



**UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**“PEDRO RUIZ GALLO”**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL**

---

**“Ejecución de las sentencias de tenencia y su implicancia en  
el desarrollo psicosocial del niño”**

**TESIS**

**Presentada para optar el Grado Académico de  
Maestra en Derecho con mención en Civil y Comercial**

**AUTORA:**

**Abog. Damián Cipión, Meryl Yasmina**

**ASESOR:**

**Mg. Yzquierdo Hernandez, Leopoldo**

**LAMBAYEQUE - PERÚ**

**2021**

**“Ejecución de las sentencias de tenencia y su implicancia en el desarrollo psicosocial del niño”**

-----  
Abog. Meryl Yasmina Damián Cipión

Autora

-----  
Mg. Leopoldo Yzquierdo Hernandez

Asesor

Tesis presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de: MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL

Aprobado por:

-----  
Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez  
Presidente del Jurado

-----  
Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero  
Secretario del Jurado

-----  
Mg. Carlos Manuel Cevallos de Barrenechea  
Vocal del Jurado

Lambayeque, 2021

 <b>UNPRG</b> UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO	ESCUELA DE POSGRADO <i>M. Sc. Juanita Villano Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	<b><u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u></b>	Pág. 1 de 3	

### **ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS**

Siendo las 11:00 a.m. del día viernes 26 de febrero de 2021, se dio inicio a la Sustentación Virtual de Tesis soportado por el sistema Blackboard Ultra, preparado y controlado por la Unidad de Tele Educación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, con la participación en la Video Conferencia de los miembros del Jurado, nombrados con Resolución N°652-2020-EPG, de fecha 09 de diciembre de 2020, conformado por:

Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VASQUEZ	PRESIDENTE
Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO	SECRETARIO
M.Sc. CARLOS MANUEL CEVALLOS DE BARRENECHEA	VOCAL
M.Sc. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNANDEZ	ASESOR

Para evaluar el informe de tesis de la tesista MERYL YASMINA DAMIAN CIPION, candidata a optar el grado de MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL con la tesis titulada "EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DE TENENCIA Y SU IMPLICANCIA EN EL DESARROLLO PSICOSOCIAL DEL NIÑO".

El Sr. Presidente, después de transmitir el saludo a todos los participantes en la Video Conferencia de la Sustentación Virtual ordenó la lectura de la Resolución N°108-2021-EPG de fecha 19 de febrero de 2021 que autoriza la Sustentación Virtual del Informe de Tesis correspondiente, luego de lo cual autorizó a la candidata a efectuar la Sustentación Virtual, otorgándole 30 minutos de tiempo y autorizando también compartir su pantalla.

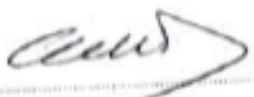
Culminada la exposición de la candidata, se procedió a la intervención de los miembros del jurado, exponiendo sus opiniones y observaciones correspondientes, posteriormente se realizaron las preguntas a la candidata.

Culminadas las preguntas y respuestas, el Sr. Presidente, autorizó el pase de los miembros del Jurado a la sala de video conferencia reservada para el debate sobre la Sustentación Virtual del Informe de tesis realizada por la candidata, evaluando en base a la rúbrica de sustentación y determinando el resultado total de la tesis con 17 puntos, equivalente a BUENO, quedando la candidata apta para optar el Grado de MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL.

Formato : Físico/Digital	Ubicación : UI- EPG - UNPRG	Actualización:
--------------------------	-----------------------------	----------------

 <b>UNPRG</b> UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO	<b>ESCUELA DE POSGRADO</b> <i>M. Sc. Francis Velasco Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	<b><u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u></b>	Pág. 2 de 3	

Se retornó a la Video Conferencia de Sustentación Virtual, se dio a conocer el resultado, dando lectura del acta y se culminó con los actos finales en la Video Conferencia de Sustentación Virtual. Siendo las 12:15 p.m. se dio por concluido el acto de Sustentación Virtual.



**PRESIDENTE**



**SECRETARIO**



**VOCAL**

**ASESOR**

*En el Acta de Sustentación se evidencia el proceso de sustentación de tesis. La misma que ha sido refrendada por el jurado conformado por presidente, secretario y vocal, más no, se registra la firma del asesor, cuya labor efectiva es durante el proceso de elaboración de tesis y su presencia en el acto de sustentación de la tesis es voluntaria. Por lo tanto, su ausencia no invalida el acto de sustentación.*

*El/la sustentante cumple con los requisitos para la emisión de su grado académico correspondiente.*

*Lambayeque, 29 de marzo de 2021*




**Dra. TOMASA VALLEJOS SOSA**  
Directora (e) EPG




**Dr. LUIS JAIME COLLANTES SANTISTEBAN**  
Director Académico

**NOTA:** La existencia del acta en los archivos de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; ha sido verificada por la Sra. Gloria Luisa Carranza Velásquez, quien con su firma da fe de lo mencionado.



L.C. Gloria Luisa Carranza Velásquez  
Personal Administrativo

Formato : Físico/Digital	Ubicación : UI- EPG - UNPRG	Actualización:
--------------------------	-----------------------------	----------------

### **Declaración jurada de originalidad**

Yo, Meryl Yasmina Damián Cipión investigadora principal, y Leopoldo Yzquierdo Hernandez, asesor del trabajo de investigación “Ejecución de las sentencias de tenencia y su implicancia en el desarrollo psicosocial del niño”, declaramos bajo juramento que este trabajo no ha sido plagiado, ni contiene datos falsos. En caso se demostrará lo contrario, asumo responsablemente la anulación de este informe y por ende el proceso administrativo a que hubiere lugar. Que puede conducir a la anulación del título o grado emitido como consecuencia de este informe.

Lambayeque, 03 de mayo de 2021

Nombre de la investigadora Meryl Yasmina Damián Cipión

Nombre del asesor Leopoldo Yzquierdo Hernández

A mis padres José y Olga, por su apoyo y buenos consejos en mi formación profesional, siempre fueron el motivo para continuar y cumplir cada una de mis metas e ideales. Un abrazo hasta el cielo para mi padre.

## **DEDICATORIA**

Agradezco a cada uno de nuestros docentes universitarios que formaron parte de la Maestría de Derecho Civil y Comercial. Gracias a mi asesor Leopoldo Yzquierdo Hernández quien siempre estuvo presente para orientarme en el desarrollo de la presente investigación.

## **AGRADECIMIENTO**

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
RESUMEN .....	vii
ABSTRAC.....	viii
INTRODUCCIÓN .....	1
1. ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO .....	4
1.1. Ubicación.....	4
1.2. Problema de Investigación.....	4
1.2.1. Descripción de la realidad problemática.....	4
1.2.2. Como se manifiesta el problema.....	5
1.2.3. Formulación del problema.....	8
1.3. Justificación e importancia del estudio .....	8
1.4. Objetivos .....	9
1.4.1. Objetivo general .....	9
1.4.2. Objetivos específicos.....	9
1.5. Hipótesis.....	9
1.6. Variables .....	9
1.6.1. Variable independiente .....	9
1.6.2. Variables dependientes.....	10
1.7. Metodología de la investigación.....	10
1.7.1. Tipo de investigación.....	10
1.7.2. Diseño de investigación .....	10
1.7.3. Nivel de investigación .....	10
1.7.4. Método de la investigación.....	10
1.8. Población y muestra .....	11
1.8.1. Población.....	11
1.8.2. Muestra .....	11
1.9. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos.....	11
2. MARCO TEÓRICO.....	13
2.1. Antecedentes de la investigación .....	13
2.2. Base teórica .....	20
2.2.1. Aspectos Generales del Derecho de Familia .....	26
2.2.1. Protección y desarrollo psicosocial del niño en el proceso de tenencia .....	84
3. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS .....	101
3.1. Presentación de los resultados .....	101



3.1.1.	Variable N°01: La falta de seguimiento de la ejecución de las sentencias de tenencia .....	102
3.1.2.	Variable N°02: Desarrollo psicosocial del niño .....	110
3.2.	Presentación del Modelo Teórico .....	114
3.2.1.	Análisis de la falta de seguimiento en la ejecución de las sentencias de tenencia y custodia del niño. ....	114
3.2.2.	Análisis de la afectación del desarrollo psicosocial del niño. ....	117
4.	CONCLUSIONES SOBRE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE TENENCIA Y SU IMPLICANCIA EN EL DESARROLLO PSICOSOCIAL DEL NIÑO.....	120
4.1.	Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis .....	120
4.1.1.	La falta de seguimiento de la ejecución de las sentencias de tenencia ...	120
4.1.2.	Desarrollo psicosocial del niño.....	122
4.2.	Contraste de la hipótesis global .....	124
	Conclusión 1.....	124
	Conclusión 2: .....	125
5.	RECOMENDACIONES SOBRE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE TENENCIA Y SU IMPLICANCIA EN EL DESARROLLO PSICOSOCIAL DEL NIÑO.....	127
	Recomendación 1.....	127
	Recomendación 2.....	128
	REFERENCIAS.....	131
	ANEXOS .....	134

## **INDICE DE TABLAS**

Tabla N° 01: Número de sentencias emitidas por los cuatro juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo, en relación a los procesos de tenencia y custodia del niño durante los años 2017, 2018 y 2019 que fueron declaradas fundadas.....	10202
Tabla N°02: Número de procesos de tenencia y custodia del niño, en función a las demandas planteadas en los cuatro Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo	10303
Tabla N°03: Número de actuaciones realizadas en los procesos de Tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia tramitados en los cuatro Juzgados de Familia.....	10404
Tabla N°04: Número de supuestos del artículo 84° CNA aplicados a las sentencias de tenencia compartida, tenencia monoparental y reconocimiento de tenencia por los cuatro Juzgados de Familia.....	10606
Tabla N°05: Número de medidas dictadas a favor del niño en las sentencias de tenencia compartida, tenencia monoparental y reconocimiento de tenencia, por parte los cuatro Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo .....	10808
Tabla N°06: Número de procesos de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia en relación a las demandas de variación de tenencia, tramitados en los cuatro Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo durante los años 2017 a 2019.....	11010
Tabla N°07: Número de causales alegadas en los procesos de variación de tenencia, que motivaron declarar fundada la demanda por parte de los cuatro Juzgados de familia. ....	11111
Tabla N°08: Número de informes y/o pericias que acreditan la afectación psicosocial del niño .....	11313

## **INDICE DE FIGURAS**

Figura N°01: Porcentaje del total del número de sentencias emitidas por los cuatro juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo, en relación a los procesos de tenencia y custodia del niño durante los años 2017, 2018 y 2019 que fueron declaradas fundadas.....	10202
Figura N°02: Porcentaje de los procesos de tenencia y custodia del niño, en función a las demandas planteadas en los cuatro Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo.....	10303
Figura N°03: Porcentaje de las actuaciones realizadas en los procesos de Tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia tramitados en los cuatro Juzgados de Familia.....	10505
Figura N°04: Número del total de supuestos del artículo 84° CNA aplicados a las sentencias de tenencia compartida, tenencia monoparental y reconocimiento de tenencia por los cuatro Juzgados de Familia .....	10606
Figura N°05: Número total del contenido esencial de las sentencias de tenencia y custodia del niño, emitido por los Juzgado de Familia del Distrito de Chiclayo	10808
Figura N°06: Porcentaje de procesos de variación de tenencia y los procesos no afectados por la variación, tramitados en los cuatro Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo durante los años 2017 a 2019 .....	11010
Figura N°07: Porcentaje de causales alegadas en los procesos de variación de tenencia y que motivaron declarar fundada la demanda por parte de los cuatro Juzgados de familia .....	11111
Figura N°08: Porcentaje de los de informes y/o pericias que acreditan la afectación psicosocial del niño.....	11313

## **RESUMEN**

En la realidad se ha evidenciado la falta de seguimiento a la ejecución de los procesos de tenencia y custodia del niño por parte de los operadores de justicia, tal omisión afectó su desarrollo psicosocial, tal como se demostró en los procesos de variación de tenencia.

El objetivo trazado fue determinar en qué medida la falta de seguimiento de la ejecución de las sentencias de tenencia, afecta el desarrollo psicosocial del niño.

Asimismo, en la presente investigación se empleó técnicas de recolección como el análisis documental y revisión de sentencias judiciales, las cuales han permitido comprobar la existencia de la afectación al niño y las deficiencias que existen por parte de los órganos jurisdiccional en la ejecución de los procesos de tenencia y custodia.

Para el desarrollo del presente tema se tuvo los planteamientos teóricos, que abarcan, derecho a la familia, alimentos, matrimonio, patria potestad, custodia y régimen de visitas.

En conclusión, para mejorar dicha problemática se planteó lineamientos mediante un Protocolo de intervención en los procesos de tenencia y custodia de los niños o adolescentes.

**PALABRAS CLAVES:** Tenencia, custodia, niño, familia, tenencia monoparental, tenencia compartida, reconocimiento de tenencia, patria potestad, régimen de visitas.

## **ABSTRAC**

In reality, the lack of monitoring of the execution of the child custody and custody processes by the justice operators has been evidenced; such omission affected their psychosocial development, as demonstrated in the processes of variation of custody.

The objective outlined was to determine to what extent the lack of monitoring of the execution of custody sentences affects the psychosocial development of the child.

Likewise, in the present investigation, collection techniques were used such as documentary analysis and review of judicial decisions, which have allowed to verify the existence of the affectation of the child and the deficiencies that exist on the part of the jurisdictional bodies in the execution of the processes custody and custody.

For the development of this topic, the theoretical approaches were taken, which include the right to family, food, marriage, parental authority, custody and visitation.

In conclusion, to improve this problem, guidelines were proposed through a Protocol of intervention in the processes of custody and custody of children or adolescents.

**KEY WORDS:** possession, custody, child, family, single-parent custody, shared custody, recognition of possession, parental authority, visitation regime.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación se denominó “ejecución de las sentencias de tenencia y su implicancia en el desarrollo psicosocial del niño”; a partir del cual se demostró que la falta de seguimiento en la ejecución de los procesos de tenencia y custodia del niño por parte de los operadores de justicia, afecta su contexto psicosocial y trasciende al inicio de nuevos procesos, pese a que su regulación normativa se enmarca dentro de un principio superior, el cual regula que los pronunciamientos que involucre a sujetos vulnerables deberá estar relacionados con el desarrollo del niño o adolescente a lo largo del tiempo; aunado a ello, las normas internacional preconizan que toda medida concerniente o conflicto de los derechos del niño o adolescente frente a otros derechos debe ser ponderados con la motivación debida.

Asimismo, la investigación se fundamentó en conceptos jurídicos y estudio de campo de sentencias judiciales emitidas en los Juzgados de Familia, Chiclayo; además de comprobar la afectación del desarrollo psicosocial del niño, mediante los objetivos específicos planteados, esto es, existió la omisión del seguimiento en la ejecución de las sentencias de tenencia por parte de los Juzgados de Familia de Chiclayo, durante el periodo 2017 a 2019; y la inobservancia en la ejecución de las sentencias de tenencia que afectó el desarrollo psicosocial del niño.

El tipo de investigación fue aplicada de nivel explorativo, descriptivo y correlacional; siendo su diseño no experimental lo cual permitió demostrar la hipótesis, es decir, la afectación del contexto psicosocial del niño o adolescente.

La presente investigación se encontró desarrollada en tres partes.

En la primera parte se fundamentó el análisis del objeto de estudio: primer capítulo, que a su vez se sub divide en: ubicación, como surge el problema, como se ha manifestado en el contexto jurídico, la justificación e importancia del estudio, objetivos, hipótesis, variables, descripción de la metodología empleada, la población, muestra y técnicas e instrumentos para la recolección de datos.

En la segunda parte: segundo capítulo, se estableció el marco teórico que traza los planteamientos teóricos, doctrina y legislación relacionado con el objetivo y la hipótesis de la investigación.

La tercera parte como resultado comprendió dos sub capítulos: el primer sub capítulo alcanzó el estudio de los resultados, de los objetivos y contraste de la hipótesis, partiendo del análisis de cada variable planteada. Por otro lado, en el segundo sub se desarrolló la presentación del modelo teórico.

La cuarta parte comprendió las conclusiones: respuestas a cada sub hipótesis que nos sirvió de base para la redacción de la conclusión general.

La quinta parte trató sobre las recomendaciones: trabajadas en funciones de la labor de los operadores de justicia durante el estado de ejecución de los procesos de tenencia y custodia del niño y por ende salvaguardar su desarrollo psicosocial.

# **CAPÍTULO I**

## **ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO**



## **1. ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO**

### **1.1. Ubicación**

La presente investigación comprendió el estudio de las sentencias de los Juzgados de Familia de Chiclayo, respecto a los procesos de tenencia y custodia del niño durante los años 2017 al 2019.

### **1.2. Problema de Investigación**

#### **1.2.1. Descripción de la realidad problemática**

A través del Instituto Guestart de Lima en el año 2017 se calculó que en el Perú más de 14,000.00 parejas se divorciaron en un año, porcentaje que cada año va en aumento incluyendo a los convivientes que han formado una familia. Dicha situación tuvo su origen en la falta de comunicación, responsabilidad de los deberes como padres, violencia familiar, temas de infidelidad y problemas económicos. Sin embargo, con el divorcio o el quebrantamiento de la relación sentimental, el problema no se terminó; por cuanto hay hijos con minoría de edad y no existe buena relación de padres, situación que se agrava y se ve reflejada en el cuidado de los hijos.

Empero, en el año 2008 se publicó la Ley N°29269 que incorporó la tenencia compartida a la llamada tenencia monoparental. El espíritu de esta modificatoria derivó de la realidad sociológica donde la participación de los padres tiene que ser equivalente, siendo su finalidad afianzar el vínculo filial y el cabal cumplimiento de los deberes y derechos de los padres después de la separación; sin embargo, el régimen de mayor envergadura y aplicación es la tenencia monoparental, donde uno de los padres solamente ejerce la tenencia, resultando un régimen exclusivo.

Determinar el régimen de tenencia y custodia del niño, se resuelve teniendo en cuenta los factores psicológicos, sociales, económicos y personales, a fin de garantizar el desarrollo íntegro; sin embargo, al no existir acuerdo de padres la decisión le

corresponde al juez teniendo en cuenta los criterios establecidos en el Código de los Niños y Adolescentes, artículo 84.

Sin embargo, las decisiones en algunos casos fueron favorables para el desarrollo integral del niño, pero en la mayoría de los casos fue perjudicial; por cuanto después del proceso de tenencia se generaron problemas como limitaciones al régimen de visitas, incumplimiento de la pensión alimenticia, alienación parental, entre otros; situaciones que derivaron de la falta de monitoreo en la ejecución del régimen de tenencia por los operadores; dado que el juez al emitir la decisión final solo determina la modalidad de la tenencia, dejando al libre arbitrio el monitorio del régimen a los padres; es decir, la supervisión del cumplimiento de la sentencia se dejó en manos de los padres que no pudieron llegar a un acuerdo respecto al cuidado de su hijo. Esta problemática se demostró con el estudio de las sentencias de tenencia y custodia pronunciadas en Juzgados de Familia – Chiclayo, durante los años 2017 a 2019.

En conclusión, se determinó que no existió una atención al seguimiento de la etapa de ejecución de las sentencias de tenencia y custodia del niño, la cual comprendió, la conducta negativa de los padres en el desarrollo psicosocial del niño, indicador que pudo ser salvado con lineamientos mediante protocolo en la ejecución de los procesos.

### **1.2.2. Como se manifiesta el problema**

En el análisis de las situaciones se desarrolló el cuidado de un niño y se advirtió que existió una ausencia de monitoreo en la ejecución de las sentencias de tenencia, referido al cumplimiento de obligaciones de los progenitores para con sus hijos. Las situaciones de conflictos de padres generaron un sin número de procesos judiciales o situaciones adversas para el niño, como fue el proceso de variación de tenencia, tal como se expresó en el expediente N°2702-2015, en la cual se indicó en el primero y segundo considerando:

“(…) En el proceso de divorcio, ambas partes manifestaron una propuesta de convenio en la cual acordaron que el solicitante (demandante) podía visitar a su hija menor de edad de forma libre y cualquier día (...) teniendo en cuenta un horario prudente pero dicha facultad se realizaría previa coordinación con la madre de la menor (quien ostentaba la tenencia de hecho), siempre y cuando ello no perturbe o perjudique su horario de alimentación o descanso. Sin embargo, el 11/08/2016 se realizó una constatación policial debido al impedimento de realizar las correspondientes visitas a su menor hija, debido a que los abuelos maternos de la menor le manifestaron que la niña se encuentra en los Estados Unidos de Norteamérica, siendo el caso que el demandado no presto su consentimiento (...) a fin de investigar el paradero de su hija; en razón de ello, se requirió a la Dirección de Migraciones un certificado de registro migratorio de la demandante y su menor hija, observando que no existe ninguna salida de la demandada y su hija menor. (...) la madre demandada se hallaba viviendo en los Estados Unidos, en merito a una beca de estudios por cuatro meses pero que esta se tuvo que prolongar por cuatro años, lo que ocasionó que ésta dejara a su hija al cuidado de sus abuelos maternos, lo que representa que la madre demandada dejo en abandono a su hija. Por su parte la demandada expreso que: (...) el solicitante comprometió asistir con una pensión de ochocientos soles de forma mensual para su hija, dinero que nunca se le otorgo y que en ninguna oportunidad le requirió, con la finalidad de mantenerlo alejado de su contexto familiar, dado su nivel de conducta confrontacional e

impredecible conducta, lo cual ponía en riesgo a su hija. Por su parte el demandante expreso que jamás hizo ejercicio de su derecho a las visitas, puesto que el demandante se había ausentado más de cuatro meses continuados sin haber reclamado visitar a su hija. Por su parte la demandada alega que el demandante sufre de una serie de conducta confrontacionales y de personalidad, de lo que se colige que es una persona violenta y agresiva que no mide consecuencias, dejándose llevar por su actuar sin poder controlar sus emociones, lo cual lo ubica en un contexto psicológica e incluso psiquiátrico no solo con su familia sino con su entorno propio; asimismo, precisa que su menor hija no se encuentra desaparecida o abandonada, sino todo lo contrario se encuentra en buen estado y en pleno ejercicio de sus capacidades pero se encuentra en otro lugar de residencia, decisión que adoptó por la conducta del demandante, quien amenazó con raptar a su hija; el demandante pretende ejercer su régimen de visitas cuando anteriormente se había alejado de su hija, más aún cuando a través de su solicitud no ha probado que ella haya actuado en contra de los intereses de su hija menos aún que ostente una conducta capaz de poner en riesgo la estabilidad y bienestar de la tutelada.” (Tenencia, 2016)

Tal como se ha señalado, en temas de familia ya sea por separación conyugal o familias disfuncionales, la tenencia y custodia del hijo, se vuelve un tema principal en la sociedad; sin embargo, sea como se presente la situación no siempre se cumple el régimen o acuerdo adoptado por los padres o el juzgado, perjudicando así el normal desarrollo del niño o adolescente, quien debe crecer sin estar involucrados en problemas de los padres; en tal sentido en el análisis de las sentencias judiciales se

determinó que la falta de monitoreo de las sentencias de tenencia y custodia afectó el desarrollo psicosocial del niño y genera nuevos procesos judiciales, estudio que permitió establecer lineamientos para la correcta ejecución de las sentencias y que los procesos no concluyan con un fallo judicial que determine solo el cuidado del niño, sino que cumpla su finalidad de protección para lograr un óptimo desarrollo psicosocial del niño.

Dicho resultado, es motivo para mejorar la administración de justicia, específicamente en los juzgados de Familia y evitar nuevos procesos, puesto que no solo se trató de que la administración de justicia este plasmada en una norma, sino de aplicación efectiva en aras de protección del niño o adolescente vulnerable.

### **1.2.3. Formulación del problema**

¿En qué medida la falta de seguimiento a la ejecución de las sentencias de tenencia, afectó el desarrollo psicosocial del niño?

### **1.3. Justificación e importancia del estudio**

En la investigación se presentó el análisis de la ejecución de las sentencias de tenencia, concerniente al monitoreo que debieron realizar los operadores de justicia en los procesos que involucren niños o adolescentes, dado que su inobservancia afectó su desarrollo psicosocial y trascendió a nuevos procesos judiciales. Dicha situación se advirtió en los fallos judiciales de los Juzgados de familia, que terminaron perturbando la formación del niño y el vínculo filial.

Asimismo, se realizó el estudio de campo para mejorar las políticas de trabajo en los Órganos judicial y proteger los derechos de los niños o adolescentes, sobre todo su contexto psicosocial el cual depende de una decisión que tiene efectos negativos si no se realiza debidamente; sumado a ello, también se da solución a las conductas

confrontacionales, desacuerdos de los padres y declive de nuevos procesos judiciales (alienación parental, alimentos, variación de tenencia, entre otros).

#### **1.4. Objetivos**

##### **1.4.1. Objetivo general**

Determinar en qué medida la falta de seguimiento a la ejecución de las sentencias de tenencia, afectó el desarrollo psicosocial del niño.

##### **1.4.2. Objetivos específicos**

- Determinar si existió falta de seguimiento a la ejecución de las sentencias de tenencia por parte de los Juzgados de Familia de Chiclayo, durante el periodo 2017 a 2019.
- Analizar si la inobservancia a la ejecución de las sentencias de tenencia por parte de los Juzgados de Familia de Chiclayo durante el periodo 2017 a 2019, afectó el desarrollo psicosocial del niño.

#### **1.5. Hipótesis**

La falta de seguimiento a la ejecución de las sentencias de tenencia afectó el desarrollo psicosocial del niño, en la medida que su estabilidad de bienestar y habilidades necesarias para enfrentar la vida resulta cada vez menos próspera, formando pensamientos disfuncionales y atrapados en las conductas de sus padres.

#### **1.6. Variables**

##### **1.6.1. Variable independiente**

La falta de seguimiento a la ejecución de las sentencias de tenencia: Se trató de las sentencias emitidas en los procesos tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia.

### **1.6.2. Variables dependientes**

Desarrollo psicosocial del niño: Referido al derecho de proteger la integridad física y psicológica, así como su contexto social.

## **1.7. Metodología de la investigación**

### **1.7.1. Tipo de investigación**

La investigación fue de tipo aplicada de nivel Explorativo Descriptivo y correlacional. Es aplicada porque se desarrolló estrategias que se emplearon para abordar el problema de investigación. Fue de nivel explorativo, porque se realizó una primera aproximación a la ejecución de los procesos de tenencia para profundizar y dar con el origen de la contrariedad. Fue de nivel descriptivo porque se graficó las etapas de los procesos para comprender con exactitud la realidad estudiada. Y por último, fue de nivel correlacional porque permitió conocer la relación de las variables expuestas.

### **1.7.2. Diseño de investigación**

En la investigación se empleó el diseño no experimental porque permitió observar el contexto natural de la realidad existente en los Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo, situación que se originó a partir de la falta de seguimiento a los procesos de tenencia del niño o adolescente en su etapa de ejecución.

### **1.7.3. Nivel de investigación**

El tema de estudio fue enmarcado en la ejecución de las sentencias de tenencia y custodia bajo los parámetros normativos y doctrinarios que regulan la materia familiar.

### **1.7.4. Método de la investigación**

**Métodos:** Con el objeto de lograr los fines del presente trabajo, se aplicó el método hipotético deductivo, estadístico-descriptivo y Dogmático.

**Procedimiento:** En cuanto al análisis de información, estuvo situada a la búsqueda, hallazgo y clasificación de las fuentes documentales para ser utilizadas en el estudio

planteado. Esto se hizo básicamente sobre la revisión de sentencias judiciales de tenencia y custodia del niño, a la cual se tuvo alcance en los Juzgados de Familia de Chiclayo, por ser de conocimiento público, así como el uso de la doctrina.

## **1.8. Población y muestra**

### **1.8.1. Población**

Estuvo conformada por el total de sentencias de tenencia y custodia del niño, expedidas por los Juzgados de familia en el distrito de Chiclayo, en el periodo 2017 a 2019.

### **1.8.2. Muestra**

Correspondió al sub conjunto de los procesos de tenencia y custodia del niño o adolescente tramitados en Juzgados de Familia de Chiclayo, pero específicamente los procesos en etapa de ejecución; y consecuentemente el análisis de las demandas de variación de tenencia. En tal sentido se empleó una muestra dirigida, porque tuvo que seleccionarse 96 sentencias que la investigadora consideró pertinente para el análisis y estudio del problema planteado.

## **1.9. Fuentes, técnicas e instrumentos para la recolección de datos**

**Fuentes:** Libros, revistas, computador, material de escritorio.

**Técnica:** Se empleó el análisis documental y revisión de sentencias judiciales, técnicas que permitieron el contraste de los objetivos con la hipótesis.

