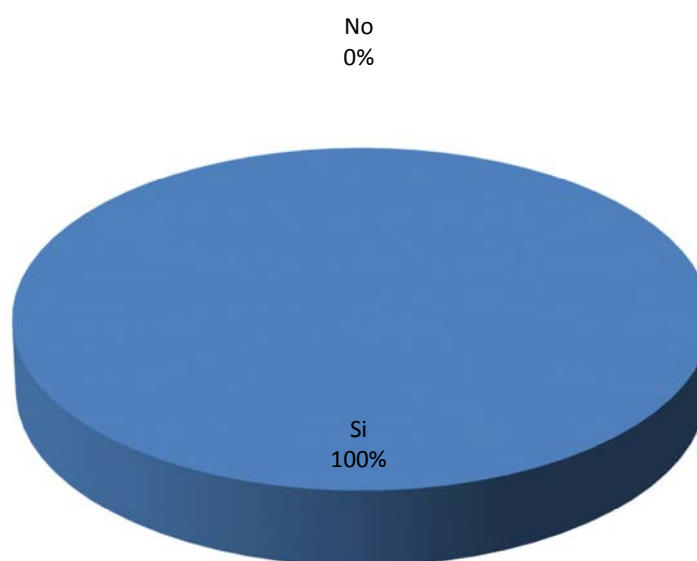
Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	6	100%
No	0	0
TOTAL	6	100%

Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

Con esta pregunta, lo primero que se trata de determinar es si el personal policial encargado de la sección familia, tiene conocimiento de que es la tenencia, conforme a las respuestas dadas, se puede observar que el 100% respondieron, que si conocen lo que es la tenencia (de los hijos niños, niñas y adolescentes), esto es debido a que el personal que labora en la sección familia, se encuentra habituado con este tema, es un área especializada, ellos son los que tienen una intervención directa, con los padres que se disputan la tenencia de sus hijos, cuando estos recurren como primer paso a las comisarias.

GRAFICO Nº 1



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas

Cuadro N° 2

¿Qué acción toma cuando se presentan los padres disputando la tenencia del menor?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
No compete	0	0%
Darle orientación	2	33%
Informar al Fiscal de familia	3	50%
No responde	1	17%
TOTAL	6	100%

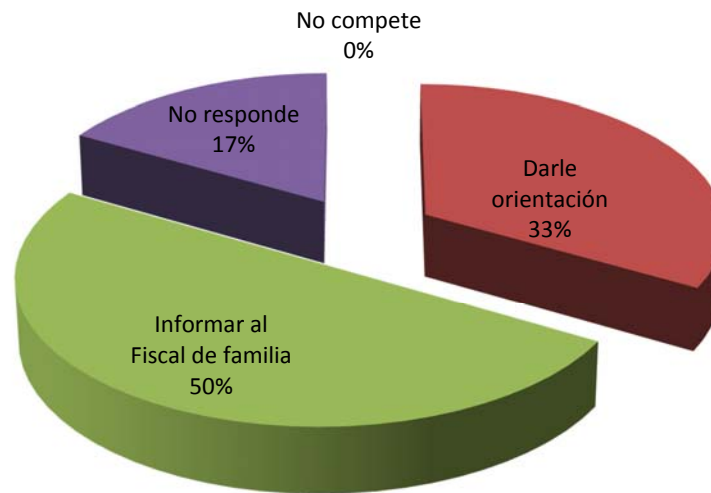
Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

Conforme a las respuestas dadas por el personal policial de las Comisarias de Cerro Colorado y Alto Selva Alegre, respondieron que cuando los padres de los niños, niñas y adolescentes se presentan a la comisaria, y están disputando la tenencia de sus hijos, en un 50% que informan al Fiscal de familia, en un 33% indican darle orientación, en un 17% no responden por que no se les ha presentado el caso, y en un 0% que no les compete.

Al respecto, observamos que el personal policial en las Comisarias señaladas, en la mayoría de los casos da cuenta al Fiscal de familia, sobre los casos que se les presenta, en la práctica esta información es vía telefónica, el personal policial llama al fiscal provincial de turno, para comunicarle que en la comisaria se encuentran presentes los padres de un niño, niña o adolescente, que ambos quieren llevarse consigo al hijo, que no se ponen de acuerdo de con quien se ira el hijo, así como un alto porcentaje, señala que ellos les dan orientación de a dónde deben de dirigirse para ver este asunto, es decir, no está considerado como una denuncia, como un tema que deba a veces registrarse, pues su labor es sólo derivar a la dependencia correspondiente, consideran que la dependencia correspondiente son los juzgados de familia.

GRÁFICO Nº 2



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas

Cuadro N° 3

¿Cuándo se comunica con el Fiscal Provincial de Familia que respuesta ha recibido?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Que se dirijan al juez de familia	4	67%
No responden	2	33%
TOTAL	6	100%

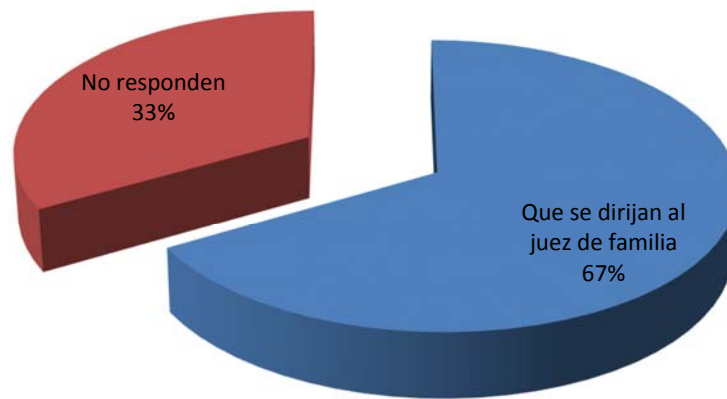
Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

Como podemos apreciar las respuestas dadas por el personal policial de las Comisarias de Cerro Colorado y Alto Selva Alegre, en un alto porcentaje, como es el 67% indican que la respuesta que recibieron por parte de los Fiscales Provinciales de Familia, fue que los padres de los menores deben dirigirse a los Juzgados Especializados de Familia, en un 33% no responden porque no se les ha presentado el caso.

Podemos apreciar, que el personal policial considera que la autoridad competente para conocer sobre los procesos de tenencia, son los Jueces de Familia, por este motivo es que ellos, lo que hacen es informar a los padres que disputan la tenencia de sus hijos, que se dirijan a los Juzgados de Familia, para que en esta instancia, les informen sobre lo que tienen que hacer para solucionar sus problemas, en realidad no existe una derivación directa, solo se les informa, que se tienen que dirigir al Poder Judicial, que es el lugar en donde les resolverán su problema.

GRÁFICO Nº 3



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas

Cuadro N° 4

¿En la comisaría se lleva algún tipo de registro respecto a la tenencia del menor?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	2	33%
No	3	50%
No responde	1	17%
TOTAL	6	100%

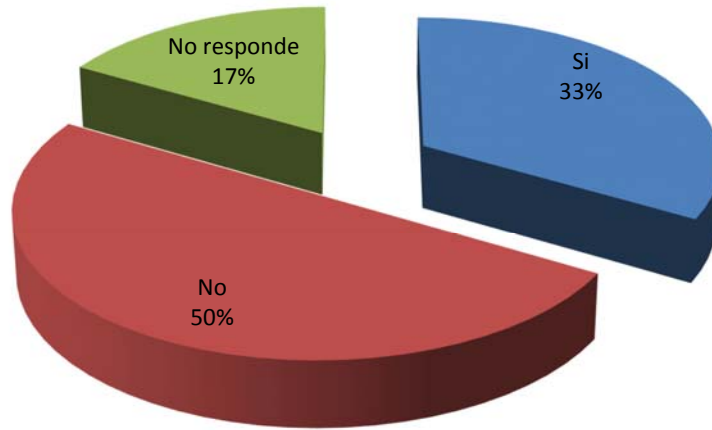
Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

Como podemos observar las respuestas dadas por el personal policial de las Comisarias un 50% indican que no llevan ningún tipo de registro específico respecto a la tenencia del menor, un 33% indican que sí se registra, y un 17% no responde al respecto por desconocimiento.

Al respecto, sabemos que en todas las dependencias policiales existe diversos libros en los que se registran, denuncias, así como ocurrencias de diversa índole, sin embargo respecto al tema de la tenencia específicamente, a pesar de que un 33% de los entrevistados ha respondido que si llevan un registro en relación a los casos de tenencia, que se les presenta, en las Comisarias no se encontró ningún registro de los mismos, habiéndose revisado todos los cuadernos de denuncias, en ellos no obran este tipo de denuncias, con lo queda demostrado que el personal policial, no le da la debida importancia a este tema, que no queda ningún tipo de documento que pueda comprobar la presencia de los padres, en la dependencia policial.

GRÁFICO NRO. 4



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas



Cuadro N° 5

¿Cuál es la frecuencia respecto a este tipo de casos?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Un caso mensual	0	0%
Dos casos mensual	2	33%
Rara vez	2	33%
Ninguno	2	33%
TOTAL	6	100%

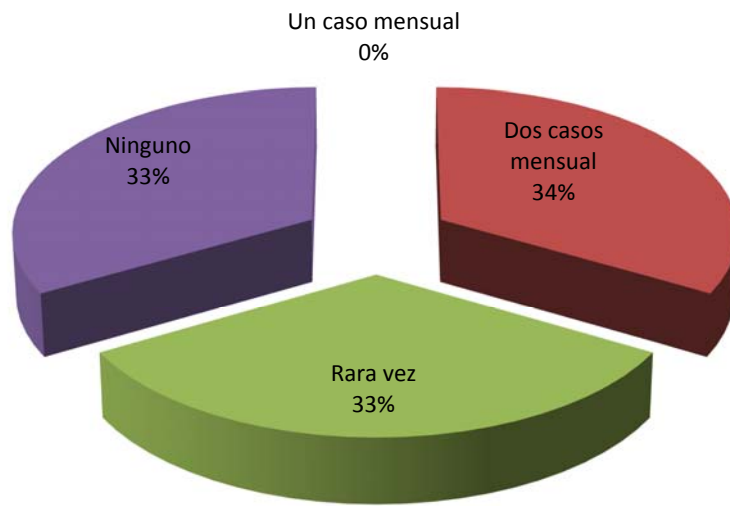
Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

Al observar las respuestas dadas por el personal policial de las Comisarias un 33% responde que la frecuencia en estos tipos de casos se presenta dos veces al mes, un 33% responde que se presentan rara vez, un 33% indican que no se les ha presentado ningún caso, y un 0% señala que se presenta un caso al mes.

