

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCABELICA

(Creada por Ley N° 25265)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**IMPLICANCIA DE LA TENENCIA NEGATIVA RESPECTO AL
PRINCIPIO SUPERIOR DEL MENOR Y LA EFECTIVIDAD
DEL D. Leg. N° 1297, HUANCABELICA – 2018.**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO PRIVADO

PRESENTADO POR:

Bach. ESCOBAR RAMOS, Mariela Teresa

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

HUANCABELICA, PERU

2021



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA
(Creada por Ley N° 25265)

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la sala de Simulación de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Huancavelica, en la Ciudad Universitaria, a los 16 días del mes de noviembre de 2021, siendo las 03:00 pm, se reúnen los miembros del jurado calificador conformado por:

Presidente : Dr. ESTEBAN EUSTAQUIO FLORES APAZA

Secretario : Dr. PERCY EDUARDO BASUALDO GARCIA

Vocal : Mg. JOB JOSUÉ PÉREZ VILLANUEVA

Aprobación de hora y fecha de sustentación con Resolución Decanal N°144-2021-RD-FDYCP-UNH, de fecha 09 de noviembre de 2021.

Para la calificación del trabajo de investigación:

IMPLICANCIA DE LA TENENCIA NEGATIVA RESPECTO AL PRINCIPIO SUPERIOR DEL MENOR Y LA EFECTIVIDAD DEL D. Leg. N° 1297, HUANCAVELICA - 2018.

Cuyo (a) autor (a) es:

Sr. (Srta.) bachiller: Mariela Teresa ESCOBAR RAMOS

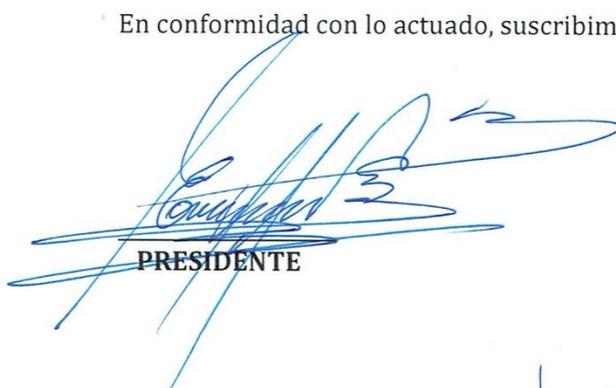
A fin de proceder a la evaluación, se invita al público presente y al sustentante abandonar el recinto, y luego de la correspondiente deliberación por parte del jurado, se llegó al siguiente resultado:

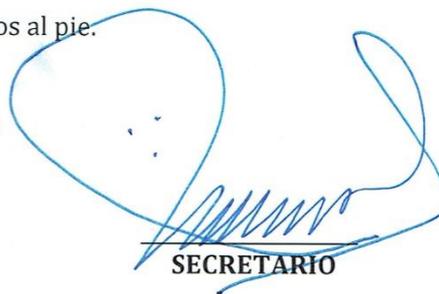
APROBADO

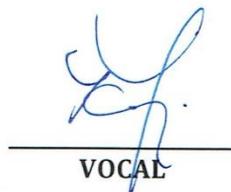
POR: UNANIMIDAD

DESAPROBADO

En conformidad con lo actuado, suscribimos al pie.


PRESIDENTE


SECRETARIO


VOCAL

TÍTULO

**IMPLICANCIA DE LA TENENCIA NEGATIVA RESPECTO AL
PRINCIPIO SUPERIOR DEL MENOR Y LA EFECTIVIDAD
DEL D. Leg. N° 1297, HUANCVELICA – 2018**

AUTOR (A)

Bach. ESCOBAR RAMOS, Mariela Teresa

ASESOR

Dr. DEL CARMEN IPARRAGUIRRE, Denjiro Félix

DEDICATORIA

A Dios, por guiarme y trasmitirme toda la fuerza espiritual y no dejarme declinar en mis peores momentos para alcanzar esta meta de ser profesional.

A mis amados padres, gracias a ellos soy una persona íntegra, porque me enseñaron valores y me inculcaron principios, por ser la base y motor de mi vida, y en especial a mi madre, por todo el sacrificio y trabajo realizado, por ser el modelo de lucha y perseverancia que me hace crecer día a día.

A mis hermanos, que siempre tengan presente que hay que tener sueños y metas en la vida, pero por sobre todo que hay que luchar por ellos, con esfuerzo, dedicación y constancia se puede lograr todo lo que uno se propone, que crezcan con valores, con principios y sean personas íntegras.

AGRADECIMIENTO

El eterno agradecimiento a Dios, por mantenerme en el camino correcto de la vida, guiándome y fortaleciendo cada día, derramando siempre bendiciones para mí y los míos.

A mis padres, por todo su esfuerzo constante, por apoyarme en cada decisión y proyecto, quienes con su amor, sus deseos más puros y apoyo incondicional me forjaron a la persona que soy hoy en día.

A mis hermanos que son mi vida, gracias por apoyarme en mis derrotas y celebrar mis triunfos.

A mi Alma Mater “Universidad Nacional de Huancavelica”, por brindar docentes capacitados con amplios conocimientos, entrega y aptitudes, para la buena realización de mi carrera profesional.

A mis Maestros, por sus conocimientos impartidos en mi etapa de formación profesional, en lo que más me apasiona.

Al Presidente y Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, por el apoyo, el tiempo y conocimiento compartido; gracias a ellos ha sido posible llevar a cabo la presente investigación.

TABLA DE CONTENIDO

ACTA DE SUSTENTACIÓN	ii
TÍTULO	iii
AUTOR (A)	iv
ASESOR	v
DEDICATORIA	vi
AGRADECIMIENTO.....	vii
TABLA DE CONTENIDO.....	viii
CONTENIDO DE TABLAS.....	xii
CONTENIDO DE GRÁFICOS	xiii
RESUMEN.....	xiv
ABSTRACT.....	xv
INTRODUCCIÓN	xvi
CAPITULO I.....	18
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	18
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	18
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	21
1.2.1. Problema General	21
1.2.2. Problemas Específicos	21
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.3.1. Objetivo General.....	21
1.3.2. Objetivos Específicos	21
1.4. JUSTIFICACIÓN	21
CAPITULO II	23
MARCO TEÓRICO.....	23
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	23
2.1.1. A nivel internacional.....	23
2.1.2. A nivel nacional	29
2.1.3. A nivel regional y local.....	33
2.2. BASES TEÓRICAS.....	34
2.2.1. La familia	34

2.2.1.1. Evolución de la familia en la historia.....	34
2.2.1.2. Conceptos de Familia	35
2.2.1.3. Definición jurídica de Familia peruana	36
2.2.1.4. Funciones de la Familia	38
2.2.2. La tenencia.....	41
2.2.2.1. Concepto	41
2.2.2.2. Características de la Tenencia	42
2.2.2.3. Causas de Tenencia	43
2.2.2.4. Efectos de la Tenencia	44
2.2.2.5. Modalidades o tipos de Tenencia	44
2.2.2.6. Tenencia de los Niños y Adolescentes	46
2.2.2.7. La Tenencia como Derecho de los hijos	53
2.2.3. La tenencia negativa	54
2.2.3.1. Definición.....	54
2.2.3.2. Causas y Consecuencias de la Tenencia Negativa	54
2.2.3.3. Formas de entender la Tenencia Negativa	55
2.2.3.4. Razones por las que hay padres y madres que no quieren a sus hijos.....	55
2.2.4. Principio superior del niño y adolescente	56
2.2.4.1. Fundamento filosófico	56
2.2.4.2. Antecedentes del Interés Superior del Niño.....	56
2.2.4.3. Definición de Interés Superior del Niño	57
2.2.4.4. Interés Superior del Niño en la ley peruana	58
2.2.4.5. Los distintos niveles de responsabilidad en la realización del Interés Superior del Niño.....	60
2.2.4.6. La Incorporación del Interés Superior del Niño en la legislación comparada	61
2.2.4.7. Garantías procesales para velar por la observancia del Interés Superior del Niño.....	67
2.2.4.8. Aplicación: La evaluación y determinación del Interés Superior del Niño.....	68
2.2.4.9. Evaluación y determinación del Interés Superior	68

2.2.4.10. <i>El Interés Superior del Niño y su relación con otros principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño</i>	69
2.2.4.11. <i>Materias en las que rige el Principio</i>	70
2.2.4.12. <i>Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño</i>	71
2.3. HIPÓTESIS.....	73
2.3.1. Hipótesis General.....	73
2.3.2. Hipótesis Específicos	73
2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS	73
2.5. IDENTIFICACION DE VARIABLES.....	76
2.5.1. Variable Independiente (X)	76
2.5.2. Variables Dependientes (Y).....	76
CAPITULO III.....	77
METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN	77
3.1. ÁMBITO DE ESTUDIO.....	77
3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN	77
3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN	77
3.4. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	78
3.5. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	78
3.6. POBLACION, MUESTRA y MUESTREO	79
3.6.1. Población	79
3.6.2. Muestra	79
3.6.3. Muestreo	79
3.7. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS.....	80
3.7.1. Técnicas	80
3.7.2. Instrumentos.....	80
3.8. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS	80
3.9. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS.....	80
CAPÍTULO IV.....	82
PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	82
4.1. PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE DATOS.	82

4.1.1. Resultados a nivel descriptivo de la Variable Independiente (X): Principio Superior del Niño.	83
4.1.2. Resultados a nivel descriptivo de la Variable Dependiente (Y1): Tenencia Negativa.	90
4.1.3. Resultados a nivel descriptivo de la Variable Dependiente (Y2): Efectividad del Decreto Legislativo N° 1297.	95
4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	103
DISCUSION DE RESULTADOS	104
CONCLUSIONES	106
RECOMENDACIONES	107
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	108
APÉNDICE	112
Apéndice 1. MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	113
Apéndice 2. MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	115
Apéndice 3. BASE DE DATOS.....	117
Apéndice 4. CUESTIONARIO DE ENCUESTA.....	119

CONTENIDO DE TABLAS

Tabla 1.....	83
Tabla 2.....	84
Tabla 3.....	85
Tabla 4.....	86
Tabla 5.....	87
Tabla 6.....	88
Tabla 7.....	89
Tabla 8.....	90
Tabla 9.....	91
Tabla 10.....	92
Tabla 11.....	93
Tabla 12.....	94
Tabla 13.....	95
Tabla 14.....	96
Tabla 15.....	97
Tabla 16.....	98
Tabla 17.....	99
Tabla 18.....	100
Tabla 19.....	101
Tabla 20.....	102

CONTENIDO DE GRÁFICOS

Grafico 1.....	83
Grafico 2.....	84
Grafico 3.....	85
Grafico 4.....	86
Grafico 5.....	87
Grafico 6.....	88
Grafico 7.....	89
Grafico 8.....	90
Grafico 9.....	91
Grafico 10.....	92
Grafico 11.....	93
Grafico 12.....	94
Grafico 13.....	95
Grafico 14.....	96
Grafico 15.....	97
Grafico 16.....	98
Grafico 17.....	99
Grafico 18.....	100
Grafico 19.....	101
Grafico 20.....	102

RESUMEN

El presente trabajo de investigación lleva por título: **“IMPLICANCIA DE LA TENENCIA NEGATIVA RESPECTO AL PRINCIPIO SUPERIOR DEL MENOR Y LA EFECTIVIDAD DEL D. Leg. N° 1297, HUANCVELICA – 2018”**, estudio realizado por la falta de regulación de la tenencia negativa en nuestro sistema, su vulneración del Principio Superior del Niño y Adolescente y por la falta de toma en consideración de este tipo de tenencia en cuanto al ***Decreto Legislativo N° 1297. El Objetivo general es el*** Determinar si existe implicancia de la tenencia negativa respecto al Principio Superior del Menor en el D. Leg. N° 1297, Huancavelica - 2018. La metodología empleada está estructurada de la siguiente manera: Tipo de Investigación: Básica, Nivel de Investigación: Exploratorio y Descriptivo, Métodos de Investigación: Analítico – Jurídico, el Sintético, el Descriptivo y el Estadístico, Diseño de Investigación: No Experimental de tipo Transversal Descriptivo; para la recolección de datos, el proceso y la contratación de la hipótesis se ha empleado la Técnica de la Encuesta y el análisis de fuentes bibliográficas y como instrumento el Cuestionario. Entre los resultados más importantes tenemos que la **Tabla y Gráfico 17**, observamos los resultados de la percepción de los Magistrados Especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 10% (5) mencionan “No” y el 90% (47) menciona “Si” respecto a que considera que existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del menor en el Decreto Legislativo N° 1297. Finalmente, se tiene como conclusión que, para garantizar los intereses y derechos del niño y el adolescente se debe de profundizar más sobre los temas de las variables de la presente investigación, ya que se ha determinado la implicancia de la tenencia negativa respecto al principio Superior del Niño y Adolescente, cuando ninguno de los progenitores tiene el deseo de hacerse cargo del menor. Frente a ello se deben establecer más políticas públicas en favor del menor teniendo en cuenta la tenencia negativa.

Palabras Claves: Implicancia, Tenencia Negativa, Principio Superior del Menor y efectividad.

ABSTRACT

The present research work is entitled: "IMPLICATION OF NEGATIVE TENANCY REGARDING THE SUPERIOR PRINCIPLE OF THE MINOR AND THE EFFECTIVENESS OF D. Leg. N ° 1297, HUANCVELICA - 2018 ", study carried out due to the lack of regulation of negative possession in our system, its violation of the Higher Principle of Children and Adolescents and the failure to take into account this type of possession in terms of the Decree Legislative N ° 1297. The general objective is to determine if there is an implication of negative possession with respect to the Superior Principle of Minors in D. Leg. N ° 1297, Huancavelica - 2018. The methodology used is structured as follows: Type of Research: Basic, Research Level: Exploratory and Descriptive, Research Methods: Analytical - Legal, Synthetic, Descriptive and Statistical, Design Research: Non-Experimental Cross-sectional Descriptive; For the data collection, the process and the contracting of the hypothesis, the Survey Technique and the analysis of bibliographic sources have been used and the Questionnaire as an instrument. Among the most important results we have that Table and Graph 17, we observe the results of the perception of the Magistrates Specialists in Civil and Family Law of the Huancavelica Judicial District and litigating lawyers attached to the Huancavelica Bar Association; 10% (5) mention "No" and 90% (47) mention "Yes" regarding the fact that they consider that there is an implication of negative possession with respect to the superior principle of the minor in Legislative Decree No. 1297. Finally, there is as a conclusion that, to guarantee the interests and rights of the child and the adolescent, it is necessary to delve more deeply into the topics of the variables of the present investigation, since the implication of the negative possession with respect to the Superior principle of the Child and Adolescent has been determined. , when neither parent has the desire to take care of the minor. Faced with this, more public policies should be established in favor of the minor, taking into account negative tenure.

Key Words: Implication, Negative Holding, Higher Principle of the Minor and effectiveness.

INTRODUCCIÓN

El artículo 81 del Código del Niño y Adolescente enmarca la Tenencia, en ella indica que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos. A este tipo de tenencia el sistema civil la ha denominado “tenencia compartida”, ello en favor del menor para que no pierda la relación filial con uno de sus progenitores a pesar de que haya tenido la culpa. Así pues, la doctrina también ha desarrollado modalidades o clases de tenencia, existiendo entre ellos “la tenencia negativa”, variable que está inmerso en nuestra investigación. Este tipo de tenencia nos hace reflexionar al preguntarnos *¿Qué pasa si ninguno de los padres no desea hacerse cargo de los menores? ¿Es posible encargarlos a terceros? ¿Quiénes serían esos terceros? ¿La obligación alimenticia está vigente para ambos padres? entre otras.*

Consideramos que ha existido un descuido del legislador al no tener en cuenta este tipo de tenencia, ya que casi no hay investigaciones, doctrina suficiente y jurisprudencia relevante en cuanto a este tema. Para darle solución a ello el Estado ha visto por conveniente emitir el Decreto legislativo N° 1297, norma para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidado parentales o en riesgo de perderlos, donde enmarca una de las obligaciones del Estado que es el de apoyar a las familias para cumplir responsabilidades parentales actuando a base de principios como el de subsidiaridad, de progresividad, de necesidad y de idoneidad. Así mismo se dice que la finalidad estatal mediante la presente norma especial es el de prevenir la separación del menor de su núcleo familiar, pero que va a suceder si uno o ambos progenitores no quieren hacerse cargo de los menores por distintas justificaciones. De igual manera considero que este decreto en la relación con la tenencia negativa y con el principio superior del niño no está cumpliendo la finalidad estatal indicada. En consecuencia, inferimos sobre el decreto mencionado que debería tener una mayor protección a los niños que han quedado en riesgo o en desprotección familiar teniendo como horizonte el principio superior del niño y adolescente.

Este tema que abarcamos es pues solo una muestra de la insuficiencia legislativa en temas sobre la integridad del menor, convengo que no solo está en expedir políticas públicas en favor del menor, sino que estas deben tener una efectividad en pro del principio superior del niño y adolescente y tener en cuenta las instituciones jurídico familiares de forma sistemática para que se puedan por valederas las normatividades emitidas por el Estado.

Es así que bajo estos argumentos se ha visto por conveniente realizar el presente estudio teniendo en cuenta la siguiente estructura:

En el Capítulo I, se plantea el problema de estudio, su correspondiente formulación del problema, los objetivos y la justificación. *En el Capítulo II*, se desarrolla los antecedentes de la investigación, las bases teóricas, la formulación de la hipótesis, la definición de términos, la identificación de las variables y la Operacionalización de las variables. Resaltar que dentro de las bases teóricas se han desarrollado doctrina teórica de mayor relevancia, como son: la familia, la tenencia, el principio superior del niño y adolescente y el Decreto Legislativo N° 1297. *En el Capítulo III*, se establece la metodología empleada, es decir, el tipo, nivel, métodos y el diseño de la investigación; así como la población, muestra y muestreo de estudio. *En el Capítulo IV*, se presenta el trabajo de campo, entendido como la presentación de los resultados a través de las tablas y gráficos y su respectivo análisis, la tabulación de los resultados, el proceso de prueba de hipótesis y la discusión de resultados. Para que finalmente podamos describir nuestras conclusiones y recomendaciones.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Desde tiempos remotos la sociedad peruana ha ido evolucionando en sus relaciones entre particulares. Originándose nuevas instituciones jurídicas concernientes al Derecho de Familia. Son ejemplos claros en cuanto a la libertad de poder constituir una familia, nuevos requisitos para contraer el matrimonio, nuevas causales para accionar el divorcio, derechos hereditarios en las uniones de hecho, entre otros. Así, tenemos a la Tenencia de los hijos, institución jurídica plasmada en el artículo 81 del Código del Niño y el Adolescente, articulado modificado, ya que hoy en día nuestro sistema jurídico data de la tenencia compartida; sin embargo, la doctrina civil enseña que hay más formas o modalidades de tenencia como: unipersonal, *la negativa*, de mutuo acuerdo, de facto, definitiva, provisional y la tenencia por terceros. El presente trabajo de investigación básicamente apunta a la Tenencia Negativa, que por cierto nuestra norma civil y especial guarda un silencio.