**Instrumentos:** Se empleó la ficha de registro de datos en la cual se realizó un resumen del caso analizado.



## **CAPÍTULO II**

# **MARCO TEÓRICO**

## **2. MARCO TEÓRICO**

### **2.1. Antecedentes de la investigación**

En la universidad mayor de Chile, la abogada María Guisella Steffen Cáceres, trabajó la tesis relacionada a la coparentalidad con efectos posteriores a la separación conyugal, el cual resulta ser un paradigma de tuición compartida chileno, con la finalidad de optar el grado en ciencias de la educación en orientación familiar - relaciones humanas y familia, en la cual se señaló:

“El origen de la familia conformada por hombre y mujer representa la apariencia sociológica, quienes son los encargados de formar a los hijos en unión coparental o vínculos filiales, ya sea para lograr su estabilidad o formar un destino – futuro de proyección relacionado al origen de familia. La normativa de derecho que regula el contexto social, moldeada las normas de convivencia parental y post-parental, basada en la categoría importante de las tareas nutritivas y normativas en la educación y desarrollo de las descendencias, para forjar el adiestramiento continuo de estas funciones. Estas exigencias apuntan a la indispensable apariencia de ambos progenitores, dado que cuando se abandona la figura paterna, no sólo se desvanece la familia sino además la relación paterno-filial. Es así como se identifica el problema respecto a indicadores de coparentalidad a partir del ámbito psicosocial coligados al ejercicio de la prioridad contemporánea potencial del vínculo filial en la dinámica interaccional de la familia post-separación conyugal, creando la construcción de un paradigma de protección compartida, desde el discernimiento de un conjunto de padres alejados no custodios, pertenecientes a la corporación de padres por la igualdad

de derechos frente a los hijos; siendo esto así, se estableció como objetivo primordial en la investigación, la construcción de indicadores de coparentalidad psicosociales, coligados al ejercicio de la paternidad contemporánea, que se desarrollan en la dinámica interaccional de la familia en la etapa posterior a la separación conyugal, la reconstrucción de un paradigma de tuición compartida. Finalmente la investigadora concluyo que los indicadores de coparentalidad y la propuesta de un modelo coparental posterior a la separación conyugal debe estar focalizado hacia la construcción de un paradigma de tuición compartida, como tema particular, pero con interés e importancia social, que contribuye a estrechar significativamente las consecuencia de la problemática en la custodia monoparental en la reflejada en paternidad no custodia, aportando elementos de análisis desde el marco teórico y desde la investigación.” (Steffen, 2003)

En la mencionada tesis, se puede advertir que a través de un estudio científico se concluyó que la coparentabilidad o conocida en el Perú como una tenencia compartida, supera los efectos de un régimen monoparental, ya que el régimen de coparentalidad tiene como indicador, la intervención constante de los progenitores en el desarrollo del niño.

En la ciudad Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo – Cajamarca, las licenciada Aura Ysabel Celis Castro y Juana Dalila Huaccha Alvarez, trabajaron la investigación respecto al tema de alienación parental con el bienestar psicológico de los alumnos de educación secundaria-hijos de padres separados, de la ciudad de Cajamarca, investigación realizada en el año 2016, por lo se advirtió que el síndrome de alienación parental es una de las consecuencia de la falta de monitoreo en los

procesos de tenencia, donde el estado emocional del niño es notablemente negativa en su desarrollo y formación de vida, tal como se señala en los siguientes aspectos:

“El divorcio de matrimonios cortos o prolongados no solo involucra a los padres, sino a los hijos, que, en correspondencia real y vivencial, genera un quebrantamiento de la imagen de familia o las figuras paternas que el niño tenía durante el matrimonio de sus padres, lo que genera o implica una afectación en su esfera emocional y mental al niño o adolescente no dejando de lado a los progenitores. Por ello, el problema de la investigación realizada por la mencionada, está relacionada con la alienación parental y tranquilidad psicológica de los alumnos (hijos de padres separados) de nivel secundaria de formación en las instituciones educativas de Cajamarca en los lugares de San Ramón Larecoleta y Marcelino Champagnat. Siendo ello así, fija como visión o inicio de desarrollo principal, la determinación de la relación del síndrome de alienación parental y el bienestar de su esfera psicológica de los alumnos de la mencionada institución secundaria, estudiantes que forman familias disfuncionales que presentan y no síndrome de alienación parental en los colegios de San Ramón La Recoleta y Champagnat de Cajamarca. En la investigación realizadas, pudo concluir que la tranquilidad o bienestar de los alumnos de educación secundaria – nivel dos de formación de la ciudad de Cajamarca, es realmente alto, que representa afectación mayoritaria en el colegio. De ello se colige que el problema se deriva de la falta o deficiencia del rol de los progenitores para con sus hijos durante su formación personal o etapas de vida. Así mismo, el bienestar

psicológico de los alumnos de padres separadas por síndrome de alienación parental de nivel secundaria en la ciudad de Cajamarca, es destacadamente de nivel medio pero que se ve influenciado o relacionado con la separación de conductas conflictiva de sus progenitores donde el riesgo para la formación y desarrollo de sus hijos se hizo latente, situaciones que dieron origen y que permitieron evidenciar en los alumnos de las instituciones mencionadas, factores de alteración psicológica que nacen de la alienación parental, lo que limita el crecimiento y desarrollo de satisfactorio de habilidades en el manejo del entorno físico y social, lo que demuestra que la conducta de los padres posterior al divorcio resulta un factor imprescindible e importante para que el contexto del niño no se vea alterado por ningún tipo de actuación o situaciones, sino todo lo contrario que las conductas desplegadas por los padres sea mejor o igual cuando el niño o adolescente se desarrollaba durante la convivencia de padre y madre.”

(Celis & Huaccha, 2016)

En el año 2016, la universidad de Guayaquil en la maestría derechos fundamentales y justicia constitucional, el abogado Jefferson Correa Aguilar trabajó la tesis titulada la tenencia compartida en relación a sus efectos jurídicos en norma constitucionanl del Ecuador en la que busca implementar un proceso de meditación de padres, a fin de mejorar la relación y el impacto en el niño y que este no sea mayor por no compartir un mismo hogar, siendo así, busca la implementación de la custodia coparental, régimen que cuenta con protección constitucional; conforme se señala en la tesis trabajada:

“La norma constitucional del estado del Ecuador señala en su contexto normativo que ninguna disposición, lineamientos o normativa puede contravenir las disposiciones que protegen y/o garantizan la protección de los derechos constitucionales; por ello, el investigador central su investigación en el análisis de exponer y demostrar que la validez de ejercer una tenencia compartida trasciende más de ello, ya que lo que se busca que posterior al régimen fijado el niño no presente alteraciones en su formación o modo de vida, rescatando el interés o cuidado del niño como principio preferente a la familia y sociedad, por cuando es una imagen conveniente y apropiada para los tiempos actuales de la sociedad, ya que las habilidades de los niños y comprensión de las cosas se hace cada día más notorio, por lo que procuró la implementación y aplicación de la tenencia compartida como primera alternativa de solución, para conseguir resguardar los derechos de los niños y adolescentes, y lograr nivelarlos a los derechos de los progenitores, además de salvaguardar a la familia como cimiento fundamental en todo Estado. Para ello, basó su investigación en manifestar la necesidad de innovación del apartado 118 del Código que protege al niño o adolescente al colisionar con los preceptos establecidos en la norma principal constitucional. Por lo tanto, se pudo concluir que, en el Ecuador la norma constitucional, se muestra de acuerdo a la existencia de las necesidades colaboradas de los progenitores, así como la necesidad de que los hijos se conserven en un entorno familiar saludable sin violencia o conductas confrontacionales; empero en las normas infra constitucionales no han sido regulados, menos aún se ha promovido una

propuesta de innovación o reforma al respecto. Además de ello, se instituyó como recomendaciones que en los procesos de divorcio o separación de padres y/o disolución de la unión de hecho, debe establecer la compañía psicológica a los progenitores e hijos con la finalidad de reducir el impacto emocional y psicológico que apalearán los hijos con respecto a sus padres. Además de ello, debe reglamentarse de forma necesaria que los progenitores se sometan a un proceso de mediación a fin de acrecentar los repertorios de acuerdos a la sustentación inmediata.” (Correa, 2016)

En la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez de Juliaca en el año 2016, la abogada Álvarez Mamani Yamilet, trabajó la incoherencia del paralelismo de derechos entre una mujer y un hombre durante una decisión judicial que involucra la tenencia de los hijos durante el año 2016, con la finalidad de alcanzar el grado académico, en la cual señaló:

“Como problema de la investigación planteo de qué manera la decisión judicial sobre la preferencia de otorgar la tenencia y custodia del niño o adolescente a la madre puede verse enfrentada al derecho de igual entre hombre y mujeres en los procesos tramitados en los Juzgados de Familia. Siendo esta problemática, se planteó como principal iniciativa o visión, en lograr establecer si el otorgamiento de favoritismo de la tenencia a la madre respecto a su hijo en la decisión judicial de juzgados de familia afecta la igualdad de derecho entre los hombre y mujer. Siendo, que dicho problema pudo corroborarse incoherencia de la igualdad de derecho entre hombre y mujer, la cual quebranta en dichos procesos de menores determinación no preferencial del menor a favor

de uno de sus progenitores por su condición de tal, enunciado que se estableció como hipótesis. Finalmente se llegó a determinar en los Juzgados mencionados el otorgamiento preferencial del menor a favor de su progenitora es de un 62% que transgrede el derecho a la igualdad. Asimismo, se instituye que la preferencia de tenencia del menor en los procesos de custodia en los Juzgados de menores es valorada en un 90%, esto es por un criterio de que la madre tiene preferencia; y, por último, se estableció que la incoherencia de la igualdad de derechos entre padre y madre por los juzgadores es de un 49% por el sexo y en un 29% por el pensamiento tradicional.” (Blanco, 2016)

Si bien es cierto, la evaluación de determinar durante el proceso de tenencia a quien de los padres se le debe brindar la tenencia debió estar basada en quien presta las mejores condiciones para el normal desarrollo de sus hijos, para lograr determinar o establecer el régimen, también es verdad que, el seguimiento a ello, pueda cambiar la percepción que tenemos respecto al cuidado de un niño o adolescente, ya que no siempre debe estar a favor de la madre, percepción que se debe despejar y erradicar la imagen de discriminación que existe en los progenitores que poseen la tenencia.

En la ciudad de Quito en la universidad de la Amazonia Peruana, las abogadas Elva Ríos Sandoval y Hilda Saravia de Lemos, trabajaron la tesis en relación a la tenencia del niño y su principio del interés superior, en la cual se pudo advertir los siguiente:

“Como situación problemática se determinó cual es la relación que existe entre el principio de interés superior y la relación de tenencia de un niño o adolescente. Lo cual permitió plantearse como objetivo principal en determinar la relación que existen entre ambas figuras



jurídicas reguladas en la norma de familia, ambas variables mencionadas simbolizadas en interés y tenencia permitieron dar como respuesta que si existe una relación intrínseca entre los procesos de custodia y tenencia del niño o adolescente con su principio de protección de interés en todos sus contextos o ámbitos de desarrollo. Entre las conclusiones que se instituyeron se rescatan tres de ellas: el aspecto normativo está referido al interés preferente del niño que debe ser modificado puesto que este debe ser preponderante a lo apropiado, y en cuanto a ello debe concurrir una comunicación adecuada. Además tenemos, que la normatividad sobre tenencia e interés preferente del niño requiere ser planteada adecuadamente pero que den respuestas a las propias situaciones de la realidad y protección internacional; tal como establece en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en su artículo tres primer apartado, otorga al niño el derecho a que se considere y asuma en toda decisión sus derechos de manera primordial, esto es su interés superior en todas las decisiones o pronunciamiento que le involucre, tanto en la esfera gubernamental, estatal como en la privada. En conclusión, existe una correspondencia estadísticamente reveladora entre el interés superior del niño explícitos por la normas internacionales y nacionales, con la autenticidad de tenencia; sin embargo, en el contexto real la obligación es diferente.” (Ríos & Saravia, Hilda, 2018)

## **2.2. Base teórica**

La presente investigación se desarrolló teniendo en cuenta las instituciones familiares, como por ejemplo la familia, matrimonio, patria potestad, régimen de visitas, tenencia

y custodia del niño; siendo el papel de los padres importantes en el desarrollo psicosocial de sus hijos, formando una dinámica familiar bajo un modelo biparental:

“La familia es la primera herramienta de socialización. En ella se obtiene lograr ambiciones, perpetuar la especie, extender tradiciones, educar todo ello gracias al afecto. La familia es la base emocional de la persona a través de la cual se sustenta su espíritu e individualidad. Es una perfecta asociación sociopolítica en el que se infunde valores civiles, se enseña y educa a las personas logrando que se vincule con la sociedad para desplegar en las diferentes actividades productivas. Es la primera escuela, el primer centro de labores. Allí donde una aprende a respetar las órdenes, respetar las comparaciones, obediencia a las reglas. Sus individuos deben incumplir a compromisos, acatar normas y asimilar su calidad de ciudadanos. La persona se libra en sociedad, pero vive en familia.” (Varsi Rospigliosi, 2011, pág. 11)

**La familia:** como objetivo superior de todo estado, es vista como la célula básica el cual debe ser tratado de tal forma y no dejarse en papel muerto al momento de tomar las decisiones de estado, sino todo lo contrario debe ser uno de los temas primordiales:

“La familia tiene una clasificación y una organización que rige la interrelación de sus integrantes quienes se localizan vinculados por razones procedentes de actos jurídicos o de simple relación. Es la vida en común la que marca su norte fundamento que a través de la convivencia se colaboran ideales, se perfeccionan las aspiraciones y se compensan necesidades que, individualmente, resultan difíciles de conseguir. Según Gisele Groeninga, la familia puede precisarse como un sistema y, como tal, un conjunto de compendios interactuantes que

evoluciona con el tiempo y se constituye de acuerdo con sus propósitos y el ambiente. Como hecho social total, es tanto una correspondencia privada como una institución donde se instituyen vínculos privados, afectivos y económicos. Contiene una división de tareas, compromisos y competencias entre sus miembros. Cada familia está arreglada de una manera original. Implica relaciones desiguales entre sus integrantes y, como institución social, requiere de normas jurídicas que definan los derechos y deberes de cada uno que la sociedad debe responder, sea cual sea su configuración. Cierta es, entonces, la afirmación que sostiene que la familia es un establecimiento social que, cuando es regulada por el Derecho, se transfigura en una institución jurídica.” (Varsi, 2011, pág. 20)

**Matrimonio:** En el libro de derecho de Familia – tratado- Tomo II se ha sostenido respecto al matrimonio que:

“El matrimonio forma la base primordial en el Derecho de Familia, la misma que es fuente más significativa de la familia legal y transcendental, que hace posible las relaciones familiares en el contexto legal. Asimismo, el matrimonio es visto como el más eficaz y transcendental de todas las instituciones del Derecho Privado, considerada como piedra angular de la sociedad y entendida como compendio de la familia. Casarse involucra colaborar en un destino, entregarse y sobre todo formar una familia de amor. Una comunidad de existencia plena, de vida entre dos personas que se establecen y miran a un solo destino. En ese binomio de vida, va dirigido a completarse en responsabilidades que dejan de lado lo particular para sumar esfuerzos

en conjunto y llevar a cabo actividades semejantes con un mismo plan de vida que se localiza y consolida en un aspecto de afectividad. Matrimonio es entonces la unión que persigue atar cabos para alcanzar un puerto compartido.” (Varsi, pág. 28)

**Patria potestad:** Es la potestad que posee los progenitores con respecto a sus hijos: facultades, obligaciones, derechos y deberes por poseer tal calidad. La patria potestad está regulada en la norma sustantiva y en la norma específica que protege los derechos de los niños y adolescente, mediante la cual considera a los padres como responsables directos de cuidar y proteger en todo contexto social a sus hijos. (Varsi, pág. 273)

La patria potestad descansa en un natural law, principal fin de los padres que no solo se ubica en una posición exclusivamente biológica:

“Es indispensable ser padre o madre biológicos para que tenga nacimiento automático y espontáneo la patria potestad, constituyendo así uno de los atributos objetivos y subjetivos de la paternidad y la maternidad que tienen preexistencia a lo jurídico, y cuya formulación natural se proyecta a la vida jurídica en determinadas condiciones, y ésta se halla subordinada a las resultantes necesarias e indestructibles del presupuesto natural-biológico. Mientras los hijos son menores de edad los padres tienen muchos deberes hacia ellos, para su protección y formación. Y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos. Llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos. La patria potestad consiste en la autoridad que la ley confiere a los padres, para la dirección,

crianza, instrucción y educación de sus hijos, así como la administración de sus bienes, desde la concepción hasta que adquieran la mayor edad o se hubieran emancipado.” (Hinostroza, 2012, págs. 681-682)

**Tenencia:** “Es la institución que tiene un progenitor con respecto de sus hijos, cuando se encuentran en separación de pareja. Este no debe ser como un derecho de los progenitores sino un derecho del hijo de contar con un protector apropiado.” (Varsi Rospigliosi, 2011, pág. 274)

Cuando se origina un apartamiento o un divorcio con presencia de hijos en común, el cuidado de éstos puede ser entregado a cualquiera de los dos progenitores:

“La decisión final depende de varios factores. Guarda y custodia, un concepto que define con quién va a convivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación.

La guarda y custodia de los hijos menores de edad o con alguna incapacidad que no les deje valerse por sí mismos, puede ser adjudicada tanto al padre como a la madre. En caso de haber mutuo acuerdo entre los dos progenitores sobre quién se queda con los niños, nadie más cuestiona tal decisión. El juez sólo aprueba y ratifica lo que han acordado ambos cónyuges, salvo que considere que puede haber un riesgo claro para los menores.” (Alvarez, 2006, pág. 187)

**Régimen de visitas:** El derecho de mantener comunicación adecuada con el pariente con quien no se convive, resulta ser trascendental para el padre que no comparte un solo hogar, sino que el niño o adolescente se encuentra al cuidado del otro progenitor, pero el padre visitante conserva el derecho de comunicación con su hijo:

“El derecho de visitas le permite al progenitor retirar al hijo del domicilio donde vive, para mantener con él el trato más pleno, en un ámbito de privacidad, y no en presencia del otro progenitor. Aunque, los jueces ejercerán, a pedido de parte o del Ministerio Público, el necesario control para evitar que, a través de este derecho, el progenitor ponga en peligro la salud física o espiritual del hijo. La visita es un derecho reservado al padre o a la madre que ha perdido la custodia de su hijo por una decisión judicial, o que no la tiene por otra causa, para poder mantener una relación personal i, directa con el hijo quien se halla bajo la custodia o guarda del otro padre o madre. Esta relación lleva implícitas un conjunto de facultades o posibilidades s y da origen a un derecho correlativo por parte del hijo, quien por este motivo gaza a su vez del derecho a poder relacionarse con su padre o madre con quien no convive.” (Hinostroza, 2012, págs. 781-782)

**Alimentos:** El derecho alimentario, es un derecho innato a cualquier persona, pero la obligación en el caso de los niños, es estrictamente de los padres:

“La obligación alimentaria o de alimentos es el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona; como toda obligación, implica la existencia de un acreedor y de un deudor, con la particularidad de que el primero está, por hipótesis, en necesidad, y de que el segundo está e n condiciones de ayudarle.

La obligación alimentaria existe por un derecho natural a percibir alimentos que simplemente ha sido formalizado por el legislador convirtiéndola en derecho positivo y vigente y, por otro lado, creando

en el ánimo del obligado el deber de proporcionarlos independientemente de su voluntad de cumplir. La obligación alimentaria es pues un deber moral, pero es también un deber jurídico.” (Hinostroza, 2012, págs. 796-803)

Por lo tanto, la defensa de los derechos del niño que tiene base constitucional, dotándoles de una tutela especial en el trámite de un proceso o toda situación que involucre; por lo que, el estado debe proteger toda su etapa de desarrollo y formación la integral, por encontrarse en una situación de desventaja, atendiendo a su estado de vulnerabilidad frente a los demás. Por tales consideraciones, el estado a través de las instituciones asignadas, debe administrar las condiciones, contextos y medio el óptimo desarrollo integral de los niños. Puesto que, el contexto y período justo en la cual el niño se convierte en un personaje notable en una familia, es durante su desarrollo integral, donde los padres cumplen un rol importante frente a las necesidades de su hijo, no solo porque es un deber jurídico sino por existir una inclinación inherente como tal, connotada denominada por los etólogos como una “conducta preprogramada”, dado que el único objetivo de los padres, es la protección y el libre ejercicio de los derechos de sus hijos, como símbolo de respeto de su prole.

## **2.2.1. Aspectos Generales del Derecho de Familia**

### **2.2.1.1. La familia**

#### **a. Concepto**

La connotación trascendental que adquiere la familia en la sociedad se deriva de la protección jurídica que se le brinda, la misma que al verse afectada su protección es o debe ser inmediata:

“La familia es el conjunto de personas relacionadas entre sí que se unen con un fin común, lo que involucra que más de ser dispositivo jurídico

es una institución que ha sido establecida por el Derecho como una obligación social de las personas, en la que repara sus necesidades a través de la convivencia. Para las terminaciones de asignar una denominación a la institución familia, Zannoni la interpretó como un vínculo de personas entre las cuales tienen responsabilidades jurídicas personales y recíprocas, que surgen de la unión ya sea en los ámbitos intersexuales, procesional y de parentesco. La familia es un conjunto social principal de personas hermanados por lazos familiares, de afinidad o de casamiento, que interactúan y cohabitan indeleblemente conservando en forma frecuente e inseparables relaciones personales y directas. Poseen conveniencias de colocación y ejercicios tanto financieras como afectuosas con la responsabilidad de satisfacer necesidades recíprocas y de educación, asimismo, colaboran factores biológicos, espirituales, generales y pedagógicos que pueden impresionar su salud propia y reunida. La familia, como una organización social, ha permanecido durante el desarrollo de toda la historia de la humanidad; empero, ha ido surgiendo permutas en su constitución y organización como resultado del progreso social. La familia no es igual de antes, ni se conservará como esta en el apareamiento de sucesos de colocaciones sociales, pero llegar a tanto no es posible. Lo que si resulta irrefutable es la necesidad de dar la razón a los cambios que en este elemento han surgido. El divorcio mediante causales personifica un modelo de lo mencionado, idéntico que tiene como suposición al casamiento.” (Castillo Freyre, 2013, pág. 12)



El ser humano creación divina tiene un espíritu de colaboración con los demás, interrelación que permite la procreación y poder formar una familia:

“Familia es equivalente a un grupo de personas incorporadas en una institución jurídica como el matrimonio o de parentesco. La unión y el emparentamiento por origen o aproximación es la norma. Pero el matrimonio y el vínculo van permaneciendo de lado, conceden el camino a la unión sólida, como son las uniones de hecho o concubinato, así como las relaciones cuasifamiliares, siendo ahora la asistencia, socorro y el apoyo lo que marca al grupo de familia, esto es, un supuesto en común, un propio techo, partición de los quehaceres, como es de limpiar, lavar, cocinar, gastos, etc., obligaciones que son lo esencial. La convivencia sostenida en la colaboración por ser un signo diferente. En ese sentido, la familia es aquella colectividad afiliada o asentada en la sociedad indestructible de una mujer y un varón, de comienzo matrimonial o extramatrimonial - convivencial, consignada a la ejecución de actos humanos propios de la reproducción; que está completada por elementos que se encuentran unidas por un afecto originario, procedente de la correspondencia de pareja, de filiación y en última solicitud, de parentesco pariente y de afinidad, que la provoca a ayudarse y favorecerse mutuamente y que, bajo la imperiosa directiva o las facultades de potestad otorgadas a una o más de ellas, unen sus energías para conseguir el sostén adecuado y el progreso financiero del grupo. Debemos recordar que el plan originario de sustentáculo a la familia en el periodo 2004 a 2011 define a la familia como la institución que otorga un contexto fundamental para el progreso completo de cada

uno de sus órganos, la transferencia de bienes, instrucciones, prácticas culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional, esto es, como el agente fundamental del progreso social.” (Instituto Legales, 2017, pág. 409)

#### **b. Funciones e importancia**

Las funciones que se destacan en la familia son geneonómica, alimentaria, asistencial, económica, de trascendencia, afectiva; sin embargo, la de mayor relevancia social es la asistencial, porque no solo involucra el comportamiento solidario entre las personas sino que su actuar va a ser el resultado de los logros que puedan alcanzar las personas, es decir el desarrollo en la sociedad:

“**Función geneonómica:** Llamada también función procreacional. Esta corresponde con la sensibilidad, a decir de María Berenice Días que fundamento que los lazos afectuosos no son un privilegio de la variedad humana, tomando en cuenta que la unión (acasalamiento) perenemente coexistió como una propensión de perpetuación de la especie humana que investigan a las personas para impedir la soledad. Asimismo, involucra la reproducción y mantenimiento de vida en representación armónica e institucionalizada. De este modo se determina el acto sexual a través de la familia, fundamentalmente en el casamiento, siendo este el ejercicio fidedigno de la genitalidad. La **Función alimentaria:** No solo se refiere a la manutención propiamente dicha sino a todo lo que requiere una persona para realizarse personal y profesionalmente, como es salud, recreación, educación, vestimenta, vivienda, etc. En esta función tenemos el rol preservador de los niños y adolescentes, incapaces y demás sujetos de derechos vulnerables que integran las

familias. La **Función asistencial**: Está referida a la asistencia recíproca, ayuda y amparo que requieren las personas para desenvolverse como seres sociales. No dejar de lado a las personas en estado especial como es el caso de los niños o adolescentes, personas adultas y mujeres embarazadas que, como sujetos vulnerables e indefensos, merecen un trato de auxilio preferencial. La **Función económica**: Está definitiva por el hecho de que la existencia y progreso económico de una población parten de las necesidades de las personas que conforman la familia ya que de ella depende la sociedad. La familia es el motor financiero, el progreso de una comunidad de producción y de un componente de consumo. Esta función es notoria en las familias lugareñas donde la potencia de trabajo es la particularidad, mientras más ayudas habrá más producción, mientras más hijos más reproducción de fortuna, es la convocatoria familia patrimonializada. No cabe duda que la familia es el componente esencial para el perfeccionamiento de la sociedad, es por ello que secuela indefectible para mejorar los elementos patrimoniales. La **Función de trascendencia**: También conocida como función sociocultural, tomando en cuenta que la familia es un intermedio o herramienta de socialización de las personas, es así que está referido a la transferencia de culturas, vivencias, costumbres y valores entre sus integrantes. Es una institución por medio de la cual se transmiten ideales fundados por las reproducciones. Se forma a las personas y se logra una educación necesaria. La familia es la escuela por excelencia, la más significativa en la que la persona logra valores y comportamientos adecuados para

un éxito personal y espiritual. La **Función afectiva**: Según Clovis Bevilacqua señalaba que, la familia está afianzada por impresiones afectuosas y por la apertura de autoridad, asegurada por el derecho, la religión y las costumbres. La comprensión, el afecto y amor es la razón que consiente en la integración de las personas que conforman una familia. Frente a esta función en varias ocasiones se le niega su carácter jurídico puesto que glorifica al hombre como un ser apasionado y le resta categoría a su perfil jurídico. Sin embargo, se presenta presentemente como un dispositivo fundamental en los nuevos tipos de familia. El amor no es una concepción jurídica, escapa a un procedimiento legal, no admite corsé, extraordinariamente el Código de familia de Cuba en su artículo 85 al referirse a la patria potestad nos indica que corresponde a los padres estar a la mira de la educación de sus hijos, infundir el amor al estudio; cuidar de su ayuda al centro educativo donde estuvieren asistiendo; asimismo infundir el amor al prójimo, a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación a sus valores, el espíritu internacionalista, las reglas de la convivencia y de la moral demócrata y el respeto a los bienes familiares de la sociedad y a los bienes y derechos particulares de los demás.” (Varsi Rospigliosi, págs. 41-43)

Empero, tenemos otra de las clasificaciones que se realiza, donde se agrupa a la familia en función biosocial, económica, educativa-cultural, afectiva y psicosocial, que se representa de la siguiente forma:

“Función biosocial, concibe a la familia como ente de reproducción ya que en ella se inicia la necesidad de la reproducción y se crean los

contextos para el progreso psicológico, físico y social de las personas que se agrupan en familia. La administración reproductora a graduación familiar incide en los cuadros demográficos del estado tales como: consistencia poblacional, fertilidad y natalidad. La **Función económica**, se practica por intermedio de la ejecución de diligencias para responder a la protección de la integridad, incluye la producción y dirección de los caudales, tanto económicos como riquezas de consumo, el deleite de necesidades primordiales tanto por la vía de suministro como el sostenimiento. Alcanza la ejecución de tareas familiares que responden los servicios que se ofrecen en el domicilio para la existencia, el bienestar de la familia y la conservación. La **Función Educativa y Cultural**, se contiene bajo esta designación la autoridad que practica la familia en sus miembros y en toda causa de nociones individual y en el oportuno progreso familiar. Es así como se produce el progreso de transferencia de prácticas histórico y social en la vida de las personas. Además, de identificar las trasferencias de los valores morales y éticos que proceden de las regulaciones, los principios y normas que se analizan y se aprenden en la familia matrimoniales o extramatrimoniales. Incluye la contribución al proceso de alineación del progreso de la personalidad propia y en general a la columna ideológica de las reproducciones. La **Función afectiva**, esta es la diligencia que ejecuta la familia, de transferir el amor que se manifiestan entre sí y sus integrantes. El afecto establece el vehículo por el cual se practican o derivan las demás funciones como es la educativa, biosocial y fundamentalmente. La familia es el más tierno espacio, puntual o muro

o puntual de sujeción que tiene las personas para soportar las exigentes derivadas del propio asunto de su progreso, de los otros grupos o creaciones de la vida social en la cual se encuentra sumergido. La **Función psicosocial**, sus miembros tienen un significado para el menor, pero son los padres quienes tienen la máxima autoridad en la toma de decisiones, tanto ambos progenitores son igualmente transcendentales, aunque a veces se le han entregado mayor preeminencia al rol de la madre en el cuidado del hogar. Se considera que la figura del padre en el hogar tiene su ajustado peso.” (Camejo Lluch, 2015, págs. 5-6)

Por otro lado, la importancia de la familia se evalúa desde tres puntos de vista que comprende su contexto social, jurídico y político:

“La familia es una medula social, natural y más antiguo de los núcleos de unión familiar; tan antiguo como la humanidad misma, anterior al conocimiento de Estado y la existencia y regulación de la norma positivizada. Además, es la piedra angular y pedestal de todo estado y ordenamiento, fundamental para el ejercicio de las funciones sociales que cumple cada Estado. Desde su contexto jurídico, la familia es la base de las relaciones jurídicas interfamiliares y particulares; por ejemplo, las genéricas relaciones de parentesco, las relaciones conyugales y las relaciones paterno-filiales donde la ley constituye y les concede explícitos efectos jurídicos. Pero la familia como núcleo natural y jurídico, se centra y se acorta a las relaciones y/o vínculos jurídicos familiares que, en nuestra normativa se expresa en base al grado de parentesco o consanguinidad; asimismo se ha disminuido en

la intensidad, pues los derechos del cónyuge y ciclo padre y la conexión de la relación conyugal se han mitigado notablemente. Por último, el resultado político de la familia ha sufrido una regresión desde los más remotos tiempos fidedignos hasta el presente. En la apertura, cuando el Estado no existía, la familia era el núcleo excelente de la comunidad organizada que realizó en si la noción de Estado. Posteriormente, la el círculo de las familias en agrupaciones cada vez más extensas que forman el Estado, pero la familia, no obstante, se bautizó en un dispositivo orgánico de la organización estatal, consagrado el derecho de familia en la Constitución Política del Perú.” (Mendez Costa, Lorenzo de Ferrando, Cadoche de Azvalinsky, D'Antonio, & Ferrer, págs. 19-20)

Mazeaud reflexiona respecto a la familia y la concibe como una escuela de generosidad y de ayuda constante, institución capaz de revolverse confrontaciones, aquella que se conforma por las relaciones entre una mujer y un hombre y que constituye un numero de obligaciones y derechos, que permitió erradicar el sometimiento de la mujer al patriarcado, bajo esta institución se puede defender a las personas frente al Estado.

“Si no existe la familia, el Estado la reemplaza, se hace cargo de sus miembros vulnerables y se focaliza en su desarrollo integral. Citando a Jossennad establece que esta institución es un elemento de conexión, una condición de ponderación social.” (Varsi Rospigliosi, 2011, pág. 39)

### **c. La familia y el Estado**

La familia es el núcleo y/o cimiento de la sociedad, bajo ella se fundamenta toda decisión de Estado, aunque en la realidad las decisiones de gobierno no se toman en

torno a ella, ya que no se puede dejar de lado como elemento natural y fundamental de todo Estado a la familia:

“Toda persona tiene derecho a fundar una familia y todo niño a crecer en el seno de una, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. De allí que, señala el autor, el Estado deba asegurar a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, cuidado y educación de los hijos. En ese entender, señala que la interacción entre el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de Familia se comprueba desde el papel extensivo de los derechos humanos, que es uno de los ejes del sistema constitucional y principal motor de la evolución del derecho de familia.” (Plácido Vilcachagua, 2014, pág. 18)

Asimismo, se sostiene que es a partir de las necesidades del hombre en sociedad que nace el concepto de familia, porque requiere interactuar y contar con alguien que le permita sostenerse en cualquier situación de aflicción:

“La familia es una institución que se moldea bajo la autoridad de concepciones religiosas, sociales, políticas y morales en relación a cada periodo histórico. En las sociedades más prehistóricas, las personas se congregaron con el propósito de la procreación, podemos mencionar que fueron grupos de personas procreantes. Inclusive, antes de constituir políticamente para constituir los Estados, la persona antigua vivía socialmente en familias, lo que manifiesta que se trata de un conjunto socialmente elemental y primario, que antecedió al propio



Estado. La familia encuentra su esencia en la propia naturaleza. De todos los grupos humanos es el más natural, la más antigua e importante. No la crea la persona ni por decisión ni interés. La familia brota naturalmente de los hábitos humanos. Las personas precisan sujetarse entre sí, colaborar e interactuar a fin de conjugar intereses y lograr objetivos frecuentes. El primer indicio de la familia brota cuando el hombre solicita de otros para satisfacer sus obligaciones básicas y domésticos, aquellas actividades y requerimientos del día a día. Y es a través de la familia que encuentra ayuda, compañía, aliento e integración. Esta institución permite descubrirse entre sí y a los otros, con ello la unión de fuerzas está más garantizada. La sociedad completada por familias e integrada por hombres y mujeres. Todos relacionados, con un idéntico norte. La familia se convierte en una unidad político, la agrupación familiar es en la sociedad política un grupo inalterable, además de ser el complemento de los individuos.”

(Varsi Rospigliosi, 2011, págs. 12-13)

La familia es entendida como una institución natural y jurídica, garante en el desarrollo general de los niños, sobre todo en sus primeros años, etapa de formación donde se compilan principios y valores, observadores de los padres y de la familia extendida; en tal sentido, se advierte que las personas que se encuentra alrededor de los menores juegan un papel importante en su vida.

#### **d. Importancia de la familia**

Es el reflejo del comportamiento sus integrantes, la cual tiene como finalidad a lo largo de su constitución vivir en armonía y bienestar, expresando sus normas de casa en su

nueva familia; pero no siempre se logra concretar. Es así que, se presentan situaciones adversas donde la imagen de la familia varía por diferentes factores:

“La familia es el reflejo de la sociedad y como esta se constituye en una determinada nación. Esta institución expresa el conjunto de valores de la sociedad, que se sujeta al cumplimiento de las normas establecidas y valores morales, además de los patrones que se producen de generación en generación. Desde luego cada una de ellas se dignifica para establecer los rasgos de identificación y lograr modificar los aspectos negativos. No obstante, en cada alineación socioeconómica, la familia cumple explícitas ocupaciones y casi todos los componentes coinciden al señalarlas, salvo delgadas discrepancias principalmente en el orden semántico. Esta es la diligencia que realiza la familia, de transmitir el amor y afecto que se profesan entre sus integrantes. El afecto establece el vehículo por el cual se ejercitan el resto de sus ocupaciones como la función biosocial y pedagógica esencialmente. La familia es la institución donde se expresa el amor al prójimo, muro o precisión de contención que tiene la persona para tolerar las exigencias derivadas del propio asunto de su progreso, de los otros conjuntos y establecimientos y de la vida social en la cual se haya sumergido. La familia como todo sistema tiene una estructura, esta se reseña a la distribución interna, el modo en que interactúan sus integrantes, etc. La distribución rescata un papel en el sistema, si no concurren lazos constantes e interacción entre sus miembros, como ya se ha trazado, la familia debe existir como sistema. La distribución familiar se compone de por sí una clasificación demográfica de la familia.” (Reynero Camejo, 2015, págs. 5-6)

Los comportamientos de los integrantes de la familia, representan indicadores significantes en su conformación; conductas que quizás no se conocían por la pareja contraria:

“Existen actitudes potencialmente psicopatógenas que tiene dependencia inmediata con el grado de funcionalidad familiar, no dependiendo solo del supuesto de permanencia u organización sino por el contrario de estímulos, relaciones, afectos, pérdidas, normas, vínculos y límites, de los que está rodeado el sujeto y de donde trasciende su historia personal y como la representación de sus expectativas y representaciones que se vivencian antes de su constituir un hogar:

**Sobreprotección**, abundancia de afecto, una ponderación de la cualidad afectiva estereotipado que incluye ansiedad. **Rigidez y autoritarismo**: obligación rígida de las normas de direcciones al niño o adolescente sin tener en cuenta su estado anímico o edad menos aun su aspecto o personalidad, ni las circunstancias concurrentes.

**Permisividad**: Siempre la situación económica en una familia resulta ser un tema de discusión, donde el hijo o el niño o adolescente tiene que recibir todo lo que pide, dándole libertad extrema en sus conductas que resultan ser perjudiciales para su formación, actuación que se representa en darle afecto y limitar la autoridad de padres, frente a estos casos los padres no son capaces de fijar reglas educativas. **Rechazo**: este comportamiento es todo lo contrario a lo anteriormente señalado, porque el padre o madre resta afecto a sus hijos, que se concluye por la antipatía filial. Puede ser de carácter ostensible o escondido. Es muy poco habitual que sea totalmente bien ejecutado o cierto, que la persona

no se dé cuenta de su comportamiento para con sus hijos. **Maltrato:** De forma negativa numerosas familias monopolizan como procedimiento pedagógico el insulto y estiman que la obediencia se alcanza mediante castigos corporales, verbales y/o gritos y/o amenazas. **Conducta paranoide hacia el niño:** Los padres asumen una acción sospechosa para con el niño, encerrándolo de un ambiente persecutoria y estableciéndole una imagen de malo. Puede estar relacionado con la conducta de los hijos, sexualidad, capacidad, rendimiento intelectual y disciplina, que sospecha de inmoralidades conexas con la administración de la sexualidad o simple curiosidad que se omite advertir en el desarrollo. **Actitudes culpabilizantes:** En determinados casos, las madres suelen emplear conductas de corrección para con su hijo, en terminar culpándolos de las situaciones negativas que enfrentan. Son frecuentemente expresadas al momento de corregir al niño como “No te da pena hacer sufrir a tu madre”, “tanto que me he sacrificado por ti y así me pagas” o “me vas a enfermar” y “tu mamá está enferma por ti”. **Inconsistencia:** Dejar que el niño o adolescente haga lo que le plazca para después corregir su actuar sin haberle indicado que su comportamiento es incorrecto, ignorando al momento de los hechos, resulta ser actitudes o comportamientos frecuentes en familias disfuncionales o inmaduras, que no se encuentran capacitadas para ejercer su papel como ordenadores. **Perfeccionismo:** Requerimientos superior a la emoción del niño o edad mental.” (Reynero Camejo, 2015, págs. 9-10)

### **2.2.1.2. El derecho de familia**

#### **a. Concepto y contenido**

La familia está específicamente definitiva por el hecho de la reproducción humana y supeditada las relaciones filiales, por tanto, es una institución preliminar al Derecho y subordinada a las normas legales, que permiten limitar el actuar de sus integrantes:

“La especificidad de cada horizonte de comprensión sólo conseguirse y ser alcanzada si reconocemos que no existe una realidad profunda, sino que cada tiempo tiene su propia verdad. Cuando se trata de Derecho de Familia, muchas veces se concibe involuntariamente como apertura que la palabra “familia” viene primero y después el “Derecho”: la familia es el contexto y el reglamento lo constituye el Derecho de Familia. En otras palabras, se infiere a partir de la idea de que la familia es institución preliminar al Derecho, que a su vez tiene limitaciones de comprobarla, ya que las normas jurídicas tienen una superposición a un derecho innato como es la familia, que surge de forma espontánea, natural y universal. Este planteamiento arroja un ropaje diferente advertido, en un sentido sociologista al término realidad. La exhortación a la Sociología tiene una representación maravillosa en el mundo actual y hace que la proposición epistemológica parezca incuestionable. La familia sería aquello que la Sociología evidencia como una verdadera realidad social: que permite establecer o poner en actividad al Derecho, quien mediante sus normas imperativas proporcionar mediante normas imperativas que esa evidencia social se afirme. En esta forma, la autenticidad del Derecho de Familia no existiría en el Derecho sino en la sociología, en la Biología o la

Psicología, empero, un estudio más escrupuloso nos revela que la invocada realidad esconde muchas irresolución, indeterminación y verdaderos errores; y que el concepto jurídico de familia encuentra su verdad en el mismo Derecho, ya que constituye también una realidad social. Si la situación del Derecho de Familia habitara en la familia y no en el Derecho, la preocupación procedente sobre este tema poseería un provecho pequeño y únicamente técnico, que se circunscribiría a la forma de emplear las reglas, sin que el Derecho consiga decidirse a contender y le sería dado en novísima demanda por la naturaleza equivalente y claramente por las disciplinas previsiblemente confiadas para desentrañar la naturaleza. Para otros, las normas implícitas serían la escueta locución de las doctrinas del grupo social. Un planteamiento de este tipo se expresa concluyentemente originario y evidente. Empero, esta idea revela y figura la experiencia básica que son las más sospechosas: como decía Gastón Bachelard, el espíritu indiscutible se forma frente al enardecimiento natural, en contra del hecho disimulado. Estas opiniones involuntarias e incuestionadas, estas demostraciones fáciles, deben ser frecuentadas sólidamente con el experimento del ácido crítico, si no se quiere que se transformen de inseguras percepciones en indiscutibles prejuicios. Cada contexto es entonces, una de las posibles intersecciones entre la consciencia y el objeto, confluencias cuyo número es infinito. Estas intersecciones que se forman de manera diferentes, según las representaciones de variedades y estructuras posibles, como las formas geométricas de un caleidoscopio, poseen una forma propia y no logran ser reducidas las

unas a las otras.” (De Trazegnies Granda, Rodriguez Iturri, Cardenas Quiros, & Garibaldi, 1990, págs. 22-23)

## **b. Caracteres**

Al ser una importante institución en el derecho por contar con características y objetivos propios, el cual preside por medio de normar de orden público, se desarrolla aspectos de interés personal y social:

“De **interés público**, no se constriñe el Derecho de familia a contemplar de modo neutral los beneficios privados, genuinos de otras ramas del Derecho civil, sino que se sintetizan sus instituciones en función al ejercicio del Estado. Posee un **contenido ético**, las reglas que dispone el Derecho de familia están constituidas en gran número por parámetros normativos y valores éticos que se desglosan de los aspectos más inseparables de la armonía humana, que se encuentran amparadas. Es **transpersonalismo**, si bien el individualismo determina las relaciones en el Derecho privado, empero en los parámetros familiares el interés que más se investigación y ampara es el interés común de unidad que trasciende del individuo solitario. El **control de la autonomía de la voluntad** de las materias que el Derecho civil sistematiza, es sin lugar a duda que en el Derecho de familia lo que más se limita es la libertad o disposición de voluntad para celebrar convenios entre sus integrantes. Las **normas inderogables e imperativas**, tienen esta representación que de alguna forma limitan la autonomía privada para brindar amparo al interés preferente de la familia o del integrante más vulnerable que la constituye. Como consecuencia de lo mencionada, las **normas indisponibles** que complementan la

inderogabilidad, esto comprende que las personas desistan o transmitan sus derechos familiares, o que estos se condicionen o se sometan a representación mediante determinados términos. Los **deberes y derechos en la familia**, en realidad se origina una fusión entre el deber y el derecho, ya que ambos son asociados, por ello, más que potestades y/o derechos subjetivos se les designa potestades familiares.” (Acedo Penco, 2013, pág. 28)

### **c. Naturaleza**

Citando al autor precedente, y haciendo referencia las disposiciones legislativas que la regulan el tema de derecho de familia y la evidente dificultad de un concepto legal y estricto de la familia en el derecho, se suele encuadrar por lo general, en el matrimonio y en las relaciones filiales, pero haciendo hincapié a la familia tradicional o nuclear, la misma que tiene un valor significativo. La doctrina tradicional afirma que la naturaleza de la familia parte desde dicho eje, por cuanto es el modelo típico que toma el legislador para referirse a la relación filial plena de padres para con sus hijos y la correlación entre cónyuges; un ámbito sagrado frente al Estado y a la sociedad, ámbito que da lugar a expresar que los valores sociales y éticos nacen desde casa.

#### **2.2.1.3. El estado de familia**

La sociedad central más significativa es la familia, vemos en el quehacer personal y jurídico ninguna otra entidad desempeña o tiene el mismo poder o valor para cuidar la salud, aprendizaje y bienestar diario de las personas. La personalidad y formación profesional de cada miembro de la familia que se forma, es resultado de la atención



que le brinda la familia propiamente dicha, es por ello, que es protegida por nuestra Constitución:

“En la norma suprema constitucional del año mil novecientos setenta y nueve se reglamenta originariamente a la familia como tradición y eje central de la sociedad. Ello se debe al juicio auténtico de composición recíproca entre el dominio público y el dominio personal o privado; donde los espacios adecuados del Estado y la sociedad civil van sobreponiendo sus respectivos límites competenciales; afirmando de tal forma, la inscripción de las primordiales normas y pautas del mundo civil a la norma constitucional. Sin embargo, no podemos dejar de lado que el proceso incompatible según el cual la norma constitucional se expresa de la esfera general y publica que se despliega en el sentido de las tensiones que afrontan a la sociedad con el Estado; pero de tal forma que terminada la evolución ella descansa como parte suplementaria del dominio privado. Es indudable que la familia es la sociedad más tradicional y natural, puesto que en ella se ocasiona la base indispensable de las relaciones primarias interpersonales. El principio de esta afabilidad no se haya únicamente en la reclamación de compensar ciertas necesidades trascendentes, sino todo lo contrario, a partir del ejercicio de la convivencia básica humana, los integrantes de la familia se apertura hacia los demás individuos y la sociedad misma, registrando así los elementos de un proceso sincronizo de ejecución particular y colectiva. En este proceso de habituación y convivencia, concurren componentes psicológicos, etnoculturales, ético-religiosos, económico, educativos-sociales y hasta biofísicos. Empero, dentro de

tan extenso y diverso contexto, el ejercicio global del estado e individual a la normatividad legal y jurídico pueden en cualquiera medida instituir, cambiar o apagar instituciones y estimular o desestimular ciertos modelos de comportamientos, sea por la vía inmediata de las salvoconductos y entredichos, sea por una cierta función pedagógica de la conciencia particular y social. En este contexto, el procedimiento preceptivo de la familia y de los derechos nacionales que a ella se determinan en la norma constitucional, apertura una discusión no solo política sino legal, acerca del progreso o evolución de la sociedad y el Estado, ineludibles para acoger los derechos generales de la familia; modelo donde se puede advertir que se inserta la problemática de la norma constitucional mencionada de 1979, acerca de la defensa de la familia y de la virtud legal de los derechos sociales constitucionales.” (De Trazegnies Granda, Rodriguez Iturri, Cardenas Quiros, & Garibaldi, 1990, págs. 127-128)

#### **a. Matrimonio**

El culto de la unión de una mujer y un varón es representado en el matrimonio, que para muchas de las personas es una ilusión cuando conforman una familia, que trae consigo disposiciones legales:

“El matrimonio es la alianza o unión de una mujer y un hombre prescrita por la Ley, conferida de innegables prescripciones jurídicas, encaminada al establecimiento de una plena asociación de vida entre los cónyuges. El casamiento es la alianza o unión solemne de un varón y una mujer que conciertan una plena población de vida recta a Derecho. De esta aclaración se subraya que la solemnidad prescribe las

uniones de hecho y al ser una unión de una mujer y varón, aparta las uniones homosexuales y poligamias. Según DIEZ PICAZO y GULLON, precisa que “el casamiento representa la alianza entre una mujer y un varón, concertada por la existencia mediante el acatamiento de explícitas ceremonias o formulismos legales inclinadas a ejecutar una plena colectividad de existencia”. La norma sustantiva actual explica el horizonte en relación a un esclarecimiento de dicha figura jurídica cuando en el artículo 234 prescribe que el matrimonio como unión voluntaria establecida por una mujer y un varón legítimamente competentes para concretarla y formalizar con contención a las prácticas de dicho código, a fin de hacer vida frecuente; teniendo autoridad tanto el hombre como mujer dentro de su hogar y las decisiones que se puedan tomar igualdad de derechos, responsabilidades y deberes, ello en correspondencia con el artículo 4 de la norma constitucional, en la cual se prescribe el principio de promoción al matrimonio.” (Instituto Legales, 2017, pág. 413)

Asimismo, se indica que el matrimonio ha cobrado notabilidad no solo en el ámbito social sino legal, puesto que ante la unión de un varón con una mujer siempre se recalca o se pregunta de la celebración del matrimonio, porque ante los ojos de los demás brinda estabilidad de unión familiar:

“En occidente la deliberación cubierta al matrimonio parte de la religión que ayuda a perfilar y mejorar una unión estable concebida como tal por el derecho canónico. Este derecho ha concluido que las instituciones más significativas en el ámbito del derecho de Familia es el matrimonio. El casamiento es tan pretérito como el desarrollo del propio hombre.

Sociológicamente entendido, como la institucionalización de los vínculos cuyo apoyo está en la unión intersexual y personal reconocida por la norma. Para el Derecho específicamente en las normas del derecho civil, es considerado como un acto jurídico específico que encomian a dos personas de sexos suplementarios con el propósito primordial de hacer vida en común, para procrear y cumplir deberes familiares con su prole. El matrimonio ha sido la figura e institución por excelsitud que ha fortalecido aquella idea habitual de familia, rígida sobre las columnas de convivencia, vínculo y sexualidad heterosexual. También, existe concordia respecto al matrimonio y la garantía de estabilidad y permanencia de la familia si se concibe desde su formación como tal. No obstante, esas ambiciones en una búsqueda de persistencia del matrimonio no se han podido conseguir o muchas veces se ve interrumpida por diversos factores negativos, que han sido agrupados en una clase mayormente negativa como el caso del divorcio.” (Castillo Freyre, 2013, págs. 12-13)

#### **a.1.- Características**

Entre las características resaltantes tenemos la comunidad de existencia, la misma que está referida a compartir no solo lo bueno y fructífero que puede ser la unión sino también lo malo, me refiero a las épocas de crisis conyugal; dentro de las principales mencionamos:

“**Es un acto jurídico**, crea relaciones legales de parentesco, relaciones familiares y genera un cambio de familia, la cual permite un marco extenso de ordenación, cambio del estado civil, denominación de la familia, extingue el régimen económico particular y lo constituye a un

régimen económico conyugal. **Es una institución jurídica**, Según Félix del C. Iparraguirre, el matrimonio es fuente primordial de naturaleza de familia. Se entiende que sin el matrimonio no se logra una comunidad familiar estable, duradera y fuerte, de allí que muchas veces se reflexione al matrimonio como equivalente de familia. **Es una unión heterosexual**, de sexos opuestos de sus conformantes y que representan una pareja complementaria, donde cada quien da lo suyo, en correspondencia y transmisión, creando un conjunto de integrantes dada a su descendencia. Se expresa que el matrimonio entre personas del mismo sexo resulta ser negativo para la sociedad y que va en contra de los valores éticos y morales, sujeta a nulidad virtual observada en el artículo quinto del Título Preliminar e inciso ocho del artículo doscientos diecinueve de la norma sustantiva. **Es perdurable**, no es aceptable el casamiento a plazo fijo o corto tiempo, lo que menos se espera es que lleguen al divorcio cuando los problemas tienen una solución, es decir como ultima ratio es una separación definitiva o disolución del vínculo conyugal o divorcio. Como expresa Borda, en el establecimiento hay eternamente un inseparable y natural sentido de persistencia. **De Legalidad y forma**, su establecimiento y naturaleza están incorporados a una representación que debe efectuarse, como es la celebración matrimonial, de allí que no todas las alianzas sean casamientos, sino que todos los matrimonios involucran esencialmente una unión. **De la comunidad de vida**, implica que los cónyuges se comprometan a formar una vida en habitual, colaborar, entregarse mutuamente a fin de conseguir la composición de la familia mantenida

en experiencia. Entendida como relación conyugal, la comunidad de vida cuenta la persistencia privada de los cónyuges que deberán compartir en mismo destino, convivir bajo un solo techo, colaborar en el hogar y acostarse en mismo lecho, es decir, deberán gozar no solo de las excelsitudes que ofrece el hogar conyugal, sino además sobrellevar el peso de la vida marital.” (Instituto Legales, 2017, págs. 413-414)

## **a.2.- Naturaleza jurídica**

Se ha visto representada por diversas teorías entre las cuales se le ha considerado como un contrato (donde sus efectos están señalados por la norma jurídica), como una institución (sustento y bienestar de la persona en el mundo) y, por último, como una teoría ecléctica que involucra a las dos antes mencionadas:

“La teoría se ha fraccionado en tres subteorías que brindan un acercamiento al matrimonio, así tenemos: **Teoría contractualista o individual**, se sustenta en una figura jurídica: contrato, una relación jurídica en la que se rescata la voluntad de sus intervinientes. Esta conducta está respaldada en la libertad para resolver el aspecto financiero ecuánimes y fines del matrimonio. Este es una variedad de contrato de adhesión dado que sus resultados están establecidos en el estatuto, siendo improbable pactar en contra de las partes intervinientes. **Teoría institucionalista**, conforme a ello y a las enseñanzas de Paulo Nader en el principio de la teoría contractual, la sobrevaluación del contrato actuado por los juristas del siglo diecinueve lo meditaban como el pilar supremo de la vida social”. A esa esencia se adiciona que el matrimonio se ha concebido como el acto contractual. Sin embargo, desde el aspecto analítico, se advierte que el matrimonio va más allá de

cumplir un determinado propósito, que es el perfeccionamiento por la persona, por la familia, sociedad y los miembros que la conforman. Por lo tanto, el matrimonio es una institución importante que concierne al mantenimiento y prosperidad del hombre en la tierra, siendo una realización perfecta para que sus integrantes forjen una vida digna y su crecimiento profesional se haga notable. Las personas que contraen la unión de compartir una vida común mediante el matrimonio, tienen objetivos compartidos de desarrollo, lograr ideales, proyectos de vida y perfeccionar su personalidad integral. **Teoría ecléctica o llamada también social o mixta**, se concibe al matrimonio como un acto complejo, ya que entiende al matrimonio como una institución y contrato. Según Cornejo Chávez, concibe al matrimonio como un contrato de celebración entre varón y mujer, y como institución. Se trataría de un instituto de origen híbrido, contrato en su línea e institución en su desarrollo. En su principio y ordenación se localiza la diferencia.” (Instituto Legales, 2017, págs. 414-415)

### **a.3- Derechos y deberes**

Los esposos se deben fidelidad y apoyo, además de cohabitar se comprometen a respetarse y tener presente el derecho de igualdad en la dirección del hogar, compromiso de mantener a la familia, respaldar la sociedad conyugal y libertad y cuidado del trabajo:

“Como consecuencia del matrimonio, los esposos se obligan recíprocamente por el hecho del matrimonio a sostener e instruir a sus hijos. Además, según el artículo doscientos ochenta y ocho de la norma sustantiva, los esposos se deben respeto y comprensión en todos los

asuntos que los involucren como familia. Es deber de ambos esposos de hacer vida común en la morada conyugal. El juez puede suspender esta obligación cuando su observancia coloque en grave riesgo la salud, vida y honor de cualquiera de los cónyuges o la diligencia económica de la que estriba el mantenimiento de la familia, tal como se desprenda del artículo 289 del código civil. Por otro lado, acorde al artículo doscientos noventa del citado código, ambos esposos poseen el deber y el derecho de involucrarse en la dirección del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento de la familia. A ambos esposos y por igual les corresponde fijar y/o cambiar el domicilio conyugal o decidir los asuntos referentes a la economía del hogar.” (Instituto Legales, 2017, pág. 416)

#### **a.4.- Efectos**

Los efectos que se generan con la celebración del matrimonio son de carácter personal y patrimonial:

“El matrimonio se crea entre mujer y marido que representa una relación conyugal y trasciende a los familiares de estos mediante una relación de afinidad o de parentesco. La relación conyugal tiene un implícito grupo que establece de derechos y deberes pertenecientes a la vida en común de los esposos y al mismo tiempo, otro grupo de derechos y deberes que comprende proyección económicos. Celebrado el vínculo jurídico matrimonial, brota de manera limítrofe la relación jurídica matrimonial subjetiva de la cual nacen una serie de efectos y derechos. Así tenemos: **Efectos personales**, que involucra sacrificio de los beneficios individuales. Resultando un acto jurídico que más



circunscribe el derecho de los esposos y que restringe su libertad. Contextos que comprende su libertad sexual, entendida como monogamia y fidelidad; asimismo, el derecho al domicilio, que se relaciona con el derecho a la propiedad que se enmarca en la comunidad de bienes, el derecho al cambio de estado civil, resultando opcional para la mujer y el derecho al trabajo. **Efectos patrimoniales**, se genera consecuencias patrimoniales compartidos de especial interés, por tal razón se le ha asimilado con el contrato. Resaltando que la familia es origen de fortuna de la sociedad y el casamiento la sociedad productora. Las relaciones financieras procedentes del matrimonio se irradian en los regímenes matrimoniales, la dirección de los bienes, la administración de la casa, la colaboración los derechos sucesorios, la retribución y sostenimiento de los alimentos, etc. Los bienes que obtienen los esposos deben ser definidos y situados dentro de una distribución financiera que los esposos espontáneamente establezcan. Los efectos hereditarios en el matrimonio envuelven una relación legal familiar que va a precisar el cargo y tipologías respecto a la pertenencia de los bienes que se logren durante el matrimonio. Los esposos al seleccionar el régimen económico tienen que escoger y coordinar la forma predeterminada por la ley antes de celebrar el matrimonio, o ya celebrado pueden seleccionar el régimen económico.” (Instituto Legales, 2017, págs. 417-418)

#### **b. Divorcio**

El divorcio es el rompimiento concluyente de la relación matrimonial, razonada y analizada en alguna de las causales reguladas en norma civil, siendo sus efectos

jurídicos expresadas en los procesos tramitados en los Juzgado de Familia o Mixto, el cual parte de una demanda instaurada por cualquiera de los cónyuges:

“Puede expresarse que el divorcio es la disolución judicial y legal del matrimonio, con carácter decisivo. En este mismo sentido los tratadistas Colin y Capitant expresan que el divorcio es expresado por la disolución del matrimonio donde ambos esposos han compartido una vida en común pero que a consecuencia de comportamientos o decisión común deciden no continuar casados, por lo que uno o ambos deciden acudir a un órgano judicial para que emita una decisión judicial en merito a una demanda presentada por causales establecidas por ley. Esto es lo que se designa divorcio vincular, el cual comprende la disolución total, terminante y perenne del vínculo conyugal.” (Instituto Legales, 2017, pág. 429)

El divorcio radica en la suspensión del lazo matrimonial, declarado judicialmente y que atende a causales señaladas en la norma civil, situando fin a las obligaciones y deberes matrimoniales como al régimen de sociedad de gananciales de ser el caso:

“El divorcio es una figura jurídica creada por el Derecho. Brota por la interrogante arraigada de que solo la muerte termina el vínculo matrimonial, lo que resulta incompatible dado a que el matrimonio surge de la voluntad de ambas partes que deciden tener una vida en común, es decir de manera deliberada. El divorcio es el rompimiento total y concluyente del vínculo matrimonial, razonado en cualquiera de las causales establecidas literalmente en la norma sustantiva. Para que surta efectos se debe declarar expresamente por el ente jurisdiccional que es competente, esto en razón que se presentó una demanda y que da

inicio a un proceso judicial. Según esto, puede expresarse que el divorcio es la solución judicial y legal del matrimonio optado por los cónyuges, con carácter definitivo. En esa línea de ideas, el nexo conyugal pone fin a un sin número de obligaciones y propósitos que ambos esposos o uno de ellos se había propuesto al momento de unir su vida con la otra persona, suprimiendo la idea que el matrimonio es para toda la vida. Un sector del sistema tomo en circunspección las bases del Derecho Canónico, y esta idea que el matrimonio no se puede disolver surge en ese contexto, sin embargo, tal percepción o concepción no es respaldada por muchos. Por la misma razón, frente a casos específicos se advierte la necesidad de consentir el término de la unión conyugal por diferencias o comportamientos conyugales, que imposibiliten la persistencia del matrimonio. Por su entorno institucional, disciplinado e inconvencional, el matrimonio merece que la ley observe casos de extrema excepcionalidad y constitucionales previa aprobación del juez, quien como director del proceso asume una función concluyente en la persistencia matrimonial. En tal sentido, Díez Picazo y Gullón nos expresa que el divorcio es una providencia del Estado impuesta en sus tribunales, previo ejercicio y proceso contradictorio, dado que no limita o no puede existir un derecho particular y separadísimo a la recuperación de su libertad; asimismo no es posible un divorcio por decisión personal, es necesario apoyarse en una causa justificada y que este ajustada al derecho. En base a ello, se ha distinguido a nivel jurisprudencial que el divorcio reside en el término definitivo del vínculo matrimonial declarado por un órgano judicial al haberse

cometido alguna infracción normativa que hace imposible continuar haciendo vida en común o haber realizado algunas causales previstas por la ley, poniendo fin a las obligaciones y deberes conyugales. Por otro lado, se concibe al divorcio como la disolución de la unión matrimonial es un tema arduo para investigar. Se presenta como un hecho generador de consecuencias sociales determinantes. Esto es demostrado por las estadísticas. Según Fernández Baca, el cuarenta por ciento de los divorcios en Estados Unidos sucede antes del llegar al quinto año de casados y el apartamiento de cuerpos antecede totalmente al divorcio por el tiempo de 1 o 2 años. Así el índice de divorcios es más alto durante la formación de los primeros años y los divorcios tardíos son mucho menos habituales, pues el capital acopiado se hace más meritorio si el matrimonio persiste intacto. En conclusión, a la luz de la doctrina universal de los derechos humanos tal como sucede en casi en todos los países, el divorcio logra ser estimado como una institución acostumbrada dentro del Derecho de Familia, al respetar, entre otros derechos, al derecho a la autonomía, a la libertad, a la intimidad, al desarrollo de la personalidad y a constituir una nueva familia. Surge la pregunta cómo se ve afectado el interés preferente de protección a los hijos. También es perfectamente compatible, según Breña Sesma expresa que el divorcio no puede ser considerado positivo ni negativo, puesto que es más es una expresión a la solución legal del matrimonio que no puede sostenerse como una institución familiar. Se ha llegado a exteriorizar que la permisibilidad o aprobación del divorcio proporciona a los desposados una decisión premeditada e

independiente, situación que se circunscribe en aquellos países en los que no se acepta la solución matrimonial. En estos casos, los intervinientes reflexionan, meditan la formalización del vínculo conyugal sólido. De tal forma que, los niveles de parejas casadas son adolescentes, que terminan por tomar una decisión sin previamente haber meditado de las obligaciones que acarrea el compromiso al matrimonio.” (Castillo Freyre, 2013, págs. 13-17)

### **b.1. Características y efectos**

El propósito de la separación definitiva reside en dar salida al contexto del matrimonio que no tiene el mínimo propósito de conservar la convivencia conyugal, y que se hallan apartados en el tiempo natural y legal prudente, además de no estar sostenida en escenarios que se atribuyen a la decisión de los cónyuges, por tanto, se caracteriza y produce los siguientes efectos:

“Atendiendo al artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, el divorcio se caracteriza: por ser una institución jurídica que tiene en cuenta la promoción y conservación del acto matrimonial, sin embargo, se establecen preceptos literales para poder acceder. Tiene como efecto un término a la relación convivencial. Extingue el estado actual de la familia. Genera un cambio al estado familiar, considerándose como divorciado. Se elimina la sociedad de gananciales de ser el caso. Cuando no hay acuerdo de separación se basa en una causal prescrita en la norma; caso contrario sucede si ambas partes están de acuerdo el proceso es más célere. Asimismo, los efectos en relación a los esposos se alcanzan en: Cesa la obligación alimentaria conyugal, excepcionalmente persiste ante la imposibilidad de cubrir sus

necesidades. Se produce la ruptura del vínculo matrimonial, perdida por el cónyuge culpable de los gananciales que se derivan de los bienes del cónyuge inocente. Extinción del derecho hereditario, conforme a lo señalado en el artículo 343 y siguientes de la norma sustantiva. Viabiliza que el cónyuge inocente solicite una indemnización por el daño causado siempre que este sea comprobable. Siendo el caso que, la indemnización del daño moral solo resultará amparable cuando exista dicho daño resarcible, producto del detrimento de los beneficios jurídicos del cónyuge inocente en su esfera de derecho de la personalidad, causados por las conductas o ejercicio imputables al cónyuge culpable de la disolución del matrimonio, tal como aparece en el artículo 351 de la norma sustantiva civil. Es preciso tener en cuenta que desaparece el vínculo por afinidad entre cónyuges y los parientes consanguíneos del otro; sin embargo, es preciso señalar que de acuerdo al Código Civil en su artículo 237 no rige para el parentesco en línea recta: descendientes del ex cónyuge, suegros y otros ascendientes; asimismo, persiste la afinidad colateral de segundo grado con los cuñados, la cual se mantiene hasta el fallecimiento del ex cónyuge. El derecho de la mujer de conservar el apellido del marido adherido al suyo mientras no contraiga nueva nupcial, de ser el caso. Por último, puede las causales para demandar el divorcio se encuentran establecidas en el artículo 333, inciso del uno al doce.” (Instituto Legales, 2017, págs. 429-430)

## **b.2. Causales**

Son generadas por el divorcio y paralizan el normal desarrollo de la convivencia matrimonial, reguladas en el artículo 333 de la norma civil, estas situaciones adversas al compromiso matrimonial, son consideradas como situaciones antijurídicas, por cuanto infringe los deberes innatos al matrimonio, dando inicio al divorcio que impone una sanción al cónyuge causante y el efecto es negativo porque puede quebrantar la relación:

“Las causales son conductas que quebrantan la paz conyugal y familiar. Es toda omisión y/o conducta imputable al cónyuge causante que abusa de la confianza y respeto matrimonial, consintiendo al cónyuge inocente emplearla como sustento para solicitar la disolución del vínculo matrimonial. Las causas por las cuales el juzgador puede declarar fundada una demanda de divorcio usualmente se denominan causales reguladas por la norma sustantiva para el divorcio, que en otras palabras no son más que presupuestos de hecho, cuya comprobación mediante un proceso judicial y aplicación del ordenamiento jurídico vinculará con un definitivo efecto jurídico, como es el cese del matrimonio. Para determinar cuál es la causa de separación particular o divorcio vincular es necesario determinar los elementos de hecho y causa. En ese sentido, es preciso tener en cuenta que la causa de separación particular o de divorcio vincular, jurídicamente reconocidas, no es sino el perfil o etiqueta consignada a colocarse sobre cierto tipo de conductas que perturban el orden conyugal. Consideramos que toda causal de divorcio implica un hecho antijurídico, en tanto importa la transgresión de deberes procedente del matrimonio, y que

consecuentemente dando lugar a una sanción civil que se representa mediante esta figura jurídica, el divorcio. Las clasificaciones de los presupuestos de hecho de terminan la disolución del matrimonio constituyen un remedio a la falta de entendimiento de compartir una vida en común. El ordenamiento jurídico solo considera que son causales de divorcio las que por su amenaza paralizan la convivencia normal de ambos esposos. Es necesario mencionar que estos presupuestos legales se tutelan por los principios de invocabilidad, gravedad y taxatividad, los mismos que no son excluyente entre sí, acreditación probatoria y derivación a hechos posteriores al matrimonio y el de no absorción de un presupuesto por otro. Además de ser de literales y expresos son típicos pues solamente puede invocarse las causales explícitamente establecidas por el sistema jurídico.” (Castillo Freyre, 2013, págs. 17-18)

### **b.3. Separación de cuerpos**

El quebranto de la relación matrimonial se ve representada por la conducta o la convivencia conyugal, en la cual las conductas de los esposos no resultan ser la misma, ocurriendo el incumplimiento del deber de cohabitación o ya sea de hacer vida en común:

“Es una institución del derecho de familiar que comprende una dificultad de la vida conyugal e interrumpe los deberes relativos al lecho y habitación, poniendo termino al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales. En ese sentido, tal como lo menciona Félix del C. Iparraguirre, la separación de cuerpos es un efecto negativo en un hogar conyugal. Demostrada dicha causal, el cónyuge inocente más allá de



solicitar la disolución busca el debilitamiento del vínculo matrimonial, dándose para sí y su cónyuge, una nueva oportunidad a pesar de la ofensa conyugal.” (Instituto Legales, 2017, pág. 426)

#### **. - Efectos**

Los efectos son notables en la relación de los cónyuges que muchas veces pueden trascender a la familia e involucra a más de un miembro de los familiares directos de cada cónyuge:

“De conformidad con el artículo 332 de la norma civil, se establece la interrupción de los deberes de lecho y habitación. Cada cónyuge queda en libertad de poder elegir su propio domicilio o el lugar que consideren pertinente. La suspensión del deber de cohabitación lleva tácitamente el débito conyugal. Siguen siendo esposos y mantienen el deber de fidelidad, pero el cese de la cohabitación no les permite a los esposos iniciar o mantener trato sexual con distintas personas, lo que involucraría la figura del adulterio. Igualmente, la separación de cuerpos ocasiona instintivamente y de pleno derecho la pérdida de la sociedad de gananciales, de conformidad con el artículo 318 numeral dos de la norma civil. Posteriormente sin haber ningún recurso de apelación y consentida la misma resolución – sentencia, tiene como efecto que la sociedad debe ser liquidada, norma comprendida en los artículos 320 y 324 del código esbozado. Se produce una modificación a la relación alimentaria entre los cónyuges, ya que dicha obligación va a depender de las necesidades del solicitante y de las posibilidades que el otro cónyuge posea, este requerimiento se realiza de conformidad al artículo 342 y 345 del código sustantivo, que prescribe que el juez fijará la pensión alimenticia a favor de uno de los cónyuges y que el otro deba

pasar al otro. Asimismo, se establece a favor de los hijos cuando no existe un pronunciamiento aparte de dicha categoría, en tal sentido el juez deberá señalar en sentencia una pensión que debe abonar uno de los padres o ambos; además tenemos el artículo 345 relativo a la separación por mutuo disenso, en la cual se ordena que el juez establezca la pensión a favor de los hijos y a cargo de los padres teniendo presente lo convenido. Por último, la separación de cuerpos puede concluir por el divorcio, muerte o la reconciliación.” (Instituto Legales, 2017, págs. 427-428)

#### **b.4. Separación convencional**

Se encuentra regulada en el artículo 333 de la norma sustantiva, en la cual se establece determinadas obligaciones para su trámite, como es el caso del tiempo transcurrido, es decir, dos años de la celebración del matrimonio y acuerdo de separación:

“También llamado mutuo disenso separación consensual o negocial. Es la expresión conforme a la voluntad de los cónyuges que pueden originar un quebranto o disolución del matrimonio. Con la concurrencia de voluntades y cumplimiento de los requisitos normativos establecidos en la norma sustantiva, el acta notarial, resolución judicial o resolución de alcaldía se circunscriben al asentimiento y aprobación del acuerdo conyugal. Para que se disponga es necesario el cumplimiento de los siguientes elementos: el plazo de dos años trascurrido desde la celebración del matrimonio; voluntad de separarse de ambos cónyuges, consentimiento que es expresado en la audiencia programada por el juzgado la cual se entiende como ratificación de separación. Este requisito implica que cualquiera de los cónyuges pueda revocar su

consentimiento a partir de los 30 días calendarios posteriores a la celebración de la audiencia, conforme a lo prescrito en el artículo 344 de la norma sustantiva y 578. Preliminarmente en la demanda se manifiesta la propuesta de convenio moderador de los regímenes familiares de los cónyuges, siendo un requisito indiscutible para que la demanda sea admitida a trámite, así lo establece el artículo 575 del código. Su desarrollo estará referido al tema de alimentos, liquidación de la sociedad y los regímenes de ejercicio de la patria potestad. La aprobación judicial de la separación convencional. La sentencia confirmará y amparará el contenido del convenio propuesto, siempre y cuando se asegure apropiadamente la obligación de los alimentos principalmente para los hijos, la figura jurídica de la patria potestad y los derechos de los hijos al ser considerados personas vulnerables o incapaces de conformidad a la norma 579 del Código Procesal Civil. Este proceso se tramita por la vía del proceso sumarísimo (artículo 573 CPC) ya sea vía notarial o municipal. Dicha aceptación y contemplación de la separación consensual radica en que el Estado no puede obligar a los esposos a la cohabitación o a la continuidad del matrimonio, empero no les concede una total libertad ya que su voluntad se ve supeditada al cumplimiento de un plazo de ley, siendo una tiempo prudente para que los intervinientes puedan reflexionar de que no existe otra solución que proceder con la separación, esto es una garantía indirecta de conservar el matrimonio; ya que en todo hogar o familia existen problemas que pueden solucionarse ello no quiere decir que se acepten actos de violencia o agresión, sino que pueden surgir

desavenencias o inconvenientes conyugales que puedan ser transitorios o conyugales.” (Instituto Legales, 2017, págs. 428-429)

### **c. Unión de hecho**

#### **. - Contenido de la unión de hecho**

La unión del varón y mujer que toman la decisión de formalizar una convivencia o cohabitación es llamada unión de hecho, reconocido y protegida constitucionalmente:

“Es una unión fáctica por la cual un hombre y una mujer cohabitan sin estar casados legítimamente, o sea sin formar una unión de derecho o legal, como sí sucede con el matrimonio, aunque debido al gran aumento de parejas que eligen por no casarse y eligen vivir juntos produciendo efectos legales, este tipo de unión se produce sin lazos legales, alternativa que puede ser a fin de no generar consecuencias legales cuando la separación no funciona más, sumado a ello pudieron haberlo tomado como referencia el costoso trámite de separarse legalmente; sin embargo, este tipo de uniones terminan siendo las más duraderas que las uniones consagradas por un compromiso legal o casamiento. Los comportamientos que adoptan estas parejas son los mismos que de una pareja que contrae matrimonio. Esta expresión consagra heterogéneas circunstancias humanas, cuyo factor común es el de ser convivientes.” (Amado Ramirez, 2013, pág. 127)

#### **. - Doctrina constitucional**

El máximo representante de la protección constitucional ha precisado que ya en el siglo XX, la noción del concepto usual de familia ha tenido una crisis, por cuanto al ser considerado como un concepto ético-social y se encuentra inmerso al cambio y

mejoras de nuestros contextos sociales. La inclusión social, el empoderamiento de la mujer y el índice de divorcio han generado cambios en la conformación de una familia nuclear y que han sido merecedoras de tutela constitucional, como es la figura de la unión de hecho:

“Aceptando que en el régimen constitucional actual la familia que se resguarda es uno solo y que no hace distinción de ningún grupo de familiar, no concede importancia para su protección en su origen, ya que puede la protección a la familia puede ser matrimonial o extramatrimonial. Siempre reitera el Tribunal Constitucional que sin importar el tipo de familia que se haya formado entre un hombre y una mujer, esta será merecedora de amparo frente a las impertinencias que puedan surgir entre las instituciones y la familia. Resultando evidente que la norma constitucional no solo protege a las familias matrimoniales sino también a las extramatrimoniales (y porque no incluir a las familias ensambladas – precisión indicada por la investigadora); es decir la institución del matrimonio queda corta a la protección de la familia ya que la sociedad está conformada por los general por convivencias informales, pudiendo darse la situación de que extinguido el matrimonio persista aquella.” (Amado Ramirez, 2013, pág. 144)

#### **2.2.1.4. Instituciones jurídicas de amparo**

##### **a. Los alimentos**

Los alimentos forman una primordial creación de auxilio para la familia en la compostura del bienestar de los requerimientos primordiales para el alimentista y, concluyentemente, su conservación a sus derechos fundamentales, sin que se observe

legalmente alguna utilidad o ambición fructífera a costa de la pensión alimenticia. Esta protección tutelar de los alimentos permite la protección en la salud de la persona, conforme se detalla a continuación:

“Los alimentos personifican aquella necesidad impuesta legalmente a una persona con la finalidad de asegurar el sostenimiento de la otra, como todo compromiso, involucra la coexistencia de un obligado y un merecedor, con la peculiaridad de que exista una necesidad evidente e imposibilidad de poder cubrir sus necesidades; y, el obligado presente las condiciones de prestar los alimentos. El derecho mencionado es inherente e innato a la persona y es, en consecuencia, un derecho imprescriptible. Esto significa que nadie puede renunciar a este derecho menos se extingue cuando le corresponde, pues el cimiento de la imprescriptibilidad reside en que se trata de un derecho que brota y se renueva de manera permanente, ya que las situaciones de necesidad se acrecientan con el pasar del tiempo. Cornejo Chavez, señalaba que el derecho alimentario tiene carácter personalísimo porque busca amparar la subsistencia de su titular en cuanto persista la necesidad y obligación que corresponda, hablamos del estado de necesidad del beneficiado, por dicho carácter no es un derecho que pueda ser trasferido sino es un derecho innato y que responde a las carencias del solicitante.” (Instituto Legales, 2017, págs. 438-439)

#### **b. La adopción**

La adopción es una institución filial adoptiva, en razón de este acto jurídico crea un vínculo de familiaridad, que crea entre ellos una relación filial y afectuosa que a llevado al solicitante a realizar el trámite correspondiente. Esta institución es llamada

también filiación artificial, la cual deberá cumplir determinados requisitos establecido en el Decreto Legislativo N°1297:

“Adoptar, sinónimo de asumir algo nuevo, recibir y tomar lo que anhelo. Este verbo involucra hacer algo nuevo parte de uno. En derecho de familia dicha figura explica como una persona que no tiene ningún vínculo biológico con el solicitante pasa a tener un vínculo legal con este, pero con el cumplimiento de los requisitos que por ley se establecen a fin de poder asumir tal responsabilidad y hacerlo acreedores de derechos y deberes con el hijo. En palabras de Riveros Alarcón, el anhelar es el fundamento de la adopción, la intenciones verdaderas y voluntad es la base del afecto que se genera con el adoptado, y por ende se configura en el cumplimiento de los deberes y la filiación socio-afectiva. La filiación es considerada como una construcción formativa no vista como un hecho de la naturaleza, ya que esto ha surgido de la convivencia de las personas para formar una familia, la amistad, el entrelazamiento, el amor y afecto, restando importancia entonces al origen de la figura jurídica. La adopción es una figura y un acto jurídico por el cual se instituye de modo irrevocable la correspondencia paterno filial entre personas que no la han adquirido por naturaleza, dejando de pertenecer a su familia consanguínea y obteniendo el adoptado el atributo de hijo del adoptante. La norma sustantiva precisa una definición clara, tal como se ha mencionado, el adoptado adquiere tal calidad sin discriminación conforme lo estipula el artículo 377 del código, dicha conceptualización está acorde con la estipulada en el artículo 115° del código que protege a los niños, el cual

prescribe que la adopción es un régimen mediante el cual se pretende proteger la relación filial y lograr que aquellas personas que no cuentan con una protección puedan ser adoptados a fin de poder establecerse en un hogar que permita su normal desarrollo, con vigilancia del Estado, quien establece de forma irrevocable la relación paterno filial dejando de pertenecer a su familia consanguínea.” (Instituto Legales, 2017, pág. 439)

### **. – Finalidad de la adopción**

La adopción busca constituir a la familia y brindar una descendencia integrada, que es legítima y humana, dando por cumplido el deseo de los adoptantes; por lo tanto, tenemos que el fin de la figura jurídica comprende:

**“Brindar protección al niño o adolescente que se encuentran en desprotección:** hoy en día, resulta ser una finalidad tuitiva como en toda decisión que involucra a los niños o adolescente, ello en atención a su derecho preferente o superior, siendo el norte o la guía en toda decisión que los involucre. Lo que se busca es cumplir con la función protectora y amparable a las necesidades que puedan presentar los niños o adolescente quienes se encuentren en un contexto de riesgo o desprotección familiar; en esas líneas se busca dar una solución o erradicar las situaciones de abandono o maltrato mediante situaciones de adopción, cuyo objetivo es brindar tutela y protección al sujeto vulnerable, integrándolo a una familia que le permita el normal desarrollo, entendidas estas familias como sustitutas. Esta tutela también tiene un trasfondo, puesto que, satisface el deseo de aquellas



parejas que no pudieron convertirse en padres y que no les importa si existe un vínculo biológico sino el anhelo de constituir la paternidad y brindar amor a su nuevo integrante, antiguamente esta era el principal objetivo. Sin embargo, esto se ha desaparecido porque la atención ahora se encuentra enfocada a los sujetos vulnerables y a integrar a un niño que se encuentra en estado de desprotección familiar en un hogar debidamente correcto, brindando descendencia aquellas parejas o personas que no pudieron tenerla. **Integrar a la familia:** Como ya se indicaba el principal objetivo es involucrar y establecer a un niño o adolescente en una familia, es por ello que se mejora cada vez la protección y regulación de adopción tal como se ha determinado en el caso de adopción por integración o integrativa del hijo del cónyuge y/o del conviviente en condiciones especiales. **Legitimar una situación de hecho:** Es el fin que ha determinado el legislador a reconocer la adopción de mayores cuando el trato que ha recibido el adoptado siempre ha sido de integrante de familia involucrándolo siempre como hijo y visto como tal por la familia que la constituye. **Impedir o permitir la vida de los embriones supernumerarios:** dentro de los fines más actuales tenemos dichos supuestos de embriones supernumerarios derivados a través de las técnicas de reproducción asistida, así como el supuesto de desamparo o abandono de los embriones.” (Instituto Legales, 2017, págs. 439-440)

### **c. Patria potestad**

La patria potestad comprende obligaciones y deberes que desarrollan los padres para con sus hijos, puesto que la actuación como padres no solo abarca el de procrear, sino

que buscan su realización y felicidad con la de sus hijos que con el pasar del tiempo van logrando, cumplido ello, la gratitud que reciben de sus hijos y la conducta que ellos despliegan con los demás, resultado del ejemplo del hogar; figura jurídica regulada en el artículo 418° de la norma civil:

“Es un derecho subjetivo familiar a través del cual la ley reconoce a los padres un sin número de derechos y deberes para la protección y cuidado de la persona y bienes de sus hijos, que perdura hasta que estos obtengan plena capacidad o cumplan la mayoría de edad. La doctrina brasilera, lo concibe como el poder de familia, que comprende un grupo de deberes y obligaciones de la persona y patrimonio del hijo menor de edad, en igualdad de ejercido, en igualdad de condiciones ejercido por ambos progenitores teniendo siempre presente la protección de los intereses del hijo, teniendo a la vista las normas jurídicas que impone la norma. La patria potestad tiene un elemento fundamental que es cuidar y salvaguardar los derechos de sus hijos de manera integral; por ello Héctor Cornejo Chávez, expresa que la regulación de dicha figura jurídica cumple una finalidad de amparo frente a la posible o vulneración de los derechos de los niños o adolescente, ya que por tal condición no se haya en posibilidades de poder defender y enfrentar cualquier vicisitud, más aun si necesita la supervisión y apoyo para poder formar su propia personalidad. Mediante este conocimiento general logramos estimar que el amparo es dirigido a la integridad de la vida de los hijos, ya sea su contexto psicosomático como es su salud, su contexto social que involucre su entorno familiar y educativo, así como su contexto patrimonial. En esta línea de idea, la patria potestad es una

institución jurídica que busca cubrir la necesidad natural pues el ser humano, demanda desde su niñez que lo amparen, críen, lo eduquen, guarden, defiendan, y cuiden de sus intereses, en suma, que tengan la referencia de su personalidad y sus bienes, siendo los padres las personas acertadas para esta visión y además de ser calificados jurídicamente como las personas correctas para esta misión, pues es una facultad y una necesidad.” (Instituto Legales, 2017, págs. 440-441)

El conjunto de obligaciones para con los hijos se representa en el cumplimiento de observancia diaria del comportamiento, asuntos y actuaciones que involucren a sus hijos, como es el caso de sus estudios escolares:

“Cuando la pareja vive unida, es común que ambos ejerzan el cuidado y protección de los derechos de sus hijos. La situación se agrava cuando los padres se apartan y tienen que continuar ejerciendo estos derechos y obligaciones en relación de sus hijos. Algunas obligaciones están afianzadas por ley, como es el caso del derecho a alimentos; sin embargo, otras, quedan en decisión de los padres como es el caso, de elegir la educación para sus hijos (la institución que cursará sus estudios), administrar los bienes del hijo o ejercer el carácter legal. Para resolver este problema la norma sustantiva establece que cuando ocurre la separación de padres o se presenta la figura del divorcio, esta figura jurídica no debe desaparecer porque frente a esta situación el niño o adolescente merece más cuidado porque la imagen de familia que concebía el niño ha variado, por lo que los padres deben hacer notar a sus hijos que pese a dicha situación la protección y afecto hacia ellos no ha variado.” (Ponce Albuquerque, 2017, págs. 144-145)

#### **d. Tutela y curatela**

La carencia de la patria potestad, genera la tutela como una figura jurídica en pro del bienestar del menor de edad y bienes que posee:

“Son instituciones de guarda y amparo legal, así como ocurre con las medidas que se adoptan en situaciones de riesgo o desprotección familiar. Esta figura jurídica se presenta frente a las situaciones de riesgo que puedan afectar el contexto personal o patrimonial, así lo establece la ley, quien le dota de atribuciones para el pleno ejercicio y protección. La tutela es una institución de la regulación familiar, como también lo es la curatela, cuyo propósito fundamental es la guarda de la persona y bienes de los niños menores de dieciocho años, quienes no tienen padres o, asumiéndolo, carecen de patria potestad. En su particularidad, esta institución de amparo; se procura, dentro de lo que humanamente es viable, que la persona correcta llene el vacío dejado por falta de los padres, que cuide y vele por el cuidado del menor, de su salud moral, que se ocupe de su educación, y se encargue de la administración de sus bienes; y que lo represente frente a esa incapacidad que presenta, haciéndose cargo de los actos que el menor no puede realizar por falta de capacidad natural.” (Instituto Legales, 2017, pág. 443)

#### **. - Funciones y deberes**

En esta figura jurídica el tutor tiene obligaciones y atribuciones que debe respetar de acuerdo a ley:

“Al igual que las demás figuras jurídicas, esta institución consiste en una función técnica, donde el titular exterioriza derechos y facultades,

en correspondencia con la persona y protege los bienes de un menor o incapacitado, que le son otorgados en beneficio del tutelado. Es por ello que son obligaciones del tutor, educar, cuidar de la salud, encargarse de su alimentación, defender sus intereses y protegerlos, representar en las actuaciones civiles donde no pueda ejercerlos por si solo. Por otro lado, son atribuciones las siguientes, como el caso: de capacitar al niño o adolescente para el trabajo. Acudir al órgano competente para peticionar tutela cuando su autoridad no resulta suficiente para internar al adolescente o niño en un establecimiento con la finalidad de reeducación. Estar pendiente de los lugares donde concurre el tutelado y recogerlo de ser necesario o caso contrario recurrir a la autoridad pertinente para que adopte las medidas para su protección. Entablar demanda de alimentos de ser el caso. La designación es el acto jurídico familiar a través del cual se declara la voluntad de elegir a una persona en el cargo y que su vez este acepte, observando las exactitudes determinadas por ley y puede ser por escritura pública, testamento, ley, o la designación de los abuelos o descendientes, por pronunciamiento judicial o consejo de familia. El precepto constitucional prescrito en artículo siete establece que la persona incapaz para cuidarse por si misma a causa de una imposibilidad mental o física tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen de amparo legal, a su seguridad, atención y readaptación. La curatela se incorpora cómodamente en la norma constitucional con la finalidad de preservar la salud y suplir la discapacidad de una persona y poder atender sus intereses personales y materiales. Faculta a un sujeto emplazado como curador a fin de que se

faculte de concurrir aquel desamparado, que de manera emancipada no puede atender sus deberes ni desplegar sus derechos. El propósito de la curatela como institución de protección familiar es la de cooperar al bienestar y viable recuperación de la capacidad de obrar del incapacitado, así como el cuidado de la persona como de sus bienes de los incapaces de ejercicio ordinariamente mayores de edad.” (Instituto Legales, 2017, pág. 444)

#### **e. Concejo de familia**

El Estado busca otorgar a los hogares amparo tutelar y garantizar el correcto ejercicio de esta institución, esto es amparo de los derechos y bienes, como es el caso de los niños y adolescentes, los padres deberán reemplazarlos hasta que cumplan la mayoría de edad y continua esta representación cuando el hijo adolezca de alguna restricción. Por otro lado, su capacidad se ve restringida y para su cumplimiento debe el tutor o un curador actuar de acuerdo a ley; entendiéndose como suplencia del poder de filiación; siendo el caso que el ejercicio de estas personas es supervisado por el consejo de familia:

“Es la máxima institución de protección de los incapaces y desamparados, frente a la incapacidad de menores, mayores incapaces o ausentes que necesitan de defensa, en este caso actúa como una institución jurídica de ejecución, deliberación, protección, garantizador, fiscalizador y precautoria que no solo ofrezca y otorgue auxilio a los necesitados. Según Octavio Linares, es una asamblea que tiene por esencia velar por las utilidades de un incapaz menor o mayor de edad integrado por sus familiares y presidida por un juez. Si la constitución es voluntaria no se determina la cantidad de sus miembros que la deben

conformar, pero se puede colegir que como mínimo son cuatro quienes la conforma, tal como se deduce 626 y 637 de la norma sustantiva. Un precepto general es que esta institución no se puede constituir mientras no esté integrada por un mínimo de parientes que garanticen una efectiva deliberación. Además de ello, la prudencia pareciera sugerir que se debe evitar el excesivo número de componentes y el sobredimensionamiento. Cuando no es posible su constitución sus funciones son asumidas por el juzgador conforme se prescribe en el artículo 626, el mismo encargo lo asume en situaciones de disolución tal como lo prescribe el artículo 659 de la norma sustantiva civil.” (Instituto Legales, 2017, pág. 445)

#### **f. Tenencia y custodia del niño**

“La palabra más adecuada para referirse al cuidado de los hijos es la guarda, que significa cuidar, siendo su uso más frecuente para las personas. En otras legislaciones encontramos también los términos guarda y custodia para referirse a este sentido.” (Ponce Albuquerque, 2017, pág. 135)

La rutina de los hijos posterior a la separación de sus padres, es notoria cuando sus padres acuden a un proceso judicial para que la custodia de su hijo sea determinada por un juez:

“La separación de pareja es un hecho jurídico con efectos trascendentales que cambian o varían el contexto de la familia y, muy en particular, la de los hijos, contextos que nacen o tienen como base el afecto, la unión de la pareja y el cuidado de los hijos. Una situación que se describe es que los hijos se ubican en un contexto de soledad aparente cuando sus padres se están separando o se encuentran en proceso de

divorcio, pero el contexto cambia cuando se tiene en claro que los problemas no deben trascender al bienestar de los hijos, por lo que deben coordinar en primer término quien se encargara del cuidado permanente de los hijos, de qué forma se regirá la tenencia de los hijos y como se expresara las responsabilidades. Los preceptos constitucionales e internacionales prescriben que los niños o adolescente tienen prelación frente a cualquiera otra persona, direccionado a la protección, trato y una vida digna. Las legislaciones específicas igualmente reconocen el principio del interés preferente del menor en los asuntos que le atañen, teniendo en cuenta quien de los progenitores en mejor medida garantiza el ejercicio pleno de los derechos, puesto que esta potestad no le corresponde decidir a los padres o quien desea poseerla cuando no existe acuerdo” (Ponce Albuquerque, 2017, pág. 135)

### **f.1. Formas de obtener la tenencia**

En tal sentido, el artículo 81° que prescribe el Código de los Niños - adolescentes establece que el régimen de tenencia y custodia se presenta cuando los padres estén separados de hecho y no existe acuerdo entre ellos. Ello da alusión a que existe forma de llegar a una conciliación respecto al progenitor que se encargue de la guardia de su hijo. Pero en este caso, no existe opinión del menor, solo es por acuerdo de los padres, tema que en muchos casos no se rescata. En el caso de que los padres no tengan un acuerdo se decidirá judicialmente y el magistrado al momento de emitir su sentencia, tomará en cuenta el parecer del niño o adolescente. Es decir, si resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las disposiciones pertinentes para el cumplimiento, e incluso puede ordenar una tenencia simultánea,



protegiendo en todo momento el interés preferente del niño o adolescente. Concordantemente, el artículo 84 del Código acotado establece las facultades (más que facultades son supuestos de hecho que se determinan en el régimen) otorgadas al magistrado cuando se pronuncia respecto a la guardia de los hijos, potestades que no discriminan ninguna modalidad del régimen de tenencia, sino que se aplica para todos los casos. Entre los supuestos que se debe considerar al emitir pronunciamiento es el tiempo que el progenitor convive con su hijo; cuando el niño tenga tres años deberá estar bajo el cuidado de la progenitora y el progenitor que no obtenga la tenencia se le concederá un régimen de visitas. En cualquier tipo de régimen, el juzgador concederá la tenencia al padre que garantice el vínculo filial con el progenitor alejado.

## **f.2. Clases**

### **f.2.1. Tenencia monoparental**

Doctrinariamente, se enmarca dentro de la potestad que tienen los progenitores apartados de hecho y que buscan quedarse con el cuidado de su hijo. Siendo el caso que, a falta de un acuerdo, acuden al Órgano Jurisdiccional para que el juez decida observando lo más provechoso para el menor y escuchando su opinión. Así, el niño estará bajo el cuidado de uno de padres y el otro progenitor acudirá determinadas fechas para poder visitarlo:

“Fernández Cordon y Tobío Soler, han señalado que, los cambios económicos, sociales, políticos, y culturales que se están originando en la sociedad actual conforman nuevas conveniencias de vida y de relación que impresionan tanto a las familias como a los grupos de política social, con la finalidad de atenuar las desigualdades que se generan. La organización y la clasificación familiar, así como la forma de oponerse a los problemas de la vida cotidiana también están influidos

por estos cambios. En estos tiempos la familia nuclear es considerada como el grupo de familia de mayor importancia; sin embargo, ya el tiempo ha ido mostrando nuevas formas de familia que también son merecedoras de protección; como es el caso de las familias monoparentales, que no es un hecho nuevo o un grupo que recién se incorporado, sino que han sido reguladas en su norma específica gracias a los hechos sociodemográficos que advertimos. Asimismo, existen grupos de familia que está conformada por madres solteras, situaciones transitorias, padres o madres viudas con hijos menores de edad, a estos grupos se les denomina también familias monoparentales. En tal sentido debemos entenderla como familias formadas por un solo progenitor que no vive en pareja o no está constituida por padre y madre sino por un solo responsable. En esta definición de familia se instituyen los dos aspectos primordiales que componen esa situación, primero tenemos la dependencia de los hijos y el hecho de la constitución de un solo progenitor. Además de ello, debemos diferenciar a este grupo de personas – o familias unilaterales- de los hogares monoparentales. Ya que el primero de ellos si a existido un núcleo familiar primario que estuvo conformado por el padre y madre con algún hijo merecedor de cuidado dado su estado de vulnerabilidad. En el segundo caso, existe una ausencia de personas responsables que se hagan cargo de asumir las obligaciones.” (Leal Freire, 2006, pág. 7)

### **f.2.2. Tenencia compartida**

El régimen de tenencia que se aplica por lo general en América Latina es el régimen de tenencia monoparental, dejando de lado la tenencia compartida, la misma que se caracteriza por ser una custodia repartida, tal como se expresa a continuación:

“Hay que distinguir que la guarda compartida ha sido una disposición escasamente aplicada por los juzgados. Bernal Samper hacía una referencia a varios tipos de resguardo o custodia, como la conocida tenencia partida, en la que uno de los padres tiene la custodia de uno de sus hijos, y el otro progenitor la de los restantes. Este tipo de tenencia es otra expresión empleada para distinguir un tipo de salvaguardia asumida por cada parte, en un tiempo definitivo, teniendo ambos padres el derecho de ejercerla, concede las decisiones sobre los hijos menores a la madre o padre con quien el hijo(a) esté viviendo. La custodia simultánea presupone o explica continuar con las mismas facultades paterno-filiales que permiten ejercer antes de la desavenencia, así como la responsabilidad y relación continuada de ambos padres en las providencias concernientes con el bienestar de los niños o adolescentes, en los asuntos de educación, salud, manutención y desarrollo religioso, moral y emocional.” (Romero Coloma, 2011, pág. 20)

En España se considera la custodia compartida precisa, la deslocalización del niño de tener que cambiar de lugar de domicilio, no es un factor determinante, sino por el contrario, es en pro de su relación filial:

“Indudablemente han quedado establecido en las líneas de interpretación de los Tribunales, a favor de la custodia compartida siempre que de esta forma se resguarde apropiadamente el interés del

niño. Insiste en la medida deseable para integrar al niño en la nueva vida de sus padres e impedir u ocasionar la ruptura de los vínculos filiales, asimismo, prolongar la igualdad de los padres en el ejercicio de sus derechos que la ley les otorga. Se han prevalecido ya conceptos, que apriori, trascienden la esfera de protección del bienestar del niño, como lo es, la deslocalización de los hijos al tener que cambiar, en la mayoría de los casos, de lugar de residencia, y que sin duda es un componente mucho más beneficioso el compartir el tiempo y recreación con ambos padres. Dicho tipo de tenencia compartida no constituye una medida excepcional, sino es una salida viable para que el menor mantenga contacto permanente con sus padres.” (Becerril & Venegas, pág. 106)

Por su parte la autora Picontó, considera que la coparentabilidad es la alternativa más viable en situaciones de separación de padres, conforme lo señala en su libro “la custodia compartida a debate:

“Aquella particularidad de ejercicio de responsabilidad parental, tras la dificultades de convivir o la situación crítica de relación de pareja, en la que tanto la madre como el padre, están autorizados para instaurar una correspondencia factible entre ellos, establecida en la obediencia y en la asistencia, con el objeto de proporcionar a los hijos el normal, frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de esta forma distribuir las obligaciones ajustadas a derecho y la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la suposición de un sistema ágil para la resolución de los disconformidades que puedan brotar en el futuro. (Plácido Vilcachagua, 2014, pág. 89)

Desde el punto de vista psíquico, se ha probado que la convivencia del hijo de manera continuada con uno solo de sus padres y con un régimen de visitas para el otro genera alteraciones en el comportamiento del niño; “provoca que el hijo tome, como modelo de comportamiento, solamente al progenitor custodio —generalmente a la madre—, perdiendo las referencias —necesarias— para con el otro progenitor.” (Romero Coloma, 2011, pág. 47)

#### **g. Régimen de visitas**

Es derivado del régimen de tenencia (por lo general, monoparental), la cual lo considero consecuencia del desacuerdo de los padres por definir la tenencia de su hijo, actuar egoísta para la satisfacción integral del interés superior del niño:

“Al iniciarse el trámite legal de tenencia sea solicitada por cualquiera de los progenitores que desea obtener la tenencia, dependiendo el caso; los operadores de justicia al momento de establecer a quien le corresponde la tenencia del niño suman un régimen de visitas al otro padre alejado. Empero, el derecho del otro progenitor no se ve restringido porque en el desarrollo del proceso se examina la custodia y a quien le corresponde un régimen de ser el caso; esto es, ya sea dentro del hogar donde el hijo reside o sea controlado por un familiar directo o por una asistencia social, situación que es determinada por el juzgador; hay otro grupo de padres que solicitan la tenencia de sus hijos e incluyen como medida de protección que el otro padre o familiares directos de este, no tenga oportunidad de visitar o interrelacionarse con el niño o adolescente, en otras palabras se limita un régimen de visitas.” (Solano Jaime, 2008, pág. 32)

Es una institución jurídica que permite la secuencia o continuación del vínculo filial de los hijos con sus padres, quienes no tienen el ejercicio de sus deberes. Si bien, se concibe como una atribución de los padres, es más que eso, ya que trasciende en el ámbito emocional de los hijos.

“Es una relación jurídica básica que se asemeja como un derecho-deber a tener una apropiada comunicación entre hijos y padres o familiares directos de este, cuando no existe entre ellos una convivencia permanente. Como derecho familiar individual se reconoce el derecho del progenitor de poder interactuar y convivir parcialmente con su hijo, además de cumplir con sus deberes como progenitor. El régimen de visitas es decidido por el juzgador cuando no es acordado por los padres o resulta imposible acordar. Son ellos los capacitados para plantear sus peculiaridades valiéndose de las experiencias y conductas conocidas durante la relación compartida, pero si ello no es posible acuden a la vía judicial para el pronunciamiento legal.” (Instituto Legales, 2017, pág. 452)

La institución jurídica de la tenencia, sitúa por lo general al adolescente o niño bajo la protección de uno de los padres separados, mediante el pronunciamiento se resuelven los aspectos que son más favorables para el hijo en pro de su desarrollo óptimo, es decir asumiendo en buena cuenta el interés preferente del niño; en la misma línea, podemos señalar:

“Le corresponde el régimen de visitas al progenitor que no ostenta la tenencia. Puede deducir que en la tenencia se potencia a un nombramiento de padres, elección que pueden ejecutar los propios

interesados o en su defecto por el juez a base de un análisis de los principios rectores que han sido edificados, teniendo presente la preferencia del interés del niño. Asimismo, es preferible velar por el bienestar y desarrollo físico, psicológico y emocional de todo niño, aspectos que dependen del comportamiento de los padres. Por lo tanto, el juzgador frente a la ausencia de acuerdo de los padres resolverá la guardia.” (Solano Jaime, 2008, pág. 32)

#### **h. En el derecho comparado**

Los diferentes elementos o medidas que se dirigen para llegar a disponer una custodia compartida se enmarcan en el sujeto vulnerable, así se explican en una tesis publicada en Cuba, respecto al derecho nicaragüense, en el cual se determinó:

“El sistema de estado reconoce y reglamenta en su ley y establece en su jurisprudencia sobre el cuidado compartido, así permite ampliar su protección a nivel conceptual; primero: el cuidado compartido permite la unión de las relaciones afectivas y significativas entre padre, madre, con sus hijos, tras los procesos de divorcios o separación de sus progenitores. Es un régimen de relaciones naturales que salvaguardan el interés del niño o adolescente y la relación filial o coparental. Fortalece la comunicación de padres, respecto a la educación y formación de los hijos menores de edad. Distribuye de forma equitativa, las obligaciones contenidas en el derecho de familia – obligaciones de la patria potestad. Pondera las relaciones igualitarias de los padres e hijos. Permite mantener una buena relación y continuidad de confianza pese a la situación de separación. La separación de la pareja no es percibida frente a los hijos como un divorcio, es decir su situación no

trasciende el contexto en el cual se desarrolla el niño. La opinión del adolescente o niño resulta ser primordial ante cualquier decisión que lo involucre, dándole participación en las actividades diarias.” (Abboud Castillo, 2017, pág. 69)

En el derecho ecuatoriano se advierte que, para referirse al cuidado de un niño ante una situación de separación de padres o pareja, se emplean la palabra custodia o guarda, por cuanto la palabra “tenencia” es para describir a las personas como se realiza en temas civiles:

“El Código Civil ecuatoriano no prescribe la palabra tenencia para referirse a las personas, donde dicho termino está coligada más bien a las cosas. Por ejemplo, en el artículo 729 prescribe que la terminología tenencia alude al ejercicio o disposición sobre una cosa, actuando a nombre del propietario, es así que se vincula a las cosas y no a las personas (como se representa en la legislación peruana). Es por ello que en el estado del Ecuador para referirse al cuidado de los niños o adolescentes se emplea la palabra custodia o guarda, que resulta ser ajustada cuando hablamos de personas, término que a su vez significa cuidar. En otras legislaciones hallamos también los términos guarda y custodia para referirse a este sentido. Asimismo, tenemos en España en su ley expedida número quince del año 2005 de fecha ocho de julio, en materia de separación y divorcio, norma en temas civiles, en la cual se estableció que el ejercicio simultáneo de guarda de los hijos es otorgado cuando así lo requieran los padres en la solicitud de propuesta de convenio o cuando lo presente en el trámite del proceso en materia civil. El Juez, al acordar la custodia conjunta y tras establecer su resolución,



adoptará las medidas preventivas y/o cautelas procedentes para el eficaz desempeño del régimen de guarda determinado, procurando en todo sentido no separar a los hijos cuando se trata más de un menor involucrado.” (Ponce Albuquerque, 2017, págs. 135-136)

### **2.2.1. Protección y desarrollo psicosocial del niño en el proceso de tenencia**

#### **a. Convención sobre los derechos del niño**

Tratado que cobra mayor fortalecimiento en nuestro pasar del tiempo y que forman parte (195 Estados) es la Convención de los derechos del niño, acuerdo que constriñe a los Estados a su cabal cumplimiento:

“La convención en alusión es el tratado universal de las Naciones Unidas. resulta ser el primer tratado con carácter vinculante con un horizonte internacional que consagra más de un texto supremo de los derechos sociales, culturales, civiles y políticos no dejando de lado los derechos económicos. Dicho texto que es suscrito por diferentes estados, está conformado por diferentes normas que buscan otorgar una protección a la etapa más vulnerable de la persona (en este caso es la niñez). Ello quiere decir que los estados que suscribieron el texto se comprometieron a cumplirla en sus términos expuestos por lo que resulta con carácter vinculante. Su marco normativo se ajusta a los principios normativos que regula la convención con la finalidad de proteger que el desarrollo del niño o adolescente sea integral, así como el respeto de sus derechos se cumplan en su integridad. La convención está compuesta por 54° artículos que consagran el derecho a la protección de la sociedad y el gobierno. El derecho de las personas

menores de 18 años a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad.” (Instituto Legales, 2017, pág. 449)

#### **b. Doctrina de la protección integral**

Es un tratado internacional que comenzó a propagarse en la década de los noventa. La Doctrina del amparo general, está enmarcado a los derechos entendidos como humanos que posee un perfil vinculante, ya que ha sido fortalecida por nuestro Estado y cuenta con eficacia de carácter nacional:

“La doctrina del amparo integral del niño hace referencia al conjunto de actuaciones, planes, políticas y programas que, con procedencia absoluta, se imponen y elaboran desde el Estado, con la colaboración y participación integral y solidaridad de la familia, no dejando de lado a la sociedad, siendo su fin garantizar que todos los niños ejerzan sus derechos de forma positiva, practica y sin discriminación. Pero la doctrina se desarrolló también en el contexto social: derechos humanos respecto a la supervivencia y participación, al tiempo que atraviesan los niños en situaciones o las situaciones especiales de determinado grupo de niños que por sus condiciones se encuentran en situaciones vulnerables.” (Instituto Legales, 2017, pág. 449)

#### **c. El interés superior del niño**

La primacía del principio radica en su axioma de expresión y garantiza de los intereses de los niños, tal como se indica en la revista las adopciones tradicionales y la infracción del principio al interés preferente del niño:

“El principio en cuestión, es un conjunto de facultades que el Estado debe avalar para dar cuidado preponderante a los derechos de los niños,

así como el pleno disfrute a una vida digna para lograr alcanzar la máxima expresión de bienestar posible para los niños. En el ámbito universal tenemos en el año 1934 la Declaración de Ginebra instituye que todo niño debe alcanza una atención y cuidados preferente. La Asamblea General de la Sociedad de Naciones ratificó el nuevo texto de la declaración en mención, y que sigue siendo el texto internacional de primer orden que regula los derechos humanos-derechos de los niños. Durante el siglo veinte nace la corriente de amparo a los derechos del niño, el mismo que se aprueba mediante la Declaración de los Derechos del Niño del año mil novecientos cincuenta y nueve 1959, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este pronunciamiento nacieron fundamentos que amparaban y protegían los derechos preferentes del niño siendo siempre un interés frente a otros derechos en conflicto; en tal sentido se fortaleció para poder demostrar las reglas referentes a los derechos del niño, demostrando con este principio que el amparo del niño ante cualquier situación siempre será primordial cuando se enfrente a cualquier otro derecho. Este es un principio fundamental y con carácter vinculante en los asuntos que involucre niños o adolescentes ya que se encuentra regulado en la convención del año 1989, la misma que predomina la riqueza de los pequeños de mantenerse en una familia, por ello se hace alusión a buscar alternativas para evitar separar a los niños de sus padres, y que estos mantengan vigente la comunicación e interacción con sus hijos.” (Cabanilla León & Caveda, págs. 3-4)

Este principio comprende la ratificación y amparo de los derechos fundamentales, que se representa en la defensa integral del niño, siendo su objetivo primordial el goce y progreso de su personalidad en concordancia a la protección de sus derechos:

“El principio preponderante del menor no resulta ser exclusivo, ya que es parte del grupo de principios capitales en materia de asuntos de menores. En su regulación específica del texto normativo de los niños y adolescentes se encuentra prescrito dicho principio, artículo nueve del Título Preliminar, y que también se consagra en la Convención sobre los derechos del niño en su artículo tercero. En los tiempos actuales, este principio adquirido gran importancia, ya que se cuenta con una norma específica, por lo que su aplicación se hace más notable y los pronunciamientos judiciales nacional e internacionales hacen más enriquecedora su regulación. De lo expuesto se expresa que cada vez el estado otorga valor y protección a los sujetos vulnerables; asimismo lo a establecido Rivero Hernández, estamos en un proceso de desarrollo que revaloriza determinadas cuestiones merecedoras de amparo jurídico dada su calidad. La aplicación de dicho principio no se ajusta a determinadas situaciones, sino que se aplica de acuerdo al contexto en la que se encuentre el niño, al ser un sujeto de derecho. Por lo tanto, vamos a ver al niño desde dos aspectos, que lejos de ser absolutista, se exponen como suplementarias: primero, tenemos la defensa inmediata del niño como origen de la incapacidad de experiencia y debilidad psicológica y, de otro lado, la predisposición que defiende la independencia del niño en relación del status de ser visto y considerado como una persona dependiente. Así, el interés preferente del menor

dependerá del contexto específico, tal es el caso de las circunstancias que puedan resultar provechosas para el niño, como el de permanecer bajo la custodia de uno de sus padres, cuando estos se encuentren separados o en proceso de divorcio. Según Grosman ajusta el concepto del interés preferente del menor en el marco especial del derecho de familia, ya que no deriva sencillamente de cualquier concepto, sino que su alcance cuenta con una regulación preferente, que con el pasar del tiempo no desaparece, sino que permanece y evoluciona. Si bien es cierto no todos los Estados cuentan con la misma aplicación pero se ciñen a las mismas pautas éticas, culturales y sociales, las mismas que constituye un instrumento técnico y que otorga poderes a los magistrados, quienes deben apreciar tal principio en precisión, de acuerdo con los contextos del caso, tal provecho deben formarse en ejemplo de decisión que involucren a menores de edad; en la cual se establezcan criterio para la interposición institucional predestinada a resguardar al niño. En caso de problema frente al supuesto interés de un adulto, debe darse lugar primordial al niño. Por su parte Alex Placido nos expresa que el principio es la afirmación y reconocimiento de los derechos fundamentales, bajo la designación de principio de amparo especial al menor, cuya extensión es lograr el desarrollo integro de la personalidad de los niños y adolescentes, así como el desarrollo de sus derechos reconocidos. Dicho autor justifica su exposición, en el estado de vulnerabilidad, que no se realiza una separación de derechos o nueva clasificación ya que su reconocimiento está referida a derechos humanos; más aún si por su condición y contexto en la cual se

encuentran dependen básicamente de sus responsables o progenitores, encargados de formar y determinar su personalidad durante las fases de crecimiento o alcanzar la mayoría de edad, es así como se justifica objetivamente su reconocimiento. Tal amparo legal, cumple una finalidad enmarcado en el ejercicio de los derechos especiales originarios de la condición de vulnerabilidad. Es por tal estado de inconsistencia, inmadurez en se encuentran los niños frente a los adultos, que se les asigna al estado, a la familia y sociedad el deber de asistir y resguardar al niño, y con ello salvaguardar sus derechos y el pleno ejercicio de ellos.” (Instituto Legales, 2017, págs. 449-451)

El principio simboliza que el interés preponderante del niño, la cual es una herramienta normativa que tiende a confirmar y buscar el bienestar del niño en diversos contextos sociales, físicos y psicológicos. Funda una obligación de las instituciones privadas o públicas a examinar si este juicio se está realizando en el momento de la disposición, ya que deberá ser una garantía reglamentaria para proteger y dar cumplimiento a dicho principio:

“Tiene una ratificación establecida que se expresa que en las decisiones que los órganos jurisdiccionales u otra institución que involucre a los niños o adolescentes siempre se debe priorizar y analizar su bienestar social, de este contexto no se excluye a las instituciones privadas u órganos legislativos, quienes deberán considerar de manera primordial y preponderante los derechos de los menores frente a cualquier situación. En estas mismas líneas Zermatten expone que los derechos del niño permitieron y permiten tener una posición exclusiva para el tratamiento de las situaciones que involucren a los menores de

dieciocho años, por lo que claramente está determinado el contexto y edad de las personas que son merecedoras de protección preferente. En el ámbito del Derecho Internacional materia de los derechos humanos, la primera creencia que regulo los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra aprobada el 26 de diciembre por la Sociedad de Naciones. Luego en el año 1948 el 10 de diciembre la Asamblea General -AG- de la Organización de las Naciones Unidas – ONU- ratificó la Declaración Universal de Derechos Humanos que tácitamente contenía el derecho preferente de los niños. Posteriormente, ante la necesidad de una más inmediata protección, la Asamblea en el año 1959 aprobó la Declaración de los derechos del niño; empero, frente a la necesidad de contar con una herramienta normativa de carácter internacional, restringido y de aplicación obligatoria para los Estados firmantes nace la Convención sobre los Derechos del Niño y ya no solo es una Declaración, cuya entrada en vigor se originó nueve meses después a su amparo, el dos de septiembre del año mil novecientos noventa y nueve. Es un tratado de carácter internacional que muestra la mayor suma de validaciones en el universo, ya que la mayoría de los Estados, exceptuando a Somalia y Estados Unidos y Somalia, la han confirmado, lo que manifiesta el grado de compromiso y ampliamente extensivo de afirmación y aprobación semejante al carácter obligatorio, como el tema de los derechos humanos de los niños comprendidos en dicha Convención. Esto último, claramente podría componer como una clara dirección del carácter consuetudinario de las reglas sobre derechos

de los niños comprendidos en la convención.” (Aguilar Cavallo, pág. 227)

#### **d. Criterios de aplicación en los procesos de tenencia**

Las decisiones de los operadores de justicia deberán regirse sobre la base de lo más favorable para el hijo, principio reconocido en la Convención:

“El principio que debe manifestar a una cuestión básica, cuando el menor se localiza o se encuentra inmerso en una confrontación asumida por sus progenitores, cuál sería la posición que se debe plantear en esta situación; la respuesta a esa cuestión apelaría en lo que más le favorezca o convenga a los menores, antes que a los oportunos intereses de sus progenitores, aquí, más que contenerse analizar las estimulaciones, conocimientos o intereses de los progenitores, la autoridad que toma conocimiento de tal oposición correspondería satisfacerla en su máxima expresión, ya que resulta más adecuado y provechoso a los intereses del adolescente o niño.” (Aguilar Llanos, 2017, pág. 196)

Asimismo, se conceptualiza en el artículo tres de la Convención, no existiendo ninguna norma, texto o atribuciones que desconozcan tal preferencia:

“El Interés superior de los niños o adolescentes es la primicia primordial y de obligatorio cumplimiento en los procesos que involucran menores de edad (condición de vulnerabilidad). Este elemento rector se encuentra determinado de manera primordial. Se define o conceptualiza como la satisfacción de los derechos a la integridad psíquica y física de los niños y adolescentes, persiguen el progreso y mejora de su personalidad en un contexto agradable y sano, que urja como fin



fundamental el bienestar frecuente del niño. Es decir, se puede indicar que hace noticia al bienestar de los menores, predominando sobre cualquier otra circunstancia semejante por la cual se posea pronunciar. Dicha providencia se debe pensar según lo que más le concierne al niño en cada caso concreto, mediante valores que así lo exterioricen, además de reflexionar los avideces y sentimientos del niño de acuerdo con su madurez y edad, además de las necesidades educativas, físicas y emocionales de los niños o adolescentes. Para poder pronunciarse respecto a lo que más le convenga se hace viable conocer e instaurar los posibles efectos que logren surgir derivados de la providencia a tomar. Estos posibles efectos se hacen noticia en cuanto a la permuta o sostenimiento en su contexto, por lo que se tiene que instaurar el grupo de circunstancias particulares, familiares ya sean físicas, educativas, morales, familiares, de amor y confianza de las que el niño o adolescente se vea contextualizado. Estos instrumentos del entorno son los que se debe preconizar en las decisiones o el momento justo de emitir un pronunciamiento, originario de lo que más le concierne al niño o adolescente. Esto último corresponde a lo que se manifiesta la doctrina científica, en cuanto a la predictibilidad, la cual radica en establecer la representación de una estimación previsiblemente del escenario de las partes involucradas para lograr instaurar que la providencia debe apreciar el mejor futuro para el niño, lo que significa vivir decentemente en donde se tengan protegidas necesidades básicas tales como las psicosociales, afectivas, las cognitivas y las emocionales. En ese mismo sentido se ha acentuado la Corte Interamericana que los

sujetos vulnerables como es el caso de los niños, tiene el derecho de fundar un plan de vida que debe de ser perfilado y fomentado por el Estado, para conseguir el beneficio social y desarrollo del niño.” (Lopez Contreras, pág. 55)

En España, las sentencia de la Corte Constitucional, ha fijado criterios doctrinarios a fin de coadyuvar en la decisión de la custodia del niño, tales como:

“**La doctrina de los años tiernos**, durante sus primeros años el niño requerirá a la madre más que al progenitor porque es ella quien está mejor preparada para alimentar y cuidar al niño. **El interés preponderante del niño o niña**: En materia de protección se protege lazos emocionales de los niños con sus padres, así como la capacidad de estos el cumplimiento de sus deberes como progenitores. **La doctrina de la custodia**: Supone una relación de colaboración entre los progenitores después del divorcio o la separación convivencial, donde ambos padres deberán ser consultados para la toma de la totalidad o en mayoría de las decisiones respecto del niño. **La presunción del dador de cuidados básicos**: Según este criterio el niño no necesita cualquier persona que se encargue de su cuidado, sino la persona idónea que ha venido cumpliendo con el cuidado permanente y que ha generado que los lazos filiales se hagan más notorios, con la finalidad de establecer una fijación de comportamientos no alterados del niño dentro de su contexto social.” (Ponce Albuquerque, 2017, pág. 139)

#### **e. Comportamiento y desarrollo del niño post separación de padres**

Los comportamientos adoptados por los niños post-separación de sus padres, son considerados como positivos o negativos, es decir, porque algunos suponen que los libera de un estrés, y otros, manifiestan lo contrario:

“Regularmente, los niños suelen sentirse desordenados y alterados cuando sus progenitores informan una separación, o cuando estos advierten conflictos permanentes. Los niños desobedecen de muy distintas maneras o sus reacciones son expresamente notorias, lo que conlleva a que presenten cambios bruscos, porque su conducta se hace notoria pero los demás le restan importancia porque su visión está presente en otros asuntos. La mayoría de los niños reaccionan ante este suceso con señales de conductas rebeldes, estrés emocional y problemas de aprendizaje durante los primeros meses o primer año de separación, situación que puede mejorar siempre y cuando la figura de los padres esté presente en la nueva etapa que afronta; resulta normal que existan niños que muestren los problemas u oculten de ellos. Es necesario precisar que el divorcio es una experiencia complicada y dolorosa cuando la relación de padres esta quebrantada; pero su efecto impresiona más a la persona vulnerable, más aun si el niño ha compartido tiempos prolongados con sus padres y estos formaron parte de sus actividades diarias. Algunos autores, expresan que también pueden presentar problemas de abandono escolar, baja autoestima, rupturas de lazos filiales con personas de su misma edad, conductas antisociales. Otros estudios señalan que los hijos de parejas divorciados superan la situación de separación de sus padres y se adaptan a su nueva

vida y ritmo de vida, más aún cuando sus padres colaboran para que esto sea así; pero aquí nos preguntamos qué pasaría si los padres no colaboran en lograr el bienestar de los hijos, pues ello, resulta ser totalmente negativo para los hijos y las consecuencias será peligrosas.”  
(Barbero de Granda, 2009, págs. 57-58)

El comportamiento del niño puede cambiar desde que dejó el hogar que compartía en familia, teniendo consecuencias en el rendimiento escolar, situación que es notada por la profesora y comunicada a los padres:

“Por lo regular, el profesor frecuente del niño suele ser una de las primeras personas, fuera del contexto familiar, en reconocer que algo le pasa al niño. Kaye (1989), en una investigación con 234 niños de padres divorciados y 223 niños de padres no divorciados, encontró lo siguiente: primero, un bajo rendimiento de diversas materias académicas durante los cinco primeros años y, segundo, cuanto es más niño es probable que el divorcio afecte al rendimiento académico. De igual modo, Mulholland (1991) identificaron déficits significativos en el rendimiento académico tanto en las calificaciones como en la motivación, aunque no así en otras pruebas de aptitud escolar, es decir, el niño posee las habilidades y capacidades escolares adecuadas, pero hay un problema que lo constriñe y no lo deja expresar estas capacidades. Cualquier niño que presente estos problemas durante un tiempo prolongado (por lo general más de un mes) debe recibir atención de un psicoterapeuta para prevenir un deterioro progresivo y secuelas negativas futuras. No obstante, cualquiera de estos factores puede expresarse de formas distintas, según sean el estadio evolutivo del

menor, tipo de familia y contexto particular. El estudio de Cantón, Cortés y Justicia (2002) ya referido, llega a las mismas conclusiones: es más factible que incurran en la ausencia escolar, obtengan un bajo rendimiento académico, tengan motivación de logro deficiente, sin anhelos educativos, y terminen al final por abandonar los estudios. Los adolescentes muestran una menor aceptación de las normas, más conflictos familiares y más conductas disruptivas en el aula.” (Ampudia Rueda, Sánchez Crespo, & Jimenez Gómez, 2018, pág. 8)

Los niños de padres que afrontan o enfrentaron un proceso judicial de tenencia y custodia, tratan de comportarse como adultos, a fin de estar bien con sus padres en cada momento uno, tratando de mantener el equilibrio de cariño en sus padres:

“Se advierten niños que no protestan desde el momento inicial del alejamiento, sino que parece que lo comprenden todo muy bien, se acomodan sin problema a la nueva situación y facilitan considerablemente el ritmo de vida de sus padres. El niño o adolescente se sobre adaptada y parece entender todo lo que sus padres expresan, no se enojan, ayudan y accede a las peticiones de los adultos. Pero este niño no está actuando como tal, sino que está acomodando a las perspectivas de sus progenitores y busca ser un componente equilibrante en el hendimiento familiar, justificadamente para no sentir la intranquilidad que podría proceder de esa situación. Es muy viable que el niño sobre acomodado se disguste trascurrido un tiempo después de la separación. La hiper-madurez es una de las actitudes que persiguen a los hijos ante una separación, puesto que, como descubren la amenaza de la perplejidad, obvian vivir con ello y ocupan un papel

de adulto para asumir la responsabilidad de atender y reconfortar a sus progenitores o hermanos. Otra forma que los niños poseen de sobre acomodarse es atribuirse con los problemas familiares antes de que se dé el apartamiento e inclusive inmediatamente en la separación, para actuar como foco distractor de los conflictos de la pareja. Tal como se ejemplifica en el siguiente caso: Jorge es un niño de 05 años que se disputa con los otros niños en la escuela. Expresa de sí mismo que es egoísta, no acepta el ordenes de ninguno de sus maestros, grita, rompe las cosas y en algunas ocasiones no hace las tareas por el simple hecho de no querer. Por otro lado, los padres acuden a la reunión de un psicoterapeuta y gritan, discuten y no aceptan las consignas que se les da el profesional. Les resulta ser más fácil concentrar en los conflictos de su hijo que manejar sus propios conflictos. A Jorge como quiere mucho a sus padres y es un buen niño, no le importa ser el que se porta mal. Es frecuente que el niño o adolescente actúe como si fuese mayor queriendo complacer a sus progenitores y reemplazando el lugar que invadía el otro cónyuge. A veces es por decisión propia, porque hallan tristes a sus progenitores o porque estiman que de esa manera conservan el equilibrio familiar o la unidad familiar. Pero hay progenitores que también esgrimen a sus hijos irresponsablemente para suplir el alejamiento del otro progenitor, tal es el caso del hijo amigo, quien asume un rol de confidente en los temas de estado de la separación, posicionándose como adultos y actuando como niño a quien cuidar. Es común en estos casos que quieran dormir con sus madres o se pretendan quedar en casa haciendo compañía. Para estos niños es difícil

establecerse como hijos y se ven en la obligación de ser padres o amigos, algo que les causará dificultades en sus vidas adultas y frustraciones en su desarrollo integral.

Es frecuente también que estos niños sobre adaptados repriman en exceso su angustia o sus sentimientos depresivos dando lugar a síntomas psicosomáticos o a trastornos adictivos en la adolescencia.

Los niños que adoptan una conducta excesivamente madura suelen ser muy cómodos para los padres, quienes les refuerzan dicha actitud pensando que su hijo es muy maduro para su edad. Pero es muy frecuente que cuando los padres encuentren una nueva pareja, éstos se vean relegados de nuevo a su papel de hijo, y les costará volver a adaptarse sintiéndose “destronados”. (Barbero de Granda, 2009, págs. 58-59)

La importancia de los vínculos familiares para el niño o núcleo familiar, tiene su declive con la separación de padres, en la cual el niño ya no forma parte de las actividades diarias de sus abuelos, primos y amigos:

“Cuando los padres se separan o divorcian, los hijos pueden perder el contacto con sus amigos, sus compañeros de clase o figuras muy importantes de su vida personal (“su” maestra o tutora del colegio, primos, tíos o abuelos) e incluso con su padre no custodio. Estas pérdidas pueden ser devastadoras. Los resultados mostrados por las entrevistas en los análisis de Amato (2005) y Pruett (2003) han revelado que la pérdida de contacto con los padres es uno de los resultados más traumatizantes del divorcio y que se refleja en un deficiente ajuste en niños de seis años de edad. No obstante, el mero contacto con el padre

no es suficiente para favorecer el buen equilibrio psicológico del niño (que ya lo es), sino que es necesario que el padre no custodio participe en las actividades diarias, juegos y tareas personales de su hijo. Un padre participativo es un seguro de equilibrio para el niño. Por otra parte, en el desarrollo natural del niño, la adolescencia es un momento de desvinculación progresiva con la familia y de formar grupos de amigos con vínculos estrechos. Es un momento álgido, si estos adolescentes, con padres divorciados y familia disfuncional, se integran a un grupo de iguales antisociales corren el riesgo de ingresar a la pequeña delincuencia, el consumo de sustancias, la actividad sexual temprana y los problemas con la escuela. Curiosamente, en estos casos existe en Estados Unidos (Hetherington y Kelly, 2002) la figura del tutor, maestro o consejero, que imprime en el niño un sentimiento de autoestima, seguridad, modelo y ayuda en todos los aspectos no consolidados en los adolescentes y sirve, al mismo tiempo, como un aliado del padre para reforzar los valores, actitudes y comportamientos que no puede o le es difícil realizar. Algunos niños impopulares y con escasas habilidades sociales sufren a menudo el rechazo de sus propios compañeros y la separación o el divorcio pueden empeorar esta dinámica. Sin embargo, Hetherington y Kelly (2002) encontraron que tener al menos un amigo cercano puede ayudar a resguardar a los niños de las consecuencias del estrés y rechazo de los demás.” (Ampudia Rueda et al, 2018, pág. 9)



# **CAPÍTULO III**

## **ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS**

### **3. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS**

#### **3.1. Presentación de los resultados**

El propósito es lograr los objetivos en relación a la hipótesis y las variables; definidas como, la falta de seguimiento de la ejecución de las sentencias de tenencia y desarrollo psicosocial del niño, se procedió a precisar los indicadores de medición en la primera variable que comprende: la tenencia monoparental y compartida (que alcanza el seguimiento de la ejecución y medidas de protección); y respecto a la segunda variable, el aspecto psicológico y socioeconómico (que entiende los informes/pericias psicológicas e informes sociales); los cuales que se desarrollaran más adelante.

Para tal efecto, se aplicó un marco metodológico que alcanzó como tipo de diseño no experimental de corte transversal, ya que permitió fijar la realidad problemática en los Juzgados de Familia del distrito de Chiclayo, lo que se logró con el análisis de las sentencias emitidas por las dependencias judiciales, previa búsqueda, clasificación e investigación de datos de las mismas.

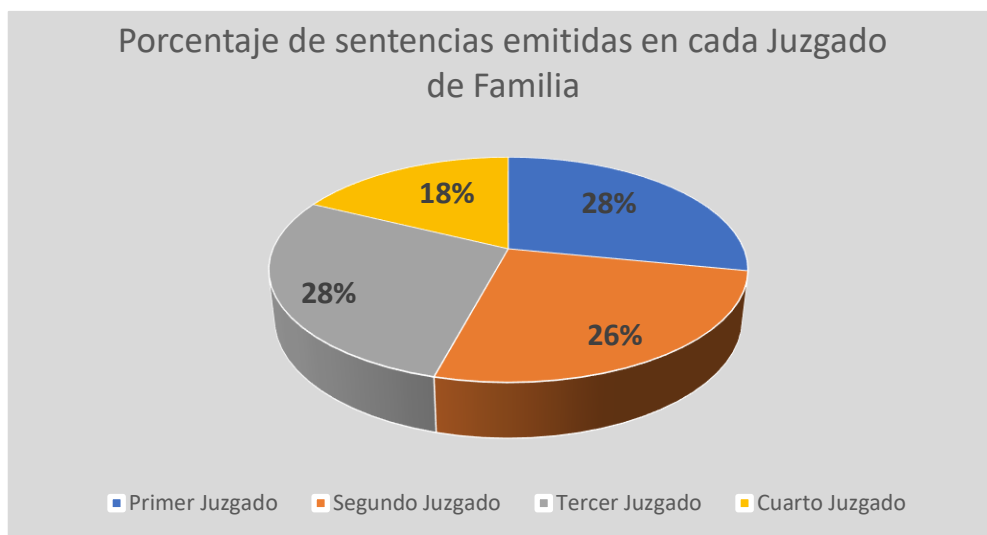
La población de las sentencias de tenencia y custodia emitidas por los Juzgados de familia del distrito - Chiclayo, durante los años 2017-2019, comprende una muestra de 96 sentencias de la especialidad de familia, en la cual se aplicó como técnicas de medición el análisis documental y revisión de las sentencias de tenencia del niño, lo cual se presentará mediante las tablas y figuras con su representación:

**3.1.1. Variable N°01: La falta de seguimiento de la ejecución de las sentencias de tenencia**

**Tabla N° 01: Número de sentencias emitidas en los Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo, en relación a los procesos de tenencia y custodia del niño en los años 2017, 2018 y 2019 que fueron declaradas fundadas.**

Juzgado / Año	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Total
Primer Juzgado	12	8	7	27
Segundo Juzgado	11	7	7	25
Tercer Juzgado	13	8	6	27
Cuarto Juzgado	9	4	4	17
<b>Total</b>				<b>96</b>

**Figura N°01: Porcentaje del total de sentencias emitidas en los Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo, en relación a los procesos de tenencia y custodia del niño en los años 2017, 2018 y 2019 que fueron declaradas fundadas.**



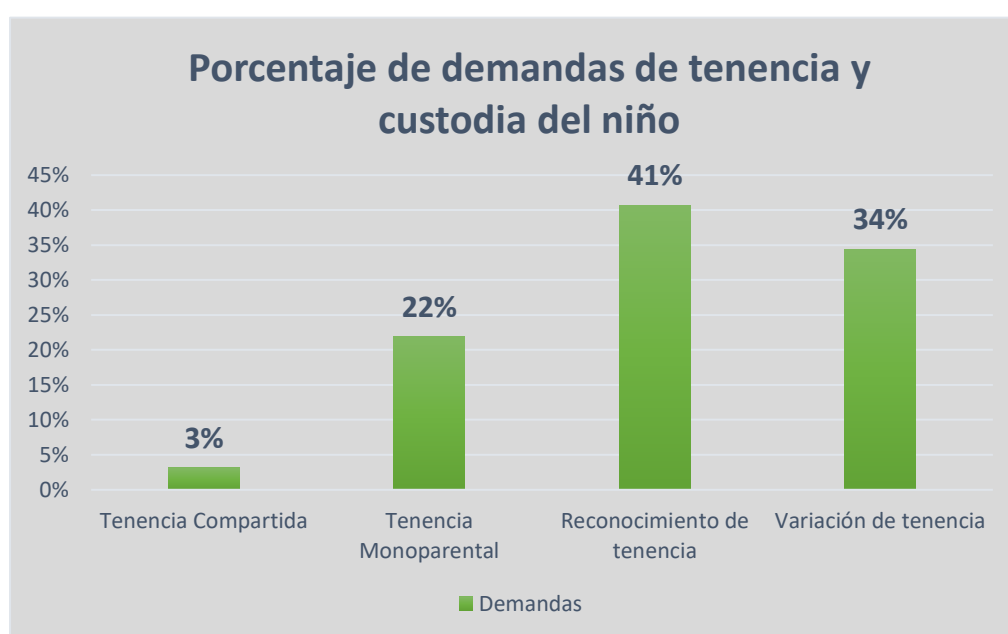
**Análisis de la tabla y figura N°01:** Se observa que el número de sentencias muestreadas, emitidas por los cuatro órganos Jurisdiccionales de Familia es de 96 durante los años 2017 al 2019. El Primero Juzgado emitió 27 sentencias al igual que el Tercer Juzgado de Familia, que representan cada uno, el 28% del total de las sentencias. En cambio, el Segundo Juzgado cuenta con 25

sentencias que representan el 26%. Por último, el Cuarto Juzgado de Familia cuenta con 17 sentencias, siendo el Órgano Jurisdiccional de menor producción en los tres últimos años (2017, 2018 y 2019), ya que su porcentaje es del 18% del total sentencias seleccionadas (96).

**Tabla N°02: Número de procesos de tenencia y custodia del niño, en función a las demandas planteadas en los Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo.**

Demanda de tenencia / Juzgado	Primer Juzgado	Segundo Juzgado	Tercer Juzgado	Cuarto Juzgado	Total
Tenencia Compartida	0	2	0	1	3
Tenencia Monoparental	8	6	5	2	21
Reconocimiento de tenencia	10	9	13	7	39
Variación de tenencia	9	8	9	7	33

**Figura N°02: Porcentaje de los procesos de tenencia y custodia del niño, en función a las demandas planteadas en los Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo.**

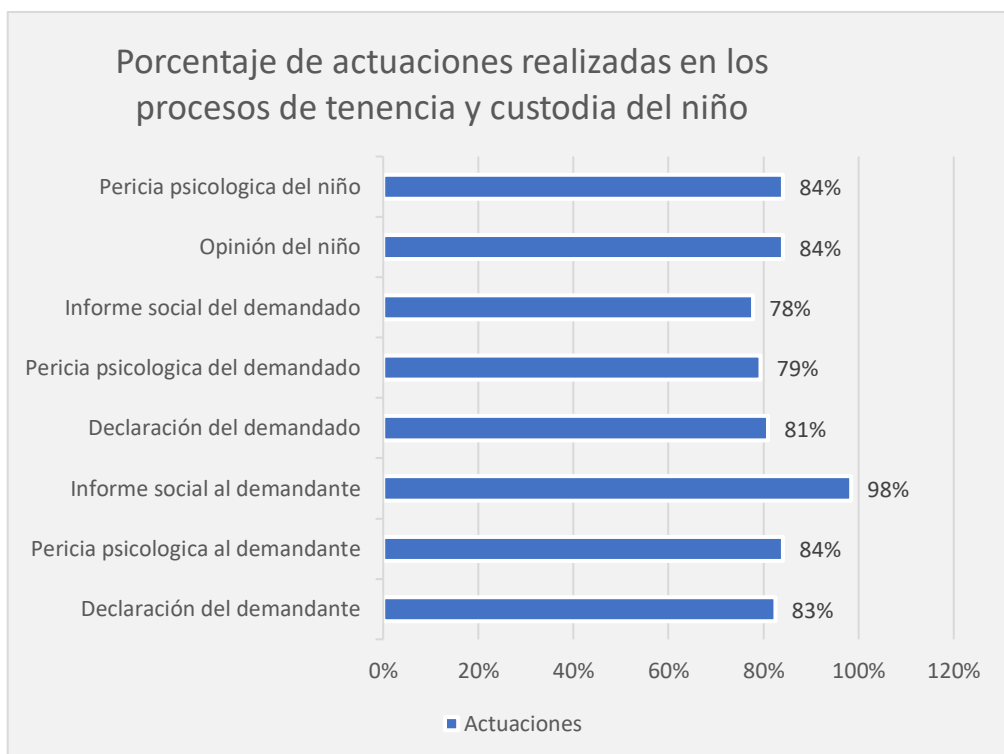


**Análisis de la tabla y figura N°02:** Se observa que los procesos de tenencia y custodia del niño se planteada bajo cuatro postulados: demanda de tenencia compartida, monoparental, reconocimiento y variación. Se llega apreciar que existe una mayor petición respecto al reconocimiento de tenencia al haberse tramitado en total 39 demandas; comprendidas en: 10 demandas en el Primer Juzgado, 9 en el Segundo, 13 en el Tercero y 7 en el Cuarto Juzgado de Familia, que en su conjunto representan el 41%. Caso contrario, sucede con la tenencia compartida, donde solo se han planteado tres demandas (02 en el Segundo Juzgado y 01 en el Cuarto). Bajo esa misma línea, podemos señalar que también se plantea en un menor porcentaje la tenencia monoparental, que representa el 22% del total de los procesos analizados (96). Sin embargo, se advierte un dato importante para nuestro problema. De los 96 procesos analizados, 33 de ellos se refieren a variación de tenencia y representa el 34%, lo cual implica que la tenencia otorgada por el Órgano Jurisdiccional en su momento tiene que ser nuevamente analizada por un juez de familia, al haber variado la estabilidad del menor que podría poner en peligro su integridad; pero tales circunstancias de afectación se conocerán durante el proceso de variación de tenencia y no antes de someter nuevamente al niño a un proceso judicial. Por último, dentro de las dos modalidades de tenencia (monoparental y compartida), la de mayor aceptación por la sociedad y conveniente para abogados litigantes es la tenencia monoparental, que representa un desacuerdo de los padres de poder compartir e intervenir en el cuidado diario de su hijo.

**Tabla N°03: Número de actuaciones realizadas en los procesos de Tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia tramitados en los Juzgados de Familia.**

Actuaciones / Juzgado	Primer Juzgado (18 sentencias)	Segundo Juzgado (17 sentencias)	Tercer Juzgado (18 sentencias)	Cuarto Juzgado (10 sentencias)	Total (63 sentencias)
Declaración del demandante	15	14	15	8	52
Pericia psicológica al demandante	15	15	15	8	53
Informe social al demandante	18	16	18	10	62
Declaración del demandado	14	14	15	8	51
Pericia psicológica del demandado	15	14	14	7	50
Informe social del demandado	14	13	15	7	49
Opinión del niño	15	14	16	8	53
Pericia psicológica del niño	15	14	16	8	53

**Figura N°03: Porcentaje de las actuaciones realizadas en los procesos de Tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia tramitados en los Juzgados de Familia.**



**Análisis de la tabla y figura N°03:** Se observó de la tabla anterior que los cuatro Juzgados de Familia han ejecutado más de la mitad las actuaciones, Tal

es el caso que de la declaración del demandante se ha realizado un porcentaje 83%. La pericia psicológica al demandante se ha realizado en un 84% del 100% (96 procesos). Respecto al informe social al demandante solo difiere el 2%. La declaración del demandando tenemos una realización de un 81%. El 79% respecto a la pericia psicológica del demandado. En relación al informe social del demandado se logró realizar en un 78%; y por último, respecto a las diligencias ordenadas y logradas a favor del niño y/o adolescente, tenemos que su opinión y pericia psicológica se realizó en un 84% del total de expedientes analizados.

**Tabla N°04: Número de supuestos del artículo 84° CNA aplicados a las sentencias de tenencia compartida, tenencia monoparental y reconocimiento de tenencia por los Juzgados de Familia.**

Criterios aplicados en las sentencias / Juzgado	Primer Juzgado (18 sentencias)	Segundo Juzgado (17 sentencias)	Tercer Juzgado (18 sentencias)	Cuarto Juzgado (10 sentencias)
El progenitor que convivio mayor tiempo con el niño	18	17	18	10
El niño menor de 3 años permanecerá con la madre	7	7	9	4
El padre que mejor garantice el contacto del niño con su progenitor	1	1	2	1
Régimen de visitas para el progenitor que no obtenga la tenencia	18	17	18	10

**Figura N°04: Número del total de supuestos del artículo 84° CNA aplicados a las sentencias de tenencia compartida, tenencia monoparental y reconocimiento de tenencia por los Juzgados de Familia.**



**Análisis de la tabla y figura N°04:** El artículo 84° del Código del Niño y Adolescente, establece que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia o en cualquiera de las modalidades -tenencia monoparental o compartida-, el juez resolverá teniendo en cuenta los supuestos descritos en las imágenes; sin embargo, hace hincapié a priorizar el otorgamiento de la tenencia a quien mejor garantice el contacto del niño con el progenitor alejado, ello en virtud de conservar la relación filial. A partir de ello, se advierte que dicha disposición no resulta ser atendida, puesto que de las 63 sentencias emitidas solo en 05 de ellas se analizaron dicha disposición normativa por los cuatro Juzgados de Familia (01 en el Primero, 01 en el Segundo, 02 en el Tercero y 01 en el Cuarto Juzgado). Por otro lado, los de mayor aplicación en las 63 sentencias emitidas son: “el progenitor que convivió mayor tiempo con el niño” y “el régimen de visitas para el progenitor que no obtenga la tenencia”, que resultan ser claros al momento de su aplicación al proceso; así como el supuesto donde el niño de 3 años permanecerá con la madre.

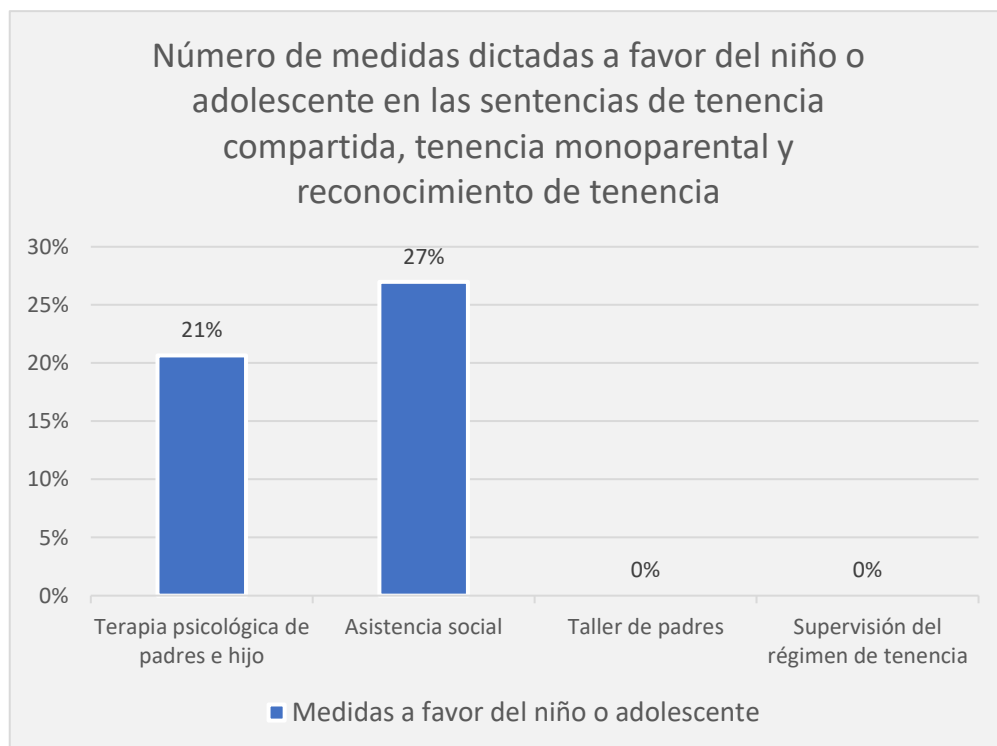


Por lo tanto, se descuida un criterio importante para el normal desarrollo del niño o adolescente, quien debe mantener contacto con su progenitor alejado y su familia, a fin de fortalecer los lazos filiales. Considero que, si se realizará el análisis respectivo permitirá adoptar medidas necesarias a fin de evitar que la relación de padres se quebrante más y de la misma forma, impedir que el niño o adolescente sea sometido nuevamente a un proceso para determinar la tenencia.

**Tabla N°05: Número de medidas dictadas a favor del niño en las sentencias de tenencia compartida, tenencia monoparental y reconocimiento de tenencia, por parte los Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo**

Juzgado / Medidas a favor del niño o adolescente	Terapia psicológica de padres e hijo	Asistencia social	Taller de padres	Supervisión del régimen de tenencia
Primer Juzgado (18 sentencias)	3	4	0	0
Segundo Juzgado (17 sentencias)	3	4	0	0
Tercer Juzgado (18 sentencias)	4	5	0	0
Cuarto Juzgado (10 sentencias)	3	4	0	0
Total (63 sentencias)	13	17	0	0

**Figura N°05: Número total del contenido esencial de las sentencias de tenencia y custodia del niño, emitido por los Juzgado de Familia del Distrito de Chiclayo.**



**Análisis de la tabla y figura N°05:** Se observa en las imágenes descritas que las medidas que se pueden adoptar a favor del niño en los procesos de tenencia son: terapia psicológica, asistencia social, taller de padres y supervisión del régimen de tenencia. Respecto al primero de ellos, se verifica un total de 13 procesos en los cuales se determinó la terapia psicológica para padres e hijos, el cual representa un total del 21% de los 63 expedientes muestreados. En el caso de la asistencia social los cuatro Juzgados de Familia determinaron fijarla en 17 procesos de tenencia que representa el 27%.

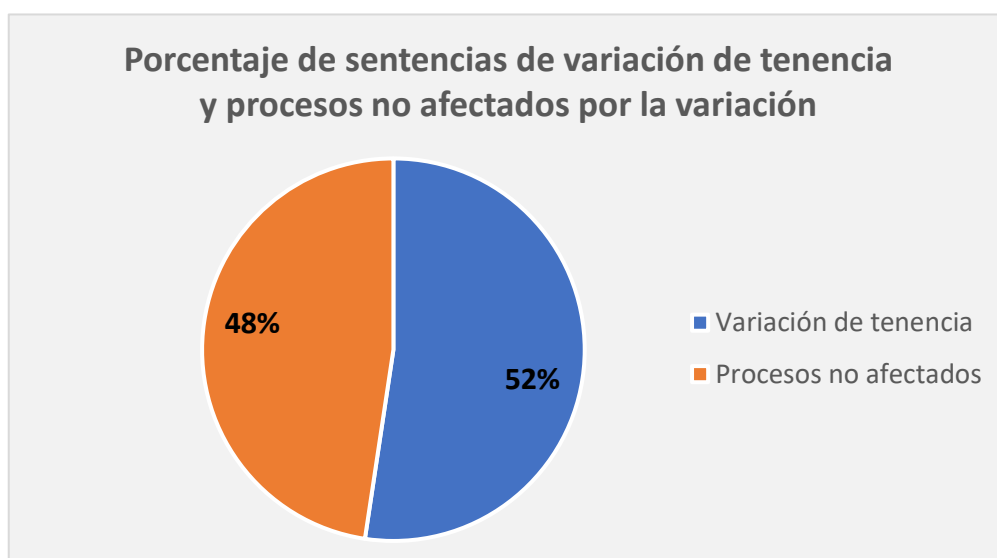
Caso contrario ocurre con el taller de padres y supervisión del régimen de tenencia, no existe ningún proceso en la cual se haya determinado en los tres últimos años (2017 a 2019), dejando de lado, verificar un proceso de naturaleza tuitiva.

### 3.1.2. Variable N°02: Desarrollo psicosocial del niño

**Tabla N°06: Número de procesos de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia en relación a las demandas de variación de tenencia, tramitados en los Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo durante los años 2017 a 2019**

Juzgado /Proceso de tenencia y custodia del niño (63 sentencias)	Procesos de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento	Variación de tenencia	Procesos no afectados
Primer Juzgado	18	9	9
Segundo Juzgado	17	8	9
Tercer Juzgado	18	9	9
Cuarto Juzgado	10	7	3
Total	63	33	30

**Figura N°06: Porcentaje de procesos de variación de tenencia y los procesos no afectados por la variación, tramitados en los cuatro Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo durante los años 2017 a 2019.**



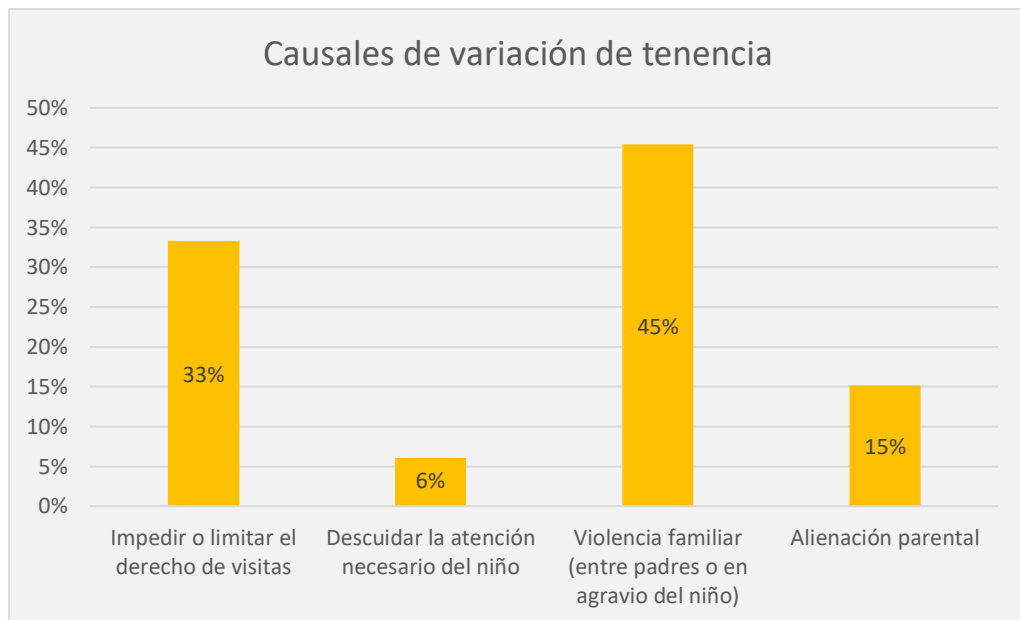
**Análisis de la tabla y figura N°06:** Se observa de los gráficos mencionados que el número de procesos de tenencia y custodia del niño, tramitados durante

los años 2017 a 2019 responden a un total de 96 procesos, clasificados en dos rubros: primer rubro 63 procesos: de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia; y en el segundo rubro tenemos 33 procesos de variación de tenencia, número que supera el primer rubro, clasificados de la siguiente forma: en el Primer Juzgado, de los 18 procesos de tenencia y custodia, 9 de ellos planteo la variación. En el Segundo Juzgado de los 17 procesos 8 demandaron la variación. En el Tercer Juzgado de los 18 procesos 9 solicitaron la variación del régimen. Y finalmente, en el Cuarto Juzgado de los 10 procesos de tenencia 7 interpuso demanda de variación. Por lo tanto, se concluye que del 100%, el 52% responde a un pronunciamiento de variación de tenencia; y en el 48% se desconocen si el régimen se cumple a cabalidad ya que no existe supervisión tutelar del proceso de tenencia.

**Tabla N°07: Número de causales alegadas en los procesos de variación de tenencia, que motivaron declarar fundada la demanda por parte de los cuatro Juzgados de familia**

Causales de variación de tenencia / Juzgado (sentencias 33)	Primer Juzgado (9 sentencia)	Segundo Juzgado (8 sentencias)	Tercer Juzgado (9 sentencias)	Cuarto Juzgado (7 sentencias)	Total
Impedir o limitar el derecho de visitas	2	3	4	2	11
Descuidar la atención necesaria del niño	1	1	0	0	2
Violencia familiar (entre padres o en agravio del niño)	5	3	4	3	15
Alienación parental	1	1	1	2	5

**Figura N°07: Porcentaje de causales alegadas en los procesos de variación de tenencia y que motivaron declarar fundada la demanda por parte de los cuatro Juzgados de familia**



**Análisis de la tabla y figura N°07:** Se observa del análisis de las imágenes descritas, las causales alegadas en los procesos de variación de tenencia entre las que tenemos: 11 casos de violencia familiar (entre padres o en agravio del niño). En menor número, 2 casos relacionados en el descuido de la atención necesaria para el niño. Respecto al impedimento o limite al derecho de visitas se alegaron 15 casos. Por ultimo, 5 casos de alienación parental.

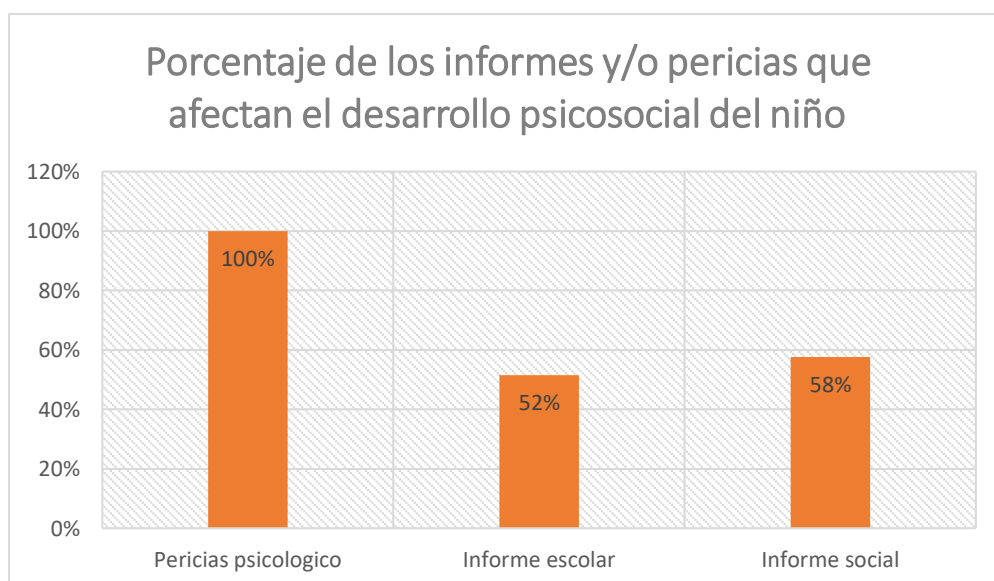
El grafico se advierte que, el mayor porcentaje de causales alegadas en los procesos de variación de tenencia es el impedimento o limite al derecho de visitas que representa un 45%. En segundo orden asumimos los casos de violencia familiar que responde a un 33%. En menor porcentaje tenemos la causal de alienación parental que representa el 15%. Y, por último, el 6% respecto al descuido de la atención necesaria para el niño involucrado.

Se concluye que, si bien es cierto existe un menor índice de las causales clasificadas en “descuidar la atención del niño y alienación parental”; sin embargo, no dejan de ser menos negativas en el área psicosocial del niño.

**Tabla N°08: Número de informes y/o pericias que acreditan la afectación psicosocial del niño**

Juzgado / Informes y/pericias que acreditan la afectación del niño	Pericia psicológica	Informe escolar	Informe social
Primer Juzgado (9 sentencias)	9	4	6
Segundo Juzgado (8 sentencias)	8	4	5
Tercer Juzgado (9 sentencias)	9	5	5
Cuarto Juzgado (7 sentencias)	7	4	3

**Figura N°08: Porcentaje de los de informes y/o pericias que acreditan la afectación psicosocial del niño**



**Análisis de la tabla y figura N°08:** Se observa que en los procesos de variación de tenencia se se determinan en función a los informes y/o pericias que afectan el desarrollo psicosocial del niño, tales como: Informe psicológica en la cual se obtuvo un resultado del 100% que comprende a 33 pericias psicológicas, 52% de informes escolares que representa 17 evaluaciones realizadas y el 58% que representa a 19 informes sociales realizados.

### **3.2. Presentación del Modelo Teórico**

#### **3.2.1. Análisis de la falta de seguimiento en la ejecución de las sentencias de tenencia y custodia del niño.**

Teóricamente la **familia** es el pilar básico de toda sociedad, en la cual nacen obligaciones y deberes entre sus integrantes, quienes construyen un espíritu de alianza y generosidad; empero todas las familias no siempre perduran unidas, sino que surgen cambios en su estructura y organización como derivación del progreso social (matrimonio o uniones de hecho). Situación que trae el tema de la guardia de los hijos, conforme al artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, así tenemos:

- Tenencia compartida: Es ejercida por ambos progenitores.
- Tenencia monoparental: Ejercida por un solo progenitores, otorgándose el régimen de visitas al padre alejado.
- Reconocimiento de tenencia: Cuando uno de los progenitores, cuenta con la tenencia de hecho y acude a la vía jurisdiccional para que le afirmen la guardia de su hijo.
- Variación de tenencia: Es ejercida por el progenitor que no tiene la guardia.

Estas clases de demandas se ha evidenciado en los tres últimos años (2017 a 2019), siendo el resultado, según la tabla N°02, después la aplicación del método de exclusión, 96 procesos instaurados en los Juzgados de Familia de Chiclayo; que comprende 39 demandas de reconocimiento de tenencia y 03 en relación a las demandas de tenencia compartida; lo que da a entender que los desacuerdos (como también los casos de conflictos) entre los padres respecto al cuidado de sus hijos, es latente; a todo ello lo calificamos como “**negativo**”.

### **3.2.1.1. Análisis de las actuaciones realizadas en los procesos de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia.**

En el trámite de los procesos de tenencia y custodia del niño, se realizan frecuentemente las siguientes **actuaciones** a fin de determinar el régimen que le favorable al niño:

- a. Declaración del demandante y demandado.
- b. Pericia psicológica al demandante, demandado y niño.
- c. Informe social al demandante y demandado.

En la práctica de los 63 expedientes analizados (no incluidos los de variación de tenencia), según la figura N°03, el promedio del porcentaje de actuaciones realizadas es de 98% en el caso de los informes sociales a favor de la demandante, esto resulta indiscutible porque el resultado del proceso es de sumo interés; mientras que las actuaciones de menor porcentaje es la pericia psicológica al demandado es de un 79%, que si bien es cierto no se aleja en demasía al porcentaje general, pero el porcentaje en diferencia es sustancial para determinar el perfil del demandado, puesto que tendrá **un régimen de visitas** con el progenitor alejado (institución jurídica que consiente en la continuación de las relaciones del hijo con su padre o madre, quienes ejercen la patria potestad). Se evidencia un factor individual negativo en cada actuación, como es el caso de la declaración del demandado, advertida en los procesos N°08411-2017 y N°00752-2015, donde los demandados no concurrieron al desarrollo de la audiencia pese a estar válidamente notificados, lo cual lo evidenciamos como actuaciones **“negativas”**.



### **3.2.1.2. Análisis de los supuestos aplicados del artículo 84° CNA a las sentencias de tenencia compartida, tenencia monoparental y reconocimiento de tenencia.**

Se ha obtenido según el gráfico y la figura N°04, el resultado de los supuestos del artículo 84° del C.N.A aplicados a las sentencias de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia, siendo su aplicación máxima (63) en los dos primeros mencionados a continuación:

- El progenitor que convivió mayor tiempo con el niño.
- Régimen de visitas para el progenitor que no obtenga la tenencia.
- El niño menor de 3 años permanecerá con la madre.
- El padre que mejor garantice el contacto del niño con su progenitor.

Si bien es cierto dichos supuestos se emplean por lo general en las sentencias; sin embargo, la norma acotada incluye al régimen de visitas dentro de dicho apartado, pero el régimen de visitas es asociado a la decisión del proceso de tenencia, atendiendo al derecho familiar subjetivo del progenitor que no vive con su hijo, en tal sentido, más que un supuesto es un presupuesto de las sentencias de tenencia.

Ahora bien, en los supuestos con menor prioridad resulta menos considerados los dos últimos supuestos acotados, que tienen una aplicación de 27 y 5 respectivamente, aplicados en las sentencias de tenencia.

### **3.2.1.3. Análisis de las medidas dictadas a favor del niño en las sentencias de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia.**

Se ha obtenido según el cuadro y figura N°05 que las medidas que se han dictado en las sentencias de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia,

comprende la terapia psicológica de padres e hijos que representa un 21%, siendo priorizada en un 27% su aplicación la medida de asistencia social.

Mientras que las otras alternativas con menor prioridad, taller de padres y supervisión del régimen de tenencia, responden a un 0% de aplicación; a todo ello lo calificamos como “**negativo**” en los procesos de tenencia y lo interpretamos como “**falta de supervisión**”

### **3.2.2. Análisis de la afectación del desarrollo psicosocial del niño.**

#### **3.2.2.1. Análisis de los procesos instaurados posterior a la demanda de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia.**

Según el grafico y figura N°06 se ha obtenido que existen 63 procesos de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia que de alguna u otra forma tienen notabilidad; es decir comprende 30 procesos no afectados con ninguna demanda nueva posterior a la principal (es decir a la demanda de tenencia y custodia) y 33 procesos de variación de tenencia. En tal sentido, los procesos no afectados responden a un 48% y los procesos afectados con la variación de tenencia responden a un 52%; ello quiere decir que existe más de la mitad de los 63 procesos de tenencia en los cuales se ha tenido que deliberar nuevamente a quien le corresponde la guarda del niño o adolescente, lo que calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**afectación al niño**”.

#### **3.2.2.2. Análisis de las causales alegadas en las sentencias de variación de tenencia que motivaron a declarar fundada la demanda.**

Se ha obtenido del gráfico y figura N°07 que las frecuentes causales que se presentan en los procesos de variación de tenencia son: impedir o limitar el derecho de visitas,

descuidar la atención necesaria del niño, violencia familiar (entre padre o en agravio del niño) y alienación parental.

Tal es caso que la mayor frecuencia es de un 45% que equivale a 15 demandas por la causal de violencia familiar, y un 33% de la causal de impedir o limitar el derecho de visitas que responde a 11 demandas por dicha causal, lo cual lo calificamos como **“negativo”** y lo interpretamos como **“afectación al niño”**

Mientras que para la causal de alienación parental se cuenta 5 procesos que equivale al 15%; asimismo, por la causal de descuidar la atención necesaria del niño se tuvo 02 procesos que equivale al 6% del total de los procesos de variación de tenencia

### **3.2.2.3. Análisis de los informes y/o pericias que acreditan la afectan en el desarrollo psicosocial del niño.**

Según la tabla y figura N°08 en el análisis de los procesos de variación de tenencia se obtuvo y acredito la afectación del desarrollo psicosocial del niño o adolescente, demostrándose en las nuevas demandas que existían factores suficientes para variar el régimen de tenencia. Así tenemos las pericias psicológicas el cual representa el 100% y equivale a 33 pericias. Por otro lado, tenemos un 52% que representa 21 informes escolares que determinaron la alteración al rendimiento correcto del niño o adolescente; y por último, el 58% que alcanza 19 informes sociales donde se estableció que el entorno social de niño o adolescente resultaba perjudicial para su progreso; a todo ello lo calificamos como **“negativo”** para la parte vulnerable.

# **CAPÍTULO IV**

## **CONCLUSIONES**

#### **4. CONCLUSIONES SOBRE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE TENENCIA Y SU IMPLICANCIA EN EL DESARROLLO PSICOSOCIAL DEL NIÑO.**

##### **4.1. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis**

##### **4.1.1. La falta de seguimiento de la ejecución de las sentencias de tenencia**

##### **A. Procesos de tenencia y custodia del niño, en función a las demandas planteadas en los Juzgados de Familia del Distrito de Chiclayo.**

- . - El 41% corresponde a sentencias que declararon fundadas las demandas de reconocimiento de tenencia, gran demanda de fallos judiciales que comprende una atención por parte del estado en los casos que involucra menores de edad.

La prelación individual de las sentencias de menor porcentaje se expresa de la siguiente forma:

Tenencia compartida	3	3%
Tenencia monoparental	21	22%
Variación de tenencia	33	34%

- . - Razones o causas del porcentaje de las sentencias emitidas

- Se advirtió que a través de la muestra realizada se pudo obtener que existe gran demanda de casos en los cuales se discute la tenencia y custodia del menor, por razón de problemas de pareja, la misma que no es posible sostenerla, apreciándose que durante el periodo 2017 a 2019 se seleccionaron 96 sentencias, dentro de las cuales 33 comprende a una nueva evaluación por no realizarse la supervisión debida del régimen determinado.
- No se realiza una evaluación íntegra de las demandas interpuestas, al no evaluarse como problemas humanos sino como problemas legales, donde hay que buscar una solución al conflicto de interés de los progenitores.

**B. Actuaciones realizadas en los procesos de tenencia compartida, monoparental y reconocimiento de tenencia.**

- . - Las actuaciones de mayor cumplimiento en los 96 procesos de tenencia y custodia seleccionados a través de la muestra dirigida que supera el 80% de su realización comprende los siguientes: la pericia psicológica del niño, la opinión del niño, la declaración del demandado, el informe social al demandante, la pericia psicológica al demandante y la declaración del demandante, que en cantidad se expresa de la siguiente manera:

Pericia psicológica del niño	53	84%
Opinión del niño	53	84%
Declaración del demandado	51	81%
Informe social al demandante	49	98%
Pericia psicológica al demandante	53	84%
Declaración del demandante	52	83%

- . - Finalidad de las actuaciones realizadas en los procesos de tenencia y custodia del niño:
- Determinar cuál es la afectación del niño y en relación a quien de los padres impide su desarrollo integral.
  - Determinar cuáles de los progenitores garantiza mejor la formación afectiva del niño.
  - Determinar en qué contexto el niño desarrolla mejor sus habilidades y formación profesional que le garantice el respeto a sus derechos humanos.

**C. Medidas dictadas a favor del niño en las sentencias de tenencia compartida, tenencia monoparental y reconocimiento de tenencia.**

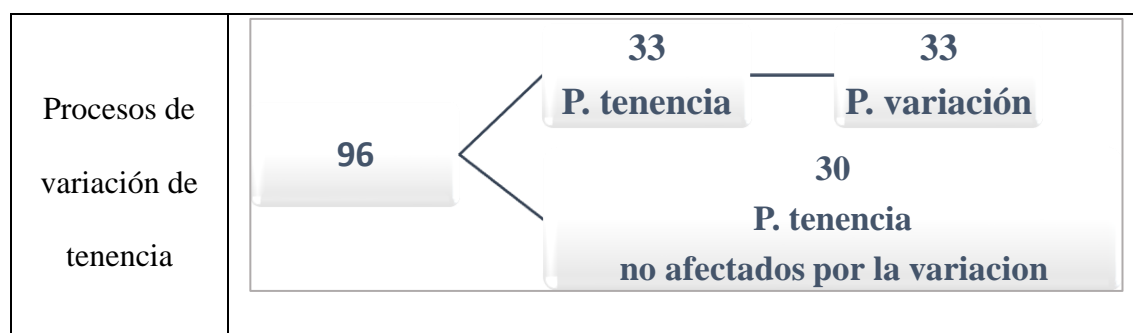
. - El 48% de aplicación de medidas a favor de los menores en los procesos de tenencia ya sea en su modalidad de compartida, monoparental y reconocimiento se aplicaron en los fallos que involucran a niños, niñas y adolescentes, que comprende el 21% de terapias psicológicas de padre e hijo y el 27% de asistencia social, únicas medidas aplicadas en los procesos de tenencia o que se consideran suficientes para el acatamiento del régimen de tenencia y custodia, existiendo un 0% en relación a la supervisión del régimen ordenado; así se expresa:

Terapia psicológica de padres e hijo	13	21%
Asistencia social	17	27%

**4.1.2. Desarrollo psicosocial del niño**

**A. Procesos de variación de tenencia y custodia del niño y los procesos no afectados por la variación**

. - El 52% de procesos de variación de tenencia y custodia del niño, son evidencias o respuestas a las fallas que pueden existir en los procesos de tenencia emitidos en una primera sentencia (proceso primigenio), porcentaje que representa que la afectación al desarrollo psicosocial del niño, la cual permitió dictar un nuevo pronunciamiento a fin de proteger el interés preponderante del niño, esto se contrasta de la siguiente manera:



## **B. Causales alegadas en los procesos de variación de tenencia**

.- El 45% de casos de violencia familiar entre padres o en agravio del niño se alegaron en los nuevos procesos de variación de tenencia y causal que fue analizada en la sentencia, asimismo el 33% de la causal de impedimento del régimen de visitas por el progenitor que mantenía la custodia del niño; causales que en su mayor dimensión se evidencio en los procesos de variación de tenencia y que permiten preguntarnos qué hubiese pasado si el otro progenitor no informara al juzgado de la situación que enfrenta el niño, caso contrario nos preguntamos, esto se pudo evitar si existiera una supervisión de los Juzgados de Familia; causales que se expresan de la siguiente forma:

Limitar el derecho de visitas	11	33%
Descuidar la atención necesaria del niño	2	6%
Violencia familiar	15	45%
Alienación parental	5	15%

## **C. Informes y/o pericias que acreditan la afectación psicosocial del niño**

.- El 100% de las pericias psicológicas que se realizaron permitieron determinar que la afectación en todos los niños presentaron afectación, asimismo el contexto social en un 58% y adicionalmente en un 52% se vio afectado en su rendimiento escolar; de ello se colige que existe una evidente afectación al desarrollo psicosocial del niño frente a la omisión de detectarlo antes de que este sea comunicado por uno de los progenitores quien tiene que hacerlo mediante una demanda de variación de tenencia; afectación que se expresa de la siguiente forma:



Pericia psicológica	33	100%
Informe escolar	17	52%
Informe social	19	58%

#### **4.2. Contraste de la hipótesis global**

Existe una evidente falta de seguimiento o supervisión de los operadores de justicia respecto a la ejecución de los procesos de tenencia y custodia de Niño; evidencia que se presenta con los procesos planteados por variación de tenencia, producto de la conducta omisiva y poco trascendental de los operadores de justicia, que terminan por afectar el desarrollo psicosocial del niño

Teniendo en cuenta el resumen de las apreciaciones resultantes para cada variable tenemos:

##### **Conclusión 1:**

Los procesos de tenencia y custodia del niño se resuelven atendiendo a la demanda que se plantea, como es en su mayoría la tenencia monoparental (cabe aclarar que simplemente se interpone como tenencia y custodia del niño), resultado poco solicitada la tenencia compartida o determinada esta mediante sentencia. Para determinar el régimen se realiza actuaciones como son las pericias psicológicas, sociales y declaraciones judiciales; con la finalidad de determinar el perfil de los padres y los niños, ello con el objetivo de poder adoptar las medidas necesarias para el ejercicio pleno de los derechos de la persona vulnerable, como es el niño, niña o adolescente. Sin embargo, una vez realizada las actuaciones las medidas que se dictan en sentencia, por lo general son, la terapia psicológica de padre e hijos en un 21% y la asistencia social 27%, que a las finales que da en papel muerto, porque dichas actuaciones no

cumplen ninguna finalidad, sino simplemente queda en su actuación, es decir no existe una supervisión o pronunciamiento de las diligencias ordenadas.

### **Conclusión 2:**

El desarrollo psicosocial del niño, se ve afectado frente a la omisión de tutela que no realiza los operados de justicia, tal como se evidenció en los procesos de variación de tenencia, que representa el 52% de los procesos instaurados, es decir 33 procesos apalearon a un nuevo pronunciamiento por verse afectado el interés superior del niño, tal como se demostró con los informes y/o pericias que se realizaron en la instauración de los procesos de variación; siendo el caso que el 100% de pericias psicológicas realizadas determinó la afectación del niño, más del 50% de los informes escolares y sociales ordenaron permitieron determinar que el contexto social del niño está siendo agraviado.

**Conclusión general:** Del análisis en cuanto a la falta de seguimiento de los procesos de tenencia y custodia a la luz del principio del interés superior del niño, se evidenció que no existe una tutela íntegra a favor del menor cuando se dictan los fallos judiciales; por cuanto su ejecución queda en papel muerto, porque no se advierte la atención continua y necesaria a los asuntos que involucran niños, niñas y adolescentes, menos aún se evidencia que estos asuntos sean tratados como problemas humanos tal como lo establecido el Tercer Pleno Casatorio; porque la situación en la cual se ve inmerso un niño posterior al régimen determinado por el Órgano Jurisdiccional tiene que ser advertida por el progenitor alejado del niño, y que da a conocer la situación de agravio mediante una demanda de variación de tenencia, tal como se evidencia con el 52% de los procesos instaurados por variación, así como el 100% de las pericias psicológicas que determinaron la afectación del niño y más del 50% del resultado de los informes escolares y sociales realizados en los nuevos procesos.

# **CAPÍTULO V**

## **RECOMENDACIONES**

## **5. RECOMENDACIONES SOBRE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE TENENCIA Y SU IMPLICANCIA EN EL DESARROLLO PSICOSOCIAL DEL NIÑO.**

**Recomendación 1:** De acuerdo a la primera conclusión de la falta de seguimiento en la ejecución de las sentencias de tenencia y custodia del niño, tenemos que las únicas medidas adoptadas en la ejecución de las sentencias solo se plantean las terapias psicológicas de padres e hijos y la asistencia social; sin embargo, no existe ordenanza de supervisión o vigilancia; frente a ese factor se plantea lo siguiente:

- 1. Ordenar en las sentencias la supervisión del régimen de tenencia por parte de la asistente social.** Hay que tener en cuenta que los Juzgados de Familia cuentan con un equipo multidisciplinario quienes se encargan de realizar las visitas en los domicilios de las niñas, niños y adolescentes, a fin de determinar cuál es el contexto social en el cual se encuentran desarrollando o si este está siendo alterado. Partiendo de ello, se deberá adoptar dicha medida, la cual deberá realizarse de forma inopinada, pudiendo ser cada quince días; caso contrario se realice a través de las redes tecnológicas (vía whatsapp, Gmail, zoom, entre otros)
- 2. Establecer políticas de trabajo a cargo del área de psicología, con la finalidad de hacer uso de los medios tecnológicos atendiendo a estado de emergencia que atraviesa nuestro país.** Al establecer políticas de trabajo, que le permitan al psicólogo realizar una apreciación del contexto en el cual se está desarrollando el niño, o establecer algún tipo de contacto con los padres a fin de brindarle orientación psicológica que le permita mejorar las relaciones filiaciones, se lograría que los padres se vean comprometidos con el buen

ejercicio de sus deberes de patria potestad; política de trabajo mayor facilidad de contacto con las partes procesales.

3. **Contar con un mejor equipo multidisciplinario que comprenda a capacitación, personal e infraestructura suficiente que lo integre.** Esto permitiría que no exista ningún impedimento para el cumplimiento de la medida de supervisión del régimen de visitas. El personal capacitado y suficiente, que además cuente con los medios para el cumplimiento de sus funciones no solo estaría velando por el cumplimiento de la sentencia o el régimen fijado, sino que se estaría evitando carga procesal innecesaria frente a una nueva demanda por variación de tenencia.

**Recomendación 2:** De los resultados obtenidos y expuestos en la segunda conclusión, tenemos que se ha evidenciado una afectación al desarrollo psicosocial del niño, a causa de la falta de supervisión del régimen determinado en las sentencias de tenencia y custodia del niño, como consecuencia de la falta de seguimiento en la ejecución de las sentencias. Para ello es necesario establecer:

1. **En la realización de las pericias y/o informes que se ordenan en los procesos de tenencia, se requiera que el profesional a cargo, exponga que tratamiento deberá ordenarse cuando se evidencia algún tipo de injerencia lesiva.** Esto se refiere que, cuando se requiera al equipo multidisciplinario de la evaluación psicológica y social del niño y los progenitores involucrados se requiera en el oficio diligenciado, que al determinarse algún tipo de agravio ya sea este leve para el niño, se determine las medidas pertinentes que considere, como profesional, las más idóneas.
2. **Someter a los padres durante el proceso de tenencia y custodia del niño a terapias.** Cabe indicar que los padres acuden a la vía judicial porque no resulta

posible que puedan solucionar sus conflictos de forma pacífica, representando esto, una mala relación de padres y una afectación de manera indirecta para el niño, niña o adolescente. Para ello, resulta necesario que durante el trámite del proceso se ordene terapias para el niño y padres a fin de mejorar la comunicación entre ellos y optimizar los vínculos de parentesco.

**Recomendación general:** Debe plantearse lineamientos mediante un Protocolo de intervención en los procesos de tenencia y custodia, bajo el esquema de las recomendaciones uno y dos debidamente expuestas; atendiendo la situación de emergencia que travesamos, lo cual implica que la convivencia sea más permanente y esta se puede presentar tensa, tal como lo ha establecido la Organización de mujeres, quien ha señalado que los riesgos de violencia en las niñas ha aumentado debido a las tensiones del hogar, al no poder enfrentar los obstáculos de trabajo, servicios esenciales entre otros; por ello, resulta necesario que se implemente un protocolo de intervención en los procesos de tenencia, durante su etapa de ejecución.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## REFERENCIAS

- Abboud Castillo, N. L. (2017). *El cuidado Compartido: Especial Referencia al Derecho Nicaraguense*. Obtenido de Ebookcentral: Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>
- Acedo Penco, A. (2013). *Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson.
- Aguilar Cavallo, G. (2009). El principio del Interes Superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 223-247. Obtenido de Ebookcentral.
- Aguilar Llanos, B. (2017). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *revistas PUCP - Derecho & sociedad* 32, 191 -197.
- Alvarez, R. (2006). *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. Mexico: Instituto de investigaciones jurídicas. serie doctrina jurídica.
- Amado Ramirez, E. d. (2013). La unión de hecho y el reconocimiento de derecho sucesorios según el derecho civil peruano. *Vox Juris* (25) I, 121-156. Obtenido de USMP San Martin de Porres - Facultad de Derecho.
- Ampudia Rueda, A., Sánchez Crespo, G., & Jimenez Gómez, F. (2018). *Evaluación psicológica forense: la custodia de los menores*. Mexico: Editorial El Manual Moderno.
- Barbero de Granda, M. (2009). *El síndrome de Salomón: el niño partido en dos* (2a. ed.). Bilbao: Editorial Desclee de Brouwer.
- Becerril, D., & Venegas, M. (2017). *La custodia compartida en España*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Blanco, C. (2016). *Repositorio Dspace*. Obtenido de repositorio.uancv: <http://repositorio.uancv.edu.pe/handle/UANCV/1364?show=full>
- Cabanilla León, J. L., & Caveda, D. A. (28 de Julio de 2018). *Las adopciones tradicionales y la vulneración del principio del interés superior del niño*. Obtenido de EbookCentral: <https://ebookcentral.proquest.com>
- Camejo Lluch, R. (2015). *La familia y su estructura*. Tunas, Cubas: El Cid Editor.
- Castillo Freyre, M. (2013). *El divorcio en la Legislación, doctrina y Jurisprudencia causales, proceso y garantías*. Lima: Gaceta Civil y Procesal Civil.
- Celis, A., & Huaccha, J. (Enero de 2016). *Relación entre el síndrome de alienación parental y el bienestar psicológico de estudiantes de educación secundaria, hijos de padres separados, de la ciudad de Cajamarca*. Obtenido de repositorio.upagu: <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/154>
- Correa, J. (5 de Septiembre de 2016). *La tenencia compartida y sus efectos jurídicos en la Constitución del Ecuador*. Obtenido de Repositorio Institucional de la Universidad de Guayaquil: <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/12929>



- De Trazegnies Granda, F., Rodríguez Iturri, R., Cardenas Quiros, C., & Garibaldi, J. A. (1990). *La familia en el derecho peruano. Primera Edición*. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hinostroza, A. (2012). *Procesos judiciales derivados del derecho de familia: 2da edición*. Lima: Iustitia S.A.C.
- Instituto Legales. (2017). *Balotario Desarrollado 2017*. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Leal Freire, B. (2006). *Aproximación teórica al fenómeno de la monoparentalidad. Acciones e investigación Sociales, 1, 1-14*. Zaragoza: D - Universidad de Zaragoza: Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo.
- Lopez Contreras, R. E. (2015). Interés Superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1)*, 51-70.
- Mendez Costa, M. J., Lorenzo de Ferrando, M. R., Cadoche de Azvalinsky, S., D'Antonio, D. H., & Ferrer, F. A. (2008). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Plácido Vilcachagua, A. (2014). *El nuevo rostro del derecho de familia: comentarios a la nueva ley N°30007 sobre los derechos sucesorios en las uniones de hecho. 1ra edición*. Lima.
- Ponce Albuquerque, J. (2017). *Familia, conflictos familiares y mediación*. Madrid: Editorial UBIJUS.
- Reynero Camejo, L. (2015). *La familia como institución*. Buenos Aires: El Cid Editor.
- Ríos, E., & Saravia, Hilda. (2018). *La tenencia del niño y su principio del interés superior*. Obtenido de repositorio.unapiquitos: <http://repositorio.unapiquitos.edu.pe/handle/UNAP/5349>
- Romero Coloma, A. M. (2011). *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria). 1ª edición*. Madrid: Reus, S.A.
- Solano Jaime, R. Y. (2008). La tenencia compartida: ¿Solución a la batalla legal que otorga como trofeo a los hijos? *Gaceta Jurídica N°180*, 31-33.
- Steffen, M. (2003). *Coparentalidad Post-separación conyugal un paradigma familiar de tuición compartida Chileno*. Obtenido de Tripod: <http://orientacionfamiliar.tripod.com/tesis.pdf>
- Tenencia, 2702-2015 -Lima (Cortes Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria 6 de Mayo de 2016).
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia: la nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Primera edición. Tomo I*. Lima.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de familia. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

# **ANEXOS**

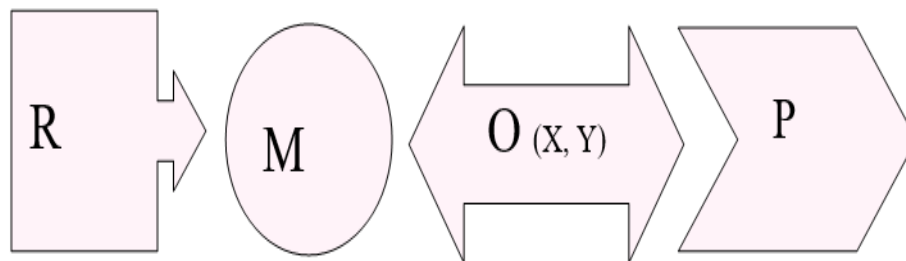
## ANEXOS

<b>PROTOCOLO DE INTERVENCIÓN EN LOS PROCESOS DE TENENCIA Y CUSTODIA</b>	
<b>Etapas primera: Tramite del proceso</b>	
<b>Las pericias y/o informes deberán contener el tratamiento cuando se evidencia algún tipo de injerencia lesiva, advertida por el profesional.</b>	El Equipo Multidisciplinario cuando evidencie en las evaluaciones psicológicas y sociales del niño y de los progenitores un agravio a los derechos del niño, niña o adolescente o determine que su contexto social afecta su desarrollo, deberá fijar el tratamiento necesario a fin de evitar o suprimir las injerencias lesivas, el cual deberá cumplirse previamente antes de emitir sentencia.
<b>Someter a los padres durante el proceso de tenencia y custodia del niño a terapias.</b>	Ordene que durante el trámite y lo que dure el proceso los progenitores y el niño se sometan a terapias con la finalidad de mejorar la comunicación de padres y optimizar los vínculos de parentesco.
<b>Etapas Segunda: Ejecución de la sentencia</b>	
<b>Ordenar en las sentencias la supervisión del régimen de tenencia y custodia del niño por parte de la asistente social.</b>	Visitas domiciliarias de forma inopinada, con las medidas de seguridad, pudiendo realizarse cada quince días o a opinión del profesional a cargo; caso contrario se realice a través de las redes tecnológicas (vía <del>whatsapp</del> Gmail, zoom, entre otros)
<b>Establecer políticas de trabajo a cargo del área de psicología, con la finalidad de hacer uso de los medios tecnológicos.</b>	El psicólogo realizar una apreciación del contexto en el cual se está desarrollando el niño, niña o adolescente y establecer comunicación con los padres a fin de brindarle orientación psicológica y puedan mejorar las relaciones filiaciones. La diligencia se realizará cada quince días

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADO RES	ÍNDICES	TÉCNICAS
La falta de seguimiento de la ejecución de las sentencias de tenencia	Tenencia Monoparental  Tenencia Compartida	Seguimient o de la ejecución  Medidas de protección	Sin seguimient o  Con seguimient o  Terapia Psicológica  Asistencia Social  Taller de padres	Análisis documental,
Desarrollo psicosocial del niño	Aspecto psicológico  Aspecto socioeconómico	Informes/pe ricias psicológicas  Informes sociales	Con afectación  Sin afectación  Contexto familiar favorable  Contexto familiar no favorable	Revisión de las sentencias de tenencia.

## DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El tipo de diseño es no experimental de corte transversal, porque permitirá fijar la realidad problemática que se presenta en los Juzgados de Familia de Chiclayo, mediante el análisis de las sentencias judiciales, así como en la búsqueda, clasificación e investigación de datos.



R: Realidad problemática en los Juzgados de Familia de Chiclayo.

M: Muestra.

O: Observación de la variable X, Y.

X= La falta de seguimiento de la ejecución de las sentencias de tenencia.

Y= Desarrollo integral del niño.

P: Propuesta.

Es necesario precisar que, por tratarse de niños, niñas y adolescentes, los datos de los expedientes no serán expuestos de manera íntegra, pero se establecerá un resumen del caso de algunos expedientes analizados

**Ficha de datos**

**Expediente: 7597-2017**

**PRETENSIÓN:** Doña CLAUDIA, interpone demanda de Tenencia, acción que la dirige en contra de don JULIO, a efecto de que se disponga que la demandante sea quien ejerza la TENENCIA sobre sus menores hijas E y G.

**FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN:** Que, revisados los actuados y contenido de las diligencias actuadas y medios probatorios aportados en el proceso se tiene acreditado que la tenencia actualmente la viene ejerciendo la madre, como así lo ha reconocido la demandante e igualmente el demandado, por lo que no habiéndose probado fehacientemente que la madre incumpla con sus deberes maternos y el hecho mismo que ella haya asumido las conductas a las que hace referencia el demandado, video en folios ciento doce y ciento trece, los cuales fueron visualizados en Audiencia Única en donde no se acredita que haya realizado conductas inmorales o actitudes que perjudiquen a sus menores hijas, no encontrándose descalificada para seguir ejerciendo la tenencia de sus menores hijas. **FALLO:** Fundada la demanda sin otra disposición.

**Ficha de datos**

**Expediente: 6659-2018**

**PRETENSIÓN:** Doña MARIA, interpone demanda de Tenencia y Custodia, acción que la dirige en contra de don JOSE, a efecto de que se disponga que la demandante sea quien ejerza la TENENCIA Y CUSTODIA sobre sus menores hijos J, K, O y R.

**FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN:** Los menores se encuentran en un proceso de estructuración de personalidad y motivación lo cual no impide que sea la madre quien deba asumir la tenencia y custodia y más aún si no se ha acreditado que la demandante deliberadamente haya dejado de atender sus obligaciones maternas respecto a sus menores hijos, al contrario se corrobora que ha sido su progenitora con quien se han venido desarrollarse desde su nacimiento y como tal garantiza su cuidado y protección; asimismo debiéndose considerar que el menor J quien ha manifestado en audiencia única que reside con su padre en Lima; el cual deberá desarrollarse conjuntamente con sus hermanos menores de edad y su madre en esta Ciudad; los niños por su escasa edad, requieren las atenciones directas de su progenitora. **FALLO:** Fundada la demanda sin ninguna otra disposición.

Es necesario precisar que, por tratarse de niños, niñas y adolescentes, los datos de los expedientes no serán expuestos de manera íntegra, pero se establecerá un resumen del caso de algunos expedientes analizados

**Ficha de datos**

**Expediente: 3609-2018**

**PRETENSIÓN** Interpone demanda de variación de tenencia establecida en el Exp. N° 5566-2017); en relación al menor D quien se encuentra bajo el cuidado de su madre Claudia, por haberse afectado su integridad física.

**FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN:** La juzgadora asume convicción que es amparable la demanda, debiendo disponerse la variación de la tenencia a favor del demandante, y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, en donde las visitas con en él en el hogar materno, no han fortalecido las relaciones paterno filiales, es procedente disponer que previamente se disponga el contacto de demandante con el menor y se realice las visitas con externamiento del hogar materno, para que se refuercen aún más los lazos familiares, y esta sea en forma más continua y asimismo en forma directa entre ellos, por cuanto al ser el demandante padre biológico de la menor no puede restringirse a la niño su derecho a mantener de modo regular las relaciones personales y contacto directo con el demandante. **FALLO:** Fundada la demanda sin ninguna otra disposición.

**Ficha de datos**

**Expediente: 3149-2017**

**PRETENSIÓN:** Mediante escrito de fecha 21 de octubre del 2017 don Mario demanda la Variación de Tenencia de sus menores hijos, L, I y J, acción que dirige contra doña Kristel.

**FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN:** Pese a que en el proceso principal se otorgó la tenencia de la madre, sin embargo a partir de dicha fecha es don, quien asume la tenencia de sus nombrados hijos, respecto del cual la demandada no ha mostrado mayor oposición; pues en su propio escrito de contestación, puntualizó entre otros que, accedió a que los menores hijos fueran con su padre, porque la pensión de alimentos asignada resultaba insuficiente y pensó en el bienestar de sus hijos; aunado a ello, se tiene que el demandante es la persona idónea para ejercer la tenencia de sus hijos, dado que cuenta con las condiciones materiales y personales para ello, en ese sentido se ha verificado que los ambientes de su vivienda son los adecuados para que sus hijos sigan viviendo a su lado, más aun si se han evidenciado ausencia de la figura materna. **FALLO:** Fundada la demanda sin ninguna otra disposición.

## Lambayeque: 90 parejas se divorciaron en el 2014 en distrito de La Victoria



ANDINA

14:39 | Chiclayo, feb. 05.



Casi 90 parejas de esposos disolvieron su unión conyugal al cierre del 2014, en el distrito chiclayano de La Victoria, donde además ya se registran 10 expedientes de parejas que están tramitando su divorcio en lo que va del presente año.

La jefa de Registro Civil de esa comuna distrital, Irma Bustamante, indicó que el año pasado un total de 84 parejas tramitaron su separación, en el marco de la Ley N° 29227 de Divorcios Rápidos implementada en el Perú.

Recordó que con esta ley, las parejas que lo desean pueden en poco tiempo divorciarse, sin tener que pasar por los engorrosos trámites judiciales que hasta hace poco eran los únicos que la ley peruana ofrecía como alternativa y donde el tiempo del proceso judicial era de entre uno a tres años.

Bustamante aclaró, sin embargo, que los requisitos del divorcio rápido exige que mínimamente la unión conyugal cuente con dos años de existencia para entrar en este sistema.

andina Lo último Actualidad Galería Canal Online Vídeos Especiales Perfiles

"También es necesario que los aún esposos firmen la Solicitud de Divorcio Rápido, lo que implica en buena cuenta un mutuo acuerdo en cuanto a la disolución de la unión", explicó.

Adicionalmente, los interesados deberán presentar partida de matrimonio y copia del DNI de cada uno.

Asimismo, si es que durante el matrimonio se procrearon hijos, se deberá adjuntar a lo anterior, las respectivas partidas de nacimiento, la sentencia o acta de conciliación sobre pensión de alimentos.

También la tenencia de los hijos y régimen de visitas y, finalmente, si tuvieran bienes, deben de haber efectuado la liquidación de los bienes conyugales adquiridos dentro del matrimonio (casas, terrenos, autos etc.).

Puntualizó que en el distrito chiclayano de La Victoria, las estadísticas muestran que los procesos de divorcios van en aumento, pues en el año 2011 se divorciaron 5 parejas; en el 2012, 45 parejas; en el 2013, 36 parejas.

Es en el año 2014 cuando se registra el mayor número de divorcios rápidos, con 84 disoluciones, y hasta el 31 de enero del 2015, son 10 parejas que han iniciado el proceso de su divorcio rápido en la comuna distrital.

(FIN) SDC/LIT

Publicado: 5/2/2015

**Andina: Agencia Peruana de Noticias. Información distrital que da a conocer de la situación caótica que atraviesan las familias, teniendo como consecuencia el divorcio**

Obtenido:

<https://andina.pe/agencia/noticia-lambayeque-90-parejas-se-divorciaron-el-2014-distrito-de-victoria-542336.aspx>



La [Defensoría del Pueblo de Lambayeque](#) realizó intervención para verificar las condiciones de trato al menor, **quien habría sufrido violencia.**



La familia Julca Gil está conformada por un padre de 74 años, una madre de 48 y un niño de 8. [Los tres viven en una precaria vivienda de adobe](#) en cuyo interior solo tiene dos ambientes: un espacio donde están juntos la sala, comedor y dormitorios y otro donde está el corral lleno de chatarra y el baño que es en realidad un pozo ciego, pues la casa no cuenta con desagüe, aunque sí tiene energía eléctrica.

Ellos viven en el pueblo joven Sagrado Corazón de Jesús, ubicado cerca a la Vía de Evitamiento, en el distrito de [La Victoria](#), donde comparten – además de sus escasos recursos económicos, la preocupación de que podrían perder a su hijo pues existe una denuncia contra ellos por presunto maltrato al menor.

Hoy, *RPP Noticias* pudo conocer su historia, tras la intervención de la [Defensoría del Pueblo](#) que, junto al fiscal Hamilton Díaz Becerra, de la [Fiscalía Mixta de La Victoria](#), llegaron al lugar para constatar las condiciones de trato hacia el menor, toda vez que existe una investigación en curso.

Según los denunciantes, el niño habría sido amarrado en más de una oportunidad para que no salga de casa, mientras los padres fueron a trabajar o en el peor de los casos a beber alcohol.

#### La historia

Según aceptó el propio padre, en tres ocasiones se vio “obligado” a amarlo, porque el niño “no hace caso y se escapa de la casa”. Una vez se fue hasta [Monsefú](#) (ubicado a unos 20 minutos) y como no tenía para el pasaje tuvo que irme caminando para recogerlo”, corroboró la madre.

"El caso fue atendido por la Policía y la fiscalía Mixta de La Victoria en octubre y en ese entonces se había constatado actos de violencia; sin embargo, hoy hemos verificado y al parecer esos actos no se han repetido. Y si bien se trata de una familia de escasos recursos, se verificó que se brinda asistencia al menor", señaló Gianfranco Piscoya.

Asimismo, señaló que la Fiscalía ya ordenó una pericia psicológica al menor y a los padres, lo que daría luces sobre su salud mental. También, se verificará la asistencia del niño al colegio, pues en la intervención que se realizó hoy, viernes 23, el menor se encontraba en casa y no asistió a clases.

Se supo que en la primera intervención de la Policía, Serenazgo de La Victoria y la Fiscalía; el niño fue puesto a disposición de un albergue, que no pudo tenerlo por muchos días por falta de espacio, por ello retornó con sus padres y se espera que ellos puedan brindarle la protección que el niño necesita.



Obtenido: <https://rpp.pe/peru/lambayeque/bajo-la-lupa-una-familia-lucha-contra-la-pobreza-y-por-la-tenencia-de-su-hijo-noticia-1165304>

**MATRIZ DE CONSISTENCIA**  
**“EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE TENENCIA Y SU IMPLICANCIA EN EL DESARROLLO PSICOSOCIAL DEL NIÑO”**

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ITEM	FUENTES	METODOLOGIA
¿En qué medida la falta de seguimiento a la ejecución de las sentencias de tenencia, afectó el desarrollo psicosocial del niño?	<p>Determinar en qué medida la falta de seguimiento a la ejecución de las sentencias de tenencia, afectó el desarrollo psicosocial del niño.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>- Determinar si existe falta de seguimiento a la ejecución de las sentencias de tenencia por parte de los Juzgados de Familia de Chiclayo, durante el periodo 2017 a 2019.</p> <p>- Analizar si la inobservancia a la ejecución de las sentencias de tenencia por parte de los Juzgados de Familia de Chiclayo durante el periodo 2017 a 2019, afectaría el desarrollo psicosocial del niño.</p>	<p>La La falta de seguimiento a la ejecución de las sentencias de tenencia afectó el desarrollo psicosocial del niño, en la medida que su estabilidad de bienestar y habilidades necesarias para enfrentar la vida resulta cada vez menos próspera, formando pensamientos disfuncionales y atrapados en la conducta de sus padres.</p>	<p>X = La falta de seguimiento a la ejecución de las sentencias de tenencia.</p> <p>Y = Desarrollo psicosocial del niño</p>	<p>X.1= Tenencia Monoparental</p> <p>X.2= Tenencia Compartida</p> <p>Y.1= Aspecto psicológico</p> <p>Y.2= Aspecto socioeconómico</p>	<p>X.1.1= Seguimiento de la ejecución</p> <p>X.1.2= Medidas de protección</p> <p>X.2.1= Seguimiento de la ejecución</p> <p>X.2.2= Medidas de protección</p> <p>Y.1.1= Informes / pericias psicológicas</p> <p>Y.2.1= Informes sociales</p>	<p>X.1.1.1= Sin seguimiento</p> <p>X.1.1.2= Con seguimiento</p> <p>X.1.2.1= Terapia Psicológica</p> <p>X.1.2.2= Asistencia Social</p> <p>X.1.2.3= Taller de padres</p> <p>X.1.2.1= Sin seguimiento</p> <p>X.1.2.2= Con seguimiento</p> <p>X.2.2.1= Terapia Psicológica</p> <p>X.2.2.2= Asistencia Social</p> <p>X.2.2.3= Taller de padres</p> <p>Y.1.1.1= Con afectación</p> <p>Y.1.1.2= Sin afectación</p> <p>Y.2.1.1= Contexto familiar favorable</p> <p>Y.2.1.2= Contexto familiar no favorable</p>	<p>Sentencias judiciales</p>	<p><b>TIPO Y DISEÑO DE ESTUDIO:</b> Diseño no experimental de corte transversal. De tipo nivel Explorativo Descriptivo y correlacional.</p> <p><b>POBLACIÓN Y MUESTRA:</b> <u>La población.</u> Estará conformada por el total de sentencias de tenencia y custodia del niño, expedidas por los Juzgados de familia en el distrito de Chiclayo, en el periodo 2017 a 2019. <u>La muestra.</u> Corresponde a 96 sentencias de la especialidad de familia. Muestra dirigida. <u>Unidad de análisis:</u> Sentencias en los procesos de tenencia y custodia del niño.</p> <p><b>MÉTODOS:</b> Hipotético deductivo, estadístico descriptivo y Dogmático</p> <p><b>TÉCNICAS:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Análisis documental,</li> <li>• Revisión de sentencias judiciales.</li> </ul> <p><b>INSTRUMENTOS:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ficha de registro de datos.</li> </ul>

CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN CON LAS PARTES DEL PROBLEMA	CRITERIOS DE SELECCIÓN USADOS COMO CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN					SUMA PARCIAL	PRIORIDAD DE LAS PARTES DEL PROBLEMA
	SE TIENE ACCESO A LOS DATOS	SU SOLUCIÓN CONTRIBUIRÁ A SOLUCIONAR OTROS PROBLEMAS	ES UNO DE LOS QUE MAS SE REPITE	AFECTA NEGATIVAMENTE LA IMAGEN DE LOS JUZGADOS Y SOCIEDAD	EN SU SOOLUCION ESTAN INTERESADOS LOS OPERADOS DE JUSTICIA Y OTRAS INSTITUCIONES		
	X	X	X	X	X	X	X