Al respecto, como podemos ver por las respuestas dadas por el personal policial de las Comisarías, es que existe un promedio regular entre unas y otras para indicar que sí hay estos casos de tenencia pero no son muy usuales; sin embargo, se puede apreciar que se presenta un promedio de dos casos por mes; siendo esto una preocupación, pues existiendo este número de casos por comisaría, la magnitud del mismo es grande y las prevenciones y procedimientos asumidos, consideramos, no son los adecuados, no toman las medidas de prevención necesarias para poner fin a la disputa de los padres; dejando que este proceso inicie su curso ante los Juzgados de Familia, sin que exista una constancia ni registro alguno, de la presencia de los padres en las comisarías.

GRÁFICO Nº 5



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas

Cuadro N° 6

¿En estos casos están presentes los niños, niñas y adolescentes; cuando se disputan la tenencia sus padres?.

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	3	50%
No	3	50%
TOTAL	6	100%

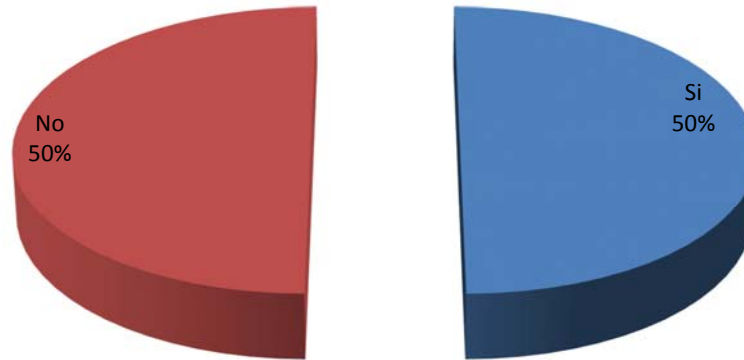
Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

De acuerdo a las respuestas dadas por el personal policial asignado a la sección familia, de las Comisarias de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, respecto a la presencia de los niños, niñas y adolescentes, cuando se disputan la tenencia sus padres, manifiestan en un 50% que sí se encuentran presentes los niños, y en un 50% que los niños, niñas y adolescentes, no se encontraron presentes.

En este cuadro observamos que la presencia de los hijos en las comisarias cuando sus padres se están disputando la tenencia de los mismos, es un problema muy delicado, pues los niños, niñas y adolescentes, se afectan psicológicamente, al estar en medio de los dos padres, pensando con quien se quedará, así mismo el personal policial no refiere que hace ninguna diferencia en los casos en los que se encuentran los niños o no, en el caso del actuar del Ministerio Público, es parecido, se encuentre el niño o no, toman la misma medida, esto es comunicarle al personal policial que informe a los padres del niño, niña o adolescente, que el Poder Judicial es la institución encargada de la solución de este tipo de conflictos, no habiendo encontrado en los cuadernos de registros de las comisarias indicadas, ningún caso en el que un representante del Ministerio Público, se haya hecho presente para verificar personalmente la situación de los niños, cuando se presentan este tipo de casos.

GRÁFICO N° 6



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas



Cuadro N° 7

¿Ha recibido capacitación sobre tenencia de los niños, niñas o adolescentes?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	0	0%
No	6	100%
TOTAL	6	100%

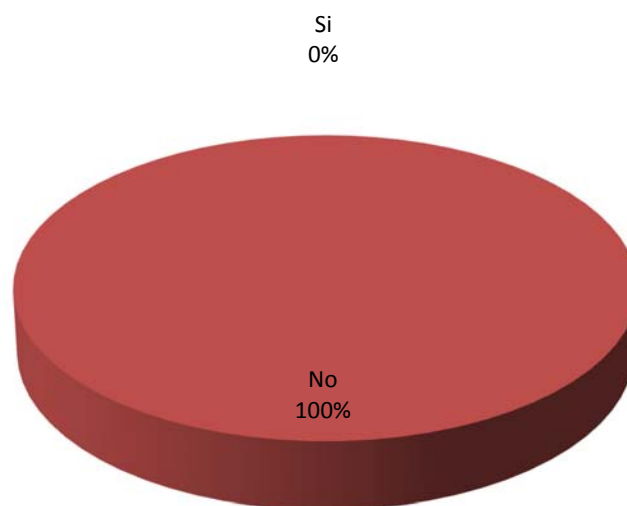
Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

De acuerdo a las respuestas dadas por el personal policial asignado a la sección familia de las Comisarias del Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, respecto a la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, manifiestan en un 100% que nunca han recibido capacitación sobre el tema.

Podemos observar que en las comisarias no se capacita al personal para informar, dar orientación sobre la tenencia de los hijos, casos que llegan y sin embargo, al no haber capacitación la información u orientación que se da al respecto, consideramos que no ha de ser suficiente; pues los cursos de capacitación, además de ser lo suficientemente prolongados para asegurar el pleno conocimiento de la misión policial, de la tarea de prevención requiere la instrucción intensiva sobre cómo actuar en situaciones delicadas como un conflicto sobre tenencia de los hijos pues a través de estos cursos de capacitación se forma la templanza y firmeza en adoptar orientaciones adecuadas con escasísimo margen de tiempo, y el respeto de los derechos de los ciudadanos, entre otras; para lograr también así el mejor desempeño de sus funciones, para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de caso de niños, niñas y adolescentes.

GRÁFICO NRO. 7



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas

Presentación de Resultados

Las encuestas se realizaron a los Fiscales de Familia, del Cercado de la ciudad de Arequipa, son cuatro Fiscalías Provinciales en cada una de ellas labora un Fiscal Provincial y un Fiscal Adjunto, habiéndose entrevistado personalmente a cada uno de los Fiscales, quienes dieron respuesta a las preguntas formuladas, en las encuestas cuyo modelo obra en el Proyecto de Investigación.

Determinación de las acciones tomadas a nivel Fiscal, frente a la disputa de la tenencia de niños, niñas y adolescentes por los padres en las Comisarias de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado.

Cuadro N° 1

Cuando recibe una llamada telefónica del personal policial, asignado a la sección Familia, de las diferentes comisarias, comunicándole que se encuentran en la comisaria tanto el padre como la madre de un niño, niña o adolescente, disputando la tenencia del mismo. ¿Qué es lo que le indica al personal policial?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Exhortar a los padres en beneficio del niño	2	29%
Recomendar un acuerdo temporal de tenencia del niño	1	14%
Que acuerden en vía de conciliación	0	0%
Tomar un abogado	0	0%
Que eso lo ve el poder judicial	4	57%
TOTAL	7	100%

Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

En las respuestas dadas por los fiscales ante las preguntas efectuadas, manifiestan que lo que indican al personal policial respecto a la tenencia de los hijos, en un 57% que los padres tienen que recurrir al Poder Judicial, un 29% que exhorten a los

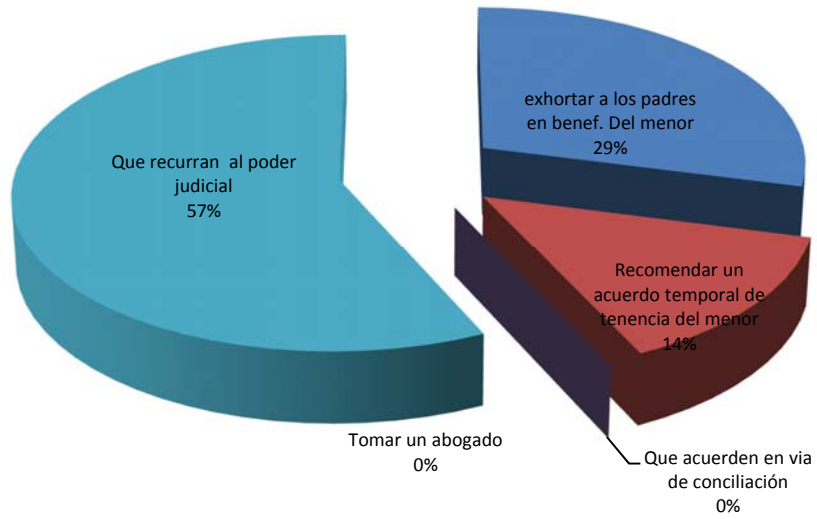
padres en beneficio del niño, niña o adolescente, y un 14% que recomienden un acuerdo temporal de tenencia del niño, existiendo un 0% que acuerden en vía de conciliación y también un 0% que busquen un abogado.

Al respecto, existe interés por parte del Fiscal de Familia, para que se trate de tranquilizar a los padres en torno a la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, por ello indican en todo momento que cualquier situación sea en bien de ellos, caso contrario, manifiestan que si no se logra persuadir a los padres, recurran al Poder Judicial, donde el Juez determinara la tenencia de los hijos, con la asesoría de un equipo multidisciplinario.



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas

GRÁFICO Nº 1



Cuadro N° 2

¿Tiene conocimiento si es que en las comisarías se llevan un registro de estos casos?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	6	86%
No	1	14%
TOTAL	7	100%

Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

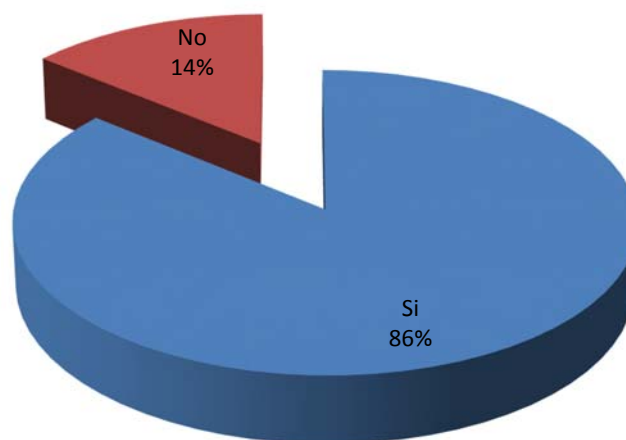
En las respuestas dadas por los fiscales ante las preguntas efectuadas, manifiestan en un 86% si tienen conocimiento que las comisarías tienen un registro de estos casos, y un 14% manifiesta que no tienen conocimiento que las comisarías tienen un registro respecto a estos casos.

En este cuadro observamos que los Fiscales de Familia, consideran que en las comisarías si se lleva un registro sobre la presencia de los padres, disputando la tenencia de sus hijos.