Se considera que la Familia es el núcleo de toda sociedad, los integrantes al cumplir la mayoría de edad pueden contraer matrimonio o desarrollar uniones convivenciales con el fin de procrear hijos. Pero por situaciones propias estas relaciones pueden ser pasibles de desintegración; por ejemplo, en el caso del matrimonio a través de un divorcio y en el caso de relaciones convivenciales tal vez una decisión unilateral o por mutuo acuerdo. Lo importante de lo detallado es la situación en que se encuentran los

hijos; ya que no es fácil la determinación con cuál de los progenitores deben de permanecer los hijos en un divorcio o en una separación.

En el pasado los hijos fueron tratados como una propiedad por los padres pues ellos contaban con el poder de decisión sobre sus vidas, a pesar que ellos eran responsables de su protección, manutención y educación. Al devenir el tiempo los roles de los padres fueron transformándose, pues las madres cuidaban a los hijos mientras que los padres trabajaban para la manutención de ellos. Lo último, pareciera de un modo un pensamiento machista. A consecuencia de ello se dieron movimientos sociales exigiendo la igualdad de género y el no a la discriminación. Hoy ya se ha superado esos pensamientos como por ejemplo con el surgimiento de la Tenencia Compartida de los hijos, es decir el pleno goce de los dos progenitores en forma normal, sin recorte alguno a lo que se refiere el tiempo de permanecer o estar con ellos. A decir, la doctrina apunta dos posiciones: la positiva y la negativa. En cuanto a la primera se dice que es beneficioso para el menor el estar con ambos padres para que no pueda haber en el futuro rencor a ninguno de ellos. En cambio, la segunda alega que el modo de vivir de cada uno de los padres crea una personalidad bipolar de los menores, por el mismo hecho de compartir costumbres, conductas, rutinas disparejas por parte de los padres.

Al desarrollar estas instituciones jurídicas familiares, es básico pensar en un principio rector en favor de los menores. Me estoy refiriendo al Principio Superior del Niño y el Adolescente, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y el Adolescente; entendido como toda acción, toda norma, toda institución jurídico familiar debe estar en favor del menor. El interés del menor es un principio base en el derecho de familia y de niños y adolescentes, en nivel internacional contamos con la Convención sobre los Derechos del Niño que reconoce: "Los Estados Partes respetarán relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular" (Art. 9 – separación del niño de uno de sus padres).

Volviendo al tema de la Tenencia. Como anotamos, algunos tratadistas consideran que la mejor solución en cuanto a los hijos es la tenencia compartida. Pero la gran

divergencia está en preguntarnos *¿Qué pasa si ninguno de los padres no desea hacerse cargo de los menores? ¿Es posible encargarlos a terceros? ¿Quiénes serían esos terceros? ¿La obligación alimenticia está vigente para ambos padres?*, entre otras interrogantes que justamente es materia de la presente investigación. En cuanto a las preguntas planteadas nos estamos refiriendo a la Tenencia Negativa. Tenencia no desarrollada en su amplitud por la doctrina civil y menos existe jurisprudencia alguna sobre casos ya resueltos.

Ahora bien, pero ¿por qué un progenitor no tendría el deseo de hacerse cargo del menor? Cabe anotar algunos supuestos: a) sentimientos de rechazo o distanciamiento afectivo, b) relaciones tóxicas entre padres e hijos, c) carencia de sentimiento de amor o afecto hacia un hijo; son realidades crudas.

Presumimos que el Estado debió prever estos casos. Como podemos ver existe una implicancia de la tenencia negativa frente al Principio Superior del Menor.

Como respuesta el 8 de febrero del 2018 entra en vigencia el *Decreto Legislativo N° 1297 para las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos*. Norma especial a ser aplicada a los casos de la Tenencia Negativa en pro del Principio Superior del Niño y el Adolescente.

En tal sentido el aporte jurídico que realizo es el de constatar la efectividad del Decreto Legislativo N° 1297 en cuanto a los presupuestos enmarcados de la mencionada norma. Así mismo realizar un estudio de los casos probables de Tenencia Negativa que se pudieran estar presentando en la localidad de Huancavelica a pesar de que no exista doctrina y estudios suficientes de dicha institución jurídico familiar. Y a decir, hoy en día las situaciones de vulnerabilidad de los menores siguen vigentes, incluso agravando la situación de éstos ya que no se priorizan los cuidados parentales a fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema General

¿Existe implicancia de la tenencia negativa respecto al Principio Superior del Menor en el D. Leg. N° 1297, Huancavelica - 2018?

1.2.2. Problemas Específicos

- a) ¿El Principio Superior del Menor está siendo garantizado por el D. Leg. N° 1297, Huancavelica - 2018?
- b) ¿Existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en el sistema jurídico peruano, Huancavelica – 2018?
- c) ¿Es eficaz el D. Leg. N° 1297 respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el Principio Superior del Menor, Huancavelica - 2018?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo General

Determinar si existe implicancia de la tenencia negativa respecto al Principio Superior del Menor en el D. Leg. N° 1297, Huancavelica - 2018.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a) Analizar si el Principio Superior del Menor ha sido garantizado por el D. Leg. N° 1297, Huancavelica – 2018.
- b) Indicar si existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en el sistema jurídico peruano, Huancavelica – 2018.
- c) Establecer la efectividad del D. Leg. N° 1297 en cuanto a la implicancia de la tenencia negativa respecto al Principio Superior del Menor, Huancavelica – 2018.

1.4. JUSTIFICACIÓN

Teórica. - La presente investigación pretende contribuir al conocimiento sobre la implicancia de la Tenencia Negativa respecto al Principio Superior del Menor, y que se indique puntualmente los porqués de los progenitores de no querer hacerse responsables de los hijos y si innegablemente es eficaz el D. Leg. N° 1297 o solo es

una política pública más del Estado. Además, se busca establecer la relación directa entre las variables y dar una solución a este problema jurídico que se suscita a nivel local y nacional y de alguna manera impulsar a través de este trabajo una investigación más profunda de la Tenencia Negativa y tal vez en lo posterior introducir modificaciones legislativas.

Práctica. - La justificación radica en comprobar la aplicación del D. Leg. N° 1297 a las causas y consecuencias por una Tenencia Negativa. De este modo estamos aportando en la praxis, en vista de que urge la necesidad de resolver conflictos de esta particularidad. Del mismo modo la presente investigación coadyuvará a una pronta administración de justicia, confirmando su importancia de la misma, ya que se pondrá en juicio de los magistrados y otros operadores del derecho del problema antes descrito. En síntesis, esperamos se dicten criterios jurisprudenciales que sientan las bases de precedentes vinculantes en pro del Principio Superior del Menor.

Metodológica. - Finalmente en la investigación se aplicarán los diversos métodos de investigación y las técnicas pertinentes como el análisis documental (por cierto, hay muy poco, pero ello no es límite para realizar la presente investigación), encuesta a los expertos en la rama del Derecho Privado, entre jueces, fiscales y docentes universitarios. Por último, la presente investigación una vez que sea demostrada su validez y confiabilidad podrá ser utilizada en otros trabajos de investigación.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Debo manifestar en cuanto a los antecedentes que, no se han encontrado investigaciones que coincidan con las variables de estudio, ya que el presente trabajo trae consigo temas característicos donde aún no han sido tomados en consideración por los estudiosos.

2.1.1. A nivel internacional

La presente investigación tiene antecedentes, básicamente en artículos publicados virtualmente.

Autor: ARIAS CARRILLO PAULO CÉSAR

País – Año: Ecuador – 2015

Tesis: El principio del interés superior del niño, niña y adolescentes y las consecuencias legales de la adopción.

Conclusiones: a) Principalmente la adopción recoge elementos, doctrinas, antecedentes sociales, cegadas por la sociedad que mal interpretan la necesidad urgente de un interés superior del niño, niña y adolescente. Estas perspectivas en nuestra actualidad permite la vigencia de derechos abriendo la puerta a la arbitrariedad y tratamiento en la toma de medidas jurídicas, las cuales en la mayoría de los casos desconocen los derechos inherentes. b) El pensamiento sobre la Adopción ha evolucionado progresivamente, puesto que antes se la consideraba como algo

recóndito; es decir, debía estar oculto al hijo adoptado y a la sociedad. En la actualidad es considerada como la oportunidad que posee el adoptado porque se le garantiza derechos; y, el adoptante por satisfacer sus necesidades de obtener un hijo que por causas adversas a su voluntad le han sido negadas, de esta manera la adopción de un menor sin hogar en un medio en el cual existen familias que no pueden procrear, al considerar la adopción, están dispuestos a proporcionar cariño, amor y comprensión al menor; es así como ya no se esconde al menor adoptado o las mujeres no simulan embarazos previo a la entrega del niño adoptado. La sociedad ha llegado a aceptar la adopción como una instancia lógica que, por un lado, brinda una familia a un menor que la carecía y, por otro, un hijo a quienes desean experimentar la belleza de la paternidad. **c)** Uno de los puntos importantes para el proceso de la adopción dentro del tratamiento se presenta en la fase administrativa y judicial, claros casos sujetos a conocimiento del servicio judicial debiendo ser tratados como problemas humanos y no como litigios desvirtuando el verdadero espíritu del principio del interés superior. **d)** La adopción es una garantía legal, derecho inherente del ser humano que debe ser tomado en cuenta como institución y no como un acuerdo mutuo constituyéndose así la preocupación tanto para el sector judicial y administrativo donde los jueces deben desapegarse de aquellas caducas concepciones y tratar de humanizar el principio superior del niño que es tener una familia. **e)** En Los trámites de adopción existen un sinnúmero de negligencias, dilaciones unos más perpetrados que otros, como del caso práctico, lo que quiere decir que al ser un tema remoto pero vigente estamos dentro del campo de ser posibles víctimas, es por ello que tiene singular relevancia por lo que debe ser objeto de especial tratamiento y estudio para establecer mecanismos que aseguren la celeridad de procedimientos de demandas y reparación para evitar este tipo de insuficiencia y la obligación del empleador a efectos de precisar su responsabilidad ante situaciones. **f)** En el orden legal Las leyes actuales que regulan la adopción necesitan cambios haciendo este medio efectivo, eficiente y eficaz. La insuficiencia que se manifiesta en el proceso de Adopción, exigen y demandan con urgencia una legislación específica sobre este trámite, es decir, debe situarse en un solo cuerpo legal para de esta manera cumplir con cabalidad los requisitos que este procedimiento requiere, caso contrario se está cometiendo una injusticia para los niños que están en espera de tener una familia y que no pueden conseguirla, sin que esto

esté en sus manos. Como resultado, se les está limitando un desarrollo intelectual adecuado por falta de la necesidad de la motivación de la familia, se necesita conciencia que hay muchos niños que necesitan ser adoptados y las instituciones deben proponer soluciones de inmediato. (Andrade M., 2015)

Autor: RAMOS ZAVALA HÉCTOR RAÚL

País – año: Ecuador – 2014.

Tesis: Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres.

Conclusiones: a) La familia se encuentra definida en un sinnúmero de criterios, formas y conceptos, los mismos que han sido determinados desde distintas perspectivas, por consanguinidad, relación jurídica, convivencia, lazos sentimentales, entre otros. Por el gran número de concepciones existentes en nuestra sociedad, resulta muy difícil tener una apreciación única a esta Institución denominada Familia. b) La familia como núcleo de la sociedad, a pesar de sus diferentes evoluciones que se han dado con el pasar de los tiempos, es una Institución natural que no podrá ser suplantada por ninguna otra estructura social, pues ninguna otra organización como esta, velaría en satisfacer las necesidades básicas de sus integrantes, como son la protección, ayuda, amor y cuidado en todos los tipos de familia existentes. c) El matrimonio y las uniones de hecho como base de la familia en la actualidad, se han creado con el firme propósito de auxiliarse, amarse, protegerse y crecer en todos los sentidos, los hombres y mujeres que han decidido tomar tan trascendental paso, han plasmado su desarrollo con la procreación de hijos, acrecentando su descendencia y apellido, con el objetivo primordial de brindarles a sus hijos los principios y valores necesarios para enfrentarse a esta sociedad cada vez más cambiante, unido a la responsabilidad de educarlos, alimentarlos y de velar por su desarrollo integral. d) Cuando los matrimonios y uniones de hecho fracasan, se llega al divorcio o separación, que según su tasa se incrementa cada día, es aquí en este proceso de separación de los cónyuges donde se crea el conflicto de la tenencia de los hijos menores, al no estar de acuerdo uno de sus progenitores con su separación, y convertirse en un visitante de conformidad a nuestras leyes, determinando un Juez el tiempo de visitas que por lo general es un día a la semana. e) Si la separación o

divorcio ha sido conflictivo o destructivo, el progenitor ausente o que esta fuera del hogar, se ve sometido a un sinnúmero de circunstancias negativas, en la mayoría de casos, provocados por el progenitor que por medio de una resolución mantiene la tenencia de los menores, es aquí donde nace el SAP Síndrome de Alienación Parental, conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. **f)** El divorcio o separación solo debe ocurrir entre madre y padre, y no con los hijos; como respuesta a este proceso y con el afán de contrarrestar este tipo de circunstancias nocivas, tanto para el padre ausente, como para los hijos mediante un estudio prodigioso se llega a determinar que la mejor opción es la Tenencia Compartida de los hijos menores no emancipados, situación legal mediante la cual, en caso de separación o divorcio, ambos progenitores ejercen la tenencia legal de sus vástagos, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos, no debiendo confundir la tenencia con la patria potestad, ya que los progenitores luego de su separación o divorcio siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos, mas no la tenencia que por lo general en un (98%) es entregada a las madres por medio de resolución emanada por un Juez competente y de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico. **g)** Teniendo en cuenta que en materia de tenencia no es posible manejarse con criterios generalizados, la conveniencia y eficacia de un régimen de tenencia compartida dependerá de la particularidad de cada familia y de cada caso en especial. (Ramos Zavala, 2014)

Autor: FARITH SIMON CAMPAÑA

País – Año: España – 2013.

Tesis: Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva.

Conclusiones: a) El interés superior del niño, o del menor, ocupa un lugar de privilegio en la legislación, jurisprudencia y la doctrina contemporánea referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es imposible obviar su estudio en materia alguna que tenga relación con este grupo de edad y sus relaciones de familia; no obstante, esta importancia existe grandes discrepancias sobre

el contenido concreto que presenta, su alcance y forma de aplicación a casos específicos. Se sostiene que esto se debe su condición de *concepto jurídico indeterminado* y por tanto su formulación “abierta”. Varios autores miran a la indeterminación como una ventaja al permitir encarar la diversidad de casos que se presentan, la multiplicidad circunstancias y contextos, muchos relacionados con la comprensión cultural del papel y necesidades de la infancia en general y de cada niño, niña o adolescente en concreto. Algunos autores sostienen que la *indeterminación* es resultado de que el interés del menor es un *principio* del moderno Derecho de familia, por tanto, no se encuentra formulado como una regla con una estructura típica con un(os) supuesto(s) y una consecuencia(s) normativa(s), dejando al interprete un margen de libertad para decidir cómo se concretaría el ISN a los casos sujetos a su conocimiento. **b)** Una preocupación recurrente en una buena parte de la doctrina latinoamericana y anglosajona (en España también existen algunas voces en el mismo sentido) es que el ISN entregue a los jueces, y a cualquier autoridad encargada de su valoración, la posibilidad de imponer sus opciones y valoraciones, sin llegar a una actuación arbitraria (no consideración de hechos relevantes, no aplicación de normas, falta de motivación, violación de precedentes sin justificación), pero escudándose en ese concepto indeterminado para imponer preferencias, y en los casos más graves restricciones o limitaciones ilegítimas a los derechos en nombre del interés del menor, lo que en el marco de la presente tesis he denominado *discrecionalidad abusiva*, con los costes que esto tiene para la seguridad jurídica. **c)** Esfuerzos recientes proponen entender al ISN en una dimensión triple: como *derecho sustantivo*, que le otorga al niño el derecho a que su interés superior sea “una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”; como un *principio jurídico interpretativo fundamental*, a ser aplicado en aquellos casos en los que una disposición jurídica admite más de una interpretación, debiendo otorgarse preferencia a la interpretación que “satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”, teniendo los derechos contenidos en la CDN y sus protocolos adicionales el “marco interpretativo”; y, como una *norma de procedimiento*, que se concreta como *garantía* que se aplica siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño, un grupo concreto o genérico de niños o los niños en general. **d)** De las normativa y jurisprudencia, estudiada en esta tesis, es

posible concluir que interés superior en el ámbito del Derecho civil -en el que se desarrolla este trabajo- tiene cinco manifestaciones normativas: criterio de prioridad, como garantía (dimensión garantista), como elemento informador, como principio de integración y, elemento de interpretación. Como criterio de prioridad interna o externa; la primera se aplica cuando existe una tensión entre los derechos del propio niño; la otra es su dimensión externa, que se manifiesta en la prioridad que tiene el interés del niño frente a cualquier otro interés, por legítimos que esto sean. Como garantía (dimensión garantista), como un medio para asegurar la vigencia de los derechos de los niños y su desarrollo integral u holístico. Como elemento informador, contribuye a la interpretación de ciertas normas y como criterio resolutorio de determinados conflictos, asume un papel clave para dotar a las normas de derecho de familia con unidad y lógica interna, contribuyendo a sus sistematicidad y coherencia. Como principio de integración, para encarar los casos en que se presentan lagunas o deficiencias del ordenamiento jurídico. Como elemento de interpretación, auxiliando a la fijación del auténtico sentido de las normas aplicables a los casos en los que se encuentre involucrado un menor de edad, asegurando que con su aplicación se alcance lo más conveniente para el niño (la vigencia de sus derechos y su desarrollo). (Campaña, 2013)

Autor: EDNA GABRIELA DELFINA PÉREZ TOLEDO

País – Año: Guatemala - 2007.

Tesis: Análisis del Principio del Interés Superior del Niño y la Niña contenido en la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Conclusiones: **a)** Antes de que entrara en vigencia la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, la observancia del principio del interés superior de la niñez, era nula, no obstante que el mismo se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño; por lo que siendo derecho positivo, no tenía vigencia, esto debido a que subsisten resabios del abrogado Código de Menores. **b)** En virtud de que los jueces y juezas de paz tienen limitada su competencia por razón de turno para conocer asuntos relativos a la violación y protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, los que están protegidos por la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia; limitación que genera consecuencias negativas al no permitirles aplicar

en un cien por ciento el principio del interés superior de la niñez, cuando resuelven en horas y días inhábiles. **c)** Cuando entró en vigencia la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, el cien por ciento de los jueces de paz del departamento de Sacatepéquez, ya se encontraban nombrados como tales, razón por la cual conforme a la investigación realizada se establece que en las resoluciones que dictan aplican el principio del interés superior del niño y la niña. **d)** Cuando se presentan casos en donde se encuentran involucrados niños, niñas, adolescentes, en la mayoría de ocasiones éstos son manipulados por personas adultas, para que declaren sobre los hechos de acuerdo a la conveniencia del adulto, y al no contar el juez de paz con personal idóneo (psicólogos, trabajadores sociales, etc.), éste adopta su decisión conforme a la situación de hecho existente lo cual impide que se resuelva totalmente conforme al interés superior de estos. **e)** En el departamento de Sacatepéquez, los jueces de paz han recibido capacitación en relación a la aplicación de la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, lo que a incidido en que los jueces al resolver apliquen el principio que la misma contiene, con lo cual está cambiando la forma de enfocar y resolver los casos que conocen, en los cuales están involucrados niños, niñas y adolescentes. (Pérez T., 2007)

2.1.2. A nivel nacional

Del mismo modo, no se han encontrado trabajos que coincidan con las variables de estudio de la presente investigación. Pero si hay referencias que coinciden con una de las variables.

Autor: LÓPEZ REVILLA, VANESSA PAULINA

Ciudad – Año: Huánuco – 2016.

Tesis: Elementos intervinientes en el procedimiento de Tenencia de los hijos en los Juzgados de Familia de Lima: Principio de Interés Superior del Niño.

Conclusiones: **a)** La Tenencia Monoparental, se presenta como una figura disociadora de la relación paterno-filial desvinculándola, provocando una semiorfandad artificial sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad (dependiendo a cuál de los progenitores fue otorgada la custodia). **b)** Asimismo, la Tenencia Monoparental, como se pudo apreciar en las sentencias

expedidas por los juzgados de familia, se presenta el poder hegemónico asentado generalmente en la madre, quien con diversos atributos otorgados desdibuja la paternidad. **c)** La Tenencia Compartida, se refleja como el tipo de tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, es el referente que modula la función paterna en un clima y equilibrio interaccional dinámico, anclada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, que en su estilo cooperativo reforma y potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socio afectivos y como alianza coparental constituye el espacio vincular que opera como soporte mutuo en la trama emocional con los hijos. **d)** El Principio del Interés Superior del Niño resulta un factor y principio muy importante, en la medida de que en el ámbito de su aplicación, considera al niño como sujeto de derechos, garantizando su futuro desarrollo integral, en razón a que sea participe de procesos familiares de responsabilidad compartida, permitiendo una integración con sus padres, quienes son los responsables a tenor de dicho principio, de garantizar su colaboración en actos que puedan afectar a sus hijos. **e)** Se determinó que de 10 sentencias analizadas, 7 otorgaron la Tenencia Monoparental, exclusivamente a favor de la madre, quien fue la demandante. (López R., 2016)

Autor: ACOSTA RODRÍGUEZ, CLAUDIA ELIZABETH

Ciudad – Año: Trujillo – 2017.

Tesis: La aplicación del Principio de Interés Superior del Niño, al fijarse la Tenencia Compartida en periodos cortos.

Conclusiones: **a)** La Tenencia Compartida es una figura del derecho de familia que surgió como un remedio para proteger los derechos del niño en los casos donde existe separación de hecho y divorcios, con el fin de repartir equitativamente no el tiempo sino deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, para así evitar que los niños, niñas y adolescentes, pierdan el contacto con uno de sus padres. Por lo que ambos deben velar por el cuidado de sus hijos en igualdad de condiciones. **b)** La Tenencia Compartida de periodicidad corta, es aquella que se fija en días, semanas, quincenas y hasta mensualmente, periodo en el cual el niño, niña o adolescente convive con cada padre por separado en el domicilio de turno. En ésta modalidad, el niño se encuentra en la necesidad de adaptarse rápidamente a cada cambio entre la

alternancia de hogares en los que convive con sus padres, lo cual crea desajustes en este proceso de adaptación, y por lo mismo, vulnera el Principio de Interés Superior del Niño. c) El Principio de Interés Superior del Niño es una garantía, un derecho y una norma de procedimiento, que prevalece sobre otros derechos y criterios, con el objeto de garantizar el bienestar y desarrollo integral de un niño, niña o adolescente; por lo que los derechos de los niños,-que se encuentran reconocidos tanto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño como en el Código del Niño y Adolescente- deben considerarse en primer lugar al emitir cualquier decisión y al encontrarse en controversia tanto en el ámbito judicial como extrajudicial. d) El principio de Interés Superior del Niño es de observancia obligatoria en todas las decisiones en las cuales se encuentre involucrado un niño, lo cual incluye los acuerdos de conciliación extrajudiciales realizados entre los padres del niño, quienes pueden elegir libremente la forma de la custodia compartida. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en aplicación del referido principio-de observancia obligatoria- el Conciliador Extrajudicial especializado en materia de familia, los padres del niño, magistrados y otros involucrados deben velar por el desarrollo integral del mismo. e) La Tenencia Compartida fijada en periodos cortos vulnera el Derecho del niño a su Desarrollo Integral, al exponerlo a costumbres distintas y cambios ocasionados por tener que –abruptamente - convivir con cada uno de sus padres en el periodo asignado; y por tanto, vulnera los alcances del Principio del Interés Superior del Niño. (Acosta R., 2017)

Autor: CHONG ESPINOZA SUAN CORALI

Cuidad – Año: Lima – 2015.

Tesis: Tenencia Compartida y Desarrollo Integral del Niño, Niña y Adolescente a nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur, 2013.

Conclusiones: a) Existe una relación directa y significativa entre la tenencia compartida y el desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel de resoluciones sentenciales del juzgado transitorio de familia, Lima sur en el año 2013. b) La Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral teniendo como base acuerdos conciliatorios en los niños y/o adolescente a nivel de las resoluciones sentenciales del juzgado transitorio de familia del distrito de

San Juan de Miraflores, Lima Sur en el año 2013. **c)** La Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral teniendo como base imposición de sentencias judiciales en los niños y/o adolescente a nivel de las resoluciones senténciales del juzgado transitorio de familia del distrito de San Juan de Miraflores, Lima Sur en el año 2013. **d)** La Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo emocional que presenta los niños y/o adolescente a nivel de las resoluciones senténciales del juzgado transitorio de familia del distrito de San Juan de Miraflores, Lima Sur en el año 2013. **e)** La Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral según el desarrollo físico que presenta los niños y/o adolescente a nivel de las resoluciones senténciales del juzgado transitorio de familia del distrito de San Juan de Miraflores, Lima Sur en el año 2013. (Chong E., 2015)

Autor: CARMEN ROSA MEI LING KCOMT REYNA

Ciudad – Año: Trujillo – 2014.

Tesis: Factores determinantes de la Tenencia de Menores en los Juzgados de Familia de Trujillo: la Primacía del Interés Superior del Niño.

Conclusiones: **a)** Los factores determinantes a favor de la Tenencia Monoparental que contravienen el Interés Superior del Niño son los siguientes: La edad del menor (de 0-8 años deben permanecer con la madre) Mayor tiempo de convivencia (relacionado a la lactancia cuando se encuentran en dicho período o por cuestiones de trabajo el menor pasa mayor tiempo con la madre o padre). Opinión del menor (se toma en cuenta en función a la edad, de 0-8 años, no es posible adoptar criterios en base a su opinión) Sexo del progenitor (haciendo comparaciones indiscriminadas, creencias poco ajustadas a la sociedad actual) Informes sociales y psicológicos (que no son correctamente discutidos por el juez) Demandas en contra del progenitor (filiación, alimentos, etc.) **b)** La Tenencia Monoparental, se presenta como una figura disociadora de la relación paterno-filial desvinculándola, provocando una semiorfandad artificial sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad (dependiendo a cuál de los progenitores fue otorgada la custodia). **c)** Asimismo, la Tenencia Monoparental, como se pudo apreciar en las sentencias expedidas por los juzgados de familia, se presenta el poder hegemónico asentado

generalmente en la madre, quien con diversos atributos otorgados desdibuja la paternidad. **d)** La Tenencia Compartida, se refleja como el tipo de tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, es el referente que modula la función paterna en un clima y equilibrio interaccional dinámico, anclada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, que en su estilo cooperativo reforma y potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socioafectivos y como alianza coparental constituye el espacio vincular que opera como soporte mutuo en la trama emocional con los hijos. **e)** El Principio del Interés Superior del Niño resulta un factor y principio muy importante, en la medida de que en el ámbito de su aplicación, considera al niño como sujeto de derechos, garantizando su futuro desarrollo integral, en razón a que sea participe de procesos familiares de responsabilidad compartida, permitiendo una integración con sus padres, quienes son los responsables a tenor de dicho principio, de garantizar su colaboración en actos que puedan afectar a sus hijos. **f)** Se determinó que de 10 sentencias analizadas 7 otorgaron la Tenencia Monoparental, exclusivamente a favor de la madre, quien fue la demandante. (Mei Ling Kcomt R., 2014)

2.1.3. A nivel regional y local

Autor: CANALES VILLA, LDIANA JHUDIT

Cuidad – Año: Huancavelica – 2015.

Tesis: El Trabajo infantil y la vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en el mercado de abastos – Huancavelica - 2013.

Conclusiones: **a)** Se puede apreciar que, en el nivel de vulnerabilidad del principio de interés superior del niño, se encuentra alto en un 60% (12), donde el valor t de la tabla es menor al t calculado, es por tal que se rechaza la hipótesis nula, y por tal se concluye que las condiciones morales, físicas, económicas, y sanciones legales del trabajo infantil vulneran el principio del interés superior del niño, en el Mercado de Abastos de la ciudad de Huancavelica durante el año 2013, y por tal se acepta la hipótesis de investigación. **b)** En merito a lo señalado precedentemente, se ha constatado también que en el Perú existe una brecha bastante grande entre la ley y la realidad, la norma y la posibilidad objetiva de cumplirlas, por ende consideramos también que la situación de concienciación debe partir dando relevancia a la primacía

del interés superior del niño garantizando el respecto de sus derechos fundamentales y/o básicos, como base fundamental para la erradicación del trabajo infantil. (Canales V., 2015)

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. La familia

2.2.1.1. Evolución de la familia en la historia

“El núcleo de la sociedad la familia como organismo trascendental en la humanidad, se ha fundamentado pasando por un avance y desarrollo histórico que, según Borda, se produjo por una evolución de la familia que va reduciendo poco a poco la extensión del grupo. Tal perfeccionamiento se divide en tres fases: el clan, la gran familia y la pequeña familia” (Belluscio C. A., 1977).

El Clan. - Un clan es un grupo de personas unidas por vínculo y ascendencia; está definido como la percepción de ser descendientes de un ancestro común; primera manifestación de solidaridad humana, la forma más primitiva de unión, destinada a lograr una posibilidad de defensa, que hiciera factible la supervivencia en un medio hostil. Pero a medida que los sentimientos de los individuos se afirmaban, el vínculo común y general fue reemplazado, paulatinamente, por el sentimiento familiar, que aunó grupos más pequeños y discriminados.

La Gran Familia. - Brota con la aparición del Estado, con lo cual deja de corresponder a la familia el poder político. Su tipo tradicional es la familia romana primitiva, sometida a la potestad del paterfamilias, antecesor común de todos sus integrantes, con dominios muy amplios sobre las personas integrantes de la familia, único dueño de los bienes del grupo, magistrado y sacerdote; la gran familia comprendía no sólo a los descendientes del pater, sino también a sus cónyuges, clientes y esclavos.

La Pequeña Familia. - Es el modelo actual de núcleo paterno-filial. Su unidad política y económica ha desaparecido, limitándose a su ocupación biológica y

espiritual. Su oficio primordial es la multiplicación y educación de los hijos, así como la colaboración moral y espiritual entre sus componentes.

2.2.1.2. Conceptos de Familia

“La Familia es la Institución Histórica y Jurídica de más profundo arraigo a lo largo de las distintas etapas de la civilización y su origen se remonta a los inicios de la humanidad” (Aguirre, R. A., Aguirre, R. L., Aguirre, M., & Aguirre, V.)

“La familia es el conjunto de personas compuestas de padre, madre e hijos que viven bajo un mismo techo y se asisten en forma normal y permanente mientras vivan juntos, pudiendo extenderse con parientes colaterales, que estén bajo la autoridad del jefe de ese hogar” (Aguirre, R. A., Aguirre, R. L., Aguirre, M., & Aguirre, V.)

La palabra "familia" proviene del latín FAMES, que significa Hombre (el líder) y de la voz FAMULUS, que significa Siervos (sometidos). Es pues la familia, una institución flexible, con una estructura determinada, funciones que deben desarrollar y metas que deben alcanzar” (Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation.).

La complejidad de la familia en las sociedades occidentales es tal, que se hace difícil llegar a una definición que recoja la variedad de modelos. Las definiciones como las de la RALE: “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” o “Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines a un linaje”, no reflejan su complejidad. Tampoco se clarifica desde otros contextos más específicos. Demográficamente: “Unidad estadística compleja de naturaleza económico-social, constituida por el conjunto de individuos que comparten habitualmente una vivienda y efectúan sus comidas en común”.

A tal fin analizaremos los conceptos generalmente aceptados, ya que no existe un único concepto de familia. Siguiendo a Belluscio, afirmamos que tradicionalmente se dan tres conceptos distintos de familia (Belluscio C. A., 1996):

- ***Familia en sentido amplio (como parentesco)***: es el conjunto de personas con las cuales existe una relación de parentesco. *Familia en sentido restringido* (pequeña familia-familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial): es la agrupación formada por el padre o la madre y los hijos que viven con ellos.
- ***Familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo)***: es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este sentido es el usado por el artículo 2953 del C. C. que dispone que: "...La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos".

(Placido, 2013), afirma que no es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia.

2.2.1.3. Definición jurídica de Familia peruana

A) A nivel Constitucional

(Rodríguez, 2014.), precisa que nuestra historia republicana nos dice que fue la Constitución de 1933 la que por primera vez reconoció de manera expresa la tutela de la Familia. Esta Carta Política señaló en su momento que el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley. Consultado de <https://agoraabierta.lamula.pe/2014/05/01/la-familia-en-laconstitucion-politica-delperu/rafaelrodriguez/>

Luego anota (Miranda, 1998), la Constitución de 1979, le dedicó todo un capítulo con 7 disposiciones destinadas a reforzarla y adecuarla jurídicamente a la realidad y las costumbres nacionales, en así que en su artículo 5° conceptualizó a la Familia como una —sociedad natural y una institución fundamental de la Nación, ampliando el marco de protección a la institución familiar matrimonial o no matrimonial (unión de hecho); instituye los derechos y deberes de los padres y de los hijos; garantiza además,

la igualdad de estos últimos, aboliendo por completo la obsoleta diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos o naturales, sacrílegos o adúlteros.

Así llegamos a la Constitución de 1993, norma fundamental vigente que reconoce en su Artículo 4° a la Familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

Diversos autores señalan que la Constitución de 1993, no precisa un modelo determinado de familia, no obstante, no podríamos afirmar, que no existe un modelo constitucional, sino que nuestra carta fundamental ha querido mostrarnos una puerta abierta para los distintos tipos de familias que conviven en nuestra sociedad.

El instituto de la Familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que establecía una inconstitucional diferencia entre los hijos legítimos y no legítimos, (Sentencia 06572-2006-PA/TC).

B) En el código civil de 1984

Para iniciar este acápite, debemos tener en cuenta que, en un país pluricultural como el nuestro, no puede imponerse válidamente un solo modelo familiar; por el contrario, nuestro sistema jurídico debería acoger otras formas de regulación de la familia.

Aguilar (2010) refiere el artículo 233 del Código Civil que el objeto de regular a la familia es contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú, sin embargo, si analizamos el desarrollo de las instituciones familiares a lo largo del libro de familia del Código civil, vamos a observar que no siempre este objetivo se logra.

En virtud de las conjugaciones de las normas relativas a la familia, previstas en el Código Civil, y el marco de protección que la constitución le brinda, el profesor Plácido (2008), precisa; aquella comunidad iniciada o basada en el matrimonio o la unión de hecho de un hombre y una mujer, destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, que está integrada por personas que se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja, de la filiación y, en última instancia, del parentesco consanguíneo y de afinidad, que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente y que, bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder

concedidas a uno o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo, (Placido, 2008).

(Aguilar LL., 2010) afirma que la familia en el Perú, como ocurre con otros países, no sólo tiene como fuente el matrimonio, sino también encontramos familias, y en gran número, cuyo nacimiento, organización y existencia, descansan en relaciones o uniones de hecho a quienes se les llama concubinato; esta convivencia entre personas no casadas, ya tiene reconocimiento legal y son fuente de derecho, aun cuando en el presente sólo se limite a ciertos efectos patrimoniales, como es el caso peruano, en el que la sociedad de bienes que nace de la unión de hecho, se equipara a la sociedad de gananciales que nace con el matrimonio.

Cornejo; cuatro dimensiones fundamentales de la persona encuentran su pleno desarrollo en la vida de la familia: paternidad, filiación, hermandad, nupcialidad... son cuatro rostros del amor humano", ha dicho Juan Pablo II; pero no es solamente con el código en la mano que el hombre y la mujer, los hijos y los hermanos se ubican existencialmente en esas dimensiones.

El amor no es condición jurídico-legal del matrimonio ni la relación paterno filial o fraterna; mas sin él la relación se enfría, se torna pura fórmula exterior, se frustra. No hay código que pueda impedirlo. El código no llega a las esencias del amor. Y sin él, el matrimonio y la familia no son fecundos (Cornejo Ch., 1999).

2.2.1.4. Funciones de la Familia

El objetivo fundamental de la familia en la sociedad es la preservación de la vida humana, al existir diferentes tipos de familias también deben cumplir funciones. *"El concepto de función familiar abarca: las actividades que realiza la familia, las relaciones sociales que establece en la ejecución de sus actividades y, en un segundo nivel de análisis, comprende los aportes (o efectos) que de ellos resultan para las personas y para la sociedad"* (<http://www.mailxmail.com/curso-trabajo-infantil-familia/conceptualizacion-termino-familia>). Las funciones que realizan los diferentes tipos de familias son de acuerdo a la relación que tengamos en la sociedad

y a través de las actividades que desarrollemos en ella se obtendrán resultados, como es el caso de educar a los hijos para que sean seres activos en su desarrollo personal, social y en beneficio del país.

(Minuchin, 1999) determina que, como respuesta a las necesidades de la cultura, la familia sufre cambios paralelos a los cambios que enfrenta la sociedad día a día, ha abandonado las funciones de proteger y socializar a sus miembros. De acuerdo a esto, nos indica que las funciones de la familia sirven a dos objetivos distintos: "*Uno es interno, la protección psico-social de sus miembros, el otro es externo, la acomodación a una cultura y la transmisión de esa cultura*".

A. Función Bio Social

En la biblioteca Virtual, Glosario de definiciones No. 256 señala: "*Comprende la realización de la necesidad de procrear hijos y vivir con ellos en familia. Desde el punto de vista social la conducta reproductiva es considerada como reproducción de la población, Incluye las relaciones sexuales de pareja que constituyen elemento de estabilidad para ella y para toda la familia*".

En la necesidad de procrear hijos y vivir con ellos en familia, se lo debe realizar en forma planificada y no traerlos para dejarlos en el abandono, o para que luego de la separación o divorcio, alejar a los hijos de uno de los progenitores. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y gozar del cuidado de la madre y del padre por igual.