El que se lleve un registro de estos casos, sería muy útil, no solo para el proceso de Tenencia en el Poder Judicial, sino también para poder iniciar una investigación sobre una posible agresión física o psicológica en agravio de los niños, niñas o adolescentes, estos casos no necesariamente se trabajarían en coordinación con las Fiscalías, pero si serian derivados a la DEMUNA, para que se pueda realizar una visita social, en el hogar del niño, niña o adolescente, y se pueda determinar el estado en el que se encuentra, y así se prevenga más problemas provenientes de este tipo de conflictos entre los padres.

Así mismo también serian de gran utilidad en los procesos penales, por delitos contra la familia, Sustracción de Menor.

GRÁFICO Nº 2



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas

Cuadro N° 3

Si considera que los casos de disputa de tenencia de los hijos por los padres, son consignados en las Comisarias. ¿Cuál es el tipo de registros?

Alternativa	Numero	Porcentaje
Cuaderno de ocurrencias	4	57%
Como cualquier denuncia	1	14%
No se registra	1	14%
Como violencia familiar o tutelar	1	14%
TOTAL	7	100%

Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

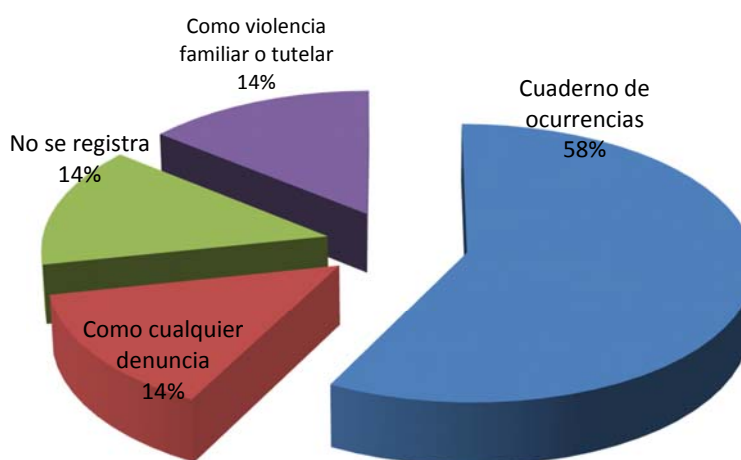
En las respuestas dadas por los fiscales ante esta pregunta, manifiestan que estos casos de tenencia de los niños, niñas o adolescentes, son registrados en un 57% en un cuaderno de ocurrencias, en un 14% manifiestan que es como cualquier denuncia, en un 14% saben que no se registra, y un 14% indica que se registra como violencia familiar o tutelar.

En este cuadro lo que más resalta es que los Fiscales no tienen una opinión homogénea, de donde se registran este tipo de casos, esto debido a que no existe un sistema obligatorio de registro de este tipo de casos.

Por ello, se requiere, entrenar al personal policial para que haga un uso adecuado y consistente de los registros.

Supervisar estrictamente el sistema de registro por parte de oficiales superiores, con el fin de asegurar la transcripción sistemática de toda la información relevante relativa a la tenencia de los niños, niñas o adolescentes.

GRÁFICO Nº 3



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas

Cuadro N° 4

¿Considera que usted está facultado para apersonarse a la Comisaria, en el momento que se presenta este problema entre ambos padres, disputando la Tenencia de sus hijos, para tratar de solucionar este conflicto? En caso de ser afirmativa su respuesta ¿realiza esta acción?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
No estoy facultado	1	14%
Si estoy facultado	1	14%
En casos especiales	5	72%
TOTAL	7	100%

Fuente: Encuestas realizadas

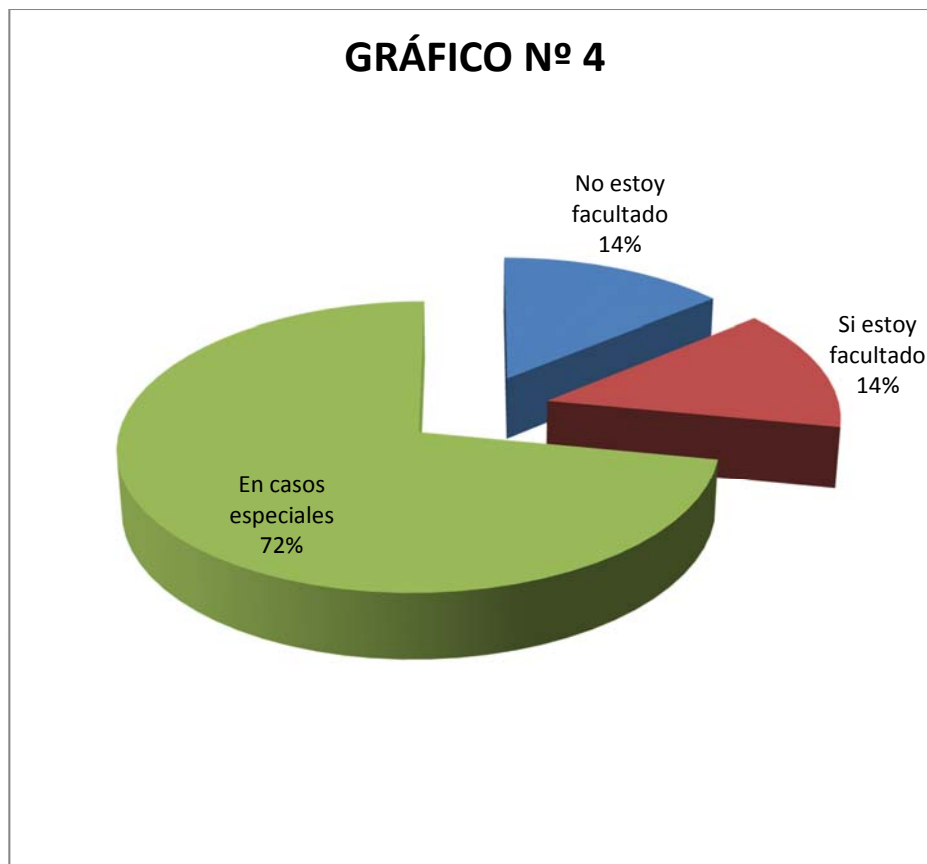
INTERPRETACIÓN

En las respuestas dadas por los fiscales ante las preguntas efectuadas, manifiestan en un 72% que no están facultados para apersonarse a la comisaria, a no ser que sea en casos especiales, es decir cuando está en peligro la integridad moral y física del niño, niña o adolescente, en un 14% respondieron que ellos no están facultados para intervenir, y un 14% indican que si están facultados.

Como podemos observar, los Fiscales de Familia, no se apersonan a las comisarias para ver estos casos, consideran que si es su función, pero que solo lo hacen en casos especiales, sin embargo de la revisión de los cuadernos de ocurrencias, denuncias y providencias fiscales, se puede apreciar que esto no ocurre en la realidad, debido a que no se encontró ninguno de ellos ninguna disposición al respecto, con lo que queda acreditado, que a pesar de tratarse de un caso muy especial, en el que los padres de los menores se disputan materialmente la tenencia de sus hijos, los representantes del Ministerio Público, no se apersonan a las comisarias, mientras que un 14% opina que no es está facultado, motivo por el cual no toma ninguna acción respecto a este tema.

Los representantes de Ministerio Público, consideran que los “casos especiales”, son aquellos casos extremos, en los que se puede llegar a agredir al mismo niño, niña o adolescente, por lo que este caso ya podría insertarse en un tema de abandono del

mismo, sin embargo se ha podido llegar a determinar que en ningún caso el Fiscal de Familia se apersona a las Comisarias, ni en casos en los que ameritaría su presencia.



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas

Cuadro N° 5

¿Con que frecuencia se presenta este tipo de casos?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Frecuentemente	5	72%
Escasamente	1	14%
Nunca	1	14%
TOTAL	7	100%

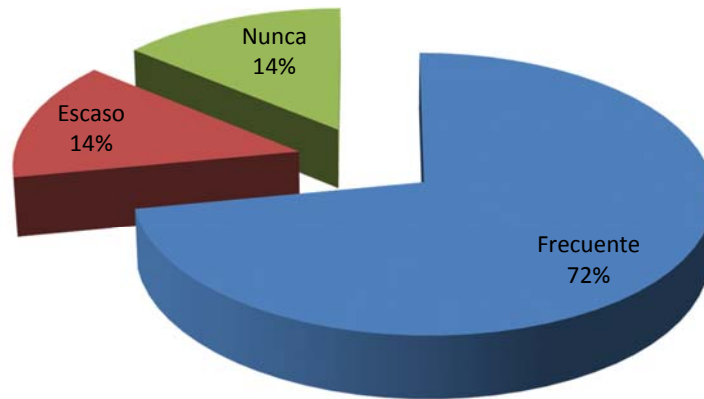
Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

En las respuestas dadas por los fiscales ante las preguntas efectuadas, manifiestan que este tipo de casos en un 72% se presentan frecuentemente, en un 14% manifiestan que se presentan escasamente y un 14% indican que nunca se presentan este tipo de casos.

En este cuadro se verifica que la presencia de los padres en las Comisarias, disputándose la tenencia de sus hijos, se presenta frecuentemente, por lo que se hace más importante aún que se legisle sobre el tema, para que con la actitud de los padres no se vean afectados los niños en ningún aspecto.