B. Función Cultural

"Comprende aquella parte de los procesos de reproducción cultural y espiritual de la sociedad que transcurren dentro de la familia, particularmente los relacionados con los valores sociales que transmite la familia y las actividades de tiempo libre que transcurren en el hogar o aquellos que los integrantes disfrutan en grupo fuera del hogar" (<http://www.mailxmail.com/curso-trabajo-infantil-familia/funciones-familia>)

C. Función Socializadora

“Esta socialización empieza en la familia; allí dan los primeros lineamientos para la posterior actuación de solidaridad. La familia en si ya es una célula social, como ha quedado establecido, y su acción socializante no es sino la proyección que hace a la colectividad” (<http://www.mailxmail.com/curso-trabajo-infantil-familia/funciones-familia>). Siendo la familia una estructura social, organizada para satisfacer necesidades elementales de las personas, esta función tiene una relación directa en el desarrollo de la personalidad principalmente de los niños, niñas y adolescentes en referencia a los valores morales, humanos, cívicos, al proceso de habilidades y destrezas para el desempeño como hombres y mujeres en la sociedad.

D. Función Económica

“Se realiza a través de la convivencia en un hogar común y la administración de la economía doméstica. Para el cumplimiento de esta función resulta central la variada gama de actividades que se realizan en el hogar, dirigidas al mantenimiento de la familia y que corrientemente se denominan "trabajo doméstico", cuyo aporte es fundamental para asegurar la existencia física y desarrollo de sus miembros, muy especialmente la reposición de la fuerza de trabajo”.

La función económica de la familia se basa en la fuerza de trabajo y en la administración de recursos para satisfacer las necesidades básicas como el alimento, techo, salud, vestimenta, educación entre otras necesarias para vivir. Estas actividades son responsabilidad del padre y madre para ofrecer a los hijos un buen estilo de vida de acuerdo a sus posibilidades.

En nuestra sociedad los roles del hombre y la mujer son desempeñados de acuerdo a las necesidades de la familia, es el caso de que hoy en día en la mayor parte de familias deben trabajar el padre y la madre generalmente fuera del hogar y los hijos quedan solos o al cuidado de los abuelos o terceras personas; en otros casos, es el padre quien se dedica a trabajar y la madre se dedica al trabajo del hogar cuya actividad como es conocida no tiene una remuneración. Sin embargo, la función económica como actividad en muchos casos es realizada por los niños, niñas y adolescentes, quienes

son obligados, y/o ayudan a trabajar para sustentar las necesidades del hogar asumiendo responsabilidades que no les corresponden.

2.2.2. La tenencia

2.2.2.1. Concepto

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

Un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos, por tanto, ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones.

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

El artículo 81 del código Del Niño y el Adolescente manifiesta que: Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la

tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

“Los padres titulares de la patria potestad tienen el derecho de tener consigo al menor; solo así pueden orientar la formación y educación de los hijos en toda la amplitud de este concepto, en caso de separación de los padres, la guarda ha de conferirse a uno de ellos, sin perjuicio de los derechos expresamente señalados por el art. 264, inc. 1°, respecto del otro” (Bossert Gustavo- Zanonni Eduardo A., 1985).

2.2.2.2. Características de la Tenencia

a) Personalísimo

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

b) Derecho restringido

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

c) Divisible

Si los padres de común acuerdo sin ninguna dificultad comparten el cuidado y los gastos de alimentación, educación, vestimento, y lo demás necesario para el desempeño de las labores de los hijos si se llega a dividir la tenencia entre los progenitores.

d) Condicional

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

e) Provisional

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

f) Transmisible

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

g) Objeto

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

2.2.2.3. Causas de Tenencia

a) Divorcio o Separación de los padres

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

b) Muerte de uno o de los dos padres

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

c) **Abandono de los padres**

Abandonar es dejar indefenso y en desprotección a una persona, en caso de abandonar a los hijos ya sea provisionalmente o de manera definitiva los familiares serán los encargados del cuidado de los menores que están desprotegidos y podrán obtener la tenencia, con el fin de brindarles un hogar y una familia.

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

2.2.2.4. Efectos de la Tenencia

El autor (Cabrera V., 2008) expresa que la Tenencia busca el hogar más adecuado para el niño, niña o adolescente, siempre y cuando el Juez en su decisión elegirá al progenitor que mejores condiciones ofrezca para el cuidado de los hijos, además es importante que el padre tenga una conducta aceptable ante la sociedad sin presentar problemas que afecten en lo posterior a los menores que están bajo su protección, causando daños físicos o psicológicos que marcan sus vidas. *“Una decisión judicial adversa al menor, le acarreará problemas a éste a lo largo de su vida, tanto en su integridad física como en su psiquis, quedando así desvirtuado el principio constitucional de seguridad.”*

2.2.2.5. Modalidades o tipos de Tenencia

Para realizar la siguiente clasificación se tomó en cuenta: para los dos primeros puntos la distinción que realiza el Dr. Zanonne en su Tratado de Derecho de Familia y, para los puntos siguientes la clasificación hallada en la Enciclopedia de Derecho de Familia ya citada en el presente trabajo.

- **Tenencia provisional:** este tipo de tenencia opera en aquellos casos en que se produce la ruptura del vínculo matrimonial, previo a la sentencia de divorcio. Es decir, el momento en que los cónyuges dejan de cohabitar y debe el juez decidir a

cerca del lugar de residencia de los hijos menores. Para esta oportunidad el juez no tiene conocimientos fundados de cuál de los padres tiene más cualidades para hacerse cargo de la tenencia del menor, lo que no quita que pueda solicitar las medias de prueba e información que considere pertinentes para conocer en parte, lo que pueda beneficiar más al menor.

- **Tenencia definitiva:** se da en aquellos casos en que ya hay sentencia firme en cuanto al divorcio de los padres del menor y el juez determina definitivamente la guarda; puede que se mantenga sobre el padre que recibió la tenencia provisional o, en caso de haber pruebas que ameriten un cambio en beneficio del menor, podrá darse la guarda al otro progenitor.

Este tipo de tenencia aparece como uno de los efectos del divorcio y la separación personal.

- **Guarda originaria:** tiene su origen en la paternidad y la maternidad, es decir que no es impuesta ni delegada por la ley, sino que se adquiere naturalmente al momento de convertirse en padres.
- **Guarda derivada:** es aquella impuesta o derivada por la ley, es decir, que no surge de manera natural, sino que la ley decide sobre quién recae, es el caso en que ninguno de los padres se encuentre facultado para hacer ejercicio de la patria potestad y no siendo viable la tutela legal de parientes consanguíneos idóneos para ejercer la tutela, el juez provee a la tutela de los menores en cuestión, decidiendo lo mejor y más conveniente para ellos conforme el artículo 310 del Código Civil.
- **Guarda delegada:** “aparece desmembrada de la patria potestad y de la tutela... quien ejerce la patria potestad o la tutela delega la guarda de un menor para su protección y formación...” (Lagomarsino, Carlos & Salerno, Marcelo, 1991)

- **Guarda de hecho:** “...cuando una persona por propia decisión, sin atribución de la ley o de un juez, toma a un menor a su cuidado”. (Lagomarsino, Carlos & Salerno, Marcelo, 1991)

2.2.2.6. Tenencia de los Niños y Adolescentes

A. La paternabilidad responsable y la coparentabilidad como aspectos fundamentales

En la familia intacta a ambos progenitores les incumbe la responsabilidad del desarrollo psicosocial de los hijos y comparten en forma alterna la tenencia biparental, aspectos determinantes para concluir, que en la dinámica intrafamiliar se operacionaliza un modelo coparental del cual se encuentra determinado por la distribución de los roles y funciones de los padres hacia sus hijos, estando juntos o separados; en caso de la separación lo que resulta es que desvigorizan la presencia paterna y desperfilan el rol socio-afectivo generalmente del padre, que deviene en una figura ausente que emana señales de abandono a los hijos y la nueva atribución de su rol, adquiere el sentido de pagador, experimentado a la vez el actuar como un visitador eventual de sus propios hijos. Entonces para evitar estas transiciones, surgen conceptos o aspectos que coadyuvan a mejorar las relaciones paterno-filial e intrafamiliares, y en una posible separación se llegue al consenso de que ambos padres son responsables del cuidado de sus hijos sin discriminación alguna, primando el interés del menor quien necesita la presencia de ambos progenitores para la realización de su persona.

De tal modo, (Cuculiza, 2007) señala que los vínculos personales y el contacto directo que un niño debe mantener con el padre o madre son un derecho protegido por nuestras leyes nacionales (Perú) y por normas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño. Todas estas reglamentaciones reiteran y ratifican, a la vez, el Principio del Interés Superior del Niño como aquel que toda autoridad debe considerar al adoptar una medida que involucra a un menor.

B. La paternidad responsable

El artículo seis de la Constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica el ejercicio efectivo de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad; dentro de esta se encuentra el derecho que tienen los padres de vivir con sus hijos, y a su vez el derecho de los hijos de vivir en una familia, sea esta: nuclear, monoparental, separada, reconstituida o ensamblada, entre otras, siempre y cuando le ofrezcan un ambiente sano apto para su desarrollo integral, según el interés superior del niño.

Ocurre que muchas veces, luego del quiebre de la relación matrimonial o conyugal, los hijos pasan a ser parte de una familia en la cual deberá determinarse que solo uno de los progenitores residirá con los hijos, que en muchos casos suele ser la madre, en cuanto la mayoría de autores señalan que ello evitará confusiones en sus hábitos, costumbres y reglas de conducta, siendo estos autores algunos detractores de la coparentabilidad o una posible tenencia compartida, sin tener fundamento alguno.

C. Coparentabilidad

Este concepto involucra que el padre y la madre son igualmente responsables de sus hijos, cada progenitor debe responder frente a las demandas y expectativas de los hijos de forma independiente o de forma conjunta, porque a su vez el concepto de “coparentalidad engloba al progenitor como un ser completo, capaz de ejercer su rol y el del otro, pero, cada uno conserva su personalidad.

Para (Beltrán, 2009) para la mayoría de tratadistas, la Coparentabilidad es considerada el día de hoy, como una necesidad más que una “moda” en cuanto a la fecha, la mayoría de padres y madres, trabajan fuera de la casa familiar, por lo que es esencial para el desarrollo de los hijos que ambos alternen el cumplimiento de las tareas inherentes al ejercicio de la patria potestad; por ejemplo, si la madre tiene una reunión de trabajo, sea el padre quien acuda a las reuniones del colegio, o si el padre tiene un curso de capacitación sea la madre quien lleve los niños al dentista.

Siguiendo su línea, (Beltrán, 2009) señala que la Coparentabilidad tiene ventajas no solo para los hijos, sino también para la familia en tanto refuerza la relación paterno filial, ya que a través de esta, se busca reconocer la igualdad de cónyuges o convivientes desde su perspectiva personal y familiar, lo cual favorece a la pareja y por ende a la familia ya que ninguno se sentirá el sacrificado por la crianza de los hijos. En muchos casos de separación o divorcio, la mayoría de cónyuges mujeres, fundan sus pretensiones indemnizatorias en el hecho de que ellas se sacrificaron por la familia dejando de estudiar, de tener amigas y de trabajar, por criar a sus hijos; debiéndose acotar que ello se evitaría con la coparentabilidad ya que ambos progenitores se desarrollan desde su ámbito personal y a la vez colaboran activamente en el hogar.

D. La tenencia del menor

La tenencia es una institución del derecho de familia, que tiene por finalidad, el determinar cuál de los padres estará al cuidado de los hijos en el caso de que exista una separación. Por lo que, de acuerdo a las circunstancias, como particularmente señala (Beltrán P. "El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la Tenencia Compartida en el Perú?, 2009), puede ser definida como:

Un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos de consuno y, por tanto ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones.

Por su parte, (Comisión de Justicia y Derechos Humanos , 2006) señala que la Tenencia de Menor, es definida como el trámite tendiente a obtener un reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo y procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de este. Es decir que se trata de una institución que tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al

encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.

La ley nacional refiere que la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia, que con toda razón sustenta (Aguilar B. , 2012) término este que no resulta aplicable en el Derecho de Familia, pues más alude a tener consigo algo, como una suerte de pertenencia, y quizás el término tenencia, pueda ubicarse mejor en el plano de las cosas, tal como se encuentra en algunos diccionarios, que cuando aluden a la tenencia, la refieren a la posesión, o tenencia de algunas cosas, empero en el derecho de los infantes, termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la medida que se alude al hecho de que sus padres tienen a sus hijos consigo. En el mismo sentido, (Hollweck, 2001) determina que la voz tenencia evidencia una relación codificante, impropia del vínculo paterno-filial y su proyección jurídica. Sin embargo, el derecho le asigna el sentido de proximidad necesaria del padre o madre hacia el hijo que viabilice las funciones de los roles atribuidos a los progenitores por ley, expresión que no podemos modificar sin perjuicio de una propuesta en tal sentido.

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

directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Doctrinariamente, se definen varias clases de tenencia, una de ellas: La tenencia exclusiva, la tenencia partida, la tenencia repartida, conjunta o biparental, entre otras; de las cuales nos ocuparemos específicamente en dos de ellas que resultan ser las más importantes y generales, así mismo porque en nuestro ordenamiento jurídico actual acoge solo dos de estas clases de tenencia: La exclusiva o monoparental y la Compartida o biparental.

A. Tenencia Monoparental

La tenencia monoparental o exclusiva, es aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta edad del menor, quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre, que por razones de costumbre se infiere que es la persona más adecuada para ejercer los cuidados del menor. Es por ello que dicha tenencia, se sostiene en la teoría de los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que sostiene que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, o quién está en mejor capacidad económica para mantenerlo, siendo una excepción los casos referidos a los niños menores de tres años, como lo es en el Perú, que se le otorga la preferencia a la madre, en tanto, aún existe un nexo de necesidad biológica del niño hacia su madre, lo cual considero erróneo, ya que no se encuentra acierto formal alguno, por lo menos dentro de la rama psicológica.

a. Factores de riesgo de la monoparentabilidad

En la Tenencia Monoparental, como efecto de la separación matrimonial o conyugal, se da la posibilidad de que surjan determinados factores que pongan en riesgo la estabilidad emocional o psicológica del menor respecto al otro progenitor, privándolo de la figura materna o en su mayoría paterna, así mismo dificultando las relaciones paterno-filial, ello debido a que el progenitor que tenga la tenencia del menor se sienta con el derecho de “tenerlo en su posesión” limitando al otro, titular también de la patria potestad, sin habersele suspendido de la misma.

En este aspecto, es dable mencionar que en la tenencia monoparental se pueden presentar las siguientes situaciones, conforme refiere (Steffen, 2003): Acentuado apego del progenitor conviviente con sus hijos. “Los peligros que se corren son el aislamiento y encierro de los hijos y la primacía de las funciones nutritivas (contención emocional) por sobre las normativas (imposición de límites) pudiendo llevar a graves perturbaciones”.

b. La tenencia monoparental y sus efectos en el desarrollo del menor

Como se ha mencionado anteriormente, la monoparentabilidad trae como consecuencia, que al ser un solo progenitor el custodio del menor, pues el otro progenitor ya sea madre o en su mayoría el padre despojado de la tenencia de su hijo, pues este tendrá como castigo un régimen de visitas, efecto directo de una tenencia monoparental, provocando a su vez alternancia de los menores quienes tendrán que ver a sus padres fuera de su hogar, o ir cada fin de semana o quincena a visitar a sus padres, tornándose frustrante los cambios temporales de un lugar a otro, especialmente cuando el hijo es menor de edad. Según (Rodríguez T. , 2008) doctos estudios sociológicos la simple alternancia no provoca ningún trastorno en el menor, lo que si puede ocasionar serios daños es la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres; aun así es siempre menor que los severos traumas que acarrea la ausencia de unos de los padres durante la infancia y la adolescencia. "Existen indicios de que, con nuestros bien intencionados esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres”.

B. Tenencia Compartida

Ante una familia en la que se han disuelto los lazos de pareja y que se ha reconstituido, los hijos experimentan cambios en la dinámica, en el estilo de las relaciones; pasan de una convivencia donde, de una manera u otra, se compartían los roles maternos y paternos, a una dinámica relacional completamente diferente, donde es el padre o la madre quien va asumir el rol de custodio y probablemente a combinar los roles de

padre y madre a la vez (Perez, 2006). Y ante esta dinámica, resulta pertinente hablar de una tenencia Compartida, en donde ambos padres, post-separados, puedan ejercer conjuntamente la tenencia de su hijo o hijos manteniendo las relaciones familiares y no alterando el desarrollo integral del menor.

De tal modo, que la Tenencia Compartida se conceptualiza como aquella donde el menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

Por su lado (PadresXSiempre., 2010) recogen la definición de Tenencia o Custodia compartida, como la modalidad de custodia de los hijos que tiene como principal objetivo que estos (los niños) sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores.

Centrando en un ámbito específico, en las normas norteamericanas se tiene que en algunos estados (California, Montana) la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea, las cuales además de ser respaldadas por las legislaciones individuales de los estados se encuentran recogida en la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños (Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act, UCCJEA) de 1997. En esta línea algunos estados norteamericanos que presumen que la custodia física conjunta de los hijos coinciden con el mejor interés superior del niño.

a. La tenencia compartida y sus efectos en el desarrollo y bienestar del menor

Existe el mito de que la Custodia o “Tenencia” Compartida es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres, sin embargo, como argumenta (Rodríguez, 2008) es preciso alejarse de interpretaciones simplistas. Efectivamente se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de

ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales. Los niños y adolescentes, bajo la tenencia Compartida, podrán compartir tiempo con ambos padres, quienes tendrán los mismo derechos y deberes sobre la toma de decisiones.

Con independencia del sexo del hijo es incuestionable que necesita de la presencia de ambos padres para una eficaz educación. Tomemos por ejemplo la relación hija-padre, existe un estudio interesante –"Clinical Observations Father Absence on Interferences of Early in the Achievement of Femininity" (Observaciones clínicas sobre las repercusiones de la ausencia temprana del padre en el desarrollo femenino)- que dejó al descubierto como niñas que sufrieron la separación de sus padres durante su estadio edípico manifestaron trastornos subjetivos (fobias, depresión, ansiedad...) en un 63% de los 150 casos estudiados (LOHR, MENDELL y RIEMER). "La sensación continua de ser valorada y amada como niña parece un elemento de especial importancia para afianzar la autoestima como mujer. Todo parece indicar que sin esa fuente constante de afecto, la autovaloración femenina de una niña no prospera" (KALTER), este es un elemento concurrente en el acervo de investigaciones que vienen avalar la necesidad de un eficiente contacto parental entre el progenitor y su hija; según apunta (Rodríguez, 2008).

2.2.2.7. La Tenencia como Derecho de los hijos

Uno de los derechos importantes consagrados en la convención de los derechos del niño, recogidos por la legislación especializada, denominada Código de los Niños y Adolescentes, lo constituye el derecho que tiene el menor a vivir con su familia natural.

Pues bien, cuando se define la Tenencia, se hace hincapié en la convivencia de los padres con sus hijos, entonces la tenencia se ve desde dos vertientes, la primera la de los padres, ya que tienen el derecho pleno de vivir con sus hijos, y la segunda referida a los hijos, como derechos que tienen ellos de vivir con ambos padres, por lo tanto no se debería analizar este derecho como si fuera propio de los padres y peor aún en la práctica dentro de un proceso de tenencia en donde ambos padres disputan por su derecho; sino ver a la tenencia como un derecho de los niños a vivir con sus padres y

no ser separados de ellos a no ser que las circunstancias lo justifiquen, tal como lo refiere el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño, señalado anteriormente.

En consecuencia, para (Aguilar, ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes?, 2012) este derecho de tenencia no debe ser visto solo como un derecho a reclamar por parte de los padres, sino que en concesión debe tenerse presente, el derecho de los niños a vivir con sus padres, por lo tanto la opinión de ellos, (en el caso de que estén posibilitados de hacerlo) resulta siendo importante, y aun cuando su desarrollo evolutivo no lo permitiera formarse su propia opinión, habría que considerar fundamentalmente los intereses de estos, antes de que se pronuncien sobre esta tenencia.

2.2.3. La tenencia negativa

Antes de dar una definición certera en cuanto a esta institución jurídica de rasgos comparados, es oportuno aclarar que la doctrina no ha desarrollado en su amplitud. Así que hay una escasez en su proceso doctrinal y jurisprudencial.

2.2.3.1. Definición

Es cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores. La medida primordial es iniciar un juicio de alimentos a fin de que el obligado cumpla con su responsabilidad. La tenencia negativa se puede entender de dos formas, como aquella que existe legalmente pero no se ejerce, dejando al menor bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender como el menor que teniendo padres, ellos no se hacen cargo de él. (<http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/08/la-tenencia-en-el-codigo-del-nino-y-el.html>, s.f.)

2.2.3.2. Causas y Consecuencias de la Tenencia Negativa

Empleando las palabras de (Fernández R., E. & godoy F., C. , 2005)

Las causas que dan lugar a la tenencia negativa son las siguientes:

- La ruptura del matrimonio es aquel eje central en cuanto al concluir el vínculo familiar, ambos padres consiguen nueva pareja y ninguno de los padres quiere hacerse cargo del menor.
- De hecho, la salud psicológica de ambos padres genera la tenencia negativa en cuanto hay presencia de conflicto en casa.
- También se constituye el síndrome de alienación Parental (SAP) en donde los hijos son utilizados como un medio de denigración a uno de los padres y si el menor niega con hacerlo es reprochado y dejado de lado.

Las consecuencias son las siguientes:

- El menor o los menores tendrán un reproche hacia sus padres biológicos, con el odio hacia ellos.
- Generará un daño psicológico en el menor generándoles reproches y odios hacia otras familias, con solo la observancia.
- Genera un nivel educativo muy bajo, desorden mental y trastornos funcionales.

2.2.3.3. Formas de entender la Tenencia Negativa

Según la doctrina la tenencia negativa se entiende de dos maneras:

- a) Existe legalmente pero no se ejerce, dejando al menor bajo la responsabilidad de un tercero.
- b) También se puede entender como el menor que teniendo padres, ellos no se hacen cargo de él. El TC frente a ello se pronunció destacando el Derecho del Menor a tener una Familia, el mismo que se encuentra en el preámbulo de la convención de los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. (Derecho a tener una familia, 2001)

2.2.3.4. Razones por las que hay padres y madres que no quieren a sus hijos

- a) Sentimientos de rechazo o distanciamiento afectivo.
- b) Relaciones tóxicas entre padres e hijos.
- c) Carencia de sentimiento de amor o afecto hacia un hijo.

2.2.4. Principio superior del niño y adolescente

2.2.4.1. Fundamento filosófico

Para MacCormick, “la atribución de un derecho a determinada clase de seres parece exigir las siguientes presunciones: respecto a la clase en cuestión (en nuestro caso, niños), existe cierta acción u omisión (en nuestro caso, las acciones y omisiones que conllevan el cuidado, alimento y cariño) cuyo cumplimiento, en el caso de todos y cada uno de los miembros de esa clase, satisfará, protegerá o mejorará cierta necesidad, interés o deseo de cada una de tales personas; y, en segundo lugar, la satisfacción de esa necesidad, interés o deseo es de tal importancia que sería incorrecto negarla a cualquier persona independientemente de las ventajas ulteriores que ello supone (Maccormick, 1990)”. Por lo tanto, la noción de derecho debe ser reformulada, conforme a la teoría del interés de Maccormick, con el fin de incluir a los niños, niñas y adolescentes como titulares de los mismos.

Cillero, destaca que el principio del interés superior del niño, recogido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es: En efecto "uno de los aportes de la Convención que extiende la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judiciales (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino además extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres. El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirijan hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes-deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior (Cillero B., 1999).

2.2.4.2. Antecedentes del Interés Superior del Niño

De acuerdo a Rodríguez “Como es sabido, el siglo xx atestiguó una serie de cambios relacionados con el proceso de reconocimiento y protección de los derechos de la infancia (sobre todo sus últimos años). Sin embargo, desde principios de ese siglo aparecieron eventos y acontecimientos significativos en esta materia, entre ellos, la expresión de principios cuyo objetivo era lograr acuerdos a nivel internacional para la

protección de tales derechos, por ejemplo, en 1924, la Sociedad de Naciones adopta en su V Asamblea el primer texto formal conocido como Declaración de Ginebra; más adelante, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptará la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Rodríguez Q., 2011)”

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. De acuerdo a Gonzales con relación al concepto o término de “Interés Superior del Menor”, éste surge por primera vez en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, cuyo texto del artículo tercero señala que “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor (González M., 2011)”

2.2.4.3. Definición de Interés Superior del Niño

Como su mismo nombre lo dice, el interés superior del niño debe primar en todos los procesos o litigios donde esté inmerso el niño, niña o adolescente. Precisa Zumaquero, citado por Gonzales que “el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance debe ser determinado en cada caso concreto. Es un concepto que ha sido adoptado en la legislación mexicana, pero aun así, como decimos, no es posible, ni deseable, elaborar una definición ya que “su alcance variará en atención a la legislación de la que se trate, al derecho en sí que se ejercite, o bien, a las circunstancias personales del menor respecto del cual se vela por su interés (González M., 2011)” ”. En términos muy amplios podríamos decir que el concepto de interés superior del menor se refiere a las acciones y procesos tendientes a garantizar a niños, niñas y adolescentes un desarrollo y protección integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible” (González M., 2011)”

Plácido por su parte señala que: “El principio del interés superior del niño exige armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención a fin de ser adecuadamente incorporado en el derecho interno, de manera que pueda ser invocado ante los tribunales. En aplicación de ello, se llegará a modificar sustancialmente diversos aspectos del acontecer jurídico, tomando en consideración el indicado principio rector; así como, permitirá la interpretación de las normas del derecho positivo interno, otorgándoles en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva y, en otras, considerándolas inaplicables. Igualmente, este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico; solucionando, de esta manera, la disociación existente, en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización. Siendo así, “el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares”. Sin embargo, la calificación de “superior” en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia, dentro de una lógica de integración. En todo caso, se busca destacar los derechos de la infancia, a menudo olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas. Se trata de determinar la preeminencia de los derechos de la infancia en su confrontación con otros derechos que pudieran menoscabarlo o desvirtuarlo, o respecto de normas o disposiciones de las que pueda resultar tal situación. Al efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra una tutela genérica y abierta, mediante la cual el interés del niño encontrará reconocimiento en cada caso concreto (Plácido V., 2009)”

2.2.4.4. Interés Superior del Niño en la ley peruana

El principio del interés superior del niño, forma parte del bloque de constitucionalidad que recoge el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, constituyendo uno de los pilares, además de criterio rector, de la administración de justicia especializada en niñez y adolescencia, cuyo fundamento esencial es que toda decisión se justifique en el bienestar del niño, niña o adolescente involucrado en una controversia, cualquiera que fuera su naturaleza. En orden a lo expresado, resulta evidente que, en los procesos, donde los padres pugnan por ejercer en forma exclusiva y excluyente, el cuidado y

responsabilidad del hijo, dicho principio con mayor motivo debe ser la fuente inspiradora de la decisión, preservando el derecho de relación de los hijos, adoptando las medidas apropiadas al efecto.

La reciente ley N° 30466 (Publicada el viernes 17 de junio de 2016) tiene por objeto establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, niña o adolescente, obligando a que toda resolución o sentencia expedida en procedimiento o proceso, respete motivadamente dicho principio y norma, de acuerdo con la convención sobre los derechos del niño, la observación general 14 ya mencionada y el artículo IX del título preliminar del código de la especialidad, en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños, niñas o adolescentes. Como parámetros de aplicación del interés superior del niño, establece, se considere:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.
6. Y de otro lado, como garantías procesales del interés superior del niño, se reconocen:
 - a) El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
 - b) La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
 - c) La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
 - d) La participación de profesionales cualificados.
 - e) La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.

- f) La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
- g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
- h) La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

2.2.4.5. Los distintos niveles de responsabilidad en la realización del Interés Superior del Niño

Al respecto (Acosta R., 2017) indica:

Habiendo estudiado los alcances y definición del principio, cabe diferenciar dos niveles de responsabilidad en la realización del interés superior del niño.

A nivel privado, el interés superior del niño remite a las decisiones que toman los adultos (padres, tutores, profesionales y otras personas responsables) respecto de los niños, debiendo hacer prevalecer el máximo nivel de bienestar posible. Esta consideración de tipo individual involucra al Estado como garante último de las condiciones para que los adultos responsables puedan realizar el interés superior del niño.

Es decir que el interés superior del niño presenta –sobre todo– una dimensión pública, en función de la cual toda decisión judicial y administrativa, toda provisión de servicios que afecte a los niños debe tener en cuenta su interés superior. Esto incluye tanto las medidas que impactan directamente sobre los niños (por ejemplo, la legislación y políticas públicas referidas a salud y educación), como las medidas indirectas que tienen impacto en sus condiciones de vida (vivienda, infraestructura de saneamiento, etcétera).

Sin embargo, la falta de contenido sustancial del interés superior del niño introduce un alto grado de subjetividad, que se refleja en los dos niveles de responsabilidad identificados. En el ámbito privado, la noción de bienestar se verá influenciada por la situación económica, social y cultural de la familia y la biografía o trayectoria

familiar. Así, el interés superior del niño será interpretado a la luz de las circunstancias que caracterizan la situación particular. Por su parte, la tradición política de un Estado, las instituciones existentes, los recursos económicos, entre otros, tendrán una fuerte repercusión en el tipo de políticas públicas que se implementarán para proteger a los niños. Se corre así el riesgo de vaciar de contenido al principio.

2.2.4.6. La Incorporación del Interés Superior del Niño en la legislación comparada

En similar sentido (Acosta R., 2017) detalla:

El carácter vinculante de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, define la obligatoriedad del principio del interés superior del niño, de manera que este postulado deja de ser meramente enunciativo para convertirse en una disposición de interpretación jurídica de todo el articulado de la Convención.

En otros términos, los operadores encargados de impartir justicia en las diferentes instancias judiciales de un Estado Parte deberán realizar una interpretación sistémica de los derechos del niño toda vez que sus intereses resulten afectados.

Los países de América Latina -con la excepción de Chile- han adoptado en su legislación interna Leyes de Protección Integral o Códigos de Infancia y Adolescencia.

En estas leyes o códigos el interés superior del niño aparece como principio rector o como parte del articulado, excepto en los casos de Brasil, Cuba y Honduras.

Adicionalmente, y a fin de otorgar prevalencia a este principio, se verifican distintas situaciones:

- Algunos países de la región han establecido dentro de sus textos constitucionales el interés superior del niño como criterio supremo de protección de los derechos de la infancia, reforzando de esta manera su relevancia jurídica para la toma de decisiones que afecten los intereses de las personas menores de edad.
- Por otro lado, la armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en la legislación jurídica interna puede darse por “remisión expresa”.

- Otros países han otorgado rango supra-legal -pero no constitucional- en términos genéricos a todos los tratados internacionales.
- Finalmente, se registra la existencia de un grupo de países en los que el interés superior del niño aparece reflejado exclusivamente en sus leyes internas.

Entre los países que, además de instituir el interés superior del niño como principio en sus leyes y códigos de la infancia y la adolescencia, lo han incorporado en sus textos constitucionales se encuentran: Bolivia, Ecuador, México, República Dominicana y Venezuela.

A. Bolivia

La Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia establece: “Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado” (art. 60). Mientras que el Código del Niño, Niña y Adolescente establece: “Las normas del presente Código deben interpretarse velando por el interés superior del niño, niña y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, las Convenciones, Tratados Internacionales vigentes y las leyes de la República” (art. 6).

B. Ecuador

Por su parte, la Constitución del Ecuador establece: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (art. 44). Y el Código de la Niñez y Adolescencia dispone “sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los

niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral” (art. 1).

C. México

La Constitución establece: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez” (art. 4). Cabe señalar que, en este caso no se le otorga prevalencia al interés superior del niño. Por su parte, en el artículo 3 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se menciona al interés superior del niño como primer principio rector de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

D. Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes” (art. 78). Y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente define que “El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías”,

definiendo que “En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art. 8).

Entre los países que han basado sus leyes de protección integral o códigos de infancia en el interés superior del niño, sin hacer mención explícita al principio en sus cartas supremas, pero otorgándole rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, ya sea por remisión expresa o mediante el bloque de constitucionalidad, se pueden mencionar a: Argentina, Colombia y Guatemala.

A. Argentina

El inciso 22 del Artículo N° 75 de la Constitución de Argentina establece: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Entre estos se menciona explícitamente la CIDN. Por su parte, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes dispone en su Artículo 3: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, enfatizando el respeto por: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida (entendido como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia). Adicionalmente, este artículo impone la prevalencia de los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, cuando exista conflicto entre ellos.

B. Colombia

El Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos

humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.” Y el artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia define como regla de interpretación y aplicación que “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

C. Guatemala

Mediante el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala se otorga preeminencia al derecho internacional: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Mientras que el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia define que “El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley”.

Entre los países que han adoptado el interés superior del niño en sus leyes y códigos de la infancia y la adolescencia, otorgando entidad supra-legal a los tratados, convenios y acuerdos internacionales ratificados, pero sin reconocerles rango constitucional, se encuentran: Costa Rica, El Salvador y Paraguay.

A. Costa Rica

La Constitución Política de la República de Costa Rica establece en su Artículo 7: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente

aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.” Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia establece en su artículo 5: “Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal”, teniendo en cuenta a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades; b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve; d) La correspondencia entre el interés individual y el social.

B. El Salvador

La Constitución Política de la República de El Salvador instauro mediante su Artículo 44 la prevalencia de los tratados internacionales sobre la ley interna: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”. Mientras que el artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia consagra el interés superior del niño como principio de interpretación, aplicación e integración de la norma: “En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías”.

C. Paraguay

La Constitución de la República de Paraguay, en su artículo 137 indica que “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el

derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”. El interés superior del niño es adoptado como principio mediante el artículo 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia: “Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo”.

2.2.4.7. Garantías procesales para velar por la observancia del Interés Superior del Niño

Siguiendo a (Acosta R., 2017) señala:

Para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial a que se atienda, se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades. El concepto de interés superior del niño es en sí mismo una norma de procedimiento. Mientras que las autoridades públicas y las organizaciones que toman decisiones que afectan a los niños deben llevar a cabo su cometido respetando la obligación de evaluar y determinar el interés superior del niño, no se espera que las personas que adoptan a diario decisiones concernientes a los niños (por ejemplo, los padres, los tutores y los maestros) sigan estrictamente este procedimiento de dos fases, aunque las decisiones que se toman en la vida cotidiana también deben respetar y reflejar el interés superior del niño.

Los Estados deben establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados. Los Estados deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, los jueces o las autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente al niño o los niños.

2.2.4.8. Aplicación: La evaluación y determinación del Interés Superior del Niño

Argumenta (Acosta R., 2017) que, para el Comité de los Derechos de Niño de la UNICEF (UNICEF, 2013) El "interés superior del niño" es un derecho, un principio y una norma de procedimientos basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación:

- En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás y;
- En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

2.2.4.9. Evaluación y determinación del Interés Superior

Explica (Acosta R., 2017), la "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño.

Por "determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior.

La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su

familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.

La determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Ello conlleva la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí. Para los niños en general, la evaluación del interés superior abarca los mismos elementos.

El Comité de los Derechos de Niño de la UNICEF, considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto. Todos los elementos de la lista deben ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación. La lista debe ofrecer orientaciones concretas y al mismo tiempo, ser flexible.

2.2.4.10. El Interés Superior del Niño y su relación con otros principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño

Por otro lado, (Acosta R., 2017) señala que según el informe redactado por la UNICEF, este principio guarda relación con otros principios que protegen al niño, tales como:

- El interés superior del niño y el derecho a la no discriminación (artículo 2). El derecho a la no discriminación no es una obligación pasiva que prohíba todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención, sino que también exige a los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención. Ello

puede requerir la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real.

- El interés superior del niño y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6). Los Estados deben crear un entorno que respete la dignidad humana y asegure el desarrollo holístico de todos los niños. Al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Estado debe garantizar el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo.
- El interés superior del niño y el derecho a ser escuchado (artículo 12). La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

Así se establece con claridad en la Observación general N° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior.

El Principio de Interés Superior del Niño está relacionado con el derecho a ser escuchado, el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, entendiéndose de la revisión de la Observación General N° 14 que el fin de todos los principios y derechos es garantizar que se busque el interés superior del niño, en todos los casos en que sus derechos se encuentren en controversia.

2.2.4.11. Materias en las que rige el Principio

La autora (Acosta R., 2017) expresa:

Las materias en las que rige el principio del Interés Superior del Niño son las de Patria Potestad, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deban ventilarse sus derechos.

Debe tenerse en cuenta que, cuando exista un conflicto entre los intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros; esto, a la luz de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño.

2.2.4.12. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño

De acuerdo con (Acosta R., 2017):

El veintisiete de mayo del año 2016, se publicó en el Diario El Peruano la Ley N° 30466- Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño, con los siguientes artículos de relevancia para nuestro tema de estudio:

Artículo 2. Interés superior del niño

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

Artículo 3. Parámetros de aplicación del interés superior del niño

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros: 1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.

2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.

3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.

4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

Artículo 4. Garantías procesales

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta las siguientes garantías procesales:

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
4. La participación de profesionales cualificados.
5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
6. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
8. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño. Los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño.

Los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño.

Artículo 5. Fundamentación de la decisión

Los organismos públicos en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes.

Respecto al desarrollo en cuanto a este punto, debo manifestar que se encuentra en los anexos para que no pueda existir duplicidad de su desarrollo.

2.3. HIPÓTESIS

2.3.1. Hipótesis General

La implicancia de la tenencia negativa frente al Principio Superior del Niño y Adolescente se produce cuando faltan personas que asuman su cuidado en el ejercicio de la patria potestad, tenencia o tutela; o porque éstas no quieren o no pueden ejercerla. *En el caso específico de nuestra investigación: SI, existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del menor, cuando ninguno de los progenitores tiene el deseo de hacerse cargo de la niña, niño o adolescente.*

2.3.2. Hipótesis Específicos

- a) El Principio Superior del Menor, NO está siendo garantizado por el D. Leg. N° 1297, Huancavelica – 2018.
- b) NO existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en el sistema jurídico peruano, Huancavelica – 2018.
- c) No, es eficaz el D. Leg. N° 1297 respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el Principio Superior del Menor, Huancavelica - 2018.

2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

ALIENACIÓN PARENTAL:

Es el comportamiento de uno de los padres para hacer que el hijo se oponga a su otro progenitor.

EL DERECHO A LA FAMILIA:

Para Garay, la familia constituye en una institución en el que se desarrollan y establecen disposiciones de las relaciones existentes entre sus integrantes, siendo por consiguiente una de las materias del derecho civil que ha sido sujeta a diversos cambios y reformas por su propia naturaleza, por lo tanto la familia tiene protección

legal; ocupando un espacio primordial en la legislación vigente, tal como lo indica la Constitución Política del Perú, estableciendo protección a la familia y promover el matrimonio (Garay M., 2009).

ACTOS JURÍDICOS PREVIOS A LA TENENCIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS:
Según Mejía y Ureta, para otorgar la tenencia y el régimen de visitas, tiene que existir los actos jurídicos previos, como son el divorcio, separación de cuerpos y la separación de hecho, entendiéndose este último como un acto natural con efectos jurídicos sobre los menores que se materializan en tenencia y régimen de visitas. Por lo tanto para determinar con cuál de los progenitores permanecerá con el hijo y al otro el derecho a régimen de visitas, debe existir primero la disolución del vínculo matrimonial o el cese de la convivencia (Mejía, P. y Ureta, M. , 2014).

EL MATRIMONIO:

Garay, señala al matrimonio como una institución jurídica contractual, que se ha estado presente desde nuestros antepasados. Por su parte Cornejo (1998, p.52) refiere el matrimonio es aquel acto por el cual el varón y la mujer se relacionan perfectamente el uno para el otro, logrando dar vida a un nuevo ser, cumpliendo los fines de la especie humana (Garay M., 2009).

DIVORCIO:

Según Castro (2010), el divorcio es el decaimiento absoluto del matrimonio, desapareciendo totalmente el nexo conyugal, asimismo los ex cónyuge, tienen la potestad de volver a contraer nupcias con otra persona, distinta a su ex conyugue; el divorcio se declara judicialmente y pone fin al vínculo matrimonial, devenida por alguna causal establecida en nuestro ordenamiento jurídico, entendido así como ruptura total y definitiva del matrimonio, extingue los deberes conyugales y la sociedad de gananciales. (Castro R., 2010)

PATRIA POTESTAD:

Para Cornejo, la patria potestad es un complejo de derechos y obligaciones que se le impone a los padres, de velar por la persona y bienes de sus hijos menores y les

permite usufructuar a veces sus bienes e imprimir orientación a su personalidad. Por lo tanto, se infiere que el concepto moderno de patria potestad, como el derecho y deber que tienen los padres de cuidar la persona y los bienes de sus hijos menores. (Código Civil Peruano, art. 418). Nuestra máxima norma legal regula a la patria potestad, he indica que los padres ejercen derechos recíprocos respecto a sus hijos; “es deber y derecho de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”. (Constitución Política, Art. 6) (Cornejo CH., 1998).

LA TENENCIA DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE:

Para (Garay M., 2009) menciona que mientras la familia se encuentre física y espiritualmente sólida, no ocurren disputas de tenencia o custodia de los menores hijos; sin embargo cuando deviene la terminación del matrimonio o separaciones de los conyugues, da origen a los conflictos respecto a sus hijos menores, por ello es importante cuando los padres ya no vivan juntos, debe decidirse entre ellos, la situación de los hijos.

REGIMEN DE VISITAS:

(Mejía, P. y Ureta, M. , 2014) refieren que el acta de conciliación, es aquel documento donde se dispone el régimen de visitas, siendo de obligatorio cumplimiento por las partes, sin embargo, cuando uno de ellos incumpla la conciliación, este documento será de apoyo para los Juzgados de Familia, quienes ordenan la ejecución del acuerdo, también podrán establecer el régimen de visitas judicialmente.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Es un principio universal que garantiza la satisfacción de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes. Como estándar jurídico implica que toda medida concerniente a los menores de edad deberá primar ante cualquier decisión que tome el Estado.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

(Lopez, 2015), sostiene que el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, constituye al bienestar de los niños y niñas, predominando este interés

sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir (p.55). Asimismo, señala que el principio comprende la protección, así como, la satisfacción integral de sus derechos, por lo tanto el niño, niña y adolescente son personas que tienen exclusiva protección, ya que forman parte de un grupo vulnerable. (Lopez, 2015)

VARIACIÓN DE LA TENENCIA.

Mecanismo procesal a través del cual se cambia el régimen de custodia establecido cuando resultara necesario y por encontrarse en peligro su integridad, el juez la ordena con la asesoría del equipo multidisciplinario y bajo una decisión motivada, sea de forma progresiva o inmediata.

SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL.

Es el mecanismo a través del cual uno o ambos progenitores transforma la conciencia (“lavado de cerebro”) del hijo mediante diversas estrategias con el único fin de destruir los vínculos filiales entre ambos, impidiendo cualquier contacto personal al extremo de convertirlo en su enemigo.

2.5. IDENTIFICACION DE VARIABLES

2.5.1. Variable Independiente (X)

- Principio Superior del Niño, Niña y Adolescente.

2.5.2. Variables Dependientes (Y)

- Tenencia Negativa.
- Efectividad del D. Leg. N° 1297. Decreto para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos.

CAPITULO III

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. ÁMBITO DE ESTUDIO

DELIMITACION TEMPORAL:

El desarrollo de la presente investigación será durante el año 2018.

DELIMITACION ESPACIAL:

DEPARTAMENTO	PROVINCIA	DISTRITO	DISTRITO JUDICIAL
Huancavelica	Huancavelica	Huancavelica	Huancavelica

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de tipo **BÁSICA**, pues es la que no tiene propósitos aplicativos inmediatos, ya que, solo busca ampliar y profundizar el causal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad (Díaz, 2007).

3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

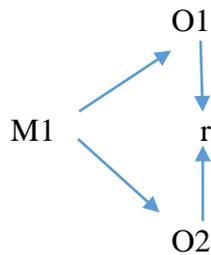
La investigación se realizará en un nivel **EXPLORATORIO Y DESCRIPTIVO**, ya que este nivel utiliza el método de análisis, así mismo permite determinar las características y propiedades de las variables, cuyo resultado permite ordenar, agrupar, sistematizar las unidades de análisis; que tiene como objetivo el trabajo indagatorio (Hernandez R., 2006).

3.4. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

- a) El método de investigación es **ANALITICO – JURIDICO**, porque lo que se pretende es analizar cada uno de los elementos que conforman el problema jurídico; es decir, enriquecer el marco teórico para la mejor aplicación cuando exista un problema jurídico. *“La finalidad del análisis radica, pues, en conocer las partes de un todo, determinar los nexos o relaciones que hay entre ellos y las leyes que rigen su desarrollo”* (Hurtado León, Ivan y Toro Garrido, Josefina , 2007).
- b) Método **SINTÉTICO**, es un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata en consecuencia de hacer una exposición metódica y breve, en resumen (Hernandez R., 2006).
- c) Método **DESCRIPTIVO**, ruta utilizada para llegar al conocimiento contable a partir de la definición de un fenómeno, descripción de sus características, interrelaciones de los hechos que lo conforman y modificación que sufren en el transcurrir del tiempo (Hernandez R., 2006).
- d) Método **ESTADISTICO**, se podrá desarrollar los porcentajes las cuales ayudaran a resolver los objetivos (Hernandez R., 2006).

3.5. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

El diseño de la presente investigación está bajo un diseño **NO EXPERIMENTAL de tipo TRANSVERSAL DESCRIPTIVO**. No experimental porque careció de la manipulación intencional de las variables, tan solo se analizó y estudio los hechos y fenómenos de la realidad después de su ocurrencia y **Transversal**, porque la recopilación de los datos se realizó en un momento determinado y por única vez. (Hernandez R., 2006).



Dónde:

M: representa la muestra donde se va a realizar la investigación

O: Observación de las variables

r: relación de las variables.

3.6. POBLACION, MUESTRA y MUESTREO

3.6.1. Población

Según (Tamayo y Tamayo, 1997), la población se define como: *“el conjunto de todas las unidades de análisis (individuos, eventos, sucesos, objetos, entre otros), en los cuales se pretende realizar una investigación de acuerdo a posibles características en común entre ellos, los cuales se encuentran en un determinado tiempo y espacio dado”*.

- La población está constituida por los Magistrados Especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica.
- Asimismo, está constituida por 42 Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica.

3.6.2. Muestra

- Se trabajó con la totalidad de Magistrados Especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica.
- Así mismo se trabajó con 42 abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica.

3.6.3. Muestreo

Estará constituido de la siguiente manera:

- 03 Magistrados de la Sala Especializada Civil, 02 Jueces del Juzgado Especializado Civil, 02 Jueces de Familia y 03 Jueces de Paz Letrado.
- 42 Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica.

3.7. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

3.7.1. Técnicas

- La técnica a utilizar es la encuesta.
- Análisis de las fuentes bibliográficas en físico y virtual.

3.7.2. Instrumentos

Se utilizó el cuestionario para poder realizar la encuesta y recabar las apreciaciones de quienes contribuirán con la presente investigación.

3.8. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS

Se realizó el presente procedimiento a fin de alcanzar los datos finales:

- a) Se confeccionará el instrumento pertinente a fin de cotejar el cumplimiento de los estándares legales.
- b) Dicho instrumento se aplicará a los Magistrados en la especialidad de Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y, a cuarenta y dos Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica.
- c) Se revisarán los instrumentos para la presentación de resultados.
- d) Se presentarán los resultados de modo didáctico.
- e) Se ofrecerán las conclusiones y recomendaciones de acuerdo a los resultados que se obtendrán.

3.9. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

Para el procesamiento y análisis de información, se procederá a revisar y analizar toda la información verificando que las encuestas realizadas estén debidamente llenas, es decir que las preguntas estén contestadas y codificadas en un orden coherente, que sean de fácil entendimiento para la persona encuestada.

En esta etapa de la investigación se explicarán las diversas evaluaciones, valoraciones a las que serán sometidas la información que se adquiera del procedimiento de recolección de datos; teniendo así:

- a) Se tabulan y ordenan los datos de acuerdo a un parámetro elaborado en función de los propósitos de la investigación. Para cada variable se elabora un parámetro que consiste en una escala de valoración de los datos recogidos.
- b) A base de los datos ordenados se elaboran los cuadros de distribución porcentual, así como los gráficos de la ilustración.

Plan de análisis de datos e interpretación de datos.

Se sigue el siguiente plan:

- a. Presentación de los cuadros estadísticos y sus gráficos correspondientes.
- b. Análisis de los cuadros estadísticos, resaltándose los datos más importantes.
- c. Interpretación de los datos que presentan los cuadros de acuerdo al marco teórico que apoya la hipótesis.

Para el procesamiento y análisis de datos se empleará SPSS versión 25. Hoja de cálculo de Microsoft Excel 2017. De igual manera se empleó la estadística descriptiva, para la representación de los datos en tablas y gráficos.

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE DATOS.

De acuerdo al diseño de la investigación se procedió a realizar la medición de las variables con los respectivos instrumentos de medición en las unidades de muestreo constituido por los **Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica**; a continuación se recodificó la medición de las Variable Independiente: Principio Superior del Menor, la Variable Dependiente 1: Tenencia Negativa y Variable Dependiente 2: Efectividad del D. Leg. 1297. Decreto para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin Cuidados Parentales o en Riesgo de Perderlos.

Asimismo, para la recodificación de la variable se ha tenido el nivel de medición de tipo nominal, a la vez el instrumento fue constituido utilizando las preguntas cerradas de elección única. Posteriormente la información obtenida con los instrumentos fue procesado a través de las técnicas de la estadística descriptiva (tablas de frecuencia simple, diagrama de círculos).

Finalmente cabe recalcar que, para tener fiabilidad en los cálculos de los resultados, se procesó los datos en el programa estadístico IBM SPSS Versión 25. (Programa Estadístico para las Ciencias Sociales), Con lo cual se contrastó la veracidad de los resultados también se empleó los programas Microsoft

Office Excel 2017, además la redacción estuvo orientada por las normas del estilo APA sexta edición.

4.1.1. Resultados a nivel descriptivo de la Variable Independiente (X): Principio Superior del Niño.

Pregunta N° 01

Tabla 1.

¿Considera usted que el principio superior del niño tiene un carácter universal, indivisible e interdependiente?

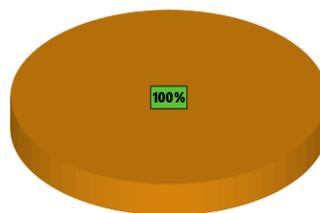
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	52	100%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado

Grafico 1

1.- ¿Considera usted que el principio superior del niño tiene un carácter universal, indivisible e interdependiente?

■ SI



Fuente: Tabla 1.

En la **Tabla y Gráfico 1** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 100% (52) mencionan “Si” respecto a que

considera que el principio superior del niño tiene un carácter universal, indivisible e interdependiente.

Pregunta N° 02

Tabla 2

Para Ud. basado en el principio superior del niño, ¿el niño es titular de derechos?

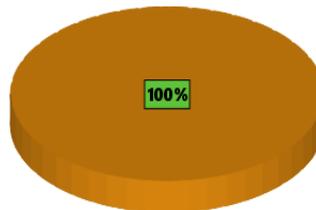
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	52	100%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado

Grafico 2

2.- Para Ud. basado en el principio superior del niño, ¿el niño es titular de derechos?

■ SI



Fuente: Tabla 2.

En la **Tabla y Gráfico 2** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 100 % (52) mencionan “Si” respecto a que, basado en el principio superior del niño, el niño es titular de derechos.

Pregunta N° 03

Tabla 3

¿Considera Ud. que el principio del niño tiene su naturaleza y alcance en la convención sobre los derechos del niño?

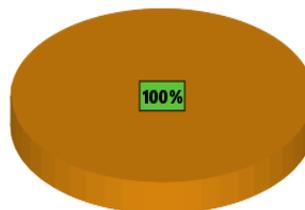
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	52	100%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 3

3.- ¿Considera Ud. que el principio del niño tiene su naturaleza y alcance en la convención sobre los derechos del niño?

■ SI



Fuente: Tabla 3.

En la **Tabla y Gráfico 3** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 100% (52) mencionan “Si” respecto a que considera que el principio del niño tiene su naturaleza y alcance en la convención sobre los derechos del niño.

Pregunta N° 04

Tabla 4

¿Considera Ud. que el principio superior del Niño está referido al desarrollo del niño a lo largo del tiempo?

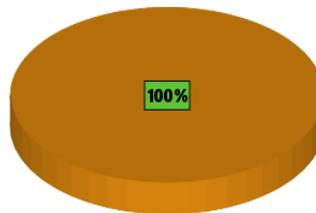
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	52	100%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 4

4.- ¿Considera Ud. que el principio superior del Nilo esta referido al desarrollo del niño a lo largo del tiempo?

■ SI



Fuente: Tabla 4.

En la **Tabla y Gráfico 4** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 100% (52) menciona “Si” respecto a que considera que el principio superior del Nilo está referido al desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

Pregunta N° 05

Tabla 5

¿Considera Ud. deben existir mecanismos de evaluación de garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan?

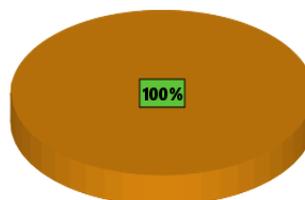
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	52	100%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado

Gráfico 5

5.- ¿Considera Ud. deben existir mecanismos de evaluación de garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan?

■ SI



Fuente: Tabla 5.

En la **Tabla y Gráfico 5** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 100% (52) mencionan “Si” respecto a que considera que deben existir mecanismos de evaluación de garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan.

Pregunta N° 06

Tabla 6

¿Considera Ud. que el principio del niño guarda relación con los principios generales de la convención, como son: el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, ¿la supervivencia, desarrollo y el derecho a ser escuchado?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	52	100%
TOTAL	52	100%

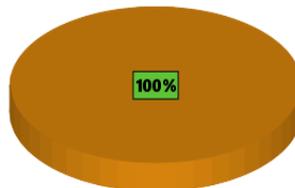
Fuente: Cuestionario aplicado.

Grafico

6

6.- ¿Considera Ud. que el principio del niño guarda relación con los principios generales de la convención, como son: el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia, desarrollo y el derecho a ser escuchado?

■ SI



Fuente: Tabla 6.

En la **Tabla y Gráfico 6** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 100% (52) mencionan “Si” respecto a que considera que el principio del niño guarda relación con los principios generales de la convención, como son: el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia, desarrollo y el derecho a ser escuchado.

Pregunta N° 07

Tabla 7

¿Considera Ud. que el principio superior del niño rige en la materia de la tenencia?

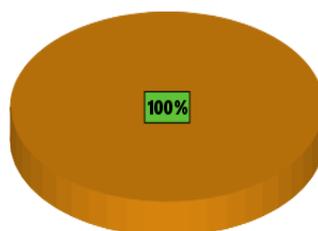
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	52	100%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 7

7.- ¿Considera Ud. que el principio superior del niño rige en la materia de la tenencia?

■ SI



Fuente: Tabla 7.

En la **Tabla y Gráfico 7** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 100% (52) mencionan “Si” respecto a que considera que el principio superior del niño rige en la materia de la tenencia.

4.1.2. Resultados a nivel descriptivo de la Variable Dependiente (Y1): Tenencia Negativa.

Pregunta N° 08

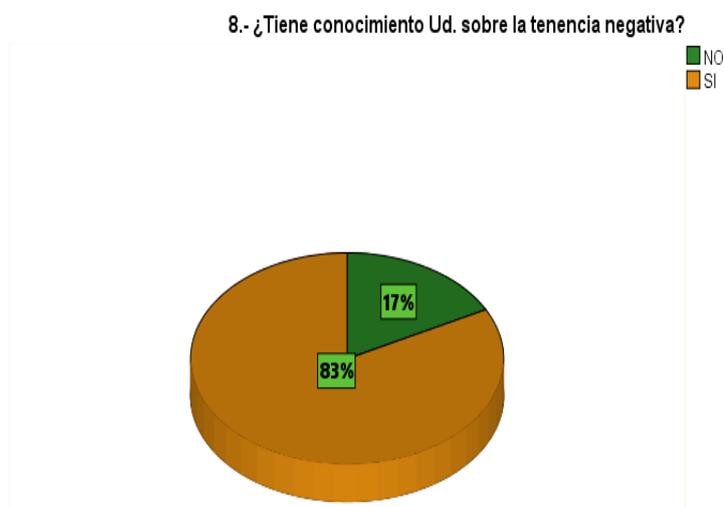
Tabla 8

¿Tiene conocimiento Ud. sobre la tenencia negativa?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	9	17%
SI	43	83%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 8



Fuente: Tabla 8.

En la **Tabla y Gráfico 8** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 17% (9) mencionan "No" y el 83% (43) menciona "Si" respecto a que tiene conocimiento sobre la tenencia negativa.

Pregunta N° 09

Tabla 9

Para Ud. La tenencia negativa ¿es cuando ninguno de los progenitores desea hacer cargo de los menores?

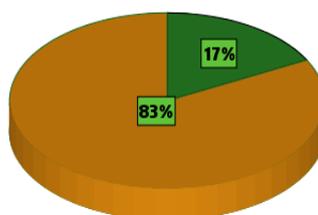
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	9	17%
SI	43	83%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Grafico 9

9.- Para Ud. La tenencia negativa ¿es cuando ninguno de los progenitores desea hacer cargo de los menores?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 9.

En la **Tabla y Gráfico 9** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 17% (9) mencionan “No” y el 83% (43) menciona “Si” respecto a que la tenencia negativa es cuando ninguno de los progenitores desea hacer cargo de los menores.

Pregunta N° 10

Tabla 10

Desde la perspectiva: ¿considera Ud. que la tenencia negativa tiene existencia legal y no se ejerce?

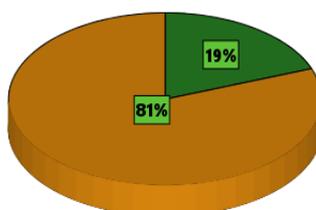
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	10	19%
SI	42	81%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 10

10.- desde la perspectiva: ¿considera Ud. que la tenencia negativa tiene existencia legal y no se ejerce?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 10.

En la **Tabla y Gráfico 10** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 19% (10) mencionan “No” y el 81% (42) mencionan “Si” respecto a que desde la perspectiva considera que la tenencia negativa tiene existencia legal y no se ejerce.

Pregunta N° 11

Tabla 11

¿Considera Ud. que la tenencia negativa es a causa del desarrollo de síndrome de alienación parental?

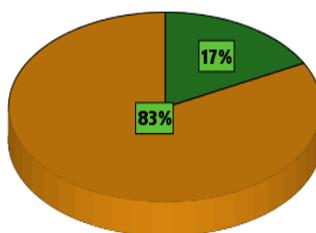
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	9	17%
SI	43	83%
TOTAL	52	100

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 11

11.- ¿Considera Ud. que la tenencia negativa es a causa del desarrollo de síndrome de alienación parental?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 11.

En la **Tabla y Gráfico 11** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 17% (9) mencionan “No” y el 83% (43) mencionan “Si” respecto a que considera que la tenencia negativa es a causa del desarrollo de síndrome de alienación parental.

Pregunta N° 12

Tabla 12

¿Considera Ud. que el daño psicológico en el menor y su nivel educativo es una consecuencia de la tenencia negativa?

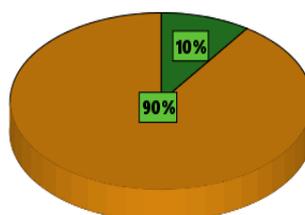
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	10%
SI	47	90%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 12

12.- ¿Considera Ud. que el daño psicológico en el menor y su nivel educativo es una consecuencia de la tenencia negativa?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 12.

En la **Tabla y Gráfico 12** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 10% (5) mencionan “No” y el 90% (47) mencionan “Si” respecto a que considera que el daño psicológico en el menor y su nivel educativo es una consecuencia de la tenencia negativa.

4.1.3. Resultados a nivel descriptivo de la Variable Dependiente (Y2): Efectividad del Decreto Legislativo N° 1297.

Pregunta N° 13

Tabla 13

¿Considera Ud. con el presente decreto sobre los derechos de los niños: vida familiar, protección de forma inmediata, mantener relaciones personales con su familia y opinar?

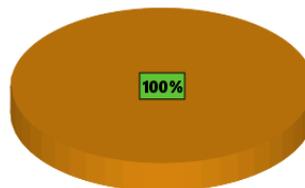
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	52	100%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Grafico 13

13.- ¿Considera Ud. con el presente decreto sobre los derechos de los niños: vida familiar, protección de forma inmediata, mantener relaciones personales con su familia y opinar?

■ SI



Fuente: Tabla 13.

En la **Tabla y Gráfico 13** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 100% (100) menciona “Si” respecto a que considera con el presente decreto sobre los derechos de los niños: vida familiar, protección de forma inmediata, mantener relaciones personales con su familia y opinar.

Pregunta N° 14

Tabla 14

¿Considera Ud. con el presente decreto en lo que refiere a actuaciones frente a situaciones de riesgo o desprotección familiar: el deber de comunicar, el inicio de la actuación estatal y las actuaciones preliminares?

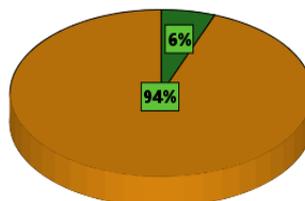
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	3	6%
SI	49	94%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 14

14.- ¿Considera Ud. con el presente decreto en lo que refiere a actuaciones frente a situaciones de riesgo o desprotección familiar: el deber de comunicar, el inicio de la actuación estatal y las actuaciones preliminares?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 14.

En la **Tabla y Gráfico 14** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 6% (3) mencionan “No” y el 94% (49) menciona “Si” respecto a que considera con el presente decreto en lo que refiere a actuaciones frente a situaciones de riesgo o desprotección familiar: el deber de comunicar, el inicio de la actuación estatal y las actuaciones preliminares.

Pregunta N° 15

Tabla 15

¿Considera Ud. con el presente decreto al tener como solución a estos casos particulares a la adopción bajo el principio de idoneidad de la familia adoptante?

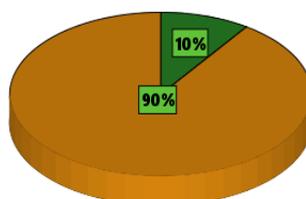
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	10%
SI	47	90%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 15

15.- ¿Considera Ud. con el presente decreto al tener como solución a estos casos particulares a la adopción bajo el principio de idoneidad de la familia adoptante?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 15.

En la **Tabla y Gráfico 15** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 10% (5) mencionan “No” y el 90% (47) menciona “Si” respecto a que considera con el presente decreto al tener como solución a estos casos particulares a la adopción bajo el principio de idoneidad de la familia adoptante.

Pregunta N° 16

Tabla 16

¿Considera Ud. que el vínculo familiar con el menor es requisito para un argumento de hecho?

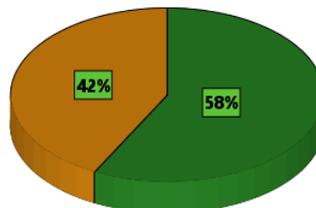
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	30	58%
SI	22	42%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 16

16.- ¿Considera Ud. que el vínculo familiar con el menor es requisito para un argumento de hecho?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 16.

En la **Tabla y Gráfico 16** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 58% (30) mencionan “No” y el 42% (22) menciona “Si” respecto a que considera que el vínculo familiar con el menor es requisito para un argumento de hecho.

Pregunta N° 17

Tabla 17

En tal sentido: ¿Considera Ud. que existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del niño en el Decreto Legislativo N° 1297?

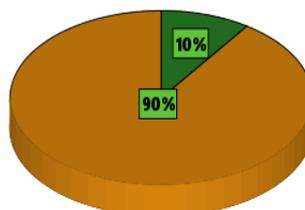
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	10%
SI	47	90%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 17

17.- ¿Considera Ud. que existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del niño en el Decreto Legislativo N° 1297?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 17.

En la **Tabla y Gráfico 17** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 10% (5) mencionan “No” y el 90% (47) menciona “Si” respecto a que considera que existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del niño en el Decreto Legislativo N° 1297.

Pregunta N° 18

Tabla 18

¿Considera Ud. que el mencionado Decreto Legislativo es eficaz respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el principio superior del niño?

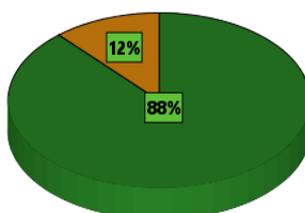
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	46	88%
SI	6	12%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Gráfico 18

18.- ¿Considera Ud. que el mencionado Decreto Legislativo es eficaz respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el principio superior del niño?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 18.

En la **Tabla y Gráfico 18** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 88% (46) mencionan “No” y el 12% (6) menciona “Si” respecto a que considera que el mencionado Decreto Legislativo es eficaz respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el principio superior del niño.

Pregunta N° 19

Tabla 19

¿Considera Ud. Que existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en nuestro sistema jurídico?

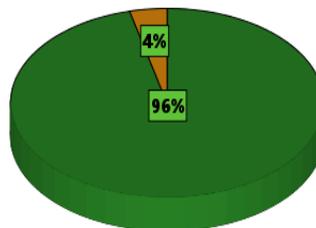
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	50	96%
SI	2	4%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Grafico 19

19.- ¿Considera Ud. que existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en nuestro sistema jurídico?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 19.

En la **Tabla y Gráfico 19** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 96% (50) mencionan “No” y el 4% (2) menciona “Si” respecto a que considera que existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en nuestro sistema jurídico.

Pregunta N° 20

Tabla 20

¿Considera Ud. que el principio superior del niño está siendo garantizando por el mencionado Decreto Legislativo?

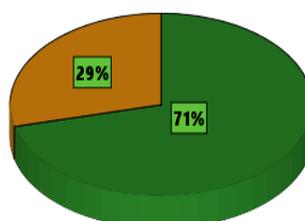
ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	37	71%
SI	15	29%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Grafico 20

20.- ¿Considera Ud. que el principio superior del niño esta siendo garantizando por el mencionado Decreto Legislativo?

■ NO
■ SI



Fuente: Tabla 20.

En la **Tabla y Gráfico 20** observamos los resultados de la percepción de los Magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; el 71% (37) mencionan “No” y el 29% (15) menciona “Si” respecto a que considera que el principio superior del niño está siendo garantizando por el mencionado Decreto Legislativo.

4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Se obtiene los resultados de las variables a nivel descriptivo; y considerando que el nivel de investigación es **Exploratorio y Descriptivo** se encontró evidencia empírica para probar la hipótesis planteada en la investigación, cuyos resultados se presenta a continuación:

- **Hipótesis General:**

SI, existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del menor, cuando ninguno de los progenitores tiene el deseo de hacerse cargo de la niña, niño o adolescente.

Interpretación:

De acuerdo a la encuesta aplicada, se puede pudo determinar que *SI, existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del menor, cuando ninguno de los progenitores tiene el deseo de hacerse cargo de la niña, niño o adolescente.* Para lo cual se acepta la hipótesis alterna.

- **Hipótesis Específicas:**

Hipótesis Específica a)

En el siguiente trabajo de investigación se pudo analizar que **NO está siendo garantizado por el D. Leg. N° 1297, Huancavelica – 2018.** Para lo cual se acepta la hipótesis alterna.

Hipótesis Específica b)

En el siguiente trabajo de investigación se pudo indicar que **No existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en el sistema jurídico peruano, Huancavelica – 2018.** Para lo cual se acepta la hipótesis alterna.

Hipótesis Específica c)

En el siguiente trabajo de investigación se pudo establecer que **No es eficaz el D. Leg. N° 1297 respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el principio superior del menor, Huancavelica - 2018.** Para lo cual se acepta la hipótesis alterna.

DISCUSION DE RESULTADOS

Tratándose de una investigación netamente descriptiva, de la mayoría de las encuestas aplicadas a los Magistrados Especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica y Abogados litigantes adscritos al Colegio de Abogados de Huancavelica; al ser evaluadas se pudo determinar de manera empírica que *SI, existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del menor, cuando ninguno de los progenitores tiene el deseo de hacerse cargo de la niña, niño o adolescente.*

Que es la evidencia para el cumplimiento del objetivo general.

Asimismo, los resultados se pueden observar en la **tabla y gráfico 17**, del total de los encuestados el 10% (5) mencionan “No” y el 90% (47) menciona “Si”.

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	10%
SI	47	90%
TOTAL	52	100%

Fuente: Cuestionario aplicado.

Estos resultados obtenidos al confrontarlos con:

RAMOS ZAVALA HÉCTOR RAÚL, en cuya investigación: **Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres.** Se llegó a la siguiente conclusión:

La familia como núcleo de la sociedad, a pesar de sus diferentes evoluciones que se han dado con el pasar de los tiempos, es una institución natural que no podrá ser suplantada por ninguna otra estructura social, pues ninguna otra organización como esta, velaría en satisfacer las necesidades básicas de sus integrantes, como son la protección, ayuda, amor y cuidado en todos los tipos de familia que existen.

Comentario: De los resultados obtenidos respecto a que SI, existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del menor cuando ninguno de los progenitores tiene el deseo de hacerse cargo de la niña, niño o adolescente.

Se concluye al igual que **RAMOS ZAVALA HÉCTOR RAÚL**, que la familia no podrá ser suplantada por ninguna otra estructura social; pero, si ninguno de los progenitores no tiene el deseo de hacerse cargo del menor, por el principio del interés superior del niño y el adolescente, debe de garantizarse los derechos e intereses de éste.

EDNA GABRIELA DELFINA PÉREZ TOLEDO en cuya investigación: **Análisis del Principio del Interés Superior del Niño y la Niña contenido en la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.**

Conclusiones. Se llegó a la siguiente conclusión:

Antes de que entrara en vigencia la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, la observancia del principio del interés superior de la niñez, era nula, no obstante que el mismo se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño; por lo que, siendo derecho positivo, no tenía vigencia, esto debido a que subsisten resabios del abrogado Código de Menores.

Comentario: De los resultados obtenidos respecto a que No, es eficaz el D. Leg. N° 1297 respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el principio superior del menor, Huancavelica - 2018. Se concluye al igual que **EDNA GABRIELA DELFINA PÉREZ TOLEDO** que no hay una garantía y no es eficaz de parte del D. Leg. N° 1297 con respecto a la tenencia negativa del menor y el principio superior del niño y adolescente.

CONCLUSIONES

1. En el siguiente trabajo de investigación se pudo determinar que SI, existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio Superior del Menor, cuando ninguno de los progenitores tiene el deseo de hacerse cargo de la niña, niño o adolescente, el 90% de los encuestados mencionaron que “SI”.
2. NO es eficaz el D. Leg. N° 1297 respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el Principio Superior del Menor, Huancavelica – 2018, a causa de que los operadores del derecho y administradores de la justicia no toman en cuenta, quedando así una política pública más en el olvido.
3. NO existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en el sistema jurídico peruano, causando así una inadecuada protección del menor y de esta manera queda en el desamparado por parte de sus progenitores.
4. Se pudo verificar que el Principio Superior del Menor NO ha sido garantizado por el D. Leg. N° 1297, causando un daño psicológico en el menor y así generándoles reproches y odios hacia otras familias, conllevándolo a un nivel educativo muy bajo, desorden mental y trastornos funcionales.

RECOMENDACIONES

1. Para garantizar los intereses y derechos del niño y el adolescente se debe de profundizar más sobre los temas de las variables de la presente investigación, ya que se ha determinado la implicancia de la tenencia negativa respecto al principio Superior del Niño y Adolescente, cuando ninguno de los progenitores tiene el deseo de hacerse cargo del menor. Frente a ello se deben establecer más políticas públicas en favor del menor teniendo en cuenta la tenencia negativa.
2. Buscar la satisfacción de los derechos del niño y el adolescente a través de D. Leg. N° 1297, para lo cual todos debemos de estar comprometidos, desde el Gobierno Nacional, Regional, Local, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y toda institución que involucre el desarrollo integral del menor.
3. El presente trabajo, contribuirá al conocimiento sobre la implicancia de la Tenencia Negativa respecto al Principio Superior del Menor y en lo posterior introducir modificaciones legislativas para garantizar el interés del Niño y Adolescente.
4. Aportará en la práctica a resolver conflictos sobre la tenencia negativa, ya que el Principio Superior del Menor no está siendo garantizado por el D. Leg. N° 1297 y ello está causando daños psicológicos en los menores provocando reproches, odios hacia otras familias y conllevándolos a un nivel educativo muy bajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (<http://www.mailxmail.com/curso-trabajo-infantil-familia/conceptualizacion-termino-familia>). (s.f.). Obtenido de (<http://www.mailxmail.com/curso-trabajo-infantil-familia/conceptualizacion-termino-familia>)
- Acosta R., C. E. (2017). LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, AL FIJARSE LA TENENCIA COMPARTIDA EN PERIODOS CORTOS. Trujillo, Perú.
- Acosta R., C. E. (2017). LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, AL FIJARSE LA TENENCIA COMPARTIDA EN PERIODOS CORTOS. Trujillo, Perú.
- Aguilar LL., B. (2010). Derecho de sucesiones. Lima: Ediciones legales.
- Aguilar, B. (2012). La tenencia es aributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? Diálogo con la Jurisprudencia N° 164. Lima.
- Aguirre, R. A., Aguirre, R. L., Aguirre, M., & Aguirre, V. . (s.f.). La Tenencia de Menores. Graficas Cárdenas. .
- Andrade M., J. (2015). El principio del interés superior del niño, niña y adolescentes y las consecuencias legales de la adopción. Quito, Ecuador.
- Belluscio, C. A. (1977). Manual de Derecho de Familia, Tomo 1,2,. Buenos Aires.
- Belluscio, C. A. (1996). *Manulal de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Depalma.
- Beltrán, P. (2009). "El mejor padre son ambos padres" ¿ Es viable la tenencia compartida en el Perú? Boletín de la Familia N° 11-2009-UNIFE FACULTAD DE DERECHO . Lima, Perú.
- Beltrán, P. (2009). "El mejor padre son ambos padres" ¿ Es viable la tenencia compartida en el Perú? Lima: UNIFE FACULTAD DE DERECHO.
- Bossert Gustavo- Zannoni Eduardo A. (1985). Regimen Legal de filiacion y patria potestad Ley 23.264. Buenos Aires: Astrea.
- Cabrera V., J. P. (2008). Tenencia, legislación, doctrina y práctica. Cevallos Editora Jurídica.

- Campaña, F. S. (2013). Interés superior del menor: técnicas de reducción de la. Salamanca, España.
- Canales V., I. J. (2015). El trabajo infantil y la vulneración del Principio del Interés superior del Niño en el Mercado de Abastos - Huancavelica - 2013. Huancavelica, Perú.
- Castro R., J. (2010). Manual de Derecho Civil. Lima: Jurista Editores.
- Chong E., C. (2015). TENENCIA COMPARTIDA Y DESARROLLO INTEGRAL DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A NIVEL DEL PRIMER JUZGADO TRANSITORIO DE FAMILIA, LIMA SUR, 2013. Lima, Perú.
- Cillero B., M. (1999). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Buenos Aires: De Palma.
- Comisión de Justicia y Derechos Humanos . (2006). Proyecto de ley N° 199/2006-CR.
- Comisión de Justicia y Derechos Humanos . (2006). Proyecto de Ley N°199/2006-CR, que propone modificar el Código de Niños y Adolescentes, a fin de incorporar la Tenencia Compartida. Lima.
- Cornejo CH., H. (1998). Derecho Familiar Peruano. (9° ed.). . Lima: Gaceta Jurídica.
- Cornejo Ch., H. (1999). *Derecho familiar Peruano Sociedad Conyugal. Sociedad Paterno Filial*. Lima: Gaceta Juridica Editores S.R.L.
- Cuculiza, L. (2007). ROPUESTA LEGISLATIVA: LEY 29269 LEY DE TENENCIA COMPARTIDA. Lima.
- Derecho a tener una familia, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC (Tribunal Constitucional 07 de Enero de 2001).
- Díaz, S. C. (Abril de 2007). Metodología de la Investigación Científica. Lima: San Marcos .
- Fernández R., E. & godoy F., C. . (2005). El niño ante el divorcio. Madrid: Edición Piramide.
- Garay M., A. (2009). Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio: tenencia unilateral o tenencia compartida. Lima: Editorial GRIJLEY.

- González M., N. (2011). Convivencia paterno-materna filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional. México.
- Hernandez R., F. C. (2006). *Metodología de la investigación. Metodología de la investigación científica.* . Mexico: Mc Graw-Hill Interamericana .
- Hollweck, M. (2001). Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares. Buenos Aires: Thomson La Ley.
- <http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/08/la-tenencia-en-el-codigo-del-nino-y-el.html>. (s.f.).
- <http://www.mailxmail.com/curso-trabajo-infantil-familia/funciones-familia>. (s.f.).
Obtenido de <http://www.mailxmail.com/curso-trabajo-infantil-familia/funciones-familia>
- Hurtado León, Ivan y Toro Garrido, Josefina . (2007). *Paradigmas y métodos de investigación en tiempos de cambio.* Caracas : CEC, S.A.
- Lagomarsino, Carlos & Salerno, Marcelo. (1991). Enciclopedia de Derecho de Familia. Buenos Aires: Ed. Universidad.
- López R., V. P. (2016). ELEMENTOS INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO DE TENENCIA DE LOS HIJOS EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LIMA: PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Huánuco, Perú.
- Lopez, R. (2015). Interés Superior de niños y niñas. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud.
- Maccormick, N. (1990). Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, en Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre Filosofía Jurídica y Política. Madrid: Tecnos.
- Mei Ling Kcomt R., C. R. (2014). FACTORES DETERMINANTES DE LA TENENCIA DE MENORES EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE TRUJILLO: LA PRIMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Trujillo, Perú.
- Mejía, P. y Ureta, M. . (2014). Tenencia y Régimen de Visitas editorial Librerías y ediciones jurídicas. . Lima: Editorial Librerías y ediciones jurídicas. .

- Minuchin, S. (1999). *Familias y terapia Familiar*, Séptima reimpresión. Barcelona, España: Geodisa.
- Miranda, M. (1998). *Derecho de Familia y Derecho Genético*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- PadresXSiempre. (2010). La custodia compartida o coparentalidad.
- Pérez T., E. G. (2007). ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA NIÑA CONTENIDO EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Guatemala.
- Perez, M. (2006). PADRES QUE ASUMEN LA CUSTODIA DE SUS HIJOS EN AUSENCIA DE LA FIGURA MATERNA: MIRADAS Y RETOS.
- Plácido V., A. (2009). El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional. Lima.
- Plácido, A. (2008). *La delimitación jurídica del concept de familia*. Lima.
- Plácido, A. (2013). *El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993*. Lima: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos Zavala, H. R. (2014). Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres. Quito , Ecuador .
- Rodríguez Q., L. (2011). Alienación Parental y Derechos Humanos en el Marco Jurídico Nacional. Algunas Consideraciones. México.
- Rodriguez, R. (2014.). *La Familia en la Constitución Política del Perú a propósito del debate sobre la unión civil*. . Lima .
- Rodríguez, T. (2008). Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia.
- Steffen, M. (2003). COPARENTALIDAD POST-SEPARACIÓN CONYUGAL. Chile.
- Tamayo y Tamayo, M. (1997). *El proceso de la investigación científica*. Mexico : Limusa S.A. DEC. V. .
- UNICEF. (2013). Observación general N° 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial .

APÉNDICE

Apéndice 1. MATRIZ DE CONSISTENCIA

“IMPLICANCIA DE LA TENENCIA NEGATIVA RESPECTO AL PRINCIPIO SUPERIOR DEL MENOR Y LA EFECTIVIDAD DEL

D. Leg. N° 1297, HUANCVELICA – 2018”

Bachiller: ESCOBAR RAMOS, Mariela Teresa

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA	TECNICAS
<p>GENERAL: ¿Existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del menor en el D. Leg. N° 1297, Huancavelica - 2018?</p> <p>ESPECIFICOS: a) ¿El principio superior del menor está siendo garantizado por el D. Leg. N° 1297, Huancavelica - 2018?</p>	<p>GENERAL: Determinar si existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del menor en el D. Leg. N° 1297, Huancavelica - 2018.</p> <p>ESPECÍFICOS: a) Analizar si el principio superior del menor ha sido garantizado por el D. Leg. N° 1297, Huancavelica – 2018.</p>	<p>GENERAL: SI, existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del menor, cuando ninguno de los progenitores tiene el deseo de hacerse cargo de la niña, niño o adolescente.</p> <p>ESPECIFICOS: a) El principio superior del menor, NO está siendo garantizado por el D. Leg. N° 1297, Huancavelica – 2018.</p>	<p>VI: Principio Superior del Niño, Niña y Adolescente</p> <p>VD. Tenencia Negativa</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: La presente investigación es de tipo BÁSICA.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN: La investigación se realizará en un nivel EXPLORATORIO Y DESCRIPTIVO.</p> <p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN: El método de investigación es</p>	<p>POBLACIÓN: Estará constituida por los magistrados especialistas en Derecho Civil y Familia del Distrito Judicial de Huancavelica. Asimismo, estará constituida por abogados litigantes de Huancavelica.</p> <p>MUESTRA: Se trabajó con la totalidad de los Magistrados</p>

<p>b) ¿Existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en el sistema jurídico peruano, Huancavelica – 2018?</p>	<p>b) Indicar si existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en el sistema jurídico peruano, Huancavelica – 2018.</p>	<p>b) NO existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en el sistema jurídico peruano, Huancavelica – 2018.</p>	<p>Efectividad del D. Leg. N° 1297</p>	<p>ANALÍTICO – JURÍDICO.</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: El diseño de la presente investigación está bajo un diseño NO EXPERIMENTAL DE TIPO TRANSVERSAL DESCRIPTIVO.</p>	<p>especialistas en Derecho Civil y familia del Distrito Judicial de Huancavelica.</p> <p>Asimismo, se trabajó con abogados litigantes de Huancavelica.</p>
<p>c) ¿Es eficaz el D. Leg. N° 1297 respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el principio superior del menor, Huancavelica - 2018?</p>	<p>c) Establecer la efectividad del D. Leg. N° 1297 en cuanto a la implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del menor, Huancavelica – 2018.</p>	<p>c) NO es eficaz el D. Leg. N° 1297 respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el principio superior del menor, Huancavelica - 2018.</p>			<p>MUESTREO: Estará constituido de la siguiente manera: 03 magistrados de la sala civil, 02 jueces del juzgado civil, 02 jueces de Familia y 03 jueces de paz letrado. 42 abogados litigantes de Huancavelica.</p>

Apéndice 2. MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

“IMPLICANCIA DE LA TENENCIA NEGATIVA RESPECTO AL PRINCIPIO SUPERIOR DEL MENOR Y LA EFECTIVIDAD DEL

D. Leg. N° 1297, HUANCVELICA – 2018”

VARIABLES	DIMENSIÓN	SUB/DIMENSIÓN	INDICADOR	ITMS	E/V
VI: Principio Superior del Niño.	El Principio Superior del Niño ha sido garantizado por el D. Leg. N° 1297.	Parámetros de aplicación	Carácter universal, indivisible e interdependiente	¿Considera Usted que el principio superior del niño tiene un carácter universal, indivisible e interdependiente?	Si/no
			El niño como titular de derechos	Para Ud., basado en el principio superior del niño, ¿el niño es titular de derechos?	Si/no
			Naturaleza y alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño.	¿Considera Ud. que el principio superior del niño tiene su naturaleza y alcance en la Convención sobre los Derechos del Niño?	Si/no
			Desarrollo del niño a lo largo del tiempo	¿Considera Ud. que el principio superior del niño está referido al desarrollo del niño a lo largo del tiempo?	Si/no
		Garantías procesales	Mecanismos de evaluación	¿Considera Ud. que deben existir mecanismos de evaluación con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan?	Si/no
		Relación con los principios generales de la convención	El derecho a la no discriminación. Derechos a la vida, supervivencia y desarrollo. Derecho a ser escuchado.	¿Considera Ud. que el principio superior del niño guarda relación con los principios generales de la Convención, como son: el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia, desarrollo y el derecho a ser escuchado?	Si/no
		Materia en la que rige el Principio Superior del Niño	Tenencia	¿Considera Ud. que el principio superior del niño rige en la materia de la tenencia?	Si/no
VD 1 :		Concepto	Conocimiento	¿Tiene conocimiento Ud. sobre la tenencia negativa?	Si/no
			Progenitores no desean hacerse cargo de los menores	Para Ud. la tenencia negativa ¿es cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores?	Si/no

Tenencia Negativa	La regulación de la Tenencia Negativa en el sistema jurídico peruano.	Perspectiva	Existe legalmente y no se ejerce	Desde la perspectiva: ¿Considera Ud. que la tenencia negativa tiene existencia legal y no se ejerce?	Si/no
		Causa	Síndrome de alienación parental	¿Considera Ud. que la tenencia negativa es a causa del desarrollo de síndrome de alienación parental?	Si/no
		Consecuencias	Daño psicológico en el menor nivel educativo	¿Considera Ud. que el daño psicológico en el menor y su nivel educativo es una consecuencia de la tenencia negativa?	Si/no
VD 2 : Decreto Legislativo N° 1297	La Efectividad del D. Leg. N° 1297 en cuanto a la implicancia de la tenencia negativa respecto al Principio Superior niño.	Derechos de los niños en riesgo	Vida familiar. Protección de forma inmediata. Mantener relaciones personales con su familia y Opinar.	¿Concuerda Ud. con el presente decreto sobre los derechos de los niños: vida familiar, protección de forma inmediata, mantener relaciones personales con su familia y opinar?	Si/no
		Actuaciones frente a situaciones de riesgo o desprotección familiar	Deber de comunicar. Inicio de la actuación estatal. Actuaciones preliminares.	¿Concuerda Ud. con el presente decreto en lo que refiere a actuaciones frente a situaciones de riesgo o desprotección familiar: el deber de comunicar, el inicio de la actuación estatal y las actuaciones preliminares?	Si/no
		Adopción	Principio de idoneidad de la familia adoptante	¿Concuerda Ud. con el presente decreto al tener como solución a estos casos particulares a la adopción bajo el principio de idoneidad de la familia adoptante?	Si/no
		Acogimiento de hecho	Vínculo familiar o no con el niño	¿Considera Ud. que el vínculo familiar con el menor es requisito para un acogimiento de hecho?	Si/no

Apéndice 4. CUESTIONARIO DE ENCUESTA

Estimado señor Letrado:

Le expreso mi saludo cordial, al mismo tiempo, solicito a Ud., tenga a bien de cooperar con la presente encuesta, cuyo Título es: “IMPLICANCIA DE LA TENENCIA NEGATIVA RESPECTO AL PRINCIPIO SUPERIOR DEL MENOR Y LA EFECTIVIDAD DEL D. Leg. N° 1297, HUANCAVELICA – 2018”. La misma es ANÓNIMO, que servirá para mi tesis de investigación, para ello deberá marcar con una (X) SI o NO.

PRINCIPIO SUPERIOR DEL NIÑO		ESCALA DE MEDICIÓN	
N°	PREGUNTAS	SI	NO
01	¿Considera usted que el principio superior del niño tiene un carácter universal, indivisible e interdependiente?		
02	Para Ud., basado en el principio superior del niño, ¿el niño es titular de derechos?		
03	¿Considera Ud. que el principio superior del niño tiene su naturaleza y alcance en la Convención sobre los Derechos del Niño?		
04	¿Considera Ud. que el principio superior del niño está referido al desarrollo del niño a lo largo del tiempo?		
05	¿Considera Ud. que deben existir mecanismos de evaluación con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan?		
06	¿Considera Ud. que el principio superior del niño guarda relación con los principios generales de la Convención, como son: el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia, desarrollo y el derecho a ser escuchado?		
07	¿Considera Ud. que el principio superior del niño rige en la materia de la tenencia?		
TENENCIA NEGATIVA			
08	¿Tiene conocimiento Ud. sobre la tenencia negativa?		
09	Para Ud. la tenencia negativa ¿es cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores?		

10	Desde la perspectiva: ¿Considera Ud. que la tenencia negativa tiene existencia legal y no se ejerce?		
11	¿Considera Ud. que la tenencia negativa es a causa del desarrollo de síndrome de alienación parental?		
12	¿Considera Ud. que el daño psicológico en el menor y su nivel educativo es una consecuencia de la tenencia negativa?		
DECRETO LEGISLATIVO N° 1297			
13	¿Concuerda Ud. con el presente decreto sobre los derechos de los niños: vida familiar, protección de forma inmediata, mantener relaciones personales con su familia y opinar?		
14	¿Concuerda Ud. con el presente decreto en lo que refiere a actuaciones frente a situaciones de riesgo o desprotección familiar: el deber de comunicar, el inicio de la actuación estatal y las actuaciones preliminares?		
15	¿Concuerda Ud. con el presente decreto al tener como solución a estos casos particulares a la adopción bajo el principio de idoneidad de la familia adoptante?		
16	¿Considera Ud. que el vínculo familiar con el menor es requisito para un acogimiento de hecho?		
EN TAL SENTIDO:			
17	¿Considera Ud. que existe implicancia de la tenencia negativa respecto al principio superior del niño en el Decreto Legislativo N° 1297?		
18	¿Considera Ud. que el mencionado Decreto Legislativo es eficaz respecto a la implicancia de la tenencia negativa en el principio superior del niño?		
19	¿Considera Ud. que existe una adecuada regulación de la tenencia negativa en nuestro sistema jurídico?		
20	¿Considera Ud. que el principio superior del niño está siendo garantizado por el mencionado Decreto Legislativo?		

cargo a su presupuesto institucional, a favor de los organismos públicos del Ministerio de Salud y a los gobiernos regionales para el financiamiento del personal contratado bajo el Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 contratado por dichas entidades con los recursos transferidos por el Seguro Integral de Salud hasta el 31 de diciembre de 2015, quedando exceptuado de lo dispuesto en el numeral 37.3 del artículo 37 de la Ley 30372, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016.

- 1.2 Las modificaciones presupuestarias autorizadas por el presente numeral se aprueban mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas y el ministro de Salud a propuesta del Seguro Integral de Salud.
- 1.3 A partir del tercer trimestre de 2016, los recursos transferidos por el Seguro Integral de Salud no financian contratos bajo el Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057.

Artículo 2. Modificaciones presupuestarias para la culminación del proceso de nombramiento del Sector Salud

- 2.1 Autorízase a las unidades ejecutoras de las direcciones regionales de salud de los pliegos gobiernos regionales a efectuar modificaciones presupuestales en el nivel funcional programático con cargo a la Partida de Gasto 2.1.1 "Retribuciones y Complementos en Efectivo", con el fin de aplicar el nombramiento de hasta el 20% de los profesionales de la salud y de los técnicos y auxiliares asistenciales de la salud de las unidades ejecutoras de salud de los gobiernos regionales y las Comunidades Locales de Administración en Salud - CLAS, dispuesto por el literal h) del numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley 30372, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016.
- 2.2 Las modificaciones presupuestarias en el nivel funcional programático que se efectúen en el marco del presente artículo solo se autorizan hasta el 31 de agosto del año fiscal 2016, quedando exceptuado de lo dispuesto en el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley 30372, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016.
- 2.3 Para la habilitación de la Partida de Gasto 2.1.1 "Retribuciones y Complementos en Efectivo" por aplicación del caso indicado en el numeral 2.1, se requiere del informe previo favorable de la Dirección General de Presupuesto Público, con opinión técnica favorable de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos vinculado a la información registrada en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los diez días del mes de junio de dos mil dieciséis.

LUIS IBERICO NÚÑEZ
Presidente del Congreso de la República

NATALIE CONDORI JAHUIRA
Primera Vicepresidenta del
Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciséis días del mes de junio del año dos mil dieciséis.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente de la República

PEDRO CATERIANO BELLIDO
Presidente del Consejo de Ministros

1393943-2

LEY Nº 30465

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE DECLARA DE INTERÉS NACIONAL Y NECESIDAD PÚBLICA LA PUESTA EN VALOR DEL SANTUARIO DEL SEÑOR DE MURUHUAY, UBICADO EN EL DISTRITO DE ACOBAMBA, PROVINCIA DE TARMA, DEPARTAMENTO DE JUNÍN

Artículo 1. Declaración de interés nacional y necesidad pública

Declárase de interés nacional y necesidad pública la puesta en valor del santuario del Señor de Muruhuay, ubicado en el distrito de Acobamba, provincia de Tarma, departamento de Junín.

Artículo 2. Evaluación para la declaratoria de patrimonio cultural

El Ministerio de Cultura realiza la evaluación de la procedencia de la declaratoria como patrimonio cultural inmaterial de la nación a la festividad del Señor de Muruhuay, que se celebra durante el mes de mayo de cada año.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintisiete días del mes de mayo de dos mil dieciséis.

LUIS IBERICO NÚÑEZ
Presidente del Congreso de la República

NATALIE CONDORI JAHUIRA
Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciséis días del mes de junio del año dos mil dieciséis.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente de la República

PEDRO CATERIANO BELLIDO
Presidente del Consejo de Ministros

1393943-3

LEY Nº 30466

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE ESTABLECE PARÁMETROS Y GARANTÍAS PROCESALES PARA LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes; en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 2. Interés superior del niño

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

Artículo 3. Parámetros de aplicación del interés superior del niño

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

Artículo 4. Garantías procesales

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta las siguientes garantías procesales:

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
4. La participación de profesionales cualificados.
5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
6. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
8. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

Los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño.

Artículo 5. Fundamentación de la decisión

Los organismos públicos en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones,

administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Órgano rector

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en el ejercicio de su función rectora del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño, realiza el seguimiento a las acciones, planes y programas destinados a modificar y adecuar los procedimientos administrativos para la aplicación efectiva del interés superior del niño, por todos los organismos que conforman la administración pública.

SEGUNDA. Reglamentación

El Poder Ejecutivo reglamenta la presente norma en un plazo de sesenta días hábiles.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, aceptándose las observaciones formuladas por el señor Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución Política del Perú, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los veintisiete días del mes de mayo de dos mil dieciséis.

LUIS IBERICO NÚÑEZ

Presidente del Congreso de la República

NATALIE CONDORI JAHUIRA

Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

1393943-4

LEY Nº 30467

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE DECLARA DE INTERÉS NACIONAL Y DE NECESIDAD PÚBLICA LA INVESTIGACIÓN, PROTECCIÓN, PUESTA EN VALOR Y DIFUSIÓN DE LA ZONA ARQUEOLÓGICA MONUMENTAL DE CHANKILLO Y DE LOS SITIOS ARQUEOLÓGICOS PREHISPÁNICOS ADYACENTES DE MANCHAN, SECHÍN Y LAS ALDAS, UBICADOS EN LA PROVINCIA DE CASMA, DEPARTAMENTO DE ÁNCASH

Artículo único. Declaración de interés nacional y de necesidad pública

Declárase de interés nacional y de necesidad pública la investigación, protección, puesta en valor y difusión de la zona arqueológica monumental de Chankillo y de los sitios arqueológicos prehispánicos adyacentes de Manchan, Sechín y Las Aldas, ubicados en la provincia de Casma, departamento de Áncash.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Autoridades competentes

El Ministerio de Cultura, el Gobierno Regional de Áncash y la Municipalidad Provincial de Casma, de conformidad con sus competencias y funciones,