GRÁFICO Nº 5



Fuente: Gráfico de resultado de encuestas

Cuadro N° 6

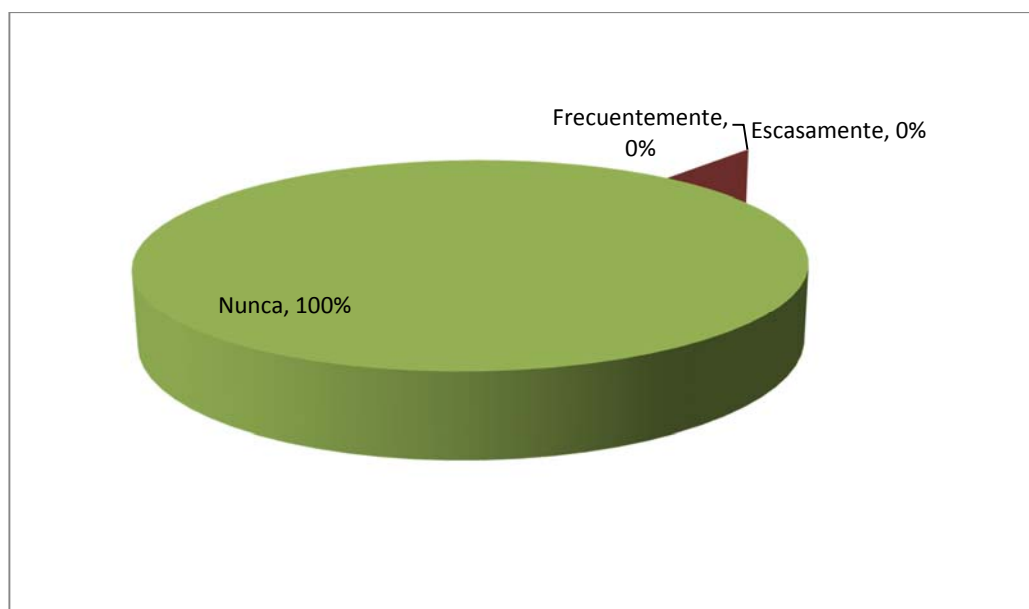
¿Los Representantes del Ministerio Público asisten o no a las comisarias, ante hechos de conflictos por la tenencia de los hijos?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Frecuentemente	0	0%
Escasamente	0	0%
Nunca	100	100%
TOTAL	100	100%

Fuente: Encuestas realizadas

INTERPRETACIÓN

De la revisión de los cuadernos en los que llevan los registros el personal policial tanto de las ocurrencias como de las denuncias, se puede apreciar que los representantes del Ministerio Público, no se han hecho presentes en ninguna oportunidad in situ a las comisarias, las exhortaciones a los padres, así como las recomendaciones sobre un acuerdo temporal, debieron hacerse vía telefónica, esto es corroborado por la información que brinda el personal policial, quienes no refirieron que los fiscales se apersonen a las comisarias, cuando se les comunica sobre la disputa respecto a la tenencia de sus hijos, solo que se limitan a señalarles que este es un tema que debe ser llevado al Poder Judicial.



CONCLUSIONES

Primera.- Cuando el padre y madre de los niños, niñas y adolescentes, se apersonan a las comisarías de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, disputándose la tenencia de sus hijos, no encuentran ninguna alternativa de solución inmediata.

Segunda.- En las comisarías de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, no existe ningún tipo de registro ya sea como ocurrencia o como denuncia, de los casos que se presentan cuando los padres se disputan la tenencia de sus hijos, los efectivos policiales, no toman en cuenta este tipo de sucesos, no lo consideran como una denuncia, ni le dan la importancia debida para registrarlas, solo se limitan a informarles a los padres, que tienen que acudir al Poder Judicial.

Tercera.- Los efectivos policiales asignados a la sección familia, de las comisarías de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, no han recibido ni reciben ningún tipo de capacitación con referencia a la tenencia de los hijos.

Cuarta.- Cuando los efectivos policiales se comunican telefónicamente con los Fiscales de Familia de turno, estos les indican que les informen a los padres, que solo pueden solucionar sus problemas recurriendo al Poder Judicial, en un proceso regular el que tiene que ser iniciado con una demanda y siguiendo el sequito del proceso regular.

Quinta.- Los Fiscales de Familia, señalan en su mayoría que si se lleva un registro sobre la presencia de los padres, pugnando por la tenencia de sus hijos, sin embargo esto no es real, ya que en las comisarías de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, no existe ningún registro de estos sucesos.

Sexta.- Los Fiscales de Familia, a pesar de considerar que están facultados para apersonarse a las comisarias cuando se les comunica sobre este tipo de hechos, no se apersonan, refieren que si lo hacen en casos especiales, pero debe considerarse que en los casos en los que se encuentran inmersos los

derechos de niños, niñas y adolescentes, los que muchas veces son maltratados en esas circunstancias, son todos especiales y debería dárseles un cuidado especial.

Séptima.- Las acciones tomadas tanto por los miembros de la Policía Nacional del Perú y por las Fiscalías de Familia, a nivel prejudicial, en el caso de disputa de los padres, sobre la tenencia de sus hijos, es ineficaz, ya que esta solo se limita a poner en conocimiento de los padres, que lo que deben hacer es judicializar este problema, señalándoles que la única institución facultada para resolver este problema, (cuando no hay la voluntad de los padres, de resolverlo vía una conciliación), es el Poder Judicial. Llegándose a la conclusión que no existen en realidad ninguna acción tomada, solo una mera comunicación telefónica por parte de los Fiscales a los miembros de la Policía Nacional, para que estos a su vez den esa información a los padres que se disputan la tenencia de sus hijos.

Octava.- No existe normatividad, que no solo faculte a los Fiscales de Familia, para que puedan constituirse a las comisarias, cuando se presenten los padres de los niños, niñas y adolescentes, disputándose la tenencia de los mismos, sino que los obligue a constituirse a estas dependencias para así solucionar estos problemas.

Novena.- Con las conclusiones precedentes, queda acreditada la hipótesis señalada en el Proyecto de Tesis

- No existe normatividad expresa, respecto a la figura jurídica de la Tenencia, de los niños, niñas y adolescentes, en la etapa prejudicial.
- Si bien se ha acreditado que los efectivos policiales y el Ministerio Público, no se encuentran facultados expresamente por la ley y no pueden determinar con cuál de los padres se quedara el niño, niña o adolescente, tampoco puede permitirse que estos sean objeto de maltrato, sea este físico o psicológico, estando permitidos en estos casos de disputa material a intervenir, tomándolo como un caso de abandono de menor, conforme al artículo 248 del Código del Niño y

del Adolescente, **inciso c)**, sea objeto de maltratos, por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran.

Por último se ha llegado a establecer que las normas existentes no son eficaces para resolver el problema de la tenencia de los hijos a nivel prejudicial, asimismo es necesario que se elabore una propuesta normativa, para que este problema se pueda solucionar temporalmente en la etapa prejudicial, y no se deje lugar a que se maltrate a los hijos cuya tenencia se disputa.



SUGERENCIAS

Primera.- En estos casos las comisarias deben llevar un cuaderno de registros, en los que se consigne no solo todos los datos relacionados a las personas que se apersonan, sino también los motivos por los que están en conflicto, la edad de los niños, las reacciones de los mismos, el comportamiento de los padres; el nombre del fiscal con el que se comunicó y la disposición del mismo, este registro sería muy útil no solo como una prueba más que se presente al Juzgado de Familia, también serviría en los procesos penales, por sustracción de menor.

Segunda.- Debe iniciarse un proceso de sensibilización y capacitación de todas las personas que intervienen en el proceso: policías y fiscales, tendientes a un nivel de especialización, para que cuando se presente este tipo de hechos, y se vea una disputa material del niño, niña y adolescente, puedan enfocar este tema, ya no solo como uno de disputa de tenencia, sino como un proceso de abandono, caso en el que estaría facultado a intervenir el Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH).

Tercera.- Se debería incentivar la conciliación entre las partes, a nivel del Ministerio Público, más aun si esta institución está expresamente facultada para realizar esta conciliación, por la Ley N° 28494, y por la Directiva General N° 005-2005-MP-FN, aprobada por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1133-2005-MP-FN, ya que el fin de estas normas es economizar costos y tiempo en beneficio de las partes y sus hijos, al facultar al Fiscal de Familia a guiarlos a encontrar una solución pronta a este tipo de problemas, antes que ingresen al Poder Judicial.

Cuarta.- Se debería disponer a través de una modificatoria legislativa del Código de los niños y adolescentes, en los artículos pertinentes, facultar expresamente a los Fiscales de Familia, para que cuando se les comunique este tipo de casos se apersonen a las comisarias, se entrevisten con los padres y con los niños, niñas o adolescentes, debiendo tomarse en cuenta la opinión de estos últimos, conociendo in situ el contexto de una forma directa e inmediata, pueda disponer provisionalmente con cuál de los padres se va o van el o los hijos, esta medida

duraría hasta que el juez especializado de familia, vía proceso judicial y con la participación de un equipo multidisciplinario falle conforme su criterio.



PROYECTO DE LEY

CONSIDERANDO:

Que la tenencia es una institución, un atributo de la patria potestad, no es creación jurídica, está establecida en la naturaleza, tiene por propósito situar al menor bajo la atención, cuidado, vigilancia, de uno de los padres al hallarse estos separados de hecho, en aplicación a circunstancias que le sean más propicias 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 atañerá al otro, correspondiéndole al primero un régimen de visitas.

La tenencia, se encuentra diluida en la patria potestad, cuando todo es armonía entre los padres y en la familia; esta sale a la luz, solo cuando se presenta la discordia, y allí es donde toma verdadera importancia y relieve, antes de eso como es natural los hijos se encuentran viviendo junto a sus dos padres, no tienen ningún problema, ni se presenta ninguna discusión de bajo el cuidado de quien viviera el hijo o los hijos.

Que conforme artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, *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 éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.*

Que como consecuencia de lo que dispone este artículo, solo el juez especializado puede determinar bajo la tenencia del padre que se con cuál de los padres se quedara el menor.

Que para evitar que los padres sigan disputando la tenencia de sus hijos en la etapa prejudicial, sean estos niños, niñas o adolescentes, antes que sea resuelta vía proceso judicial, podrá determinarlo el fiscal de familia de turno después de entrevistarse con las partes, una tenencia provisional

Que a fin de evitar que se dañe al niño, niña o adolescente existen distintos ordenamientos en donde la protección del niño se encuentra establecida:

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especial.

La Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989, habida cuenta de su vulnerabilidad e indefensión, establece la necesidad de protección y cuidados especiales de orden tanto material como psicológico y afectivo así como jurídico. Lo anterior a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad

La Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que “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”; y en el artículo 3-2, establece que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

El artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: “se deben adoptar medidas especiales de protección y

asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

El Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación.

Que por lo expuesto se hace necesaria la presentación de la siguiente iniciativa legislativa, a efectos de compatibilizar lo que viene ocurriendo con la figura jurídica de la tenencia en la etapa pre judicial, problema que se ve reflejado en el apersonamiento de los padres a las comisarias en donde se disputan la tenencia de sus hijos, con la norma.

Por cuanto:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 1. Adiciones al artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 81

Así mismo los fiscales de familia, podrán disponer la tenencia provisional de los niños, niñas y adolescentes, después de entrevistarse con los padres y con el o los niños o adolescentes, debiendo tomar en consideración la opinión de estos últimos

Artículo 2. Modifíquese el artículo 144 del Código de los Niños y Adolescentes

Artículo 144 Competencia del Fiscal de Familia

Inciso b) Intervenir, de oficio o a pedido de parte en los asuntos sobre la tenencia en la etapa prejudicial, pudiendo disponer una tenencia provisional, hasta que esta sea resuelta en forma definitiva por los Juzgados Especializados de Familia.

Lima, septiembre de 2013



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LLANOS, Benjamín, *La familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima 2008.
- AZPIRI, Jorge O., *Uniones de Hecho*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- BELLUSCIO, Augusto: "Nuevas reformas del Derecho civil y penal francés: Filiación, autoridad parental, prostitución de menores y nombre", en *La Ley*, Buenos Aires, Año LXVI, W 130, 8/7/2002.
- BELLUSCIO, Augusto: *Manual de Derecho de Familia*. 3ª ed., Buenos Aires, Depalma. 1981.
- BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet, "El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú?, Boletín del Instituto de la Familia N° 11-2009, UNIFE, Facultad de Derecho.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, *Tenencia y patria potestad. Doctrina y jurisprudencia*, Compendio Especializado, Normas Legales, Trujillo, 2002, Vol. XVI.
- CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T.V.
- CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral, V. Derecho de Familia*. Vol. 1º, *Relaciones conyugales*, 9º. Edición, Madrid, Reus, 1976.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín, CHUNGA CHÁVEZ, Carmen, CHUNGA CHÁVEZ Lucía. *Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos*, editorial Grijley, Lima – Perú, 2012.
- CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Tomo III, *Derecho de Familia* (segunda Parte), Gaceta Jurídica, abril 2011. Comentario: SOTOMARINO CÁCERES, Roxana.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Lima Gaceta Jurídica Editores 10º edición actualizada 1999.
- D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de Familia*, Rubinzal y Culzoni, S.C.C. editores, 09 de julio, Santa Fe, Argentina.
- DIEZ-PICAZO, "Notas sobre la Reforma del Cogido Civil en materia de patria potestad", ADC, 1982, Sevilla España.
- Diez-Picazo. Luis y Guillon, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Madrid: Tecnos, 1983, Volumen IV.
- EIRANOVA ENCINAS, E., (traductor) *Código Civil alemán, Comentado*, Barcelona, Marcial Pons, 1998.

FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis: *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*, México Uteha, 1947.

FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, “Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas”, en <http://208.51.140.99/revistas/procesal/ferreyra.htm>.

GARAY MOLINA, Ana Cecilia, *Custodia de los hijos cuando de da fin al matrimonio, Tenencia Unilateral o Tenencia Compartida (Coparentalidad)*, Grijley 2009, Lima Perú.

GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1997.

GODOY MORENO, A. “la guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, en VV.AA., *Diez años de abogados de familia*, Madrid, La Ley, 2003.

GOLDSTEIN J., “En el interés superior de quien”, en Beloff, M. (Compiladora), *Derecho, Infancia y Familia*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2000.

GROSMAN, Cecilia, “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿Utopía o realidad posible?”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coords), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

HOLLWECK, Mariana y MEDINA, Graciela, “Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares”, en <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000146.pdf>.

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO-IIN, Prototipo base, Sistema Nacional de Infancia, 2003, p. 10, en http://www.iin.oea.org/IIN/Pdf/publicaciones/Sistema_Nacional_Infancia.pdf.

JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia. Editores 1952.

JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Buenos Aires: Bosch, 1950. Tomo I, Vol. 2°.

LADERECHE, María de las Mercedes y ALLENDE, Lucia, “Patria potestad – Tenencia compartida”, en <http://www.ampfsmexico.com/doccongreso/CONFERENCIASMAGISTRALES/jueves/PATRIA%20POTESTAD%20TRABAJO%MEXICO%20MERCEDES.doc>.

LAFAILLE, Héctor, *Curso de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930.

LATHROP GÓMEZ, F. *Cuidado personal de los hijos*, Santiago de Chile, Puntolex, 2005.

MURO ROJO, Manuel. REBAZA GONZALES, Alfonso, comentarios, Código Civil, tomo III, *Derecho de familia*, Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2011.

NÚÑEZ IGLESIAS (traductor), *Código Civil Francés, edición bilingüe*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.

PERALTA ANDIA, Javier Rolando, *Derecho de Familia en el Código Civil*, Cuarta Edición Lima Perú 2008.

PLACIDO VILCACHAGUA, *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Casación en el Expediente N° 2773-2000-ICA, de fecha 27 de diciembre de 2000.

PLACIDO VILCACHAGUA, *Manual de Derecho de familia*, Gaceta Jurídica, Lima 2001.

PODER JUDICIAL DEL PERÚ. COMISIÓN DE MAGISTRADOS DEL PLENO JURISDICCIONAL DE FAMILIA, *Pleno Jurisdiccional de Familia de 1997: Conclusiones finales*, Lima, 1997.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, *Breves notas sobre la patria potestad. Especial problemática de los supuestos de separación de los padres*, en Anuario de Justicia de Menores, N° II-2002, Editorial Astigi, Sevilla, 2003.

RABELO, Sofía M., “Definición de la tenencia o custodia compartida”, Trad. Wilfredo J. Cesare, Brasil, en http://padresdivorciados.org/padres/index.php?option=com_contet&task=view&id=11&Itemid=12.

RAGEL SÁNCHEZ, L., “Reflexiones sobre los derechos paterno-filiales”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Díez-Picazo*, tomo III, Madrid, Thomson Civitas, 2003.

RODRÍGUEZ, Tayli, “Custodia compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la Familia”, en http://www.revistafuturos.info/futuros_9/custodia_1.htm.

SALADO OSUNA, Ana, “Algunas reflexiones sobre la Opinión Consultiva 17 (28 de agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la condición jurídica y derechos humanos del niño”, en Anuario de Justicia de Menores, N° II, 2002, Sevilla.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Divorcio, filiación y patria potestad*, Grijley, Lima, 2004.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia, La nueva teoría Institucional y Jurídica de la Familia*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Octubre de 2011.

ANEXOS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

***“LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO
PREJUDICIAL, EN LAS COMISARIAS DE ALTO SELVA ALEGRE Y CERRO
COLORADO, PROVINCIA DE AREQUIPA, DE ENERO A DICIEMBRE DEL
2012.”***

**Proyecto de Tesis presentado por la
Bachiller:**

ADELA CHÁVEZ PINAZO

**Para optar el Grado Académico de:
Magister en Derecho de Familia.**

AREQUIPA – PERÚ

2013

CONTENIDO

Preámbulo

I PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. Problema de Investigación
 - 1.1. Enunciado del Problema
 - 1.2. Descripción del Problema
 - 1.1.1. Área del Conocimiento
 - 1.1.2. Análisis de variables
 - 1.1.3. Interrogantes Básicas
 - 1.1.4. Tipo y Nivel de Investigación
 - 1.3. Justificación
2. Marco Conceptual
3. Antecedentes Investigativos
4. Objetivos
5. Hipótesis

II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas e Instrumentos
2. Campo de Verificación
 - 2.1. Ubicación espacial
 - 2.2. Ubicación temporal
 - 2.3. Unidades de estudio
3. Estrategias de recolección de datos
4. Cronograma de trabajo
5. Bibliografía básica.

ANEXOS: Instrumentos de recolección de información.

PREÁMBULO

Actualmente existe un vacío legal, respecto de la Tenencia de los niños y adolescentes, esto antes que se inicie un proceso judicial de tenencia, en esta figura no existe medida cautelar fuera de proceso, para que pueda ser resuelta de forma provisional pero inmediata, la tenencia de los hijos.

El problema principal se da en las Comisarias, al existir una disputa respecto a que ambos padres, los que están separándose o ya se encuentran separados, pretenden quedarse con los hijos, ambos tienen los mismos derechos, el momento conflictivo se da cuando ambos padres se disputan la tenencia del menor, el personal policial se comunica con la Fiscalía de Familia de Turno, para informar lo que está ocurriendo, sin embargo no existe el mecanismo legal para que este conflicto se pueda solucionar, al menos provisionalmente, antes de su ingreso con una demanda al Poder Judicial, solo se les puede informar a los padres, que tienen que hacer valer su derecho en la vía Judicial, presentando una demanda ya sea de Reconocimiento de Tenencia o de Variación de la misma, ante los Juzgados Especializados de Familia, al no existir una medida cautelar que se pueda tramitar fuera de proceso, esta demanda tiene que llevarse a cabo por la vía de proceso Único, como lo determina el artículo 160 del Código de los Niños y Adolescentes, en la práctica este proceso puede durar años, antes que se dé una sentencia definitiva.

El problema no radica en el proceso judicial sobre Tenencia, en sí. El problema sobre el que trata este trabajo de investigación, es el que tiene lugar en las Comisarias, que es a donde recurren los padres del menor, muchas veces con el menor, o con los menores, disputando ambos a los niños, en ocasiones llegando a agredirse física y psicológicamente, delante del menor, causándole al mismo maltrato psicológico, aquí precisamente es donde lo legislado sobre la Tenencia, resulta insuficiente. No existe una norma que pueda amparar a uno de los padres, en las Comisarias, llegan al extremo de jalonar al menor, uno de los padres lo tiene sujeto de una mano y otro lo tiene sujeto por el brazo, provocando angustia y miedo en los menores. Los Fiscales de Familia no pueden tomar la decisión de con quien se va el menor, ya sea esto de forma temporal, hasta que el Juez Especializado de Familia lo determine.

Entonces cabe preguntarnos: ¿En el momento preciso en que se está dando esta situación, quien puede decidir provisionalmente, con cuál de los padres se va el menor y por cuánto tiempo?. ¿Cuál es la decisión que toma el Personal Policial, en

ese momento?. ¿Existen casos en los que el Personal Policial decide, con quien se va el menor?. ¿Existen casos en los que el Fiscal de Familia, asume este rol y determina con quien se va el menor?. ¿Se necesita legislar sobre el particular?.

Esta situación nos ha llevado a reflexionar sobre la ineficacia de la normatividad respecto a la Tenencia de los hijos, así como a establecer que esta insuficiencia de la norma, es causa de agresiones entre los progenitores y en muchos casos agresiones a los menores, la que puede ser indirecta o directa.

Con esta finalidad se revisarán las denuncias y las ocurrencias, que se dieron en los meses de enero a diciembre del año 2012, en las Comisarias de los Distritos de Alto Selva Alegre, y Cerro Colorado.

Finalmente, debemos resaltar que al desarrollar el presente trabajo tenemos el propósito de contribuir al mejoramiento de la Normatividad respecto a la Tenencia de los Hijos, y a que este vacío legal, sea subsanado lo antes posible, para evitar que se siga maltratando a los menores, así como para contribuir a que estos conflictos sean solucionados en las mismas Comisarias.

LA AUTORA

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

“LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO PREJUDICIAL, EN LAS COMISARIAS DE ALTO SELVA ALEGRE Y CERRO COLORADO, PROVINCIA DE AREQUIPA, AÑO 2012.”

1.2. Descripción del problema

1.2.1. Área del conocimiento

El problema de investigación se encuentra ubicado en:

- a) Campo : Ciencias Jurídicas
- b) Área : Derecho de Familia.
- c) Línea : Atributos de la Patria Potestad – La Tenencia

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB – INDICADORES
VARIABLE ÚNICA	La Tenencia	Código Civil	Título III, Patria Potestad.
		Código de los Niños y Adolescentes	- Variación de la tenencia - Petición - Facultad del Juez - Opinión - Modificación de resoluciones - Tenencia Provisional
		La Convención de los Derechos de Los Niños	
		La Ley de Conciliación N° 28494	
		- Practicas Policiales	- Que acciones viene tomando la policía en los casos que se les presenta.
		- Practicas Fiscales	Que acciones viene tomando la Fiscalía en los casos que se les comunica.

1.2.2. Análisis de las variables

1.2.3. Interrogantes básicas

- a) ¿Qué normas existen, para resolver la tenencia a nivel prejudicial?
- b) ¿Cuáles son las acciones tomadas por los miembros de la Policial Nacional y de las Fiscalías de Familia, a nivel prejudicial en el caso de disputa de los padres, sobre la tenencia de sus hijos?
- c) ¿Son eficaces estas normas para resolver la tenencia a nivel prejudicial?
- d) ¿Es necesario elaborar una propuesta de normatividad, a fin de que se resuelva la tenencia de los menores, provisionalmente, antes de ser resuelta por el Poder Judicial?

1.2.4. Tipo y nivel de investigación:

La investigación será:

- a) Por su finalidad : Aplicada
- b) Por el tiempo que comprende : Longitudinal
- c) Por el nivel de profundización : Descriptiva - Relacional
- d) Por el ámbito : Documental

1.3. JUSTIFICACIÓN

Cada vez se reciben más llamadas telefónicas, de las Comisarias, a los Fiscales Provinciales de Familia, para consultar que se debe hacer, y que les deben decir a los padres que se presentan con problemas, muchas veces discutiendo, y disputando la tenencia de su o sus hijos, todos llegan primero a las comisarias, que es el lugar donde acuden de forma inmediata, lamentablemente al no existir una normatividad que ampare a que los fiscales puedan intervenir, debido a que los menores no se encuentran en estado de abandono, no están solo con uno de sus padres sino con los dos, solo se les puede informar que tienen que buscar un abogado, darles las direcciones tanto de la defensoría pública como de los consultorios jurídicos gratuitos, para que acudan allí, y puedan presentar una demanda de reconocimiento de tenencia en el caso que tengan al menor, o de restitución de la tenencia en el caso que quieran recuperar la tenencia de su hijo. Lo cierto es que tienen que seguir un proceso, como todo proceso en el Perú, se hace largo, no solo debido a la excesiva carga procesal que afrontan los Juzgados Especializados de Familia, los plazos.

Todo esto hace que no se puedan actuar y solucionar el problema por lo menos de forma temporal, ya que si estuviera regulado en la norma, los Fiscales de Familia, quienes tienen contacto directo con el personal policial, podrían constituirse al lugar in situ, verificar en que consiste el problema, dialogar por separado con los padres así como con el menor o los menores, pedir a los niños o adolescentes que den su opinión, para que esta sea tomada en cuenta, realizar una evaluación, la que le dará luces para poder actuar, y disponer con cuál de los padres se va el menor, esto de forma temporal, hasta que se inicie el proceso y el Juez Especializado de Familia decida en su sentencia, lo que ahora está pasando en las diferentes Comisarias, es que como el Ministerio Público, Fiscalías de Familia, no están facultadas por la norma, para intervenir en este tipo de situaciones, lo está haciendo el personal policial, o están dejando que los padres de los niños y adolescentes, se vayan sin ninguna solución, lo que produce que los problemas se agraven entre los miembros de la familia.

Por esa razón, el aporte jurídico y científico radica en determinar: ¿Es eficiente o no la normatividad, respecto a la tenencia de los hijos? y ¿Debería legislarse sobre el tema, y facultar al Ministerio Público, Fiscales de Familia, para que puedan

intervenir en estas situaciones, y así estar permitidos para realizar entregas de menores?, si el Ministerio Público estuviera facultado para ello, se solucionaría este problema, al menos de forma temporal, hasta que este sea dilucidado en el Poder Judicial, este incidente se pondría en conocimiento del Poder Judicial, a donde serían citados los progenitores de los menores y se tomaría una decisión, ya con más elementos de juicio.

También se debe acotar que el presente tema, está basado en un problema social, el que se presenta a diario, por ello es un tema de actualidad.



2. MARCO CONCEPTUAL

PATRIA POTESTAD

2.1. Concepto.-

La patria potestad adviene del latín potestad o patria potestad, que viene a ser el poder unitario del pater familias sobre los hijos. Las Partidas lo definen como el poder o señorío de los padres sobre los hijos o como un compendio de derechos sin deberes⁹⁴.

En el Derecho actual la Convención sobre los Derechos del Niño resalta la función tuitiva de la patria potestad al indicar que se ejerce en beneficio de los hijos: El principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo de sus hijos, impone a aquéllos la preocupación fundamental en el interés superior del niño⁹⁵.

2.2. Titulares y Ejercicio

La titularidad de la patria potestad corresponde, en principio a ambos padres. Como consecuencia de esa determinación, se les atribuye a los padres el conjunto de deberes-derechos, que son el contenido de la patria potestad. Así, en toda relación jurídica existe un sujeto activo y otro pasivo sólo que en este caso existen titulares que ejercen la patria potestad y otros a quienes esa potestad se dirige o que se encuentran favorecidas por ella. Se trata en uno u otro caso de los padres y sus hijos⁹⁶.

2.3. Custodia o tenencia de los hijos

Conforme el artículo 81 del Código de los niños y adolescentes, se entiende por tenencia. *“Cuando los padres están separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en*

⁹⁴ PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Cuarta Edición IDEMSA, Lima Perú, Pág. 523.

⁹⁵ PLACIDO VILCACHAHUA, Alex, Código Civil Comentado tomo III, Gaceta Jurídica, Lima Perú, 2011, Pág. 71.

⁹⁶ PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Cuarta Edición IDEMSA, Lima Perú, Pág. 528.

cuenta el parecer del niño, niña y 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”.

2.4. Menor de edad

Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho.

2.5. Policía Nacional

La **Policía Nacional del Perú** es una institución del Estado creada para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los [derechos fundamentales](#) de las personas y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas. Es profesional y jerarquizada. Sus integrantes representan la ley, el orden y la seguridad en toda la República y tienen competencia para intervenir en todos los asuntos relacionados con el cumplimiento de su finalidad fundamental⁹⁷.

2.6. El Fiscal de Familia

El Artículo 138 del Código de los niños y adolescentes, define como función primordial del Fiscal de Familia, “*velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes*”.

2.7. El Juez de Familia

Es el Director del proceso, como tal le corresponde la conducción, organización y desarrollo del debido proceso.

El Juez imparte órdenes a la Policía Judicial, para la citación, comparecencia o detención de las personas. Los servicios del equipo Multidisciplinario de la oficina médico – legal, de la policía y de cualquier otra institución para el esclarecimiento de los hechos apoyan la labor jurisdiccional.

⁹⁷ Es. [Wikipedia.org/wiki/Policía_Nacional_del_Perú](https://es.wikipedia.org/wiki/Policía_Nacional_del_Perú).

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Efectuada la revisión bibliográfica correspondiente, en la relación de tesis que obra en la biblioteca de la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica Santa María, se aprecia que no existe trabajo de investigación sobre el objeto materia de investigación que desarrollaremos. De la misma forma, revisada la página web de la Asamblea Nacional de Rectores en la sección “Catálogo de Tesis”, no hemos encontrado tesis vinculada con nuestro tema.

4. OBJETIVOS

- 4.1. Determinar que normas existen, para resolver la tenencia a nivel Prejudicial.
- 4.2. Conocer las acciones tomadas por los miembros de la Policial Nacional y de las Fiscalías de Familia, a nivel prejudicial en el caso de disputa de los padres, sobre la tenencia de sus hijos.
- 4.3. Comprobar si son eficaces las normas para resolver la tenencia a nivel prejudicial.
- 4.4. Determinar si es necesario elaborar una propuesta de normatividad, a fin de que se resuelva la tenencia de los menores, provisionalmente, antes de ser resuelta por el Poder Judicial.

5. HIPÓTESIS

Principio.- Dado que:

- No existe normatividad respecto de la Tenencia de los niños y adolescentes, en la etapa prejudicial.
- Los efectivos policiales, así como el Ministerio Público, al intervenir en estas situaciones, no se encuentran facultados por la Ley, como es el caso de determinar o decidir con cuál de los padres se va el niño o adolescente.
- En los turnos de las Fiscalías de Familia, frecuentemente, se reciben llamadas por parte de los efectivos policiales de las Comisarias de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, informado que se han presentado a la Comisaria los padres de los niños y/o adolescentes, disputando la tenencia de los mismos:

Es probable que, en las comisarías, de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado al no existir la normatividad respecto a la tenencia de los niños y adolescentes en la etapa prejudicial, no se actúe frente a estos problemas en forma oportuna en bien de los niños, por parte del personal policial de las comisarías y de los Fiscales de Familia; antes de que se acuda al Poder Judicial, vía proceso.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

Cuadro de Sistematización de Técnicas e Instrumentos

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB - INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
VARIABLE ÚNICA	La Tenencia	Código Civil	- Patria Potestad.	Revisión Documental, Doctrina y Norma	Ficha Bibliográfica Fichas Documentales
		Código de los Niños y Adolescentes	- Variación de la tenencia - Petición - Facultad del Juez - Opinión - Modificación de resoluciones	Revisión Documental, Doctrina y Norma	Ficha Bibliográfica Fichas Documentales
		La Convención de los Derechos de Los Niños	- Tenencia Provisional		
		- Practicas Policiales - Practicas Fiscales	- Que acciones viene tomando la policía en los casos que se les presenta. - Que acciones viene tomando la Fiscalía en los casos que se les comunica.	Revisión documental: Encuestas al personal policial Encuestas a los Fiscales	Ficha de Observación Ficha de encuestas

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

a) Variable Única: La Tenencia

Se implementara las siguientes técnicas

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
<ul style="list-style-type: none"> - Revisión documental de libros, normas legales, Constitución Política del Estado, Códigos Sustantivos y Adjetivos, Doctrina y Jurisprudencia. - Fichas de entrevista a los Fiscales de Familia. - Fichas de entrevista al personal policial de las Comisarias de Cerro Colorado y Alto Selva Alegre, de la Sección Familia. 	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas Bibliográficas - Fichas documentales - Fichas de entrevista

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1 Ubicación Espacial.- La Investigación comprende el ámbito local correspondiente a la Provincia de Arequipa, específicamente a las Comisarias de Cerro Colorado y Alto Selva Alegre.

2.2 Ubicación Temporal. La presente investigación comprende el año dos mil doce.

2.3. Unidades de Estudio, universo y muestra

Para la investigación las unidades de estudio están constituidas por:

2.3.1 Textos que contiene doctrina, conceptos, comentarios e informes.

2.3.2 Dispositivos normativos referidos a las áreas del Derecho Civil, Derechos de Los Niños y Adolescentes.

2.3.3. Para el trabajo de campo las unidades de estudio están constituidas por el 100% de las ocurrencias y denuncias que obran en las Comisarias de Cerro Colorado y Alto Selva Alegre, así como por las encuestas que se realizara al Personal Policial de la Sección Familia, de ambas Comisarias, y a los Fiscales tanto provinciales como adjuntos de las cuatro fiscalías de familia, del cercado de Arequipa.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

La información documental que se requiere para la presente investigación, será recogida por la propia investigadora, constituyéndose a las bibliotecas de las Universidades Católica de Santa María, Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa y otras Bibliotecas Especializadas. También se hará uso de artículos periodísticos y otros recursos que se obtengan vía Internet.

Efectuadas las investigaciones en las Comisarias de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado, no se encontró información sobre el tema, esto debido a que al entrevistar al personal policial de la sección familia de ambas Comisarias, refirieron que no llevaban un control de los casos en los que se dilucidara la tenencia, porque no era de su competencia, que comunicaban al Fiscal de Familia, quien le respondía que indiquen a los padres de los menores que recurrieran al Poder Judicial, para que allí se determine la tenencia del menor o los menores. Razón por la cual hemos considerado conveniente efectuar encuestas tanto al personal policial de la sección familia, debido a que son solo ellos los encargados de los problemas que se presentan en las familias, así como a los fiscales tanto adjuntos como provinciales; en la Comisaria de Alto Selva Alegre, por ser una de las Comisarias que cuenta con la mayor carga de casos, laboran dos efectivos policiales por turno, por ello se entrevistó en total a cuatro efectivos policiales, mientras que en la Comisaria de Cerro Colorado, solo labora un efectivo policial por turno, por lo que solo se entrevistó a dos efectivos policiales.

En las visitas a las Comisarias indicadas, se pudo verificar que en la Comisaria de Cerro Colorado, manejan con orden los cuadernos de las denuncias y ocurrencias,

llevando un registro especial en el que solo consignan las ocurrencias y denuncias con menores de edad, llevando los registros por separado; lo que no ocurre en la Comisaria de Alto Selva Alegre, en donde llevan todos los cuadernos indistintamente, no hay el orden, ni la separación de los casos en los que estén involucrados menores.

Con respecto a los Fiscales de Familia, en el Cercado de Arequipa, existen cuatro fiscalías de familia, en ellas laboran dos fiscales en cada una, un provincial y un adjunto, solo se realizaron siete entrevistas, debido a que la fiscal provincial de la tercera fiscalía de familia, estaba por asumir su cargo, en vista que recientemente fue nombrada en el cargo, por ese motivo no se entrevistó.

Entrevista a Fiscales y Policías				Número de entrevistados
Fiscalías de Familia	Primera Fiscalía de Familia	de	Un Fiscal Provincial Un Fiscal Adjunto	2
	Segunda Fiscalía de Familia	de	Un Fiscal Provincial Un Fiscal Adjunto	2
	Tercera Fiscalía de Familia	de	Un Fiscal Adjunto	1
	Cuarta Fiscalía de Familia	de	Un Fiscal Provincial Un Fiscal Adjunto	2
Policía	Comisaria de Alto Selva Alegre		Dos efectivos Policiales por turno	4
	Comisaria de Cerro Colorado		Un efectivo Policial por turno	2

3.1 Modo

La búsqueda de la bibliografía jurídica pertinente se realizará directamente por la investigadora, en las Bibliotecas especializadas que fueron mencionadas en el párrafo anterior la que será consignada en las fichas bibliográficas y documentales.

- Se recogerá la información de las Comisarias de Alto Selva Alegre y Cerro Colorado.
- Se entrevistara tanto al personal policial de la sección familia, de las dos comisarías, como a los Fiscales de familia, del Cercado de Arequipa.
- Las fichas bibliográficas y documentales, así como las fichas de encuestas, elaboradas en la recolección de la información, se ordenará y revisará por la investigadora.

3.2 Medios

a) Recursos Humanos

DENOMINACIÓN	Nº	COSTO DIARIO	DÍAS	COSTO TOTAL
Dirección del Proyecto y ejecución	1	40	60	2400,00
Colaborador	1	40	20	800,00
Digitador, diagramador de gráficos	1	20	20	400,00
Totales	3	100		3600,00

b) Recursos Materiales, bienes y servicios

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel bond A-4	2000	55,00
Fichas bibliográficas y documentales	600	120,00
Tóner para computadora	1	240,00
Copias Fotostáticas	1200	120,00
Anillados	5	30,00
Uso de Computadora	1	120,00
Movilidad	1	400,00
TOTAL		1085,00

c) Costo total del proyecto y ejecución de la investigación

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
- Recursos Humanos	3600,00
- Recursos Materiales	1085,00
Costo Total General	4685,00

3.3 Cronograma de Trabajo

ACTIVIDADES	ABRIL 2013	MAYO 2013	JUNIO 2013	JULIO 2013
Preparación del Proyecto	XXX			
Aprobación del proyecto	X	X		
Recolección de la Información		XXX	XXXX	
Análisis y Sistematización		XX	XXXX	X
Conclusiones y Sugerencias			XX	XX
Preparación del Informe			XX	XX
Presentación del Informe Final				X

BIBLIOGRAFÍA

- AZPIRI, JORGE O. *Uniones de Hecho, Segunda Edición Editorial Hammulabi, segunda Edición, agosto 2010, Buenos Aires, Argentina.*
- AZPIRI, JORGE O., *El abandono como causa de la perdida de la patria potestad, LL.1977-A-11*
- BERIZONCE, ROBERTO O., *La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar anticipatoria, en Revista de Derecho Procesal, N° 1, Medidas cautelares, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.*
- BREÑA SESMA, INGRID *Intervención del Estado en la Tutela de Menores, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, año 1994.*
- CHUNGA LAMONJA, FERMIN. *Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humano, Grijley 2012.*
- CORNEJO CHÁVEZ, HÉCTOR. *Derecho Familiar Peruano, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 10ª edición actualizada, 1999.*
- D' ANTONIO, DANIEL HUGO. *Patria Potestad .Buenos Aires. Editorial Astrea, 1979.*
- DÍEZ-PICAZO, L., *“La situación jurídica del matrimonio separado”, RDN, enero-marzo, 1961.*
- GARCÍA, PASTOR, M, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales, Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1997.*
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. *Custodia Compartida de los hijos, edición septiembre de 2008, Madrid España.*
- MONTÓN GARCÍA, MAR. *La Sustracción de menores por sus propios padres, Tirant Lo Blanch, Valencia España.*
- PERALTA ANDIA, JAVIER ROLANDO. *Derecho de Familia en el Código Civil, Cuarta Edición, Idemsa, Lima-Perú.*
- TOBEÑAS, J. CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral, V. Derecho de Familia .Vol. 1 Relaciones conyugales, 9ª edición, Madrid, Reus, 1976.*

- VILCACHAGUA ALEX PLÁCIDO, *Código Civil Comentado Tomo III Derecho de Familia.*

Informatografía

- a) Página web normas legales:
<http://w.w.w.normaslegales.cpm>
- b) Página web del Ministerio de Justicia:
<http://w.w.w.minjus.gob.pe>
- c) Página web del Tribunal Constitucional:
<http://www.tc.gob.pe>
- d) Página web de la defensoría del Pueblo:
<http://www.defensoria.gob.pe>
[es.Wikipedia.org/wiki/Policia_Nacional_del_Peru.](http://es.Wikipedia.org/wiki/Policia_Nacional_del_Peru)

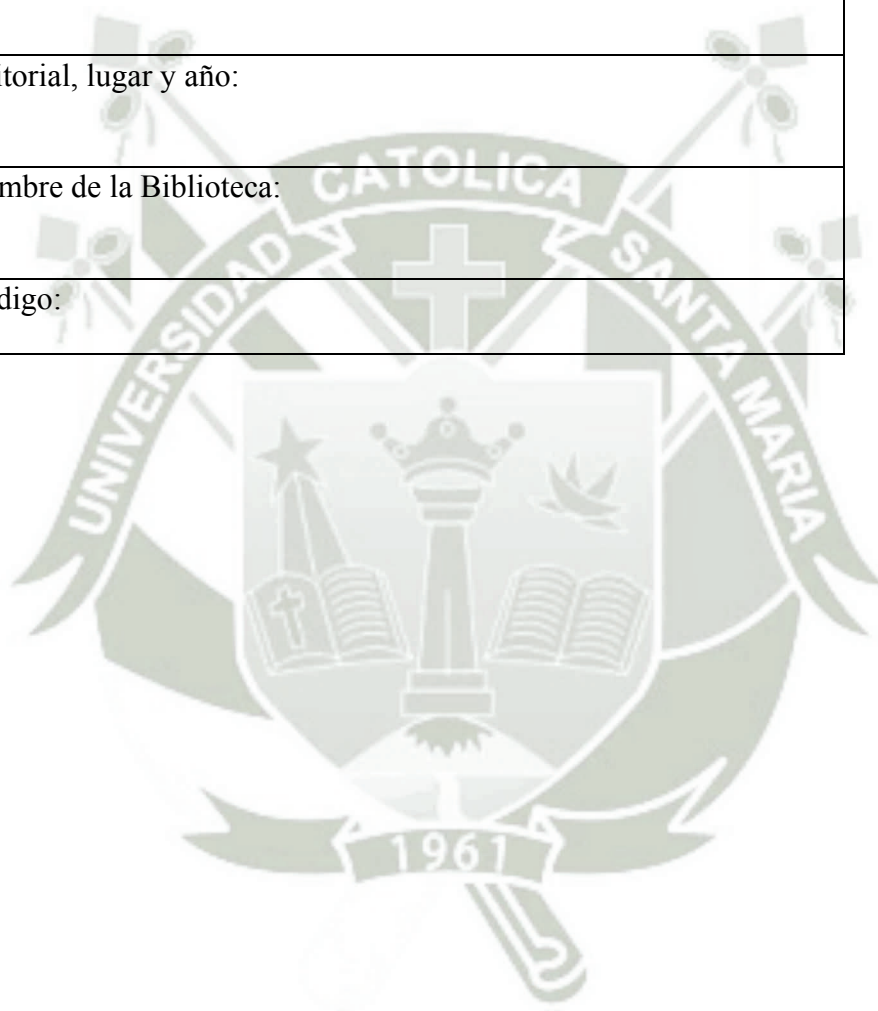


ANEXOS

ANEXO N° 01

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Nombre del autor:
Título del Libro:
Editorial, lugar y año:
Nombre de la Biblioteca:
Código:



ANEXO N° 02
FICHA DOCUMENTAL

Nombre del Autor:

Indicador:

Título:

Identificación del Documento:

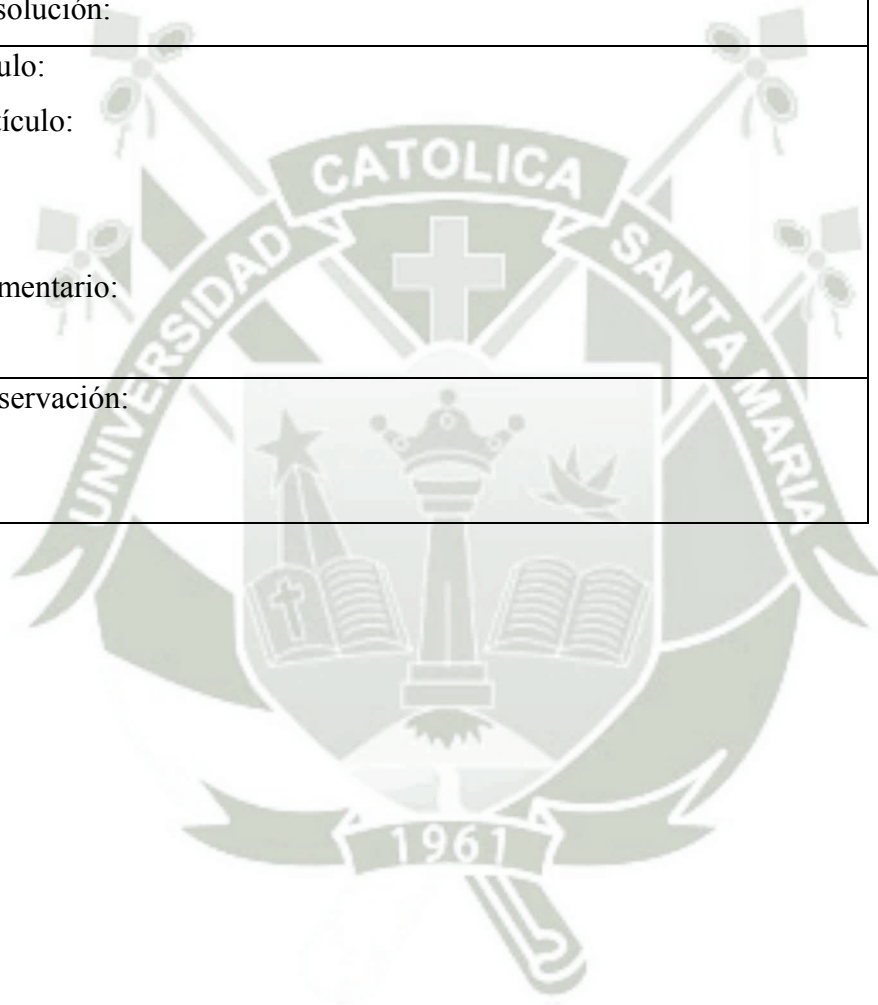
Fecha:

Comentario o Cita:



FICHA DOCUMENTAL

Indicador:
<u>Marco Normativo:</u> Código: Ley: Convención: Resolución:
Título: Artículo: Comentario:
Observación:



ANEXO N° 04

Encuesta para el Personal Policial de la Sección Familia

Comisaria: _____

Fecha: _____

Nombre: _____

1. Desde que fecha Labora en la Dependencia Policial actual. _____

2. Fecha de inicio de labor en la Sección Familia _____

3. Sabe Usted, ¿Qué es la Tenencia?

4. ¿Qué acción toma, cuando se presentan el padre y la madre de un niño, disputando la tenencia del mismo? _____

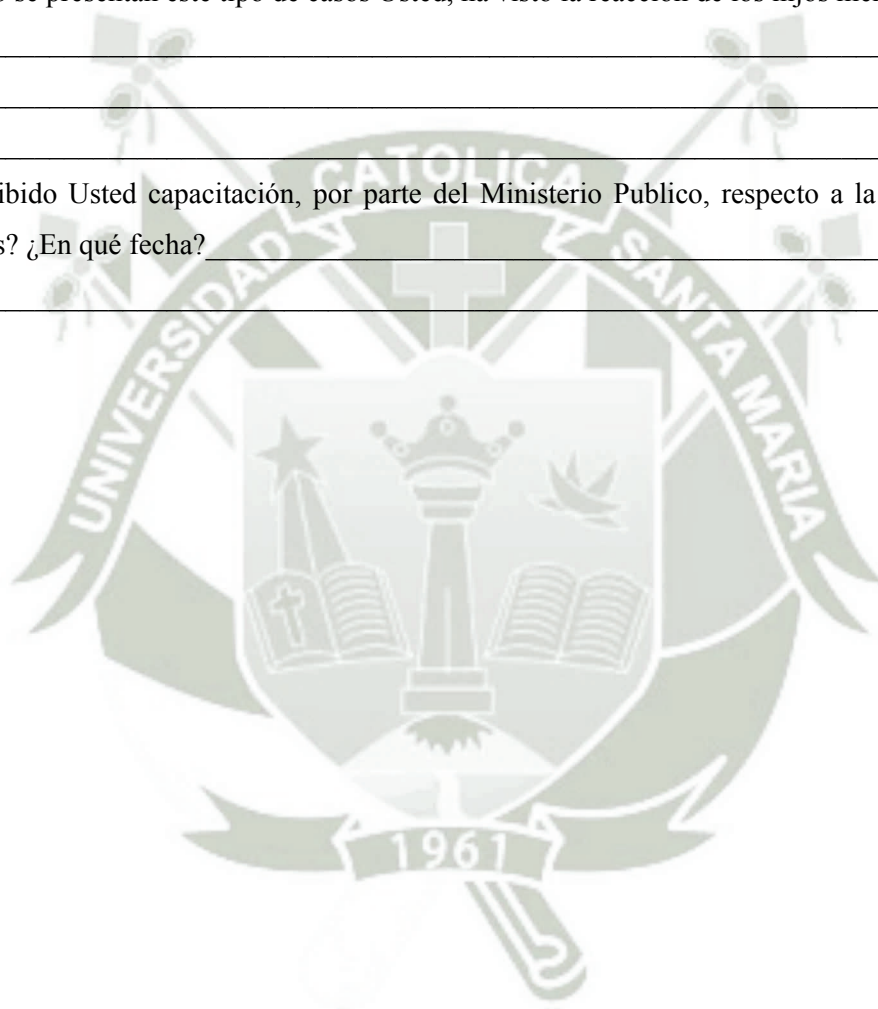
5. ¿Cuándo se comunica con el Fiscal Provincial de Familia de Turno, respecto al problema referido en el punto anterior, que respuesta ha recibido; que le han indicado?-

6. ¿Cuándo se presentan ambos progenitores a la Comisaria disputando la Tenencia de su menor hijo, Ud. Apunta la ocurrencia en algún cuaderno, lleva algún tipo de registro? ¿Por qué? _____

7. ¿Con que frecuencia se presentan este tipo de casos? _____

8. ¿Cuándo se presentan este tipo de casos Usted, ha visto la reacción de los hijos menores?

9. ¿Ha recibido Usted capacitación, por parte del Ministerio Público, respecto a la Tenencia de Menores? ¿En qué fecha? _____



ANEXO N° 5

Encuesta para Fiscales Provinciales y Adjuntos de Familia

Fiscalía: _____

Fecha: _____

Nombre: _____

1. Cuándo recibe una llamada telefónica del Personal Policial, asignado a la Sección Familia, de las Diferentes Comisarias, comunicándole que se encuentran en la Comisaria tanto el padre como la madre de un menor, disputando la tenencia del mismo. ¿Qué es lo que le indica al Personal Policial? _____

2. ¿Tiene Conocimiento si es que en las Comisarias se lleva un registro de estos casos, o si es que esto es consignado en el cuaderno de ocurrencias con menores? _____

3. ¿Considera Ud. Que está Facultado para apersonarse a la Comisaria, en el momento que se presenta este problema entre ambos padres, disputando la Tenencia de sus hijos; para tratar de solucionar este conflicto?. En caso de ser afirmativa su respuesta, ¿Realiza esta acción? _____

4. ¿Con que frecuencia se presentan este tipo de casos? _____

ANEXO N° 6

FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

COMISARIA _____, DE AREQUIPA

DENUNCIA N°:

OCURRENCIA N°:

Fecha de la ocurrencia o denuncia:

Edad de los padres: Padre _____ Madre _____

Ocupación de los padres: Padre _____
Madre _____

Motivo de la Disputa del
menor _____

Señalan si tienen procesos por violencia
familiar _____

Se comunicó con el Ministerio Público, Fiscalías de
Familia _____

Que dispuso el Fiscal de
Familia. _____

Que dispuso el efectivo

Policia_____

Observaciones apuntadas en la

ocurrencia._____

OBSERVACIONES ADICIONALES:

