UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA

(Creada por Ley N° 25265)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS

EL DILEMA COLATERAL ENTRE DERECHO, DEBER Y ATRIBUTO RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD, LA TENENCIA, LA CUSTODIA Y LA GUARDA: UN ANALISIS DOCTRINAL, HUANCAVELICA – 2018.

LINEA DE INVESTIGACION:

DERECHO PRIVADO

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PRESENTADO POR LA BACHILLER:

Anilu, Palomino Rivas

Huancavelica 2019.

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 17 días del mes de diciembre del 2019, siendo las 11:00 a.m., se reúnen los miembros del Jurado Calificador conformado por:

Presidente : **Dr. DENJIRO FELIX DEL CARMEN IPARRAGUIRRE**

Secretario : **Mg. PERCY EDUARDO BASUALDO GARCÍA**

Vocal : **Mg. JOB JOSUE PEREZ VILLANUEVA**

Aprobación de sustentación con Resolución Decanal Nº 271-2019-RD-FDYCCPP-UNH, del 16 de diciembre de 2019.

Trabajo de Investigación:

"EL DILEMA COLATERAL ENTRE DERECHO, DEBER Y ATRIBUTO RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD, LA TENENCIA, LA CUSTODIA Y LA GUARDA: UN ANÁLISIS DOCTRINAL, HUANCAVELICA-2018"

Cuyo(a) autor(a) es:

Sr. (Srta.) Bachiller: PALOMINO RIVAS Anilu.

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 (X) **POR**.....UNANIMIDAD.....

DESAPROBADO ( )

En conformidad con lo actuado, suscribimos al pie con nuestras firmas.

PRESIDENTE **SECRETARIO**

VOCAL

TITULO

EL DILEMA COLATERAL ENTRE DERECHO, DEBER Y ATRIBUTO RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD, LA TENENCIA, LA CUSTODIA Y LA GUARDA: UN ANALISIS DOCTRINAL, HUANCAVELICA – 2018.

AUTOR

ANILU PALOMINO RIVAS

ASESOR

Dr. ESTEBAN EUSTAQUIO FLORES APAZA

DEDICATORIA

A todos mis maestros de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Huancavelica, quienes coadyuvaron en mi formación profesional en el camino del derecho y ser un defensor de la legalidad en todos sus extremos.

AGRADECIMEINTO

Agradesco a Dios, por poner en mi camino a seres especiales quienes me orientan para seguir adelante en el camino correcto, brindándome la ayuda que necesito y una mano amiga, con estímulos de superación y así poder brindar ayuda a quienes lo necesitan, mejorando y creciendo como persona y profesional para mi vida futura.

Agradezco de manera especial a mis padres, quienes son el ejemplo de vida y superación, pues ellos son el soporte y que día a día me brindan su apoyo incondicional en lo económico, afectivo y moral.

También agradecemos a las personas que me han brindado su apoyo de una manera incondicional, para la culminación de mi proyecto de investigación y contribuir a las ciencias Jurídicas para el mejor crecimiento y desarrollo del país.

INDICE

TITULO iii
AUTOR iv
ASESOR v
DEDICATORIA vi
AGRADECIMEINTO vii
INDICE viii
RESUMEN xii
ABSTRACT xiii
INTRODUCCIÓN xiv

CAPITULO I
PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 17
1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA 19
1.2.1. PROBLEMA GENERAL 19
1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS 19
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION 19
1.3.1. OBJETIVO GENERAL 19
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS 20
1.4. JUSTIFICACIÓN 20
1.5. LIMITACIONES 20

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION 22
2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL 22
2.1.2. A NIVEL NACIONAL 28
2.1.3. A NIVEL REGIONAL Y LOCAL 33
2.2. BASES TEÓRICAS 34
2.2.1. DERECHO – DEBER Y ATRIBUTO 34
2.2.1.1. DERECHO – DERECHOS 35
2.2.1.2. DEBERES 36

2.2.1.3. ATRIBUTO..... 37
2.2.1.4. DIFERENCIA ENTRE DERECHOS Y DEBERES 38
2.2.1.5. LA CORRELACIÓN LÓGICO-JURÍDICA ENTRE DEBERES Y DERECHOS 39
2.2.2. PATRIA POTESTAD..... 41
2.2.2.1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN..... 42
2.2.2.2. DENOMINACIÓN 43
2.2.2.3. DEFINICIÓN..... 44
2.2.2.4. CARACTERÍSTICAS 45
2.2.2.5. OBJETIVO 48
2.2.2.6. NATURALEZA JURÍDICA..... 48
2.2.2.7. REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA 49
2.2.2.8. TITULARIDAD..... 49
2.2.2.9. EJERCICIO O CLASES DE PATRIA POTESTAD..... 50
2.2.2.10. DEBERES Y DERECHOS 54
2.2.2.11. DECADENCIA Y TERMINACIÓN 54
2.2.2.12. RESTRICCIONES..... 55
2.2.2.13. PÉRDIDA 55
2.2.2.14. PRIVACIÓN..... 57
2.2.2.15. LIMITACIÓN..... 58
2.2.2.16. SUSPENSIÓN 58
2.2.2.17. EXTINCIÓN..... 60
2.2.2.18. RESTITUCIÓN 61
2.2.3. TENENCIA..... 62
2.2.3.1. DEFINICIÓN DE TENENCIA 62
2.2.3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA TENENCIA..... 65
2.2.3.3. CLASES DE TENENCIA 66
2.2.3.4. CAUSAS DE TENENCIA..... 68
2.2.3.5. EFECTOS DE LA TENENCIA..... 69
2.2.3.6. PROCESOS EN LOS QUE SE PUEDE FIJAR LA TENENCIA 69
2.2.3.7. PROCEDENCIA PARA DEMANDAR LA TENENCIA. 70
2.2.3.8. TENENCIA COMPARTIDA (Beltrán, 2009)..... 71
2.2.3.9. PRESUPUESTOS FACTICOS PARA SOLICITAR LA TENENCIA 72

2.2.3.10. TIPOS DE TENENCIA 72
2.2.3.11. LUGARES DE ATENCIÓN DE SOLICITUDES DE TENENCIA 73
2.2.3.12. COMPETENCIA 76
2.2.3.13. TENENCIA Y PROCESO ÚNICO 76
2.2.3.14. TENENCIA Y LA OPINIÓN DEL NIÑO Y ADOLESCENTE 77
2.2.3.15. SOLICITUD DE MODIFICACIÓN QUE OTORGA LA TENENCIA 80
2.2.4. LA CUSTODIA Y LA GUARDA – DOCTRINA COMPARADA – ESPAÑA 81
2.2.4.1. DEFINICIÓN DE LA CUSTODIA Y GUARDA 81
2.2.4.2. CONFLICTO TERMINOLÓGICO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA 83
2.2.4.3. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA GUARDA Y CUSTODIA 85
2.2.4.4. MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA 87
2.2.5. PERSPECTIVA PARTICULAR DE LA INVESTIGADORA 89
2.3. HIPÓTESIS 90
2.3.1. HIPÓTESIS GENERAL 90
2.3.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICOS 90
2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS 90
2.5. IDENTIFICACION DE VARIABLES 92
2.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE (X) 92
2.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE (Y) 92
2.6. OPERACIONALIZACION DE VARIABLES 93

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1. ÁMBITO DE ESTUDIO 96
3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN 96
3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN 96
3.4. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN 97
3.5. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN 97
3.6. POBLACION, MUESTRA 97
3.6.1. POBLACIÓN 97
3.6.2. MUESTRA 98
3.6.3. MUESTREO 98
3.7. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS 98

3.8. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS 99
3.9. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS 99

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS 100
4.2. PRUEBA DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS 125
4.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS 128
CONCLUSIONES 137
RECOMENDACIONES 138
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 139
ANEXOS 143

RESUMEN

La presente investigación lleva por título: ***EL DILEMA COLATERAL ENTRE DERECHO, DEBER Y ATRIBUTO RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD, LA TENENCIA, LA CUSTODIA Y LA GUARDA: UN ANALISIS DOCTRINAL, HUANCAVELICA – 2018,*** tema desarrollado por posibles colisiones entre instituciones jurídicas en el Derecho de Familia, como son: la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda. El Objetivo fue: Determinar si en el sistema jurídico peruano existe un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica - 2018. La metodología empleada en este trabajo incluye la realización de recopilación informativa, doctrinaria (legislación comparada: española) y jurisprudencial, tanto a nivel nacional como internacional. De la misma forma, el Tipo de Investigación es Básica, el Nivel de Investigación es Descriptivo y Exploratorio, entre los Métodos de Investigación empleados fueron el Científico y el Analítico – Jurídico, el Diseño de Investigación es un Diseño 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 como instrumento el cuestionario. Entre los resultados más importantes tenemos que la tabla y gráfico No. 17, donde indica: un porcentaje mayoritario del 70.00% logró determinar que Si existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica -2018; por otro lado, con un porcentaje minoritario del 30.00% logró determinar qué No existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica -2018. Como conclusión se logró determinar que en el sistema jurídico peruano existe un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda en Huancavelica durante el año 2018.

Palabras Clave: Dilema colateral, derecho, deber, atributo, patria potestad, tenencia, custodia y guarda.

ABSTRACT

The present investigation is entitled: **THE COLLATERAL DILEMMA BETWEEN RIGHT, DUTY AND ATTRIBUTE REGARDING THE HOMELAND, THE TREND, THE CUSTODY AND THE GUARD: A DOCTRINAL ANALYSIS, HUANCAVELICA** - 2018, theme developed by possible collisions between legal institutions in Law Family, such as: parental rights, possession, custody and custody. The objective was: To determine if in the Peruvian legal system there is an adequate doctrinal analysis regarding parental rights, possession, custody and custody, Huancavelica - 2018. The methodology used in this work includes the realization of informative, doctrinal compilation (comparative legislation: Spanish) and jurisprudential, both nationally and internationally. In the same way, the Research Type is Basic, the Research Level is Descriptive and Exploratory, among the Research Methods employed were the Scientific and the Analytical - Legal, the Research Design is a Non-Experimental Design of Transversal Descriptive Type; For the data collection, the process and the contracting of the hypothesis, the Survey Technique has been used and the questionnaire as an instrument. Among the most important results we have that the table and graph No. 17, which indicates: a majority percentage of 70.00% managed to determine that if there is an adequate doctrinal analysis in the Peruvian legal system regarding parental rights, tenure, custody and the guard, Huancavelica - 2018; on the other hand, with a minority percentage of 30.00%, it was able to determine that there is no adequate doctrinal analysis in the Peruvian legal system regarding parental rights, possession, custody and custody, Huancavelica -2018. In conclusion, it was possible to determine that in the Peruvian legal system there is an adequate doctrinal analysis regarding parental rights, possession, custody and custody in Huancavelica during the year 2018.

Keywords: Collateral dilemma, right, duty, attribute, parental rights, possession, custody and custody.

INTRODUCCIÓN

Cuando uno lee y analiza lo escrito en el código civil y en el código del niño y adolescente se encuentra con determinadas instituciones jurídicas afines a alguna rama del derecho. Algunas de éstas a decir de otras instituciones están más desarrolladas. Pero es la doctrina nacional y a veces la internacional quien nos revela que nuestro análisis está un tanto equivocado, ya que en algunos momentos pensamos que son sinónimos jurídicos y que cumplen la misma función. Las normas antes citadas son pasibles de que un juez, un fiscal, un abogado litigante, un profesor en derecho y un estudiante analicen e interpreten a su modo los articulados y de esta manera realicen una aplicación al caso en concreto o en su defecto resuelva sus interrogantes jurídicas.

Al revisar el código civil esencialmente respecto al Libro III: Derecho de Familia, nos encontramos con instituciones como la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, que en artículos escasos son desarrollados, no teniendo un panorama real de estas instituciones en cuanto a sus objetivos o finalidad que persiguen. Es más, la doctrina hasta hoy en día sigue en discusión al otorgarle si estas instituciones son solo un derecho, un deber o ambos. Si nosotros revisamos nuestra norma interna veremos que solo la patria potestad tácitamente está calificada de esa manera, sin embrago hay un dilema respecto a las otras; porque doctrina comparada contemporánea califica con el binomio derecho – deber no solo a la tenencia, sino también a la custodia y a la guarda. Teniendo como base a la doctrina española (fuente de esta investigación), en ella se dan claras diferencias entre la custodia y la tenencia, y también los presupuestos que debe cumplir para la procedencia de la guarda; detallando si en el fondo estas instituciones son un derecho o un deber; mas no como en nuestro sistema que lo califican como un binomio derecho – deber, sin una base jurídica, doctrinal o jurisprudencial para confirmarla así. A mi consideración, en nuestro sistema falta un estudio doctrinal de estas instituciones y a pesar de que este trabajo esté terminado seguiré preguntándome ¿Cuál fue el criterio del legislador para considerar en nuestra norma sustantiva civil y en la

norma especial las cuatro instituciones? Con bastante certeza debo manifestar también que la práctica jurídica a través del litigio notamos que solo son accionados situaciones o relaciones en torno a la patria potestad o a la tenencia; sinceramente no he atestiguado demandas por custodia o guarda, quedando un tanto la no aplicabilidad de estas instituciones, será por la falta de conocimiento de éstas o por la falta fundamento jurídico de éstas.

A través del presente trabajo he querido determinar si la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda son considerados como un derecho, deber o ambos; ello en razón a que teniendo bien en claro estas instituciones podremos hacer un buen uso en los casos concretos en que se puedan presentar. No digo que están por demás estas instituciones, sino falta un estudio profundo de éstas para que no puedan existir vacíos y lagunas legales; y no queden en la desprotección los niños, niñas y adolescentes.

Bajo estas atenciones, para poder demostrar la fiabilidad y efectividad del presente trabajo respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda se ha visto por conviviente tomar en consideración los siguientes contenidos: 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. Destacando que dentro de las bases teóricas se han desarrollado temas notables como: ¿Qué es un derecho, deber y atributo?, todo respecto a la patria potestad, tenencia, la custodia y la guarda; aclarando que en cuanto a estas dos últimas instituciones se han desarrollado bajo la perspectiva del derecho español para dar una mejor dilucides a la investigación. En el Capítulo III, se establece la metodología empleada, es decir, el tipo, nivel, método 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.

Finalmente, hemos arribado a las conclusiones y recomendaciones teniendo como referencia los objetivos, las bases teóricas, los antecedentes y la discusión de resultados.

TITULO I

PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A lo largo de los tiempos se han constituido muchos modelos de familias, los cuales vinieron acompañados de formas de disolución. Siendo las más comunes el divorcio, abandono del hogar y en consecuencia de los hijos, los pleitos entre los progenitores (violencia intrafamiliar), los celos enfermizos, entre otros; situaciones que ameritan ser estudiados y emplear las instituciones jurídico-familiares pertinentes en favor y bienestar de los hijos(as) bajo la perspectiva del Principio Superior del Niño y Adolescente.

Cada núcleo familiar es peculiar en cuanto a su disfunción, pero no cabe duda que, a pesar de ya no hacer vida en común de los padres, éstos están en la obligación de velar por el sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos.

De producirse estas desavenencias conyugales o convivenciales, el órgano jurisdiccional es quien determinara el futuro de los progenitores y de los menores. De acuerdo a cada caso se empleará una institución jurídica pertinente.

A través de la experiencia jurídica y analizando la norma sustantiva civil (Libro III – derecho de Familia) y el Código del Niño y Adolescente nos damos con la sorpresa de la existencia de muchas instituciones jurídico – familiares. Entre ellas la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda; instituciones que van a ser materia de análisis doctrinal en la presente investigación. Figuras jurídicas que muchas veces confunde al lector jurídico para la aplicación correcta a un caso en concreto o muchas veces por el desconocimiento no se accionan debidamente.

Nuestro código civil hace una mera definición respecto a la patria potestad en su articulado 418° (Grijley, 2018) guardando un silencio en cuanto a la tenencia, custodia y guarda. Silencio que debería ser resuelto por la doctrina nacional y comparada; y efectivamente mucho se habla y discute respecto a que, si estas instituciones jurídico – familiares son un derecho, deber o atributo.

Por citar algunos ejemplos plasmados en la vigente norma sustantiva civil y la norma especial (Código del Niño y adolescente) respecto a estas instituciones: en ambas normas están expresamente la Patria Potestad (art. 418° CC – art. 74° del CNA), en el art. 81° del CNA esta instituido la Tenencia y Tenencia Compartida, en los artículos 83° y 84° del CNA esta instituido la Custodia y en el artículo 421° del CC está establecido la Guarda. Instituciones que, en el orden interno los estudios doctrinales son muy escasos y por lo tanto la norma vigente no llega a determinar si se tratan de derechos, deberes o atributos de los padres. Situación distinta es lo que sucede en doctrina comparada; un claro ejemplo es la legislación española que prefiere tocar la custodia y la guarda.

En tal sentido con la presente investigación se llegará a determinar si en el sistema jurídico peruano existe un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda; para su debida aplicación a los casos que se avecinan. De otro lado como aporte al mundo jurídico esta en dilucidar a través de un análisis doctrinal cada institución jurídico

familiar teniendo como referencia a los tratadistas del sistema jurídico nacional y comparado, así para que exista un mejor manejo de los operadores del derecho al momento de accionar ante el órgano jurisdiccional y no existan incertidumbres jurídicas y menos derechos sin ser emplazados siendo los más vulnerables en este tipo de conflictos los menores. Ya que el Estado tiene como fin la protección del niño y el adolescente.

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema General

¿Existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica - 2018?

1.2.2. Problemas Específicos

a) ¿En el sistema jurídico peruano la patria potestad constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica – 2018?
b) ¿En el sistema jurídico peruano la tenencia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018?
c) ¿En el sistema jurídico peruano la custodia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018?
d) ¿En el sistema jurídico peruano la guarda constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.3.1. Objetivo General

Determinar si en el sistema jurídico peruano existe un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica - 2018.

1.3.2. Objetivos Específicos

a) Establecer si en el sistema jurídico peruano la patria potestad constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica – 2018.
b) Señalar si en el sistema jurídico peruano la tenencia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018.
c) Establecer si en el sistema jurídico peruano la custodia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018.
d) Señalar si en el sistema jurídico peruano la guarda constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018.

1.4. JUSTIFICACIÓN

Teóricamente la justificación reside en establecer nuevas pautas doctrinales en el ámbito civil y en especial en el Derecho de Familia. Teniendo en consideración los argumentos de los tratadistas nacionales y extranjeros; ya que son quienes nos precisaran estas instituciones jurídico – familiares plasmadas en el Libro III del CC y CNA. Así la presente investigación coadyuvará a los operadores del derecho a tener una visión más clara en cuanto a las funciones peculiares que cumple cada figura jurídica ya que las normas antes mencionadas guardan un sigilo en cuanto a su debida aplicación; tal vez en palabras más sencillas decir: que es muy ambiguo, impreciso y confuso lo expresado, en especial la custodia y la guarda en cuanto a lo práctico, advertimos que en la experiencia jurídica las demandas interpuestas más comunes son a causa de la patria potestad o tenencia, instituciones que aun en nuestro ámbito local (Huancavelica) no están siendo bien aplicadas; porque aún existe confusión entre las definiciones de patria potestad y tenencia; y más aún cuando se trata de casos peculiares se desconoce ¿Cuál modalidad de la patria potestad empleo? Sin embrago no he tenido referencia alguna de una demanda por custodia o guarda, que mucho letrado confunde con la tutela o curatela; cosa alguna que no es así. En tal sentido a lo largo de la investigación pondré en consideración cada institución jurídica para una mejor diligencia del órgano jurisdiccional y

así evitar que considerables derechos, deberes y obligaciones no se queden sin accionar.

Por último, la justificación metodológica reside en que la presente investigación contribuirá de alguna manera a esclarecer las definiciones, funciones y fines de las instituciones de la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda. Poner en conocimiento al lector que, será fructífero la intervención de los magistrados y abogados, a quienes se les aplicará una encuesta pertinente de acuerdo a las variables de estudio. A este tenor, la presente investigación una vez que sea demostrada su eficacia y confiabilidad podrá ser utilizada como antecedente para otros trabajos de investigación.

1.5. LIMITACIONES

En la presente investigación, se encontraron limitaciones en la bibliografía, debido a que no hay doctrina a nivel nacional de los temas referentes a la custodia y guarda, y solo se tomó como base las doctrinas de la legislación comparada.

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

En cuanto al presente tema se han encontrado antecedentes virtuales, más no físicos ya que no existen trabajos relacionado con las variables de estudio.

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL

La presente investigación tiene antecedentes, básicamente en artículos publicados virtualmente. Así mismo cabe mencionar que no se han encontrado antecedentes similares a la presente investigación.

KLEBER IVAN SUIN CAJAMARCA (Ecuador 2016) Tesis titulada: "LA TENENCIA COMPARTIDA: SOLUCIÓN O CONFLICTO", investigación previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. Cuyas conclusiones son: 1) Después de todo el análisis realizado podemos determinar que a raíz de las separación de los padres se generan grandes conflictos en cuanto a la tenencia de los hijos, en donde se dan graves disputas en los juzgados como si fuera un trofeo, y esto se da precisamente porque existe una desigualdad de género dentro de nuestro

Código de la Niñez y la Adolescencia, que contempla una tenencia unilateral, dando preferencia a la madre sobre los hijos, dejando al padre en un plano secundario. 2) De igual manera nuestros administradores de justicia no miran el interés superior de los niños, al otorgar en sus resoluciones un limitado derecho de visitas al padre, con lo cual solo se aleja al progenitor de su hijo, generando graves daños psicológicos en los más pequeños como son los niños. 3) Entonces podemos concluir que la mejor solución para evitar causar daño a los niños, después de la separación de los padres, es a través de la Tenencia Compartida, en donde los progenitores tengan igualdad de derechos y responsabilidades sobre los hijos. (Suin Cajamarca, 2016)

RAMOS ZAVALA HÉCTOR RAÚL (Ecuador 2014) Tesis titulada: "Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres", investigación previa a la obtención del Título de Abogado. Cuyas conclusiones son: 1) 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. 2) 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. 3) 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. 4) 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. 5) 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. 6) 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. 7)

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. (Raúl, 2014)

EMILIA FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN (España 2017) Tesis titulada: "Custodia compartida y protección jurídica del menor", memoria para optar e Grado de Doctor en Derecho. Cuyas conclusiones son: 1) Con la finalidad de preservar el principio de igualdad que debe existir entre los progenitores en una situación de separación o divorcio es recomendable que tanto la titularidad de la patria potestad como su ejercicio se mantengan de manera compartida en beneficio del menor. El ejercicio compartido de la patria potestad suscitará que los progenitores asuman con éxito su corresponsabilidad parental respecto de sus hijos. Así pues, en situaciones de crisis matrimoniales el mantenimiento del sistema compartido de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad se perfila como el régimen más idóneo para la ejecución de todas las funciones inherentes a las relaciones paterno- filiales, al tiempo que posibilita de forma prioritaria la satisfacción del bonus filii, y ello sin perjuicio, de la necesaria adecuación a las especiales circunstancias de cada situación de separación o divorcio. 2) La guarda como deber inherente a la patria potestad va a abordar el ámbito personal e inmediato del menor, esto es, las relaciones cotidianas y habituales fruto de la convivencia. A diferencia de ello, el ejercicio de la patria potestad contempla la responsabilidad integral del menor y va a implicar la realización material de las funciones específicas que entrañan las relaciones paterno- filiales. 3) La modalidad de custodia compartida es una figura jurídica susceptible de ser aplicada en situaciones de crisis familiares, en la que los progenitores realizan las funciones inherentes a la patria potestad de forma periódica al convivir con sus hijos alternadamente, y en igualdad de derechos y obligaciones, en aras de satisfacer las necesidades materiales y espirituales de los menores. En este sentido, consideramos más

adecuada la terminología de "custodia alterna o alternativa" toda vez que la corresponsabilidad parental engloba el ejercicio de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, tanto durante la unión conyugal, como a posteriori, una vez disuelto el vínculo conyugal. 4) El establecimiento del régimen de custodia compartida a través del previo acuerdo de los progenitores constituye el medio más idóneo de precautelar el interés superior del menor. A nuestro juicio, el sistema de custodia compartida o alterna es una modalidad que prioriza el respeto y la colaboración entre los progenitores al objeto de facilitar la más frecuente y equitativa comunicación entre ambos, en aras al mejor interés de los menores implicados en un proceso de separación o divorcio, propiciando, así mismo, entre los progenitores una distribución equitativa y proporcional de las satisfacción de las necesidades materiales de los menores, así como de la atención, cuidado y protección que los mismos requieren. 5) Considerando la heterogeneidad de situaciones de crisis familiares, sería conveniente la existencia de una regulación dual de modalidades de custodia, en aras de poder implementar la modalidad de custodia que mejor se adecue al interés superior del menor. Para ello sería recomendable que las condiciones de aplicación tanto de la custodia monoparental como de la custodia compartida no ostenten ninguna preferencia en la norma sustantiva, ni se vean coartadas por condicionante alguno que obstaculice su aplicación. 6) La regulación actual del régimen de custodia compartida en el derecho sustantivo no ha colmado las expectativas de los diferentes colectivos sociales, toda vez que demuestra que las mutaciones que acontecen en la sociedad no pueden quedar ajenas al Poder Legislativo, ni al Poder Judicial. El legislador no realizo una correcta valoración de la figura de la custodia compartida, no pudiéndose discernir con claridad, si la voluntad del legislador fue la de hacer prevalecer la custodia monoparental en detrimento de la custodia compartida, o de implementar ambos sistemas al mismo nivel. A nuestro juicio, es necesaria una reforma sustancial del artículo 92 del Código civil coherente con la realidad familiar actual. 7) En la modalidad

de custodia compartida o alternada, un aspecto se nos revela como especialmente importante: el tiempo. El reparto del tiempo de convivencia es una de las cuestiones más delicadas y difíciles de los procesos matrimoniales y de cese de las uniones de hecho, en la que han valorarse factores tan dispares como la capacidad de atención de los progenitores respecto de los hijos, el entorno familiar, la voluntad de los implicados teniendo en cuenta su capacidad de comprensión de la nueva situación familiar, el arraigo social de los menores al entorno en el que habitualmente han convivido con sus progenitores, y todo ello, atendiendo principalmente al interés del menor tanto desde un parámetro objetivo, que abarcaría el más amplio concepto de bienestar físico, material y espiritual, como desde un parámetro subjetivo, que englobarían los deseos, inclinaciones, preferencias y aspiraciones de los propios menores, atendiendo siempre a las concretas circunstancias personales de los mismos. 8) El principio de interés superior del menor, esto es, su bienestar intrínseco, se constituye en el centro de gravedad en cuanto criterio de atribución de un determinado régimen de guarda y custodia. Si bien, ello resulta extremadamente complejo, si previamente no establecemos los parámetros entre los cuales habrá de encuadrarse el favor filii. A nuestro juicio, el principio del interés superior del niño puede definirse como toda circunstancia o actuación personal, profesional o institucional que sitúe al menor en un contexto de estabilidad emocional, familiar y material en relación con su propia realidad circundante. Las técnicas de determinación del interés del menor constituyen una valiosa herramienta en la implementación de un determinado régimen de custodia, en la medida en la que exista una valoración casuística, previa apreciación axiológica de todas las particulares circunstancias que comprenda la crisis familiar adecuadas al ámbito jurídico. (Fernández-Luna Abellán, 2017)

2.1.2. A NIVEL NACIONAL

Pongo en conocimiento que a nivel nacional no se han encontrado investigaciones respecto a las instituciones de la Custodia y la Guarda. Solo se han encontrado antecedentes en cuanto a la Patria Potestad y Tenencia.

EDGAR RAMÓN GUILLÉN VALLEJO (Lima 2012) Tesis titulada: "Ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el servicio de defensorías del Sistema de Atención Integral del Niño y Adolescente", investigación para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Civil y Comercial. Cuyas conclusiones son: 1) Entre las instituciones clásicas del derecho civil que buscan proteger a los menores de edad encontramos al sistema de incapacidades, a la patria potestad y a la representación legal, instituciones que consideran al menor como un objeto de protección que no puede ejercer sus derechos por sí mismo y sobre el que los adultos deben decidir lo más conveniente. 2) Frente a estas instituciones clásicas, la teoría de la protección integral, contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, que contiene principios como el niño sujeto de derechos, la capacidad progresiva y el interés superior del niño, propone un cambio en la concepción del menor considerándolo, no como un objeto, sino como una persona, y en tanto tal, como una categoría autónoma, independiente, reconociendo sus propias necesidades y respetando su individualidad. 3) El sistema de incapacidades, la patria potestad y la representación legal a favor de los menores, son instituciones que han sido recogidas por todos los Códigos Civiles que han regido en nuestro ordenamiento, por lo que no es una excepción que sigan vigentes hasta la actualidad. Lo que resulta innovador es la adopción de la teoría de la protección integral tanto por la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, como por el Código de los Niños y Adolescentes. 4) El contraste entre ambas posturas se evidencia en casos extremos como en el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad, quienes continúan sujetas a la patria potestad de

sus padres, si bien es cierto, la Ley 29274 que modificó el artículo 46° del Código Civil, es un avance, el número de actos para los que reconoce capacidad a los menores a partir del nacimiento de su hijo, es muy reducido. 5) La presente investigación se enmarca en los actos jurídicos que comprende el ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en los servicios que ofrecen las Defensorías de los Niños y Adolescentes ubicadas en Lima Metropolitana, actos que no están comprendidos expresamente por el artículo 46° del Código Civil, pero que forman parte del conjunto de actos personalísimos para los que están facultados los menores capaces de discernimiento. (Guillén Vallejo, 2012)

JACQUELYN MARISSA CALDERÓN PÉREZ (Trujillo 2016) Tesis titulada: "El ejercicio de la patria potestad en las familias ensambladas", investigación para optar el Título Profesional de Abogada. Cuyas conclusiones son: 1) Resulta necesario regular la patria potestad a favor de los padres afines cuando uno de los progenitores falleció, porque garantizará el interés superior del niño y fortalecerá las familias ensambladas. 2) La estructura familiar de una familia ensamblada, proviene de situaciones familiares difíciles; hogares desintegrados por la muerte y desaparición de uno de los cónyuges o por el fracaso matrimonial de la pareja que deviene en divorcios, separaciones y tiene como características que sus miembros habitan y comparten vida de familia con estabilidad, publicidad y reconocimiento en la sociedad, constituyendo una identidad familiar autónoma similar a una familia tradicional fundada en vínculos biológicos. 3) En un núcleo familiar ensamblado se puede originar con el matrimonio o mediante una unión convivencial, es la legislación civil la que establece el reconocimiento legal del parentesco por afinidad en primer grado entre un cónyuge y los hijos de su pareja. El Tribunal Constitucional reconoce que la familia ensamblada está constituida por el padre o madre afín que viene a ser el cónyuge del padre biológico, por los hijos propios de cada cónyuge que vendrían a ser los hijos afines de la pareja y también por los hijos

comunes del matrimonio ensamblado; donde tratarán de construir una identidad familiar autónoma. 4) La patria potestad comprende los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos menores de edad o siendo mayores no puedan valerse por sí mismos. Los padres asumen los deberes de alimentación, protección y educación, y los derechos de naturaleza personal y patrimonial, en cuanto al primero tenemos la representación y la tenencia, respecto al segundo la facultad de administración, usufructo y disposición. 5) La repercusión del reconocimiento legal del ejercicio de la patria potestad del padre o madre afín en la familia ensamblada es positiva, porque permite a los padres afines efectivizar y tomar decisiones convenientes a favor de sus hijos afines, les proporciona facultades sobre la persona y sus bienes, se establece sus atribuciones y obligaciones a desempeñar; derechos de naturaleza personal como la tenencia y la representación; y el segundo, donde los padres afines en su calidad de titulares tenga la potestad de reemplazar a sus hijos afines en los actos jurídicos y sociales que no puedan realizar por su minoría de edad. En cuanto a los derechos de naturaleza patrimonial, nuestra legislación considera el derecho de administrar, usufructuar y disponer de los bienes del menor, de igual manera, los hijos afines también se beneficiarán en la medida que tendrán la certeza de cuáles son sus derechos y obligaciones que asumirán respecto de sus padres afines. 6) En el caso de las familias ensambladas en la que se desarrollan niños, el principio del interés superior del niño regula en las familias ensambladas, satisfaciendo sus derechos y el cumplimiento de sus deberes; asegurando su crecimiento bajo el amparo y responsabilidad de ambos padres ya sea biológico o afín; en un clima familiar que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social garantizando su desarrollo integral que contribuyan a una vida digna y en armonía, donde los niños y adolescentes vivan plenamente, desplegando su potencialidad al margen de la estructura familiar de la que son parte. (CALDERÓN PÉREZ, 2016)

CARMEN ROSA MEI LING KCOMT REYNA (Trujillo 2014) Tesis titulada: “Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados

de familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño", investigación para optar el Título Profesional de Abogada. Cuyas conclusiones son: 1) 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) 2) 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. 3) La Tenencia Compartida, se refleja como el tipo de tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, es el referente que modula la función paternal 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. 4) 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. (MEI LING KCOMT REYNA, 2014)

LÓPEZ REVILLA, VANESSA PAULINA (Huánuco 2016) Tesis titulada: "Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de familia de lima: principio de Interés Superior del Niño", investigación para optar el Título Profesional de Abogada. Cuyas conclusiones son: 1) 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). 2) 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. 3) La Tenencia Compartida, se refleja como el tipo de tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, es el referente que modula la función paternal 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. 4) 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. (LÓPEZ REVILLA, 2016)

CHONG ESPINOZA SUAN CORALÍ (lima 2015) Tesis titulada: "Tenencia Compartida y Desarrollo Integral del Niño, Niña y Adolescente a nivel del primer juzgado transitorio de familia, Lima Sur, 2013", investigación para optar el Titulo de Abogada, cuyas conclusiones son: 1) Existe una relación directa y significativa entre la tenencia compartida y el desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel de resoluciones senténciales del juzgado transitorio de familia, Lima sur en el año 2013. 2) 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 senténciales del juzgado transitorio de familia del distrito de San Juan de Miraflores, Lima Sur en el año 2013. 3) 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. 4) 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. 5) 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. (CORALÍ, 2015)

2.1.3. A NIVEL REGIONAL Y LOCAL

DINA, GARCÍA GONZALO (Huancavelica 2017) Tesis titulada: "El Síndrome de Alienación Parental en los procesos por tenencia a razón de la casación n° 2067-2010, en la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, periodo 2015", investigación para optar el Título Profesional de Abogada. Cuyas conclusiones son: 1) Se logró determinar que el síndrome de alienación parental en los procesos de tenencia a razón de la casación N° 2067-2010, NO es tomado en cuenta por los magistrados del Distrito Judicial de Huancavelica, periodo 2015, a pesar de ser una casación vinculante los magistrados desconocen del contenido jurídico y del valor que significa ponerlo en práctica en procesos con similares características. 2) Se identificó que los magistrados no vienen aplicando los fundamentos de la casación N° 2067-2010 en la resolución de procesos por tenencia en el Distrito Judicial de Huancavelica, periodo 2015. Naturalmente, si los magistrados desconocen la existencia de la casación N° 2067-2010, No

aplican los fundamentos que esta dilucida en el proceso tal como se aprecia en los cuadros y tablas estadísticas. 3) Se logró identificar la vulneración del Principio Superior del Niño y del Adolescente por la aplicación de los fundamentos de la casación 2067-2010 en los procesos de tenencia. Puesto que las sentencias emitidas por los jueces no responden a las decisiones deliberadas y libremente de los niños y adolescentes, es necesario implantar un equipo multidisciplinario en los procesos de tenencia para tener una decisión más certera por los jueces. 4) Constatamos que el Síndrome de Alienación Parental no se encuentra reconocido en nuestra legislación, por desconocimiento de los actores que trabajan con la infancia: tanto jueces, consejeros técnico, psicólogos, abogados y asistentes sociales (salvo notables excepciones), no conocen de qué se trata y por lo tanto no intentan descubrir los síntomas en los niños, niñas y adolescentes que lo padecen y mal pueden diagnosticar con anticipación la alienación parental, para que el Síndrome nunca se produzca. 5) Queda a discreción de los jueces, por lo tanto, determinar si existe o no el trastorno. Sin embargo y como lo demostramos en este trabajo, existe una importante elaboración jurisprudencial del SAP (casación N° 2067-2010), reconociendo que el descubrimiento en el caso específico, significa una verdadera violación a los derechos del niño, claramente definidos en la CDN. 6) Mientras el SAP no sea reconocido en los Juzgados y no se sancione debidamente, la alienación continuará destruyendo la relación de los hijos con el progenitor alienado. (García Gonzalo, 2017)

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. DERECHO – DEBER Y ATRIBUTO

Cabe mencionar que no existen definiciones únicas en cuanto a estos conceptos jurídicos. En tal sentido cogeré las definiciones más adecuadas para poder entender la relación y diferencias de cada una de ellas.

2.2.1.1. DERECHO – DERECHOS (http://diferenciaentre.info/diferencia-entre-derechos-y-deberes/, s.f.)

Los derechos se definen como reglas normativas que son fijadas por una jurisdicción legal y que son propiedad del pueblo. Son algo que merece todo ser humano, no importa de dónde venga, dónde haya nacido o dónde viva.

Generalmente, los derechos se escriben en las leyes. Basándonos en esto, la gente puede muy fácilmente defender sus derechos ante el Tribunal de Justicia.

Es importante recordar que los derechos se basan en un conjunto de comportamientos que se aceptan en acuerdo, en donde también se plantean las responsabilidades que cada cual tiene como resultado de la cooperación y el respeto mutuo.

Los derechos no son leyes que permite a los individuos o a los cuerpos que gobiernan hacer o decir cualquier cosa que deseen. Son el fundamento o el marco en que la sociedad como una estructura entera se define. Se considera que los derechos son uno de los pilares que permiten el establecimiento de nuestra sociedad y cultura.

Tomado en su sentido etimológico, *Derecho* proviene del lat. *directum* (directo, derecho); a su vez, del lat. *dirigere* (enderezar, dirigir, ordenar, guiar). En consecuencia, en sentido lato, quiere decir recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro, mientras que en sentido restringido es tanto como *ius (v.).*

Por eso, de esta voz latina se han derivado y han entrado en nuestro idioma otros muchos vocablos: *jurídico,* lo referente o ajustado al *Derecho; jurisconsulto,* que se aplica a quien, con el correspondiente título habilitante, profesa la ciencia del *Derecho, y justicia,* que tiene el alcance de lo que debe hacerse según *Derecho* y razón. Es, pues, la

norma que rige, sin torcerse hacia ningún lado, la vida de las personas para hacer posible la convivencia social. (Osorio, 1997)

2.2.1.2. DEBERES (http://diferenciaentre.info/diferencia-entre-derechos-y-deberes/, s.f.)

Los deberes constituyen otro de los pilares de la sociedad, porque la existencia de los derechos depende hasta cierto punto de la existencia de los deberes. Si éstos no se cumplen, es muy probable no haya armonía en la sociedad.

"Deber" es un término que expresa el compromiso moral de alguien con los demás o con algo.

El término deberes hace referencia a las actividades, actos y circunstancias que implican una determinada obligación moral o ética. Generalmente, los deberes se relacionan con determinadas actitudes que todos los seres humanos, independientemente de su origen, etnia, edad o condiciones de vida están obligadas a cumplir a modo de asegurar al resto de la humanidad la posibilidad de vivir en paz, con dignidad y con ciertas comodidades. Los deberes son, entonces, uno de los puntos más importantes de todos los sistemas de leyes y de constituciones nacionales porque tienen que ver con lograr formas comunitarias y sociedades más equilibradas en donde todos acceden del mismo modo a sus derechos. (https://www.definicionabc.com/social/deberes.php, s.f.)

Vale destacarse que el deber es la cara opuesta del derecho, pero asimismo son íntimos aliados dado que para disponer de determinados derechos deberemos cumplir una serie de deberes, por ejemplo, si queremos comprarnos algo deberemos trabajar. Al deber estamos obligados siempre, ya sea porque nos lo manda una normativa vigente, una costumbre, una norma religiosa o un mandato moral, entre otros. (https://www.definicionabc.com/social/deberes.php, s.f.)

Si no cumplimos con los deberes establecidos seremos castigados de manera coercitiva, pagando una multa o yendo a prisión, en aquellos casos más graves. (https://www.definicionabc.com/social/deberes.php, s.f.)

No deben confundirse los deberes con las obligaciones, puesto que los primeros son puramente morales; mientras que las segundas son explícitas en el código legal.

Los **deberes** son entendidos, erróneamente, como obligaciones que las personas tienen para la construcción del bien común —las cosas que deben pensarse y hacerse con la meta del bienestar general.
Verbo. Estar obligado. | Adeudar. | Estar pendiente el pago de una cantidad de dinero, la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, el cumplimiento de una obligación en general. Substantivo.

Según el *Diccionario de Derecho Usual,* reverso de *derecho,* entendido subjetivamente; es decir, obligación (legal, material o convencional), constreñimiento, subordinación, necesidad jurídica. | Deuda en general. (Osorio, 1997)

2.2.1.3. ATRIBUTO (S) (http://conceptodefinicion.de/atributo/, s.f.)

Cualidad o característica propia de una persona o una cosa, especialmente algo que es parte esencial de su naturaleza.
"la inteligencia y el lenguaje son atributos de los seres humanos"
Símbolo que sirve para reconocer a una persona o cosa.
"la balanza es el atributo de la Justicia"
La palabra atributo se encuentra definida por el diccionario de la real academia española como: “las propiedades, características o cualidades de un ser”. Por ejemplo: “el atributo de María es su sencillez”. Sin

embargo, en el idioma castellano, este vocablo presenta distintos usos. Siendo el atributo físico uno de los más conocidos por todos.

El atributo físico de un individuo, es aquella cualidad propia de un ser en especial, ya sean físicas o de identidad, por ejemplo, la naturaleza extrovertida de una persona es un atributo que la distinguen de los demás. Estos atributos definen a la persona que los dispone y que a menudo se los reconoce por ellos. Tal es el caso del ejemplo anterior, el cual corresponde a un atributo positivo que le añade **valor** al **sujeto**, en cuanto a su personalidad.

2.2.1.4. DIFERENCIA ENTRE DERECHOS Y DEBERES

(http://diferenciaentre.info/diferencia-entre-derechos-y-deberes/, s.f.)

Los derechos y los deberes están estrechamente relacionados. Difícilmente puede existir uno sin el otro. Cuando alguien tiene un derecho es porque alguien más tiene la obligación de respetarlo; pero, así como hay obligaciones (que son determinadas por medio de las leyes), también hay deberes; que aunque son de carácter moral; cuando se cumplen contribuyen a estar en armonía con respecto a los derechos de nuestros semejantes.

La principal diferencia entre los derechos y los deberes es que los primeros tienen que ver con los privilegios otorgados a los individuos, mientras que los segundos se basan en la responsabilidad de llevar a cabo la tarea de respetar los derechos de cada una de las personas y desempeñar nuestras funciones sociales correctamente.

2.2.1.5. LA CORRELACIÓN LÓGICO-JURÍDICA ENTRE DEBERES Y DERECHOS

A) Antecedentes

Desde siempre se han reconocido vínculos lógicos entre las afirmaciones de derechos y las de deberes. En cualquier escrito jurídico, desde los tiempos de Hamurabí por lo menos, está claro que se articulan diferentes relaciones entre lo que jurídicamente se permite y lo que jurídicamente se impone como obligatorio o se veda como prohibido. Esas relaciones se conciben —explícita o implícitamente— como vínculos lógicos, de suerte que, al permitir ciertas cosas, se están prohibiendo otras y viceversa, sin que quepa un ámbito jurídico en el cual no se siga lo uno de lo otro. (Croom, 1986)

¿Cuáles son esos vínculos? Son tres. El primero de ellos es la regla que hoy suele llamarse «de Bentham», o de subalternación deóntica, o sea que lo obligatorio es lícito; y que, por lo tanto, lo ilícito —en la medida en que lo es— no es obligatorio.

El segundo vínculo es el expresado en la regla de permisión, a saber: que lo que no está prohibido es lícito. Con otras palabras: una conducta, activa u omisiva, de la que no es obligatorio abstenerse es una conducta permitida por el ordenamiento jurídico. (Guillen, 1991)

El tercer y último vínculo —que, siendo más difícil de precisar, da lugar a mayores complicaciones— es que lo que les es lícito a unos acarrea ciertas obligaciones y prohibiciones *para otros* y viceversa. Tal es —en una enunciación provisional— la regla de no-vulneración (sobre la que volveré en el apartado siguiente). Esa regla fue siempre recogida por los estudiosos del derecho, jurisconsultos, legisladores, tratadistas, e incluso, frecuentemente, sobreentendida como un nexo obvio que no requeriría ni siquiera mención expresa. Gracias a la lógica deóntica, podemos hoy

reconocer su naturaleza, que es la de una norma jurídico natural. (Ollero, 1989)

B) El nexo entre deberes y derechos como un vínculo lógico (Peña, 2009)

La correlación entre deberes y derechos viene dada por las tres reglas de subalternación, permisión y no-vulneración. Me voy a centrar ahora en ésta última, a la cual podemos también denominar «*interdictio prohibendi*». Su naturaleza puede suscitar dificultades, pero su validez o verdad se ha solido reconocer, implícita cuando no explícitamente. Es la regla de respeto (o regla de no impedimento), que impone obligatoriamente no perturbar el disfrute de derechos ajenos. Podemos formularla como una norma jurídica (promulgada o no) que prohíbe estorbar el ejercicio de conductas lícitas de los demás. De donde se sigue que, cuando alguien tiene derecho a efectuar tal acción o tal omisión, los demás quedan obligados a no impedírselo, a no colocar estorbos que hagan imposible esa acción o esa omisión. Igualmente, cuando se trata de un derecho de prestación, a los demás les está prohibido privar de su disfrute al titular de ese derecho; pero varía la privación así prohibida (y aquí radica una fuente de dificultad), porque en unos casos lo prohibido es una acción y en otros casos es una omisión. (Peña, 2009)

Cuando un ordenamiento normativo permite tales acciones, prohíbe los actos de otros que impidieran el ejercicio de esas acciones permitidas. Y es que un ordenamiento normativo no es una norma aislada; siempre tiene una vocación reguladora de un sistema de relaciones sociales; y esa regulación ha de delimitar, de un modo u otro, lo que se autoriza a cada miembro de la sociedad de lo que no se le autoriza, de suerte que a todos se prohíba forzar a uno a hacer lo que el ordenamiento no le obliga a hacer, o a no hacer lo que el ordenamiento le autoriza a no hacer.

2.2.2. PATRIA POTESTAD

Tradicionalmente se ha llamado patria potestad al conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto de sus hijos e hijas, desde el preciso momento en que queda establecida la filiación hasta que estos cumplan los dieciocho años de edad. Así, por ejemplo, el Código Civil Peruano la ha definido como el "el deber y el derecho de cuidar de la persona y de los bienes de sus hijos menores" (Fernandéz, 2013)

Es tanto un derecho como un deber que tienen los padres de proteger y cautelar la persona y patrimonio de sus hijos; así se configura como un típico caso de derecho subjetivo familiar en el que la facultad (derecho) está estrechamente relacionado con la obligación (deber) entre las partes. Al decir de Borda (Borda, 1997), "la patria potestad (...) no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos"

Cabe destacar también que, gracias a la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, ha habido un cambio en la doctrina referente al tratamiento jurídico de la niñez y adolescencia. Hemos pasado así de la situación irregular a la protección integral; según esta última, los niños y niñas son vistos como sujetos de derechos y deben recibir una atención especial por su condición de edad, que los coloca en una situación de vulnerabilidad. (Fernandéz, 2013)

La patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de éstos. En ella, está estrechamente conexos el interés del Estado y de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que reviste las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las

atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley (Placido, 2002)

Para Varsi (Varsi, 2012), la patria potestad es la conditio sine qua non de la relación paterno-filial; se deriva de ella, a tal punto que el termino filiación implica, de por sí, patria potestad, ya que esta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre los hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad, pero no puede haber patria potestad sin filiación.

2.2.2.1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

En Roma, la patria potestad era el poder ejercido por el pater familias sobre todas las personas libres que constituían su familia. Él era "señor de todos" y tenía una fuente de poder absoluto dentro de la estructura familiar. Petit (Jurídica, 1980) citado por (Varsi, 2012, pág. 290), indica que la potestad paternal significó un derecho riguroso y absoluto del jefe de familia, análogo a los actos del amo sobre el esclavo, que tenía sobre la persona y bienes de sus hijos.

En el Derecho antiguo, la patria potestad más que un privilegio era una facultad, un poder, una atribución en favor del padre y revestía un carácter despótico, entrañando un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ellas. El pater familias tenía sobre sus hijos el poder de vida y muerte; podía ignorarlos, alquilarlos, venderlos, estando autorizado a disponer de sus bienes; en el recaía la facultad de juzgarlos y condenarlos en judicia privata (Varsi, 2012)

Durante el Derecho Medieval, la patria potestad en la antigua legislación española modelada sobre las instituciones romanas, implicaba casi poderes absolutos del padre, ya que permitía no solo el alquiler de los hijos sino también su venta en casos de extrema pobreza. La iglesia tuvo

una marcada influencia en la atenuación de este sistema, pues entendió la patria potestad, más bien, desde el ángulo de los intereses del hijo. En el Derecho germánico predominó también la idea de la protección del incapaz, siendo los poderes paternos de carácter temporal, pero definitivamente fue en el cristianismo donde se insuflo en las leyes de aquel tiempo, un nuevo espíritu, determinando que el castigo de los hijos debía hacerse con mesura y piedad (Peralta, 2008)

El Derecho consuetudinario francés varió el carácter absoluto de la patria potestad y fue con la revolución francesa que se reestructuro la esencia romana de esta institución, procediéndose a suprimir muchos de los poderes del padre, incluso la institución de usufructo legal. Esta institución se va aligerando con la humanización del Derecho positivo, la consagración de la teoría de la defensa de la persona, la liberalización de las relaciones familiares y el ejercicio del poder tuitivo del Estado en protección de la familia (Varsi, 2012)

Cabe destacar que, gracias a la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, ha habido un cambio en la doctrina referente al tratamiento jurídico de la niñez y la adolescencia. Hemos pasado así de la situación irregular a la protección integral, según esta última, los niños y las niñas son vistos como sujetos de derechos y deben recibir una atención especial por su condición de edad, que los coloca en una situación de vulnerabilidad. De acuerdo con la doctrina de la protección integral, el rol de cuidado de los padres respecto de los hijos tiene una connotación distinta de la inherente a la patria potestad (Fernandéz, 2013).

2.2.2.2. DENOMINACIÓN

La conformación terminológica de esta institución viene del latín patria potestas o potestad del pater familia.

El predominante aspecto moral que las instituciones de Derecho de Familia presentan en general, se manifiesta de modo muy acusado en las relaciones paternofiliales, que una vez constatadas legalmente producen para los padres números deberes que tienden a la protección de los hijos mientras dura su menor edad, estos deberes, que afectan a la persona y al patrimonio del menor, no podrían cumplirse eficazmente sin otorgar amplias facultades a los padres sobre la persona y bienes del mismo denominándose patria potestas al conjunto de facultades que se otorgan a los padres sobre sus hijos menores para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone (Placido, 2002)

Hoy en día se emplea de manera indistinta los términos patria potestad, autoridad paterna, autoridad paternal o relación parental. Se le ha dado en llamar también poder de protección o patrio deber en el sentido que es instituida en beneficio de los hijos y no en provecho de los padres. Sin embargo, la denominación más acorde es la de la autoridad de los padres o responsabilidad parental que, como sostiene Zannoni. (Zannoni, 1998) traduce con más precisión las transformaciones que ha experimentado la familia en estos últimos tiempos.

Actualmente, Jimenez, (Jimenez, 2002) señala que, la patria potestad dejó de ser patria, pues ya no es exclusiva del padre sino compartida con la madre; no es potestad, pues no otorga poder sino que se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con los descendientes.

2.2.2.3. DEFINICIÓN

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante la cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece

hasta que estos adquieran plena capacidad. El poder de familia, como lo define la clásica doctrina brasilera, es el conjunto de derechos y obligaciones hacia la persona y bienes del hijo menor no emancipado, ejercido en igualdad de condiciones, por ambos padres, para que puedan desempeñar sus encargos que las normas jurídicas les imponen, teniendo a la vista los intereses y la protección del hijo.

El autor Peralta, (Peralta, 2008), considera que, la patria potestad es otra institución importante del Derecho de Familia que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para cuidar de la persona y de los bienes de sus menores hijos. En suma, esta institución beneficia y cautela prioritariamente los derechos de los hijos desde la concepción, la niñez y la adolescencia, teniendo como directriz el principio superior del niño y adolescente con la finalidad que aquellos puedan desarrollarse de manera adecuada en los planos: personal, social, económico y cultural.

2.2.2.4. CARACTERÍSTICAS

Es un derecho subjetivo familiar, se regula por normas de orden público, es una relación jurídica plural de familia, se ejerce en relaciones de familias directas o inmediatas de parentesco, es una relación de autoridad de los padres: Existe un vínculo de subordinación respecto de los hijos, su fin es tuitivo, se dirige a la defensa de la persona y el patrimonio de los hijos menores de edad, es intransmisible, es imprescriptible, es temporal, no perpetúa, es irrenunciable, es incompatible con la tutela, es relativa, es indisponible (Varsi, 2012)

Tabla 1 Características de la Responsabilidad Parental

CARACTERÍSTICA	EXPLICACIÓN
Es un derecho subjetivo familiar	La patria potestad lleva implícita relaciones jurídicas recíprocas entre las partes: padres – hijos e hijos – padres, ambos tienen derechos – obligaciones y facultades – deberes.
Se regula por normas de orden público	Está de por medio el interés social, de allí que sea nulo todo pacto o convenio que impida su ejercicio o modifique su regulación legal.
Es una relación jurídica plural de familia	No es un derecho exclusivo de los padres, a pesar que sean estos quienes deban asistencia, protección y representación a sus hijos menores.
Se ejerce en relaciones de familias directas o inmediatas de parentesco.	La patria potestad corresponde al padre respecto del hijo.
Es una relación de autoridad de los padres.	Existe un vínculo de subordinación respecto de los hijos.
Su fin es tuitivo.	Se dirige a la defensa de la persona y el patrimonio de los hijos menores de edad.
Es intransmisible	La patria potestad, reconocida por la legislación, así como por la doctrina, es intransmisible, de manera tal que el padre o la madre que se desprende de sus deberes y derechos a favor de otro, realizan un abandono que produce las correspondientes sanciones. Esta característica, también conocida como indisponibilidad o

	inalienabilidad, implica que las facultades derivadas de la patria potestad son el orden público y el poder paterno no puede cederse en todo o en parte. Los padres delegan, no obstante el derecho y la obligación de educar y controlar al hijo cuando lo internan en un colegio.
Es imprescriptible	No se pierde por la prescripción, sin embargo, puede decaer o extinguirse.
Es temporal, no perpetua	La patria potestad puede extinguirse o restringirse por su carácter es de temporalidad.
Es irrenunciable.	Motu proprio no pueden restringirse las relaciones jurídicas de ella originadas. Si alguien detenta la patria potestad tiene derecho a exigir su ejercicio. Su renuncia determinaría el incumplimiento de las obligaciones prescritas por el ordenamiento jurídico.
Es incompatible con la tutela	No se puede nombrar tutor a un menor cuyo padre ha sido suspendido de la patria potestad
Es relativa	No es una facultad absoluta y está bajo el control de la ley
Es indisponible	Porque no está en el comercio jurídico

FUENTE: VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia - Tomo III. 2012. Lima. Gaceta Jurídica.

2.2.2.5. OBJETIVO

La patria potestad o responsabilidad parental tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades; por ello, se presenta como una institución de amparo y defensa del menor que "no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad". Mediante este concepto general podemos apreciar que el cuidado es referido a la integridad de la vida de los hijos, sea sicosomática (por ejemplo: salud), social (como el recreo), alimentación, o patrimonial (pecuniaria) (Cornejo, 1999)

De acuerdo a la estructura del Derecho Familiar moderno, la patria potestad se ejerce en interés de la familia (en general) y de la sociedad. En este orden de ideas, la responsabilidad parental es una institución de necesidad natural pues el ser humano requiere desde su infancia que lo críen, lo eduquen, amparen y defiendan, guarden y cuiden de sus intereses, en suma que tengan la regencia de su persona y sus bienes, siendo los padres las personas indicadas para esta misión y que califica como una situación jurídica peculiar pues es una facultad y una necesidad (Canales, 2014)

2.2.2.6. NATURALEZA JURÍDICA

El autor (Varsi, 2012, págs. 296-297) (Varsi, 2012) respecto de la naturaleza de la patria potestad, indica lo siguiente:

La patria potestad es una típica institución del Derecho de Familia que configura una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad.

2.2.2.7. REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En el ordenamiento jurídico peruano, la patria potestad, está regulada en el Código de Niños y Adolescentes y de manera supletoria en el Código Civil. Es así que el Código de Niños y Adolescentes establece un listado de deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad y a partir del cual se puede advertir una reciprocidad entre padres e hijos. Se está ante un rol de cuidado que, como institución regulada según el concepto de patria potestad, sólo corresponde a los padres por su condición de progenitores. Si fuera el caso de que estás no pudieran ejercerla, serán otros los llamados a cuidar de los hijos; pero de título distinto, en suma, estamos ante la tutela y curatela como figuras supletorias de la patria potestad (Fernandéz, 2013)

2.2.2.8. TITULARIDAD

A) SUJETOS

La patria potestad solo puede ser ejercida en las relaciones familiares directas y de primer orden, como son de padres e hijos, de ascendientes a descendientes. Hay un sujeto titular de la patria potestad y otro a quien la potestad se dirige o que se encuentra sometido a ella. Los titulares son los padres y los hijos, es ejercida por ambos, por los padres que la dirigen y por los hijos que la asumen, sujetándose ambos a sus reglas. (Canales, 2014).

B) PADRES

Determinada la filiación, titularidad de la patria potestad corresponde en principio, a ambos padres. Con concurrencia de esa determinación, se les atribuye a los padres el conjunto de los derechos y deberes, que es el contenido de la patria potestad. Por otro lado, ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos - deberes, y que corresponde en unos casos a uno u otro o a ambos padres: de

manera que puede haber en algunos supuestos titularidad con ejercicio actual de la patria potestad, y en otros, si bien se comparte la titularidad, se carece de ese ejercicio por ejemplo en el caso que hallándose separados por los padres, el ejercicio lo detenta la madre con quien convive el menor (Placido, 2002)

C) HIJOS

Los hijos son los sujetos pasivos de la patria potestad y, como tal, se les denomina "hijos de familia". Ha de tenerse en consideración que, para gozar de la patria potestad de los padres, no se toma en cuenta la calidad que pudiera tener el hijo: matrimonial, extramatrimonial o adoptivo, lo que sí se exige es que el hijo cumpla con los siguientes requisitos (Canales, 2014, pág. 18):

a) Existir: es decir ser concebido o, en su caso, menor edad o incapaz.

b) No estar emancipado de manera especial.

c) Contar con una filiación establecida, esto es, tener padres.

Los huérfanos (aquellos cuya filiación biológica es ignorada y, consecuentemente, su filiación jurídica es inexistente) están sometidos de la protección del Estado a través de la tutela.

Esta sobreentendido que dentro del término hijo, se encuentra inmerso el concebido, de allí que la protección a los hijos es desde la concepción hasta que cese su incapacidad (Varsi, 2012, pág. 299).

2.2.2.9. EJERCICIO O CLASES DE PATRIA POTESTAD

Este régimen patriarcal, también llamado unicato paterno, fue reemplazado por un régimen de ejercicio compartido en el que tanto el padre como la madre intervienen en el cuidado, la atención y la representación de la persona y el patrimonio de sus hijos. En esta modalidad de ejercicio compartido debe optarse entre el ejercicio

conjunto o el ejercicio indistinto de la patria potestad (Varsi, 2012, pág. 301):

La jurista (Canales, 2014, págs. 20-27), clasifica la patria potestad según los siguientes criterios:

A) DE ACUERDO A LA TITULARIDAD

De acuerdo a la titularidad, vale decir, al derecho del poder-deber, tenemos:

a) PATRIA POTESTAD COMPARTIDA

La patria potestad compartida se da cuando al margen de que ambos padres, ambos progenitores estén casados, convivan juntos, estén divorciados, separados de cuerpos, con matrimonio invalidado, o separados de hecho, conservan ambos la titularidad, el derecho, la legitimidad de la patria potestad, al margen del ejercicio de la misma. Los elementos de dicha patria potestad pueden ser ejercidos de manera conjunta, indistinta o exclusiva.

b) PATRIA POTESTAD EXCLUSIVA

La patria potestad exclusiva se da cuando un solo progenitor conserva la titularidad, la legitimidad de la patria potestad, al haber incurrido el otro en causal legal de pérdida o extinción de la misma. Los elementos de la patria potestad se ejercen de manera exclusiva por el progenitor que conserva la titularidad de la misma.

B) DE ACUERDO A SU EJERCICIO

El régimen tradicional de la patria potestad implicaba un beneficio directo del pater. Era un derecho y facultad exclusiva de él, lo que afectaba las relaciones familiares pues la mujer se encontraba relegada en sus funciones como madre, siendo que el padre, en la mayoría de los casos, no cumplía a cabalidad sus funciones.

Este régimen patriarcal, también llamado unicato paterno, fue reemplazado por un régimen de ejercicio compartido en el que tanto el padre como la madre intervienen en el cuidado, la atención y la representación de la persona y el patrimonio de sus hijos. En esta modalidad de ejercicio compartido, como menciona (Zannoni, 1998), debía optarse entre el ejercicio conjunto o el ejercicio indistinto de la patria potestad.

Es así como, de acuerdo al ejercicio de los elementos, atributos, facultades, obligaciones de la patria potestad, esta institución puede ser clasificada de la siguiente manera:

a) SISTEMA DE EJERCICIO CONJUNTO

El común acuerdo de ambos progenitores determina la validez de los actos realizados en beneficio del menor. Su fundamento está en que los padres deben decidir en conjunto el bienestar de sus hijos, descartando así los actos unilaterales que pueda realizar un progenitor (artículo 419).

El ejercicio conjunto de la patria potestad se da en los supuestos de matrimonio o unión estable de los progenitores en razón de la convivencia que se da entre estos.

La patria potestad como tal implica el atributo que tienen los padres de proteger y cuidar la persona y bienes de sus hijos; por regla general se ejerce en conjunto por ambos padres y, de manera especial, en forma individual por el padre o la madre a quien se otorga la tenencia.

El Código Civil, en su artículo 419 establece que "La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo".

b) SISTEMA DE EJERCICIO COMPARTIDO O INDISTINTO

El ejercicio compartido o indistinto de la patria potestad supone que ambos padres pese a estar separados de hecho conservan la titularidad de la patria potestad y la ejercen de manera compartida o indistinta.

En este sentido, cualquiera de los progenitores de manera personal puede realizar actos válidos en beneficio del menor. Este sistema se fundamenta en que, a pesar de actuar individualmente, los padres siempre buscarán el beneficio para su hijo y, sobre todo, toma en cuenta que la rapidez de las operaciones que se realizan hoy en día requiere, igualmente, celeridad en las decisiones.

En el Derecho comparado y en nuestra legislación predomina el sistema de ejercicio conjunto, a pesar que existen fórmulas complementarias que facilitan el funcionamiento del sistema de ejercicio indistinto de la patria potestad. Y nuestro propio Código Civil establece de manera especial, más no obligatoria que siempre que sea posible se consultará al hijo mayor de 16 años los actos importantes de la administración (artículo 459).

c) SISTEMA DE EJERCICIO EXCLUSIVO

El ejercicio exclusivo de la patria potestad se da cuando sólo un progenitor tiene la patria potestad mientras que el otro ha sido restringido en dicha institución por cualquiera de las causales establecidas legalmente. En tal supuesto el progenitor que tiene la patria potestad ejerce de manera exclusiva y en tanto subsista la restricción de la patria potestad para el otro, los elementos de dicha institución, aunque el progenitor que tiene restringida la patria potestad conserva, aun así, la titularidad de la misma, vale decir, la legitimidad y el reconocimiento del derecho. Claro está, que, de tratarse de las causales de pérdida de la patria potestad, estamos hablando también, de la desaparición de la titularidad de esta institución y con ella, de su ejercicio.

2.2.2.10. DEBERES Y DERECHOS

La concepción tradicional de la patria potestad entiende que la misma otorga derechos a los padres; sin embargo, dicho criterio ha sido descartado y hoy en día la patria potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y de los hijos (Varsi, 2012).

Así Bellusco (Bellusco, 1974), afirma que dentro de la estructura familiar, tanto los padres como los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre si y, a la vez, determina la característica esencial de los derechos subjetivos del Derecho de familia que, en algunos casos, implica derechos y deberes correlativos o derechos y deberes independientes, lo que ha hecho que se les califique como derechos-deberes, derechos, funciones o poderes-funciones. Aclara el referido autor que la titularidad y el ejercicio directo de la patria potestad corresponden a los padres, pues son estos los que gozan de la autoridad y a quienes les corresponde la tutela de la prole.

La patria potestad está conformada por un complejo de obligaciones de tracto sucesivo, de manera tal que las relaciones entre padres e hijos son numerosas y de diversa índole, pudiéndolas clasificar, en concordancia con los artículos 423° y 454° del Código Civil (Grijley, 2018).

2.2.2.11. DECADENCIA Y TERMINACIÓN

La patria potestad tiene sentido en tanto existe un menor de edad que se encuentra incapacitado de atender a sus propias necesidades y de velar por sus derechos, recayendo en sus padres el deber de asistirlos y guiarlos para que puedan alcanzar un desarrollo óptimo; en este orden de ideas, la institución concede a los padres una serie de atributos, dentro de los cuales encontramos deberes y derechos, cuyo ejercicio debe realizarse en forma continua en función a atender los intereses de sus hijos, sin embargo, pueden ocurrir hechos que aconsejen que los padres no

ejerciten determinadas atribuciones, o quizás resulte pertinente en función a la conveniencia del menor, que los padres sean apartados temporalmente de todas las facultades que encierra la patria potestad, y en fin pueden ocurrir circunstancias que justifiquen que la patria potestad ya no siga rigiendo, por haber perdido sentido o por que no resulta conveniente a los intereses de los hijos. En todos estos casos nos encontraremos ante las figuras de decadencia, cese temporal y definitivo de la patria potestad, debidamente regulado por la legislación (Aguilar Llanos, Benjamin Et Al. , 2014).

2.2.2.12. RESTRICCIONES

El Código Civil refiere varias formas para restringir el ejercicio de la patria potestad; sin embargo, esto no libera a los padres de sus deberes como tales, de acuerdo con el artículo 470 del Código Civil que establece que: "La pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteran los deberes de los padres con los hijos". Esto ocurre siempre que tales deberes sean compatibles con las causas que hayan conducido a tal situación de restricción. Como afirma Cornejo Chávez diversas circunstancias pueden determinar el recortamiento de las atribuciones de la patria potestad, de manera tal que a los padres se les quita atribuciones respecto de sus hijos (Cornejo, 1999, págs. 548-549). Los tipos de restricciones de acuerdo a sus efectos y consecuencias son los siguientes (Varsi, 2012, pág. 365)

2.2.2.13. PÉRDIDA

Se funda en una conducta paterna manifestadora de un grave incumplimiento o indebida satisfacción de los deberes integrantes de la patria potestad, que por su entidad hace peligrar la finalidad de la institución. Está regulado en el artículo 462 del Código Civil y artículo 77 del Código de Niños y Adolescentes, es de poner en relieve que la pérdida de la patria potestad no altera los deberes de los padres con los

hijos. Los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron. Sólo puede intentarse transcurrido tres años de cumplida la sentencia correspondiente, salvo por sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo. El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés superior del menor. (Gallegos, Yolanda & Jara, Rebeca, 2011)

Tabla 2 Causas de pérdida de la patria potestad.

CAUSA	**FUNDAMENTO**
Delictivas	Quien ejerce la patria potestad incurre en un delito que lo incapacita para ejercerla.
Culposas	Actos que implican un incumplimiento de los deberes como padre.
Causales no culposas	Situación de orden especial que implica una incapacidad para el ejercicio (segundas nupcias o demencia)
Legales o de pleno derecho	Aquellos casos de extrema gravedad reconocidos expresamente por la ley (Corrupción, prostitución)

FUENTE: VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia - Tomo III. 2012. Lima. Gaceta Jurídica.

Es de señalar que la patria potestad se pierde en su totalidad (es decir, sobre todos los hijos) aunque el motivo se refiera solo a uno de ellos. Los casos establecidos en nuestra legislación están en el artículo 462 del Código.

La pérdida de la patria potestad se funda en una conducta paterna manifestadora de un grave incumplimiento o indebida satisfacción de

los deberes integrantes de la patria potestad, que por su entidad hace peligrar la finalidad de la institución.

El artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes prescribe lo siguiente:

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

2.2.2.14. PRIVACIÓN

A decir de (Varsi, 2012, pág. 366), son actos graves por los cuales el padre no es despojado de sus facultades, pero queda en la imposibilidad de hacer uso de ellas. No es una mera suspensión, sino que se pierde el ejercicio sobre ella; dicho de otro modo, no queda privado absolutamente de la misma, pero si impedido de desempeñarla. Se aplica tomando en cuenta el interés del hijo, de manera tal que los padres no podrán seguir detentando su autoridad, debiéndose nombrar un tutor. El artículo 463 de nuestro Código Civil establece las causales de privación. Así pues, se dispone que: "Los padres pueden ser privados de la patria potestad:

1. Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.
2. Por tratarlos con dureza excesiva.
3. Por negarse a prestarles alimentos".

2.2.2.15. LIMITACIÓN

Son actos leves cometidos contra el menor. La figura de la limitación de la patria potestad implica aquella situación mediante la cual el juez despoja al padre de determinadas atribuciones del ejercicio de esa patria potestad, pues si bien su conducta para con el menor ha sido dañina o perjudicial, no es suficiente para declarar la pérdida de ella (art. 462) o privación de la misma (art. 463), sino solo una limitación. Dejándose a prudente arbitrio del Juez tal decisión (Cornejo, 1999).

Esta figura fue derogada expresamente por el antiguo Código de los Niños y Adolescente, quedando en blanco el artículo 464 del Código en blanco. En la práctica, la limitación de la patria potestad implicaba una situación jurídica mediadora en la que, comprobada la existencia de una conducta inadecuada de los padres en contra de los hijos, la autoridad judicial se encargaba de establecer una protección del hijo a través de la restricción parcial de la patria potestad sin dañar la relación familiar (Canales, 2014, pág. 98).

2.2.2.16. SUSPENSIÓN

Según D' Antonio, el ejercicio de la patria potestad queda suspendido en ausencia de los padres ignorándose su paradero, y por incapacidad mental, en tanto dure la ausencia o la incapacidad. Los jueces puedes suspender el ejercicio de la patria potestad si el padre o la madre tratasen a sus hijos, sin motivo, con excesiva dureza, o si por consecuencia de su ebriedad consuetudinaria, inconducta notoria o negligencia grave, comprometiesen la salud, seguridad o moralidad de los hijos. Su regulación se prescribe en el artículo 466 del Código Civil y artículo 75 del Código de Niños y Adolescentes. (Gallegos, 2011, pág. 420)

No es necesariamente una sanción por que puede derivarse de causales que no implican culpa del padre (ejemplo: enfermedad, deficiencia o

minusvalía). Es una situación transitoria que suprime temporalmente el ejercicio de la patria potestad con el propósito de restablecerla (Varsi, 2012, pág. 367).

El artículo 466 del Código Civil establece que: "La patria potestad se suspende:

1. Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil.
2. Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.
3. Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla.
4. En el caso del artículo 340".

Tal como se detalla en nuestro Código Civil (art. 446), la suspensión de la patria potestad no implica una sanción, puesto que se deriva de causas que no importan la culpa del padre (verbigracia: interdicción, ausencia judicialmente declarada, cuando se compruebe que se hallen impedidos de hecho para ejercerla y por separación de cuerpos o divorcio por causal), sino una medida destinada a tutelar los intereses de los menores.

Este último sentido, si existe un conflicto entre el padre y el hijo deberá decretarse una medida efectiva en resguardo del menor. Ahora bien, la suspensión puede referirse apenas a un hijo victimado y no a toda la prole, así si el padre cuida mal del patrimonio de un hijo que recibe por testamento, más por otro lado educa a este y a los otros con mucha eficiencia, puede el Juez suspender la patria potestad respecto de la administración de los bienes de ese hijo, permitiendo que se conserve la patria potestad en lo concerniente a los poderes con otros hijos. Situación distinta a lo que ocurre con la pérdida o extinción de la patria potestad que se extiende íntegramente (Varsi, 2012, pág. 368)

2.2.2.17. EXTINCIÓN

La patria potestad como derecho se extingue por la muerte de ambos padres o del hijo, por llegar el hijo a la mayoría de edad o cesan en su incapacidad relativa, y por la adopción, respecto de los padres originarios. Nuestro Código Civil no se refería al supuesto de la adopción (artículo 461). El régimen contemplado en el nuevo Código de los Niños y Adolescentes (artículo…7) corrige las omisiones incurridas en el Decreto Ley N° 26102 al no considerar a la muerte del hijo y a la cesación de su incapacidad relativa, como causales de extinción de la patria potestad; sin embargo, mantiene a la declaración judicial de abandono y a la reiteración en la suspensión de la patria potestad por hechos imputables a los padres, como casos de perdida de la autoridad paterna (Placido, 2002, pág. 334).

La extinción es la desaparición total, definitiva y normal de la patria potestad. Se produce ipso iure, no a título de pena, pues desaparecen los presupuestos que determinan su titularidad.

Tabla 3 Casos de extinción de la Patria Potestad (Varsi, 2012, pág. 369)

CASO	EXPLICACION
Por muerte	Sea del ultimo progenitor que lo ejercida o del hijo. Este es un supuesto natural, y por demás, lógico.
Capacidad legal natural o mayoría de edad	Es curioso señalar lo que establecía el Código Civil peruano de1852. El hijo (a) mayor, que cae en incapacidad, vuelve a la patria potestad, sino tiene cónyuge (art. 290). Situación sui generis pues la institución no solo dependía de la edad

	sino también de la capacidad y del matrimonio del hijo
Capacidad legal adquirida o emancipación tacit	Existe un vacío legal en cuanto a la del mayor de 14 años que estando facultado para reconocer no adquiere la capacidad plena, sino restringida, por lo que carece de patria potestad

FUENTE: VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia - Tomo III. 2012. Lima. Gaceta Jurídica.

2.2.2.18. RESTITUCIÓN

Implica aquella situación mediante el cual, desaparecidas las causales que determinaron la privación o limitación del ejercicio de la patria potestad, esta es devuelta cuando se comprueba dicha desaparición. De esta manera, se tiende a la integración de la familia ya que, por causales establecidas por la legislación, uno de sus miembros incumplió con sus deberes paterno-filiales. La regla general que establece el artículo 471 es que en los casos de privación o limitación de la patria potestad puede pedirse judicialmente su restitución cuando cesan las causas que lo determinaron. Debe entenderse, entonces, que en los casos de pérdida o suspensión la restitución opera de forma automática. La restitución no es un premio por la rehabilitación del padre restringido del ejercicio de la patria potestad, sino una consecuencia propia e inherente de las relaciones familiares, puesto que debe comprometerse y exigirse el cumplimiento de sus obligaciones a aquel que en su momento se le limito su ejercicio pero que a la fecha se encuentra nuevamente apto (Varsi, 2012, pág. 371).

2.2.3. TENENCIA

El proceso de familia está encaminado a la actuación del Derecho de Familia, esto es, a la composición en sede judicial de los conflictos que se susciten en su seno.

Los tribunales de familia modernos son diseñados como organismos idóneos para la solución de conflictos familiares. A tal efecto, hoy ya no se discute la necesidad de la existencia de tribunales especializados, con trámites adecuados al fin pacificador perseguido y regidos por ciertos principios que permiten la efectiva realización del Derecho de Familia.

Estos tribunales especializados y técnicamente asesorados contribuyen a garantizar y consolidar la convivencia, y resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares. Los funcionamientos de estos órganos jurisdiccionales suponen la existencia de procesos especiales y diferentes de los implementados para la solución de conflictos puramente patrimoniales.

En este sentido, en la organización del fuero familiar, deben respetarse ciertos caracteres que hacen a su naturaleza e identidad. Ellos están dados por la exclusividad en su competencia, su extrapatrimonialidad y la necesidad de imponer la especialización de sus operadores.

2.2.3.1. DEFINICIÓN DE TENENCIA

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 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, la COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2006 (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 arrebata 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.

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.

La necesidad de otorgar la guarda o tenencia de menores a uno de los padres y la correlativa determinación de un régimen de visitas surge ante la necesidad insoslayable que se genera ante el desmembramiento de la guarda.

Fermín G. Chunga Lamonja, define a la Tenencia de Menores como: "Situación por la cual un menor se encuentra transitoriamente en poder de quienes no son sus padres, tutores o guardadores" (Decreto Ley N° 26102, 2000)

Según Cabanellas y otros autores definen a la Tenencia como: *"es la mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual. Antiguamente se empleaba esta voz por caudal, hacienda o haberes"*

Es una institución jurídica con la cual el juez otorga el cuidado y crianza de los hijos menores de edades a uno de los progenitores o a una tercera persona en ciertos casos según lo establecido en la ley. "*La tenencia es una de las facultades de la guarda y consiste en otorgar el cuidado permanente del menor a uno de sus padres*" (Cabrera, 2008)

Es un conjunto de derechos otorgado a uno de los padres sobre sus hijos en virtud del cual éstos son los encargados de cubrir con sus necesidades básicas para el pleno desarrollo de los niños y adolescentes.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Tuición *"Es la acción y efecto de guardar y defender"*

Guardar y cuidar o custodiar algo; tener cuidado de una cosa y vigilancia sobre ella, es asistir, guardar, conservar; por lo que se podría decir que tuición es el cuidado, custodia, guardia que ejerce una persona sobre un menor.

"Es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a ciertas personas señalada en la ley o por el juez, respecto al cuidado personal, crianza y

educación de los hijos" (http://www.abogadostodojuicio.cl/pag_tuicion.htm., s.f.)

2.2.3.2. 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, 2008)

2.2.3.3. CLASES DE TENENCIA

a) Tenencia Dividida.

Esta Tenencia es en la cual el cuidado del hijo esta solo bajo uno de los padres con quien vivirán y el otro padre será quien tendrá el derecho de visitas en la cual podrá compartir tiempo con los hijos según lo acordado o lo interpuesto por el Juez que puede ser los fines de semanada o un día entre semana con mejor convenga para los niños.

b) Tenencia de Anidamiento

Es en la cual los hijos tienen solo un domicilio y son los padres quienes deben compartir con los hijos en este hogar por períodos de tiempo que pueden ir desde días, semanas, meses y trasladarse a este domicilio para encargarse del cuidado de los menores y cada padre cubrirá los gastos de educación, alimentación, salud; lo que necesiten durante el período que este conviviendo con los hijos.

c) 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 las 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 sicológica

d) Tenencia Compartida

Este tipo de Tenencia es en la cual ambos padres comparten de conjunto el cuidado y protección de los hijos en igualdad de condiciones conviviendo con ellos en cada uno de sus domicilios por períodos de tiempo que pueden variar de acuerdo a la edad de los menores.

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).

Por su lado (PadresXSiempre, 2010) (http://www.padresporsiempre.es/custodiacomp.html, s.f.) 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.

2.2.3.4. 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.

2.2.3.5. EFECTOS DE LA TENENCIA

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."* (Cabrera, 2008)

2.2.3.6. PROCESOS EN LOS QUE SE PUEDE FIJAR LA TENENCIA

a) En un juicio de tenencia de hijos: Luego de producida la separación de hecho de los padres, aún sin mediar trámite de separación personal o de divorcio vincular, resulta aconsejable determinar quién va ejercer la tenencia de los hijos; para implementarlo judicialmente a través de una acción judicial de tenencia.
b) En un juicio de divorcio o de separación personal: La determinación de la tenencia de los hijos puede ser solicitada en el juicio de separación personal o de divorcio vincular.

c) En una denuncia por violencia familiar.

d) En un juicio de alimentos: Excepcionalmente, la tenencia de los hijos puede determinarse dentro de un proceso en el cual se discute la fijación de una cuota alimentaria. Es cierto que ambas cuestiones deben imprimírsele un trámite diferente, pero si las partes están de acuerdo, y el juez y el asesor de menores lo consideran adecuado, podría fijarse la tenencia de los hijos dentro de una acción de alimentos

2.2.3.7. PROCEDENCIA PARA DEMANDAR LA TENENCIA.

Según Rubén Aguirre y otros, para que se proceda a demandar la Tenencia debe tener ciertas características propias, que la distingue y que son las siguientes:

a) *Debe ser libre y espontánea*, es decir, que nadie le puede obligar a que presente la petición o la demanda de tenencia a los jueces de la Niñez y de las Adolescencia, ya que esta debe nacer de la persona, quién desea obtener la tenencia de un menor.

b) *No debe ser remunerada;* si esta es libre y espontánea mal podríamos estar pensando de que el otro o sus familiares deban pagar a quien obtiene la tenencia, para los cuidados y la protección del mismo, puede hacer uso de los frutos que produzcan ciertos bienes para la supervivencia de los menores.

c) *Es un derecho que tienen todas las personas;* refiriéndose a quienes tienen parentesco con los menores, por quienes se solicita dicha tenencia, ya que no se puede pedir la tenencia de un menor por una persona que no le una un lazo sanguíneo, toda vez que para ello existe otra Institución Jurídica como, por ejemplo: La Colocación Familiar.

d) *Es única ya que puede solicitarlo el otro padre*, los parientes que son casados, o los parientes solteros, no pueden solicitar la tenencia las instituciones públicas ni privadas ni alguna otra institución especial.

e) *Está dirigida única y exclusivamente para los menores de edad*, no se puede extender a los mayores de edad, "ni a los alienados mentales y con incapacidades de cualquier índole".

f) *Solo los familiares pueden solicitar la tenencia*, y no existen impedimentos legales como es el caso de las guardas que por el cargo que ocupan no pueden solicitar la misma.

2.2.3.8. TENENCIA COMPARTIDA (Beltrán, 2009)

Tenencia es una institución familiar, que permite a los padres vivir conjuntamente con sus hijos menores de edad, por lo que de acuerdo a las circunstancias puede ser definida como:

Un Atributo de la patria potestad que se ejerce cuando los padres viven juntos de consumo y, por tanto, ejercen sus derechos y deberes en armonía; como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con 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.

La Tenencia Compartida tiene dos aspectos bien definidos que muchas personas desconocen, por lo que puede clasificarse en:

a) Tenencia Legal Conjunta

En la cual los Padres comparten el Derecho de decisión, Responsabilidad y la Autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afronte el hijo, por lo que suele acompañarse de un

Régimen en amplio de convivencia que varía según las Necesidades del niño y adolescente.

b) Tenencia Física Conjunta

Que Implica que los Padres comparten el Tiempo de Residencia del niño, aunque los Periodos de Convivencia no tenga forzosamente la misma duración, por ejemplo, la madre puede vivir con el niño el 75 por ciento mientras que el padre el 35 por ciento, lo cual equivale que todos los fines de semana pasaría a vivir con él.

En Nuestro País, la mayoría de estudiosos del Derecho de Familia, Magistrados, Fiscales y Legisladores solo se han enfocado en Desarrollar la Segunda Clase de Tenencia, cuando en nuestra opinión la más viable es la Tenencia Legal Conjunta en tanto, para una sociedad como la Nuestra, aun las Personas tienen Tabús y Desconfianza en la viabilidad de la Tenencia Física Conjunta.

Para Viabilizar la Tenencia Conjunta o Compartida sea esta Legal o Física deben considerarse diversos lineamientos, entre la Estructura Tenemos:

2.2.3.9. PRESUPUESTOS FACTICOS PARA SOLICITAR LA TENENCIA

Que exista una Separación de hecho los Padres. Que no exista Acuerdo entre los padres para determinar con quién se queda los Hijos. Que existiendo Acuerdo este sea perjudicial para el niño o adolescente. Que el Juez tome en cuenta el Parecer del niño o adolescente.

2.2.3.10. TIPOS DE TENENCIA

La Doctrina ha determinado la existencia de Tres Tipos de Tenencia que son:

a) Unipersonal. - Opera Cuando se concede a uno de los padres para que tenga al hijo de hecho a su cuidado.

b) Compartida. - Corresponde a los dos Progenitores, en forma normal, sin recorte alguno. Nuestra legislación establece que ambos padres pueden acordar la Tenencia de sus hijos, sin embargo, establece reglas que se deben tomar en cuenta, como, por ejemplo, el hecho de que los niños menores de tres años deban permanecer con su Madre.

c) Negativa. - 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.

2.2.3.11. LUGARES DE ATENCIÓN DE SOLICITUDES DE TENENCIA

Se puede recurrir a los siguientes lugares:

a) Defensorías Escolares

En los centros educativos, colegios profesiones, así como en instituciones de la sociedad civil, y en instituciones públicas. Las Defensorías Escolares están ubicadas dentro de los mismos Centros Educativos siendo la atención gratuita. La Defensoría recibe los casos, luego de lo cual el defensor evalúa los hechos que vulneran uno o más derechos de los menores y determina la acción a seguir. El Defensor ejecuta las siguientes acciones: la conciliación, la derivación, la acción administrativa o la denuncia.

En los conflictos sobre: Alimentos, Tenencia y Régimen de visitas, la Defensoría actúa a través de la conciliación tratando de fortalecer los lazos familiares. Las Actas de Conciliación Extrajudicial, tienen el valor de Título de Ejecución y son equivalentes a una sentencia

judicial, siempre y cuando la Defensoría del Niño y Adolescente figure en el Registro de Defensorías del Ministerio de la Mujer. Las Defensorías llevan Libros de Registro de casos y Actas de Conciliación para extender copias certificadas cuando se requieran.
La Defensoría Atiende estos casos cuando no existe una resolución judicial, o un proceso judicial abierto por el mismo hecho. Sin embargo, la Defensoría tiene el deber de comunicar a la comisaría del sector o a la Fiscalía de familia en caso de maltrato ante lo cual se determinará si existe Violencia Familiar.

b) Las Defensorías Municipales, DEMUNA

Que tienen la misma labor que todas las Defensorías que están bajo el control de la Gerencia de la Niñez y Adolescencia del MIMD.
LABOR DE LA DEMUNA:

- Ofrece atención gratuita y confidencial de casos de Alimentos, Régimen de Visitas, Maltrato, Violencia Familiar, Reconocimiento voluntario de filiación, y, en general situaciones que afecten los Derechos de los niños y adolescentes.
- Realiza difusión y capacitación sobre Derechos del Niño.
- Impulsa actividades preventivas y de movilización Social por los Derechos del niño.
- Coordina permanentemente con Instituciones y Organizaciones locales para atender los problemas de los Niños, Adolescentes y Familia Y denuncia delitos en agravio de Niños y Adolescentes.

Las Defensorías Municipales, además se encargan de inscribir en los Registros a los menores que no tienen Partida de Nacimiento.

c) Centro de Conciliación Especializado en Derecho de Familia.

Estos Centros de Conciliación son muy útiles para evitar un proceso largo, tedioso y caro en el Poder Judicial, no es obligatorio ir a la conciliación en materias de Derecho de Familia, sin embargo, existe como parte de la cultura de paz establecida como política de estado en la Ley de Conciliación.

Se llama Conflicto de Familia al hecho que causa tensión en la vida de los miembros de una familia, los que pueden encontrarse cohabitando o no. Esta es una Conciliación Especializada, «Que Implica tener en cuenta una serie de factores que inciden en los aspectos emocionales»

d) Juzgados Especializados en Familia.

La Tenencia no se plantea ante el Juez de Paz, sólo ante el Juzgado Especializado de Familia. En materia de Derechos de Familia no es obligatorio ni un requisito recurrir a la Conciliación Extrajudicial. Sin embargo, es una forma rápida de solucionar un conflicto cuya demora puede causar daño al menor.

También es una forma gratuita que Beneficia a miles de personas que no tienen capacidad económica suficiente para asumir un proceso judicial.

Aun, así hay casos en los que por necesidad y a fin de evitar un daño en la Integridad del menor se debe acudir directamente a la vía judicial para solicitar la variación de la Tenencia.

En Cada caso se deberán apreciar las circunstancias que motivan las solicitudes debiendo decidirse por lo mejor para el niño, es decir, con atención al Interés Superior del Niño y Adolescente (para ello se valdrá de visitas de la asistencia social, pruebas psicológicas, la opinión del menor).

2.2.3.12. COMPETENCIA

En el fuero Jurisdiccional, la demanda de Tenencia debe ser interpuesta ante los Juzgados Especializados de Familia, la vía es la del Proceso Único (C.N.A artº160).

2.2.3.13. TENENCIA Y PROCESO ÚNICO

En el Proceso Único de Tenencia, el Juez decide en el Proceso Único sobre las siguientes pautas contenidas en el Código del Niño y Adolescente:

El Hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; se presume que el que solicita la Tenencia es porque quiere vivir con el menor y brindarle los mejores cuidados, sin embargo.

Cuando uno de los Padres ha vivido más tiempo con el menor, los lazos de dependencia y afectivos son más estrechos. El Hijo menor de tres años permanecerá con la madre; el Juez debe considerar si el menor es de tres años debe permanecer con la madre.

Excepcionalmente si los cuidados del padre son mejores que los de la madre, se le otorgará a él la tenencia.

El artículo 84 incisos c) del C.N.A. Establece que, "Para el que no Obtenga la Tenencia o Custodia del Niño o del Adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas".

Considerando las Labores, y los días libres de los niños, la Tenencia y el Derecho de Alimentos.

Para Solicitar la Tenencia es un requisito probar que se está cumpliendo con brindar los alimentos, si no se prueba, entonces no existe ninguna garantía para conceder la tenencia a quien lo solicita. En la Sentencia sobre Tenencia y Régimen de Visitas el Juez deberá fijar una pensión de Alimentos que el otro progenitor deberá cumplir.

2.2.3.14. TENENCIA Y LA OPINIÓN DEL NIÑO Y ADOLESCENTE

La Convención sobre los derechos del niño y el código del niño y el adolescente señalan que la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, si el menor está en condiciones de formarse un juicio propio.

Es importante la edad del menor para formularle las preguntas y sobre todo cuando el Juez admite la demanda señala día y hora a fin de tomar la declaración del menor, en esa diligencia sólo él ingresará a responder las preguntas para que se determine que responde sin coacción (El menor desde los siete u ocho años tiene Juicio de la realidad, y que alrededor de los doce años, tiene la capacidad de simbolización)

Según el Artículo 340 del C.C. de 1984:

> "Los Hijos se confiarán al cónyuge que obtuvo el divorcio a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue, de todos o de alguno al otro cónyuge, o, si hubiere motivos graves, una tercera persona".

Esta designación deberá recaer por su orden, y, siendo posible, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges fueren culpables, los hijos varones mayores de siete años quedarán a cargo del padre y las hijas menores de edad al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa.

En caso de muerte o de impedimento legal del padre a quien el Juez confío el cuidado de los hijos, el otro padre reasume de pleno derecho la Patria Potestad sobre ellos." Se establece que los padres, hermanos mayores de dieciocho años o el Consejo de Familia, están facultados a solicitar las providencias que consideran beneficiosas para los hijos requeridas por hechos nuevos.

Se obtiene la Tenencia por sentencia judicial como ya hemos analizado, en el caso de separación convencional y divorcio ulterior solicitado de conformidad con el inciso 13 del Artículo 333° y 354° del Código Civil. En este proceso judicial señalan los Regímenes de ejercicio de la Patria Potestad, esta propuesta servirá para que el Juez fije lo concerniente al ejercicio de la Patria Potestad.

La ley se refiere a que uno de los padres ostentará uno de los Derechos de la Patria Potestad, es decir, la Tenencia, pero ninguno de los dos pierde la Patria Potestad. Este proceso se tramita en la vía sumaria conforme al Código Procesal Civil.

La Tenencia en una Sentencia por Nulidad o Anulabilidad de Matrimonio.

Es factible que planteada una demanda de Nulidad o Anulabilidad de Matrimonio subsecuentemente con en el proceso se decida la Tenencia de los menores en caso de que los padres no lleguen a un acuerdo sobre el mismo.

Tenencia y el Acta de Audiencia de Conciliación.

En caso de que exista conciliación, el Acta de la Audiencia de Conciliación en la Tenencia, servirá para cumplirlos acuerdos establecidos.

En el caso de que una de las partes incumpla los acuerdos la otra parte podrá solicitar la variación, tanto de la Tenencia como el Régimen de Visitas establecidas en el acta.

Perdida de la Tenencia por otra Resolución Judicial

Después de obtenida la Tenencia por vía judicial, pueden ocurrir una serie de hechos, debidamente comprobados que impulsen al otro padre a solicitar la Tenencia. La ley

Establece Dos casos:

a) *La Variación de la Tenencia*

Tenencia es un derecho que se atribuye a un solo padre. El derecho de solicitar la variación de la Tenencia le pertenece a quien no tiene la Tenencia. El padre que tiene al hijo consigo, tiene mayor responsabilidad de quien no lo tiene a su lado, el padre que cede la Tenencia al otro, confía en los cuidados que este prodigará a su hijo. Sin embargo, la ley establece la facultad que tiene todo padre de solicitar la variación de la Tenencia en caso de que dichos cuidados no existan o no sean suficientes.

El padre que ha tenido durante cierto tiempo al menor ha fortalecido el grado de amor y dependencia del Menor.

Por esta Razón la ley establece que la variación de la Tenencia se realizará con la asesoría del Equipo Multidisciplinario a fin de que el cambio no produzca daño o trastorno al menor, pero se procederá con el cumplimiento inmediato del fallo, en caso que la integridad del menor se encuentre en peligro.

El requisito es que exista una Tenencia, otorgada por Separación de Mutuo Acuerdo, o Divorcio, o una Tenencia otorgada por el Juez.

La resolución que establece la Separación Convencional, establece de conformidad con el Convenio, cual es el padre que tendrá a los hijos. Pero esta resolución si bien tienen autoridad de cosa juzgada, en materia de Tenencia, puede variar si el otro padre considera que debe tener la Tenencia, para ello deberá solicitar en nuevo proceso la Tenencia, pero sólo con otra resolución judicial podrá variar la Tenencia.

b) *Variación de la Tenencia por Incumplimiento del Régimen de Visitas C.N.A. Artículo 78°. –*

"Los Padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la Motiva.

El Juez Especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente".

C.NA. Artículo 91°. –

"El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del Primer Proceso". El padre o madre a quien se le imposibilite de visitar a sus hijos incumpliéndose indebidamente una resolución judicial, tiene derecho a solicitar la variación de la Tenencia, en cuyo caso el otro padre perderá la Tenencia por no cumplir debidamente el acta de conciliación judicial, o la sentencia del Juzgado Especializado de Familia, o la sentencia del proceso de Divorcio por mutuo acuerdo o la de Divorcio por causal en su caso.

2.2.3.15. SOLICITUD DE MODIFICACIÓN QUE OTORGA LA TENENCIA

La Resolución que otorga la Tenencia sólo puede modificarse mediante nuevo proceso judicial después de seis meses de otorgada. Para solicitar la modificación se requieren la existencia de circunstancias debidamente comprobadas. La ley establece que deben acontecer circunstancias que obliguen a los padres a solicitar un cambio en la Tenencia, esta modificación requiere de nuevo proceso.

Este Proceso lo puede interponer el padre que tiene la Tenencia o el otro. La ley establece que deben transcurrir seis meses desde la resolución

originaria. Debe haberse legislado de esta forma para que el padre que no tiene la Tenencia, pueda tener mayor referencia de la forma en que la Tenencia se desarrolla, si en seis meses la Tenencia no puede mantenerse deberá demandarse nuevamente.

Igualmente, el padre o madre que obtuvo la Tenencia puede haber viajado repentinamente, o el trabajo la obliga a viajar durante temporadas largas, es decir pueden ocurrir hechos que perjudiquen la Tenencia del Menor.

Solamente procede la modificación sin esperar que transcurran los seis meses, en caso de que la integridad del niño o adolescente se encuentre en peligro. Una vez resuelta la Tenencia el otro habrá perdido la Tenencia.

Es por tanto útil mencionar que la Tenencia no es causal de pérdida de la Patria Potestad, ambos padres tienen la Patria Potestad del Menor, la Tenencia es un derecho y un deber de la Patria Potestad.

2.2.4. LA CUSTODIA Y LA GUARDA – DOCTRINA COMPARADA – ESPAÑA

2.2.4.1. DEFINICIÓN DE LA CUSTODIA Y GUARDA

El término custodia hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor que convive con sus hijos y que viene a abarcar el amplio y heterogéneo conjunto de facultades que implica la responsabilidad parental. (Ragel S., 2000) Desde esta consideración se entiende por guarda en sentido amplio, la figura jurídica por la que se otorga a terceras personas, de forma temporal y en virtud de una disposición judicial, el cuidado y la custodia de un menor. (García P., 1997)

Se entiende por guarda a la figura jurídica por la que se otorga a terceras personas temporalmente el cuidado y la custodia de un menor, mediante una disposición judicial con la finalidad de satisfacer las necesidades y

expectativas del menor que se encuentra en estado de orfandad, o su permanencia al lado de sus progenitores, representa un serio riesgo para su formación, su desarrollo, su salud e incluso su vida (Pacheco De Kolle).

Se deduce así que la figura jurídica de la guarda no se limita al ámbito de los progenitores, sino también de terceros.

En ese sentido, resulta acertada la definición que realiza Guilarte Martín (Guilarte Martín-Calero) cuando sostiene que:

> "Puede definirse la guarda como aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna en los períodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida o alterna) y abarca todas las obligaciones que originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia".

Doctrinalmente se ha definido la guarda y custodia como "un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad." (CAMPO IZQUIERDO, 2009)

Por otra parte, se ha sostenido que "la guarda y custodia consiste en una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado,

educación y formación integral de aquél por parte de éste o éstos." (Ragel S., 2000)

2.2.4.2. CONFLICTO TERMINOLÓGICO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA

Si observamos los artículos del Código Civil español nos percatamos que no existe unanimidad en la terminología utilizada, Así, este Código en virtud a las modificaciones introducidas por Ley 15/2005, de 8 de julio, prevé con relación a los términos "guarda" y "custodia" las siguientes disposiciones en el capítulo referente a los efectos de la separación y divorcio (Ortuño M., 2006).

En el artículo 90 del CC se contempla una percepción general, que prevé "el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad", aspecto que motiva a entender un ejercicio corresponsable y una participación equilibrada por parte de ambos progenitores (Ortuño M., 2006). Sin duda, dicha redacción promueve el criterio de igualdad que debe primar entre progenitores.

Por su parte, el artículo 92 contempla la utilización de tres términos para referirse a la custodia: en el inciso segundo se refiere a "la custodia y el cuidado de los hijos", en el quinto y séptimo se prevé "la guarda conjunta", en el sexto se hace cita a "la guarda y custodia", en el quinto y octavo, se alude a "la guarda y custodia compartida", y por último, en el inciso noveno se hace mención a "la custodia de los hijos".

Sobre el tema, la única explicación que encontramos para utilizar diferentes vocablos se circunscribe a evitar la tautología. Sin embargo, consideramos que el legislador debió haber optado por una regulación con términos uniformes a fin de que se prescinda de interpretaciones antojadizas que en lugar de allanar la asimilación de los términos

"cuidado de los hijos" y "custodia compartida", no hace más que distorsionar el propósito de dichas figuras jurídicas. (file:///F:/TESIS%20PRE-POS-GRADO/Tesis%20Pendientes/Tesis%20Anilu%20-%20Patria%20potestad,%20tenencia,%20custodia%20y%20guarda/Tesis.%20España.%20Interes%20del%20menor%20y%20custodia%20compartida.%20MT.%20Guarda%20y%20custodia..pdf, s.f.)

Del mismo modo, del contenido del artículo 96 del CC que dispone que respecto al "uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden", así como del artículo 103 que señala que "el Juez a falta de acuerdo entre cónyuges determinará con cuál de ellos han de quedar los menores y la forma en que el cónyuge apartado podrá tenerlos en su compañía", se puede observar que ninguno de ellos define en que consiste la guarda y custodia, únicamente existe una dispersión de términos, que no contribuyen a valorar el alcance de los vocablos en cuestión. Por el contrario, nos dan a entender que la custodia que prefiere el legislador de 2005 es la monoparental, tal como en el siguiente capítulo tendremos oportunidad de analizar.

De igual manera, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en las disposiciones referentes a los procesos de separación y divorcio artículos 748. 4, 769. 3 y 770. 6 si bien utilizan los términos "guarda y custodia**",** tampoco prevén una definición.

Por todo ello, de conformidad a los textos normativos citados, comprobamos que no existe una definición "legal" de los términos en cuestión, por lo que vamos a brindar algunas definiciones doctrinales.

En primer término se puede definir la guarda y custodia como "la determinación de la persona con quien van a convivir habitualmente los hijos" (Lázaro G.).

Echarte Feliú (Echarte Feliú) considera la guarda y custodia como sinónimos, cuando afirma que la guarda o cuidado "no es más que la convivencia Física habitual con el menor".

Asimismo, existen nociones que únicamente se refieren al término "cuidado de los hijos", que implican la convivencia habitual en el mismo domicilio, de los hijos y el cónyuge al que se le haya otorgado la guarda. (Herrero G., 1982)

Por otro lado, hay autores que afirman que no es imprescindible la convivencia física habitual, de hecho se pone como ejemplo el caso de un menor internado en un colegio, por esta razón se afirma que en la guarda y custodia puede existir una convivencia espiritualizada, que implica una efectiva ocupación y atención del menor (Ventoso E.).

Desde esta consideración, la guarda y custodia no tendría asidero alguno, por cuanto la misma debería ser otorgada a un tercero, en este caso al colegio, aspecto que es improbable.

2.2.4.3. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA GUARDA Y CUSTODIA

Se ha sostenido que la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos se diferencian toda vez que existe una relación del todo a la parte, (Ragel S., 2000) esto es, el todo englobaría la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, en tanto que la custodia sería una parte de ese contenido global. (Gonzáles M., 2009). En esta línea, cuando se produce la ruptura del vínculo conyugal como consecuencia de la separación o el divorcio

de los progenitores se ocasiona así mismo la escisión o disociación de la patria potestad y de la custodia de los menores. (Ragel S., 2000) En tanto en cuanto, y como regla general, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad se asumirán de manera compartida por ambos progenitores, conllevando, por ende, la asunción de todas aquellas relaciones trascendentales que engloban aspectos tales como la nacionalidad, la capacidad de obrar, la representación de los menores. (Zarraluqui S., 2006) Frente a ello, la custodia corresponderá a cada uno de los progenitores durante los períodos de convivencia en que cada uno de ellos se hallen con los menores, con la consiguiente asunción de las decisiones cotidianas o domésticas que pudieren afectar al ámbito de la salud, educación y orden diario de la vida de los menores. (Mazeaud H, L. & Mazeaud, J., 1976)

Así pues, cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad, la guarda y custodia de los hijos se encuentra subsumida en la patria potestad que es ejercida conjuntamente por ambos de forma dual y compartida. Sin embargo, en situaciones distintas a la de la convivencia normal de los padres, la guarda y custodia comprenderá aquellas funciones de la patria potestad que requieran la convivencia (cuidado y compañía) con el hijo, ejerciendo materialmente las funciones encomendadas en la patria potestad. (Pinto a.) Esta situación se vislumbra de forma más evidente cuando el guardador del menor no es ninguno de los progenitores, sino un tercero al que se ha encomendado su guarda, pues en este caso dicho tercero ni tan siquiera ostentaría la patria potestad del menor, apreciándose de forma más patente la desvinculación, en este particular, de la figura de la guarda respecto de la patria potestad. (Lathrop G.)

2.2.4.4. MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA

La guarda y custodia puede adoptar diversas modalidades: (Rivero H., 1994)

A) Guarda y custodia exclusiva o unilateral

Tradicionalmente la regulación de la guarda y custodia de los hijos ha dado lugar a la configuración de esta modalidad de custodia en virtud de la cual la potestad de guarda es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores. Pudiéndose, excepcionalmente, atribuirse la guarda y custodia de los menores a un tercero siempre que se demuestre falta de capacidad por parte de ambos progenitores. (Pérez - Salazar R.)

Así pues, la guarda y custodia se ve estrictamente ligada a la disociación que se produce entre los progenitores como consecuencia de la crisis matrimonial, lo que consecuentemente va a impedir la convivencia en común de aquellos, y propicia la atribución del menor a uno de los progenitores, que será quien ejercite esta propiedad influyendo decisivamente en el desarrollo moral e intelectual del hijo, en su formación y educación integral, así como en su bienestar psicológico-afectivo de manera sistémica y general.

B) Guarda y custodia distributiva o partida

La guarda distributiva se produce en aquellos supuestos en los que se distribuyen a los menores entre ambos progenitores, asignando la guarda de unos hijos a la madre y la de los restantes al padre. Nos hallamos, por tanto, ante una guarda partida que implica la distribución de los hijos entre ambos progenitores. Este sistema de guarda es de excepcional aprobación en virtud del principio de no separación de los hermanos, y solo deberá ser adoptado cuando se revele como la medida más beneficiosa para los intereses de los hijos. Hemos de tener en cuenta que el derecho-deber de "tener a los hijos en compañía" se haya íntimamente

ligado a la guarda y custodia del menor, por cuanto podríamos decir que es consustancial e inseparable de éste, e implicará un modelo de convivencia que permitirá ejercer con éxito el deber de atención y cuidados cotidianos inherentes a la patria potestad.

En esta línea, el Estado de Florida (EEUU) establece en el artículo 61.13-1 e) 2) b) 2ª- Al ordenar la compartición de la responsabilidad parental el tribunal podrá tener en cuenta los deseos expresados por los padres y conceder a una de las partes la responsabilidad final de determinados aspectos del bienestar del niño, o podrá dividir esa responsabilidad entre las partes sobre la base del mejor interés del niño. Entre los aspectos de responsabilidad, podrá incluirse la residencia primaria, la educación, al atención médica y odontológica y otras responsabilidades que el tribunal considera exclusivas de una familia determinada. (http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App mode=Display Statute&URL=Ch0061/titl0061.htm, s.f.)

C) Guarda y custodia compartida o alterna

En esta modalidad de guarda y custodia, como más adelante analizaremos, la asunción de la guarda y custodia de los menores se atribuye a ambos progenitores. A este respecto Pérez Ureña 70 propone distinguir tres modalidades de custodia compartida o alterna:

1) Aquélla en la que ambos progenitores comparten de forma permanente el cuidado de los hijos, que se dará en aquellos supuestos en los que los progenitores sigan viviendo en el mismo domicilio tras la ruptura, o cuando cada uno de los progenitores fijan sus domicilios en partes distintas de una misma vivienda.
2) Cuando se realiza una distribución temporal de los hijos, que permanecen con cada uno de los progenitores por períodos alternos de días, meses o años.

3) Cuando los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar y son los padres los que periódicamente se trasladan a la vivienda para atenderlos o es alternan en ella. (Monserrat Q., 2006)

2.2.5. PERSPECTIVA PARTICULAR DE LA INVESTIGADORA

Líneas arriba se han tocado doctrinalmente las instituciones jurídicas variables del presente estudio, tanto a nivel nacional como en la doctrina comparada – España. Considero que de alguna manera aún falta un mayor estudio frente a estas instituciones. Ya que cada una de ellas tienen una peculiaridad en cada sistema jurídico comparado.

De lo anotado puedo señalar lo siguiente:

1. Que, la patria potestad es considerado como un deber y un derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos; y en conjunto velar por su desarrollo integral sin importan el origen de la familia si es matrimonial o extramatrimonial.
2. Respecto a la tenencia en el sistema jurídico peruano lo podemos considerar como un atributo ya que la norma civil en su artículo 423°inc. 5 y en el artículo 74° literal e) del CNA, haciendo un análisis doctrinal mencionan que los padres tendrán a los hijos en su compañía, ello se traduce en la tenencia de los padres que es tomado como la convivencia de los padres con sus hijos, que sin esta convivencia no podrán gozar de los demás derechos enmarcados en las normas antes mencionadas.
3. En cuanto a la custodia, ya los autores nacionales han explicado que la tenencia es equiparada con la custodia que, por cierto, no ocurre en la legislación comparada. Se dice que la tenencia es el atributo, facultad y el derecho de los padres para vivir con sus hijos; así mismo surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos, traducido en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos. En conclusión, la custodia es tomada como un deber. La tenencia un derecho y la custodia un deber.

4. Por último, la guarda es un deber, que en el caso de los padres obliga a la protección y cuidado de los hijos. Por historia se decía que la guarda estaba a cargo de un tercero que cuidaba al menor abandonado. Bueno el CNA ya abandono este concepto. Entonces la custodia y guarda son equiparados en nuestro ámbito nacional.

2.3. HIPÓTESIS

2.3.1. Hipótesis General

Ha: SI, existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica - 2018.

Ho: No, existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica - 2018.

2.3.2. Hipótesis Específicos

a) En el sistema jurídico peruano la patria potestad es considerado como un derecho y un deber de los padres de alimentar y dar seguridad a sus hijos.
b) En el sistema jurídico peruano la tenencia constituye un atributo y un derecho para el ejercicio de la patria potestad.
c) En el sistema jurídico peruano la custodia constituye un deber de la patria potestad.
d) En el sistema jurídico peruano la guarda constituye un deber de la patria potestad.

2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

a) Curatela

La curatela es una institución del derecho de familia destinada a brindar amparo familiar que se instituye para (a) la incapacidad de mayores de

edad, (b) la administración de bienes o (c) asuntos determinados. (VALDEZ, 2013)

b) Custodia

La Custodia suele llevar aparejado el uso de la vivienda familiar (con independencia de quien siga pagando la hipoteca) y la administración del dinero que el Progenitor no-custodio entrega al Custodio para que, Teóricamente, lo revierta en el Menor. (Osorio, 1997)

c) Patria Potestad

La Patria Potestad carece de valor si no se ostenta la Custodia (en Exclusiva o Compartida), puesto que es el Progenitor Custodio (98% las madres) el que decide todo acerca del hijo, como si de una Propiedad en Exclusiva se tratara. (Osorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, 1997)

La patria potestad es una situación jurídica que le corresponde solo a los padres mediante los cuales los mismos tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. (VALDEZ, 2013)

d) Tenencia

Ocupación y posesión actual y corporal de una cosa. Jurídicamente, el concepto se ha de ampliar en el sentido de que la cosa ocupada (tenida) ha de ser propiedad de otra persona y estar reconocida por el tenedor (v.) esa propiedad ajena. En la legislación argentina se dice que quien tiene efectivamente una cosa, reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de ella y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho. En otra acepción, administrativa o profesional, tenencia es el cargo y la Oficina de un teniente (v.). (Osorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, 1997)

e) Tenencia de los hijos

Problema que se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no viven juntos, así como también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinara cuál de dichos progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad. Una vez que se ha resuelto esa cuestión. se ha de fijar también el régimen de visitas, a efectos de que el cónyuge que ha sido privado de la tenencia pueda ver a sus hijos e incluso salir con ellos. (Osorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, 1997). Es provisional la tenencia acordada durante la tramitación del divorcio o de la nulidad y por eso la legislación impone al juez la obligación, en la primera audiencia, de tratar de avenir a las partes en todo lo relativo a dicha tenencia y al régimen de visitas. Es definitiva la tenencia que se acuerda en la sentencia, lo que no obsta para que la decisión se pueda modificar cuando a criterio del juez cambien las circunstancias que la determinaron, ya que el interés y la protección de los hijos es lo que debe prevalecer en esta materia.

f) Guarda

El encargado de conservar o custodiar una cosa. | Defensa, conservación, cuidado o custodia. | Curatela, curadería. | Tutela. | Cumplimiento, observancia o acatamiento de leyes, órdenes y demás preceptos obligatorios (Dic. Der. Usual). (Osorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, 1997).

2.5. IDENTIFICACION DE VARIABLES

2.5.1. Variable Independiente (X)

- Derecho, deber y atributo.

2.5.2. Variable Dependiente (Y)

- Patria potestad, tenencia, custodia y guarda.

2.6. OPERACIONALIZACION DE VARIABLES

VARIABLE	DIMENSIÓN	SUB DIMENSIÓN	INDICADOR	SUB INDICADORES	ITMS	E/V Si/no
Patria potestad Derecho, deber y atribución Tenencia,	El sistema jurídico peruano la patria potestad constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos.	El sistema jurídico peruano	Código civil	Los padres tienen el derecho y deber.	Dentro de su experiencia como magistrado ¿En los procesos que se lleva en su judicatura, se resuelve conforme al art. 418 del cc, acompañado con la doctrina?	
			Código de niños y adolescentes	Deberes y Derechos de los padres que ejercen la patria potestad	Como Magistrado Ud., ¿resuelve conforme al art- 74 CNA o la doctrina?	
		La patria potestad constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos	La filiación	Filiación sin patria potestad, pero no patria potestad sin filiación	considera Ud. ¿Qué puede haber filiación sin patria potestad, pero no patria potestad sin filiación?	
			La Patria potestad	Derecho subjetivo de familia	Considera Ud. ¿Qué la patria potestad es un derecho subjetivo familiar que consiste en la facultad que tiene los padres frente a los hijos en cuanto a sus derechos y deberes?	
		El sistema jurídico peruano	Código civil	Los hijos se confían al conyugue que obtuvo la separación.	Dentro de experiencia como magistrado ¿En los procesos que se lleva en su judicatura, se resuelve conforme al Art. 340 del CC, acompañado con la doctrina?	

Custodia y Guarda	El sistema jurídico peruano la tenencia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos.		Código de los niños y adolescentes.	La tenencia acuerdo de los padres y tomando en cuenta el parecer del niño o niña.	Como letrado considera Ud. ¿se resuelve conforme al Art. 81 del CNA o la doctrina?	
		La tenencia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos.	La tenencia en relación al atributo	Ejercicio de derechos y deberes en armonía.	Considera Ud. ¿Que la tenencia es el ejercicio de derechos y deberes?	
			La tenencia en relación a la guarda	Términos análogos entre guarda y tenencia	Considera Ud. ¿Que la guarda y la tenencia son términos análogos?	
			La tenencia con relación a la custodia	Equivalencia entre guardar, cuidar o custodiar a un menor.	Considera Ud. ¿Qué hay una adecuada equivalencia entre guardar, cuidar o custodiar a un menor?	
	El sistema Jurídico la custodia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos	El sistema jurídico	Legislación comparada	No existe una definición legal de término en cuestión.	Considera Ud. ¿que no existe una definición legal del término en cuestión (custodia)?	
		La custodia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos	La custodia	Para el progenitor que convive con sus hijos	Considera Ud. ¿Qué la custodia es otorgada para el progenitor que convive con sus hijos?	
				Es un derecho – deber de la patria potestad.	Considera Ud. ¿Que la custodia es un derecho – deber de la patria potestad?	

	El sistema jurídico la guarda constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos	El sistema jurídico	Legislación comparada	Distorsión de los propósitos de las figuras jurídicas.	¿Considera Ud. que existe una distorsión de los propósitos de la figura jurídica mencionada (guarda)?	
		La guarda constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos	La guarda	Otorgamiento a terceras personas en el factor tiempo, se le otorga el cuidado y custodia de un menor.	Considera Ud. ¿Qué la guarda es aquella que se otorga a terceras personas para el cuidado y custodia de un menor durante un tiempo determinado?	
				Es un derecho-deber de la patria potestad	Considera Ud. ¿Qué la guarda es un derecho – de la patria potestad?	

CAPITULO III

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. ÁMBITO DE ESTUDIO

El ámbito de estudio comprende el Distrito de Huancavelica, de la Provincia y Departamento de Huancavelica.

Cuya población está conformada por los magistrados del Distrito Judicial y Fiscal de Huancavelica, asimismo por abogados litigantes adscritos al colegio de abogados de Huancavelica.

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de tipo BÁSICA, pues solo busca ampliar y profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad. (Carrasco D., 2017)

3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La investigación se ha 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. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

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)

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

: Relación entre M y O.

3.6. POBLACION, MUESTRA

3.6.1. Población

Según Tamayo y Tamayo, 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". (Tamayo y Tamayo, 1997)

La población estará constituida por los magistrados del Distrito Judicial – Fiscal de Huancavelica.

Así mismo por 15 abogados litigantes adscritos en el Colegio de Abogados de Huancavelica.

3.6.2. Muestra

La muestra estará constituida por la totalidad de magistrados del Distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, en la especialidad de derecho privado.

Así mismo por 11 abogados litigantes adscritos en el Colegio de Abogados de Huancavelica.

3.6.3. Muestreo

Estará constituido de la siguiente manera:

3 magistrados de la Sala Civil, 2 magistrados de los Juzgados Civiles, 2 magistrados del Juzgado de Paz Letrado.

2 fiscales superiores, fiscal en lo civil y familia.

11 abogados litigantes adscritos en el Colegio de Abogados de Huancavelica.

3.7. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

Técnicas	Instrumentos
Encuesta	➢ Cuestionario: Preguntas referidos a las variables.

3.8. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS

3.8.1. Fuentes primarias

Análisis de las fuentes bibliográficas.

3.8.2. Fuentes secundarias

Básicamente consistió en la revisión del material bibliográfico sobre la materia objeto de la investigación, utilizando para ello el análisis documental.

3.9. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

Para el procesamiento y análisis de datos se empleará SPSS versión 22. Hoja de cálculo de Microsoft Excel 2010. De igual manera se empleó la estadística descriptiva, para la representación de los datos en tablas y gráficos.

CAPITULO IV
RESULTADOS

4.1. Presentación de resultados

La presente investigación tiene un enfoque cuantitativo, correspondiente al estudio de naturaleza del área de las ciencias sociales, se trabajó con un 95% de confianza y con un margen de error de 5%.

Posteriormente la información modelada fue procesado a través de las técnicas de la estadística descriptiva, tablas de frecuencia simple y agrupada, diagrama de barras y de la estadística descriptiva.

Para la codificación de las variables se ha tenido en cuenta las normas y estructura del marco teórico y del instrumento de medición, es decir sus correspondientes rangos de tal manera que se han identificado los puntos intervalos de las categorías.

Finalmente es importante precisar que, para tener en los cálculos de los resultados, se procesó y genero los modelos estadísticos de los datos con el *Lenguaje de Programación Estadístico R* versión 3,3 además la redacción estuvo orientada por las normas del estilo APA sexta edición.

Resultados por preguntas

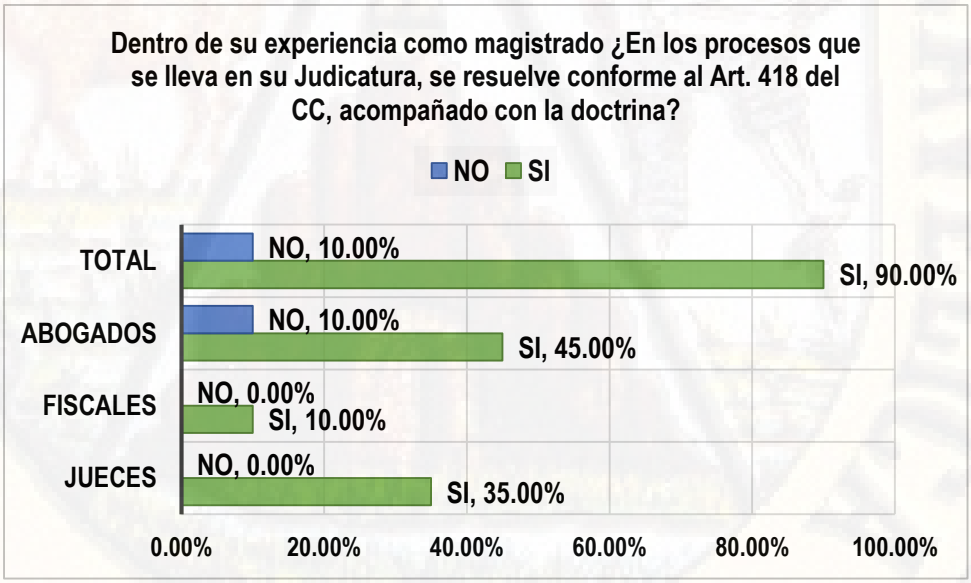
Pregunta N° 1

Cuadro N° 1

Dentro de su experiencia como magistrado ¿En los procesos que se lleva en su Judicatura, se resuelve conforme al Art. 418 del CC, acompañado con la doctrina?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	7	0	**7**	35.00%	0.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	9	2	**11**	45.00%	10.00%	**55.00%**
TOTAL	**18**	**2**	**20**	**90.00%**	**10.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 1



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°1 y Gráfico N°1, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 18 encuestados que representa el 90% respondieron que Si resuelven conforme al Art. 418 del CC, acompañado con la doctrina en los procesos que se lleva en su Judicatura, por otro lado, 2 encuestados que representa el 10% respondieron que No resuelven conforme al Art. 418 del CC, acompañado con la doctrina en los procesos que se lleva en su Judicatura.

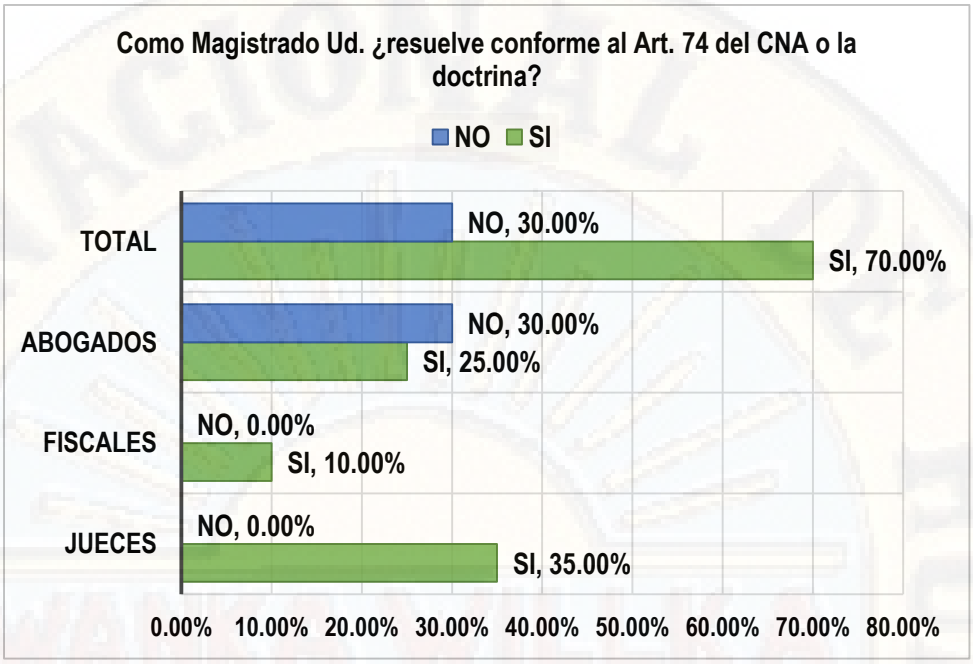
Pregunta N° 2

Cuadro N° 2

Como Magistrado Ud. ¿resuelve conforme al Art. 74 del CNA o la doctrina?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	7	0	**7**	35.00%	0.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	5	6	**11**	25.00%	30.00%	**55.00%**
TOTAL	**14**	**6**	**20**	**70.00%**	**30.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 2



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°2 y Gráfico N°2, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 14 encuestados que representa el 70% respondieron que, Si resuelven conforme al Art. 74 del CNA o la doctrina, por otro lado, 6 encuestados que representa el 30% respondieron que No resuelven conforme al Art. 74 del CNA o la doctrina.

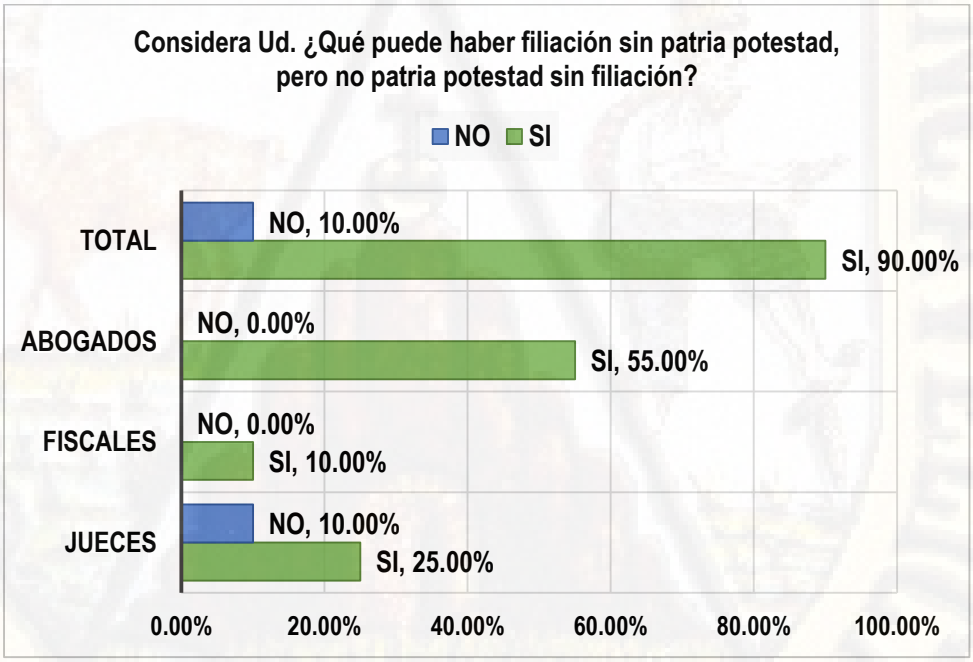
Pregunta N° 3

Cuadro N° 3

Considera Ud. ¿Qué puede haber filiación sin patria potestad, pero no patria potestad sin filiación?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	5	2	**7**	25.00%	10.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	11	0	**11**	55.00%	0.00%	**55.00%**
TOTAL	**18**	**2**	**20**	**90.00%**	**10.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 3



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°3 y Gráfico N°3, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 18 encuestados que representa el 90% respondieron que Si consideran que puede haber filiación sin patria potestad, pero no patria potestad sin filiación, por otro lado, 2 encuestados que representa el 10% respondieron que No consideran que puede haber filiación sin patria potestad, pero no patria potestad sin filiación.

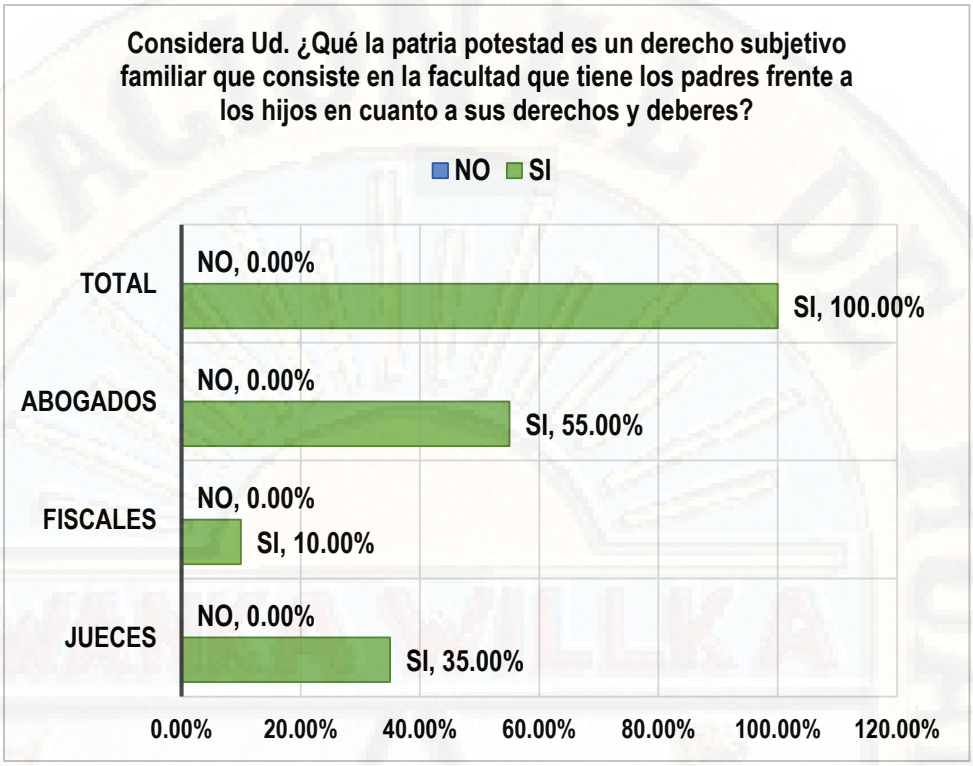
Pregunta N° 4

Cuadro N° 4

Considera Ud. ¿Qué la patria potestad es un derecho subjetivo familiar que consiste en la facultad que tiene los padres frente a los hijos en cuanto a sus derechos y deberes?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	7	0	**7**	35.00%	0.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	11	0	**11**	55.00%	0.00%	**55.00%**
TOTAL	**20**	**0**	**20**	**100.00%**	**0.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 4



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°4 y Gráfico N°4, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 20 encuestados que representa el 100% respondieron que Si consideran que la patria potestad es un derecho subjetivo familiar que consiste en la facultad que tiene los padres frente a los hijos en cuanto a sus derechos y deberes, por otro lado, 0 encuestados que representa el 0% respondieron que No consideran que la patria potestad es un derecho subjetivo familiar que consiste en la facultad que tiene los padres frente a los hijos en cuanto a sus derechos y deberes.

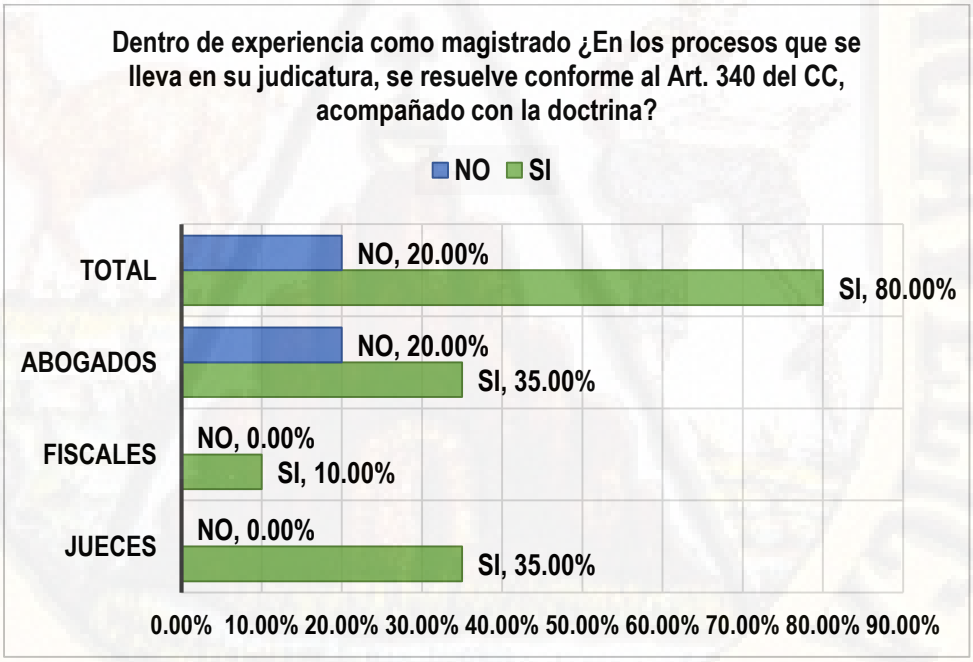
Pregunta N° 5

Cuadro N° 5

Dentro de experiencia como magistrado ¿En los procesos que se lleva en su judicatura, se resuelve conforme al Art. 340 del CC, acompañado con la doctrina?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	7	0	**7**	35.00%	0.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	7	4	**11**	35.00%	20.00%	**55.00%**
TOTAL	**16**	**4**	**20**	**80.00%**	**20.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 5



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°5 y Gráfico N°5, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 16 encuestados que representa el 80% respondieron que Si resuelven conforme al Art. 340 del CC, acompañado con la doctrina en los procesos que se lleva en su judicatura, por otro lado, 4 encuestados que representa el 20% respondieron que No resuelven conforme al Art. 340 del CC, acompañado con la doctrina en los procesos que se lleva en su judicatura.

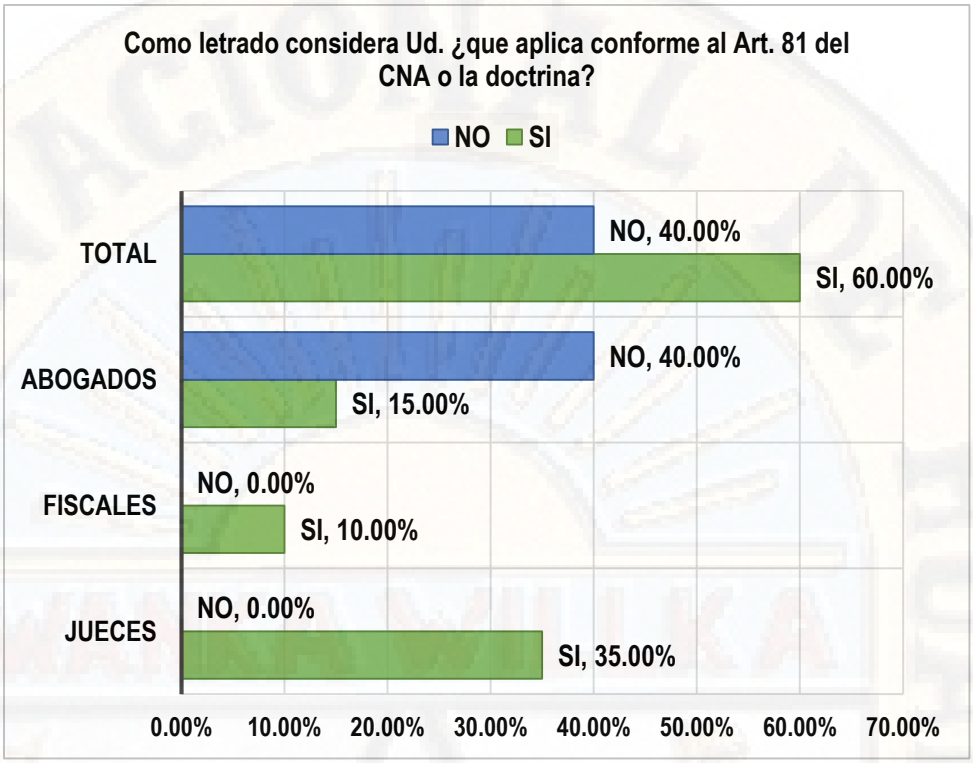
Pregunta N° 6

Cuadro N° 6

Como letrado considera Ud. ¿que aplica conforme al Art. 81 del CNA o la doctrina?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	7	0	**7**	35.00%	0.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	3	8	**11**	15.00%	40.00%	**55.00%**
TOTAL	**12**	**8**	**20**	**60.00%**	**40.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 6



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°6 y Gráfico N°6, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 12 encuestados que representa el 60% respondieron que Si consideran como letrado que aplican conforme al Art. 81 del CNA o la doctrina, por otro lado, 8 encuestados que representa el 40% respondieron que No consideran como letrado que aplican conforme al Art. 81 del CNA o la doctrina.

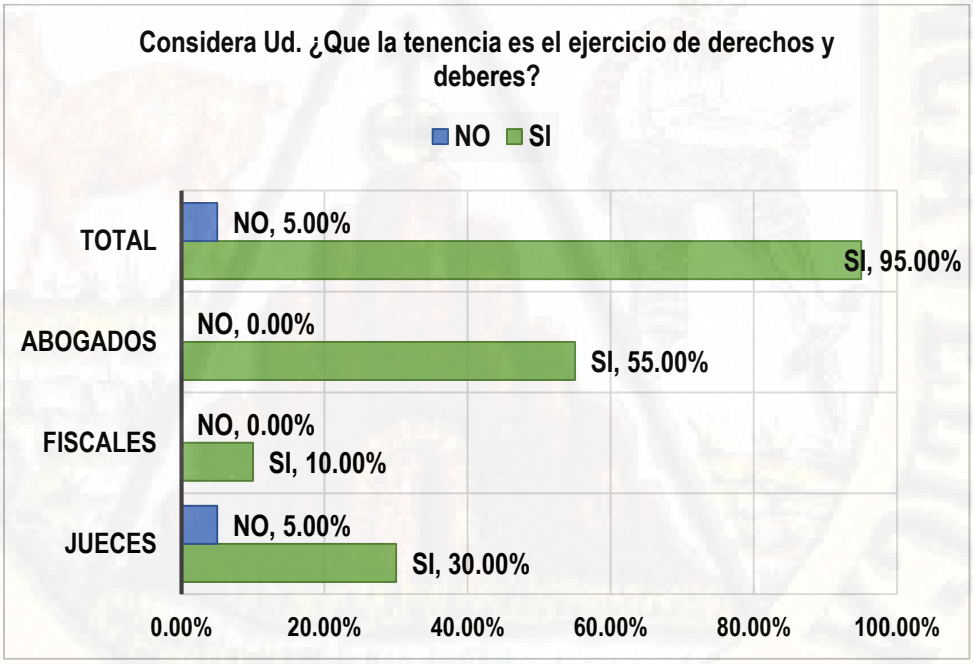
Pregunta N° 7

Cuadro N° 7

Considera Ud. ¿Que la tenencia es el ejercicio de derechos y deberes?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	6	1	**7**	30.00%	5.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	11	0	**11**	55.00%	0.00%	**55.00%**
TOTAL	**19**	**1**	**20**	**95.00%**	**5.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 7



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°7 y Gráfico N°7, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 19 encuestados que representa el 95% respondieron que Si consideran que la tenencia es el ejercicio de derechos y deberes, por otro lado, 1 encuestados que representa el 5% respondieron que No consideran que la tenencia es el ejercicio de derechos y deberes.

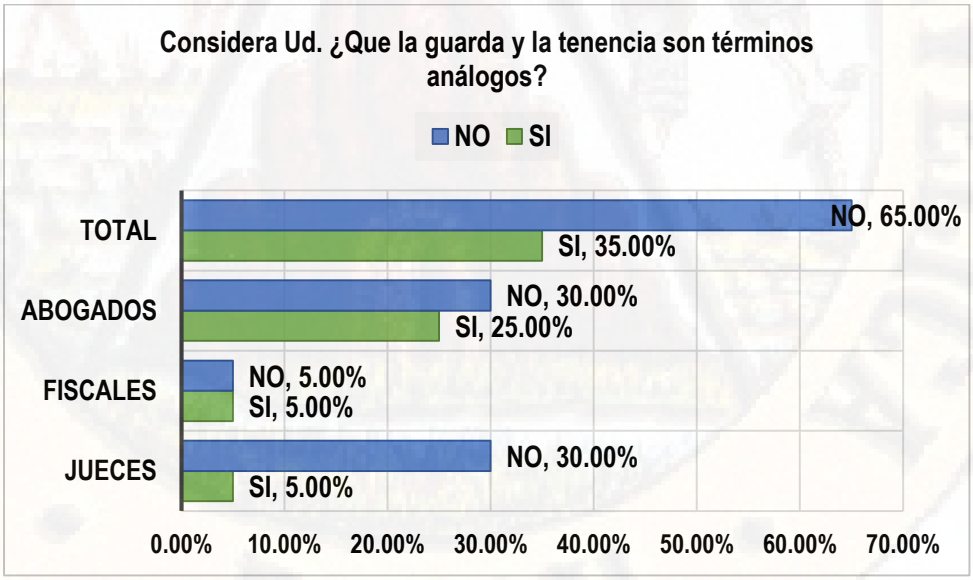
Pregunta N° 8

Cuadro N° 8

Considera Ud. ¿Que la guarda y la tenencia son términos análogos?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	1	6	**7**	5.00%	30.00%	**35.00%**
Fiscales	1	1	**2**	5.00%	5.00%	**10.00%**
Abogados	5	6	**11**	25.00%	30.00%	**55.00%**
TOTAL	**7**	**13**	**20**	**35.00%**	**65.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 8



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°8 y Gráfico N°8, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 7 encuestados que representa el 35% respondieron que Si consideran que la guarda y la tenencia son términos análogos, por otro lado, 13 encuestados que representa el 65% respondieron que No consideran que la guarda y la tenencia son términos análogos.

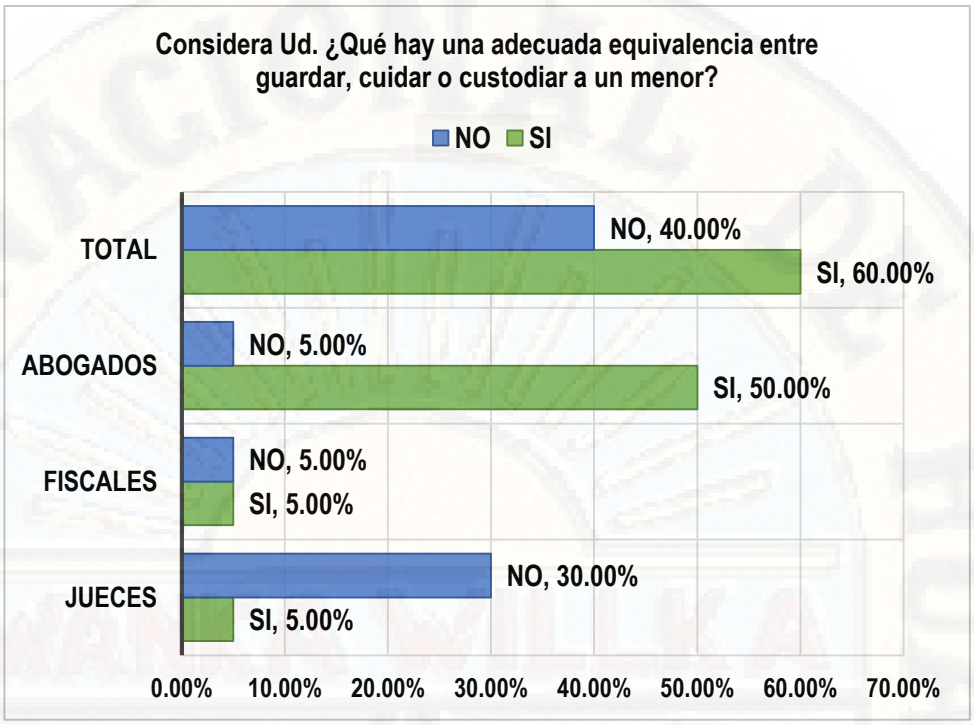
Pregunta N° 9

Cuadro N° 9

Considera Ud. ¿Qué hay una adecuada equivalencia entre guardar, cuidar o custodiar a un menor?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	1	6	**7**	5.00%	30.00%	**35.00%**
Fiscales	1	1	**2**	5.00%	5.00%	**10.00%**
Abogados	10	1	**11**	50.00%	5.00%	**55.00%**
TOTAL	**12**	**8**	**20**	**60.00%**	**40.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 9



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°9 y Gráfico N°9, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 12 encuestados que representa el 60% respondieron que Si consideran que hay una adecuada equivalencia entre guardar, cuidar o custodiar a un menor, por otro lado, 8 encuestados que representa el 40% respondieron que No consideran que hay una adecuada equivalencia entre guardar, cuidar o custodiar a un menor.

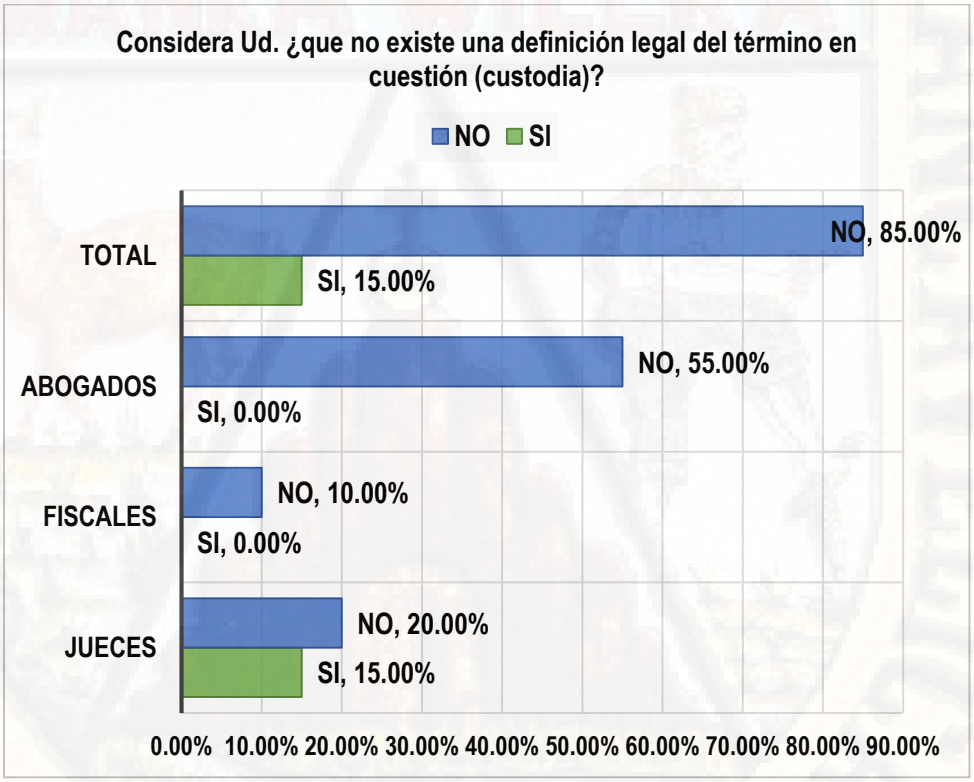
Pregunta N° 10

Cuadro N° 10

Considera Ud. ¿que no existe una definición legal del término en cuestión (custodia)?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	3	4	**7**	15.00%	20.00%	**35.00%**
Fiscales	0	2	**2**	0.00%	10.00%	**10.00%**
Abogados	0	11	**11**	0.00%	55.00%	**55.00%**
TOTAL	**3**	**17**	**20**	**15.00%**	**85.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 10



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°10 y Gráfico N°10, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 3 encuestados que representa el 15% respondieron que Si consideran que no existe una definición legal del término en cuestión (custodia), por otro lado, 17 encuestados que representa el 85% respondieron que No consideran que no existe una definición legal del término en cuestión (custodia).

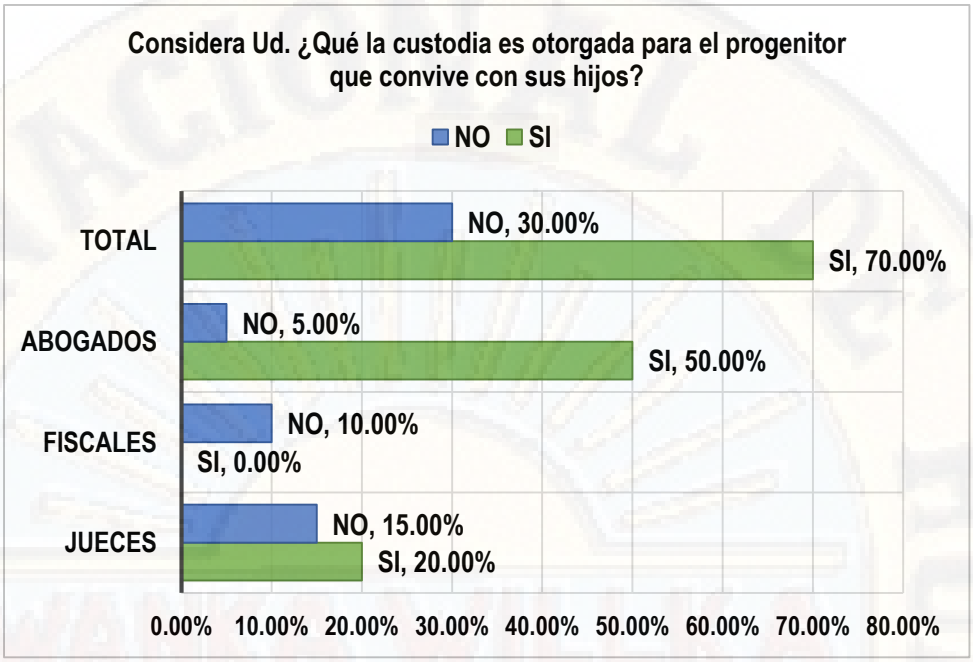
Pregunta N° 11

Cuadro N° 11

Considera Ud. ¿Qué la custodia es otorgada para el progenitor que convive con sus hijos?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	4	3	**7**	20.00%	15.00%	**35.00%**
Fiscales	0	2	**2**	0.00%	10.00%	**10.00%**
Abogados	10	1	**11**	50.00%	5.00%	**55.00%**
TOTAL	**14**	**6**	**20**	**70.00%**	**30.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 11



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°11 y Gráfico N°11, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 14 encuestados que representa el 70% respondieron que Si consideran que la custodia es otorgada para el progenitor que convive con sus hijos, por otro lado, 6 encuestados que representa el 30% respondieron que No consideran que la custodia es otorgada para el progenitor que convive con sus hijos.

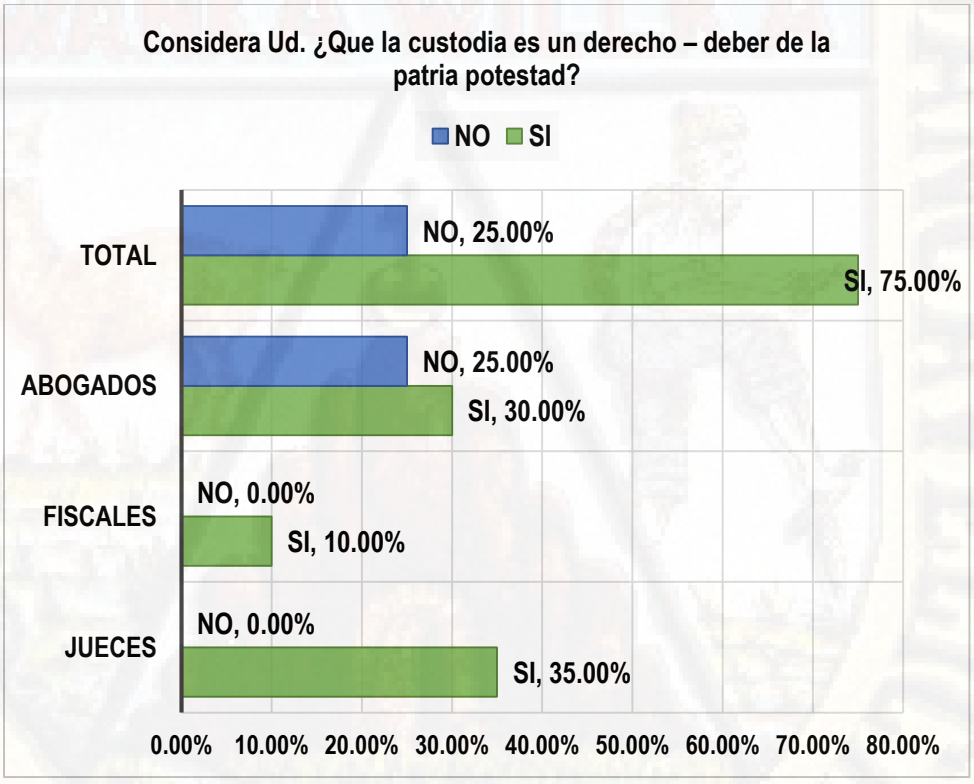
Pregunta N° 12

Cuadro N° 12

Considera Ud. ¿Que la custodia es un derecho – deber de la patria potestad?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	7	0	**7**	35.00%	0.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	6	5	**11**	30.00%	25.00%	**55.00%**
TOTAL	**15**	**5**	**20**	**75.00%**	**25.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 12



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°12 y Gráfico N°12, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 15 encuestados que representa el 75% respondieron que Si consideran que la custodia es un derecho – deber de la patria potestad, por otro lado, 5 encuestados que representa el 25% respondieron que No consideran que la custodia es un derecho – deber de la patria potestad.

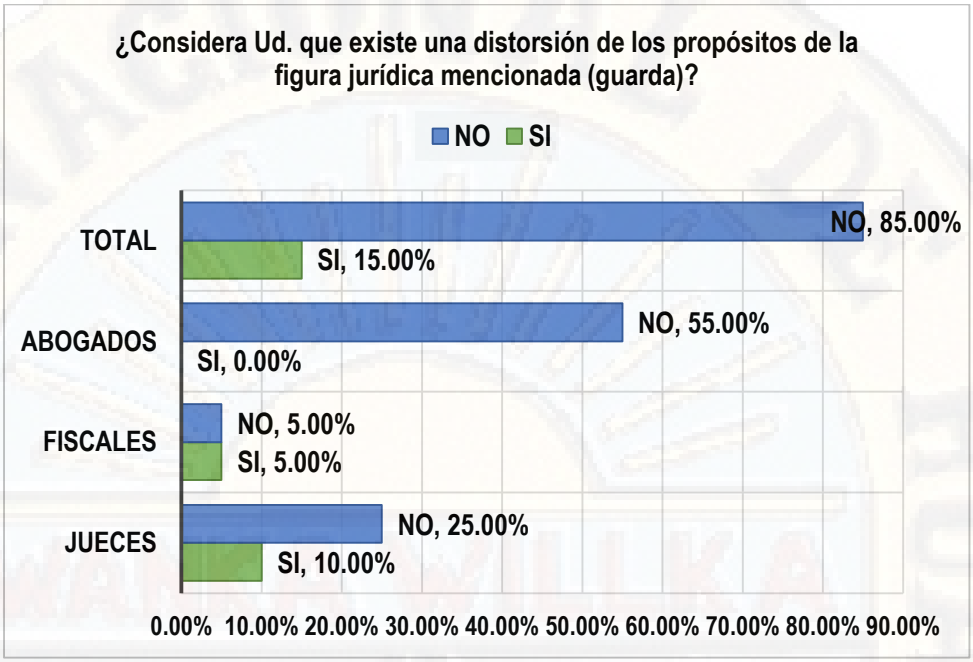
Pregunta N° 13

Cuadro N° 13

¿Considera Ud. que existe una distorsión de los propósitos de la figura jurídica mencionada (guarda)?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	2	5	**7**	10.00%	25.00%	**35.00%**
Fiscales	1	1	**2**	5.00%	5.00%	**10.00%**
Abogados	0	11	**11**	0.00%	55.00%	**55.00%**
TOTAL	**3**	**17**	**20**	**15.00%**	**85.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 13



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°13 y Gráfico N°13, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 3 encuestados que representa el 15% respondieron que Si consideran que existe una distorsión de los propósitos de la figura jurídica mencionada (guarda), por otro lado, 17 encuestados que representa el 85% respondieron que No consideran que existe una distorsión de los propósitos de la figura jurídica mencionada (guarda).

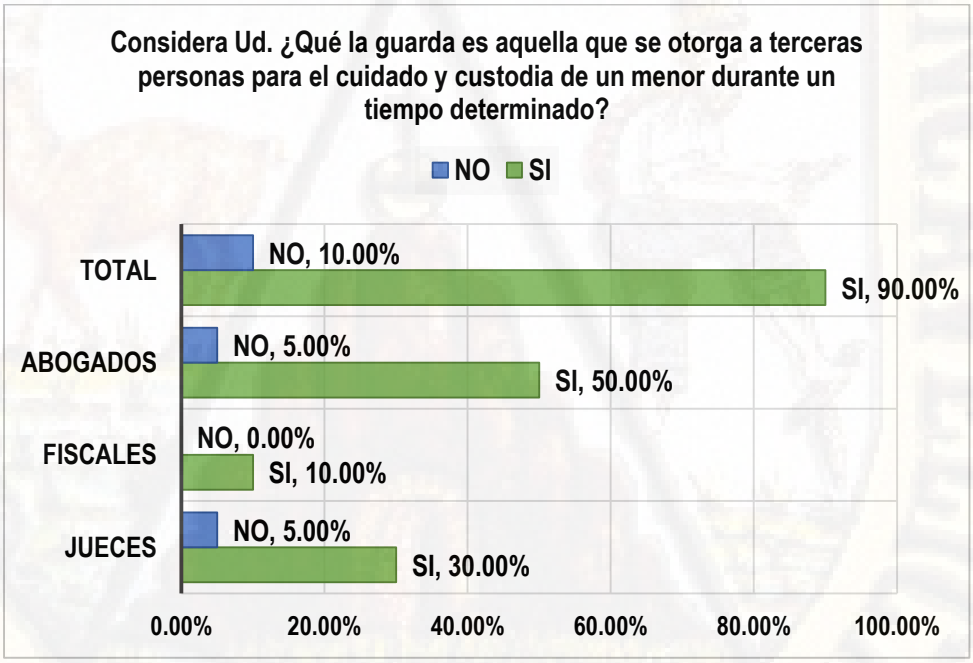
Pregunta N° 14

Cuadro N° 14

Considera Ud. ¿Qué la guarda es aquella que se otorga a terceras personas para el cuidado y custodia de un menor durante un tiempo determinado?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	6	1	**7**	30.00%	5.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	10	1	**11**	50.00%	5.00%	**55.00%**
TOTAL	**18**	**2**	**20**	**90.00%**	**10.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 14



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°14 y Gráfico N°14, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 18 encuestados que representa el 90% respondieron que Si consideran que la guarda es aquella que se otorga a terceras personas para el cuidado y custodia de un menor durante un tiempo determinado, por otro lado, 2 encuestados que representa el 10% respondieron que No consideran que la guarda es aquella que se otorga a terceras personas para el cuidado y custodia de un menor durante un tiempo determinado.

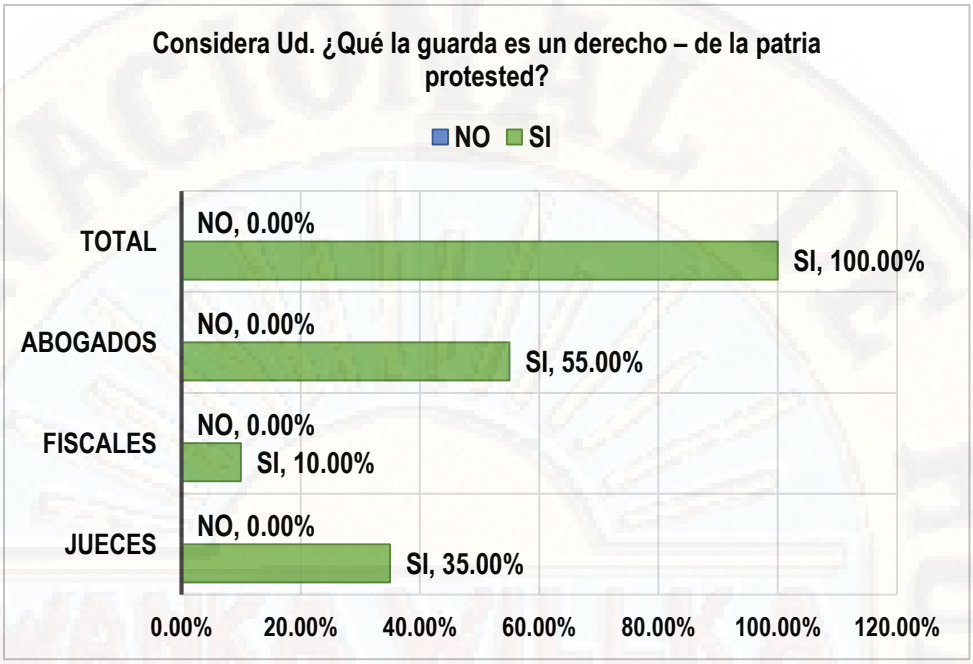
Pregunta N° 15

Cuadro N° 15

Considera Ud. ¿Qué la guarda es un derecho – de la patria protested?						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	7	0	**7**	35.00%	0.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	11	0	**11**	55.00%	0.00%	**55.00%**
TOTAL	**20**	**0**	**20**	**100.00%**	**0.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 15



Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

Del Cuadro N°15 y Gráfico N°15, se logró determinar, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, se tiene como resultado que 20 encuestados que representa el 100% respondieron que Si consideran que la guarda es un derecho – de la patria protested, por otro lado, 0 encuestados que representa el 0% respondieron que No consideran que la guarda es un derecho – de la patria protested.

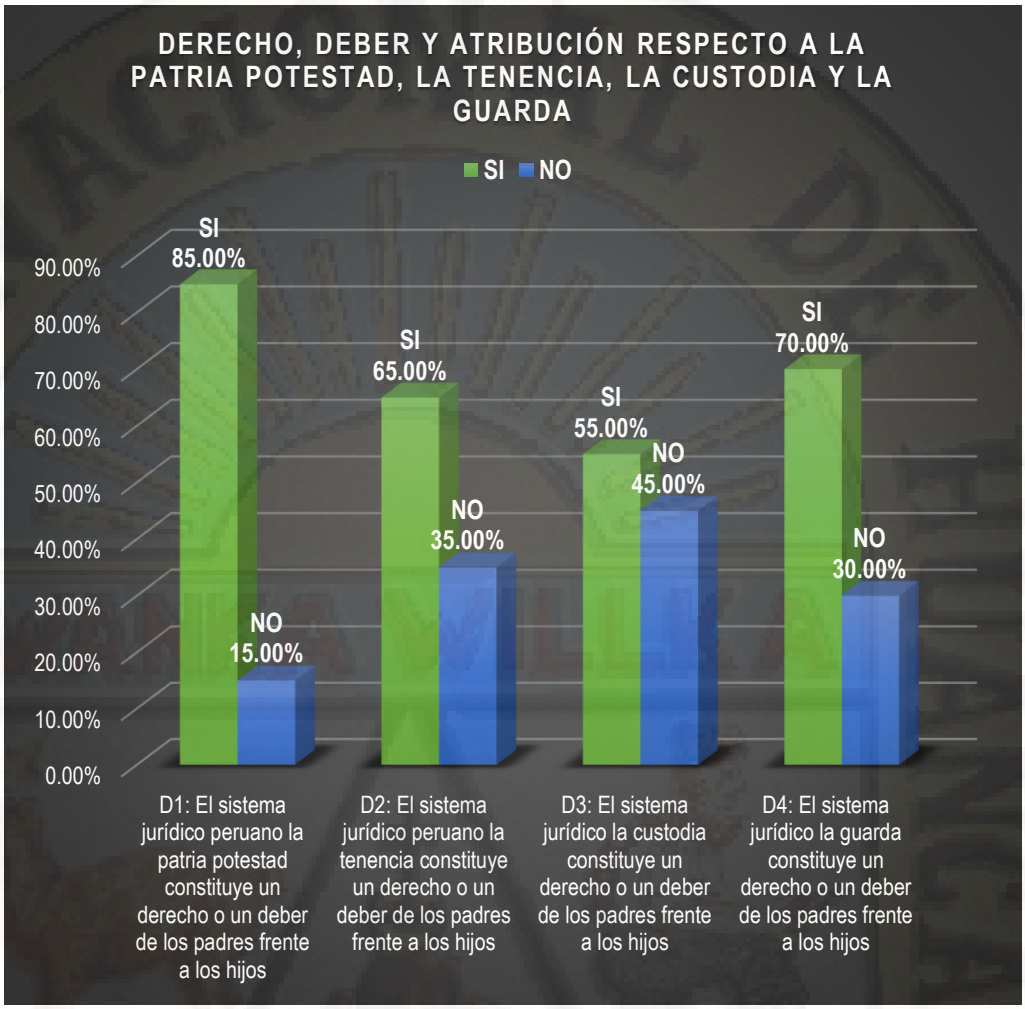
RESULTADOS POR DIMENSIONES

Cuadro N° 16

DERECHO, DEBER Y ATRIBUCIÓN RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD, LA TENENCIA, LA CUSTODIA Y LA GUARDA						
DIMENSIONES	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
D1: El sistema jurídico peruano la patria potestad constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos	17	3	**20**	85.00%	15.00%	**100.00%**
D2: El sistema jurídico peruano la tenencia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos	13	7	**20**	65.00%	35.00%	**100.00%**
D3: El sistema jurídico la custodia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos	11	9	**20**	55.00%	45.00%	**100.00%**
D4: El sistema jurídico la guarda constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos	14	6	**20**	70.00%	30.00%	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 16



Fuente: Elaboración propia

Interpretación por dimensiones

1. Del Cuadro N° 16 y Gráfico N° 16, con respecto a la dimensión **"D1: El sistema jurídico peruano la patria potestad constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos"**, se logró determinar con un porcentaje mayoritario de 85.00% que el sistema jurídico peruano la patria potestad **si** constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, sin embargo, con un porcentaje minoritario de 15.00% se determinó que el sistema jurídico peruano la patria potestad **no** constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos.

2. Asimismo, del Cuadro N° 16 y Gráfico N° 16, con respecto a la dimensión **D2: El sistema jurídico peruano la tenencia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos''**, se logró determinar con un porcentaje mayoritario de 65.00% que el sistema jurídico peruano la tenencia **si** constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, con un porcentaje minoritario de 35.00% se determinó que el sistema jurídico peruano la tenencia **no** constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos.

3. Además, del Cuadro N° 16 y Gráfico N° 16, con respecto a la dimensión **D3: El sistema jurídico la custodia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos''**, se logró determinar con un porcentaje mayoritario de 55.00% que el sistema jurídico la custodia **si** constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, sin embargo, con un porcentaje minoritario de 45.00% se determinó que el sistema jurídico la custodia **no** constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos.

4. Por último, del Cuadro N° 16 y Gráfico N° 16, con respecto a la dimensión **D4: El sistema jurídico la guarda constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos''**, se logró determinar con un porcentaje mayoritario de 70.00% que el sistema jurídico la guarda **si** constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, sin embargo, con un porcentaje minoritario de 30.00% se determinó que el sistema jurídico la guarda **no** constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos.

4.2. PRUEBA DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Hipótesis General:

Hipótesis alterna

Ha: Si existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica -2018.

Hipótesis nula

Ho: No existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica -2018.

Cuadro N° 17

DERECHO, DEBER Y ATRIBUCIÓN RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD, LA TENENCIA, LA CUSTODIA Y LA GUARDA						
ENCUESTADOS	**Frecuencia (f)**			**Porcentaje (%)**		
	SI	**NO**	**TOTAL**	**SI**	**NO**	**TOTAL**
Jueces	5	2	**7**	25.00%	10.00%	**35.00%**
Fiscales	2	0	**2**	10.00%	0.00%	**10.00%**
Abogados	7	4	**11**	35.00%	20.00%	**55.00%**
TOTAL	**14**	**6**	**20**	**70.00%**	**30.00%**	**100.00%**

Fuente: Elaboración propia

Gráfico N° 17

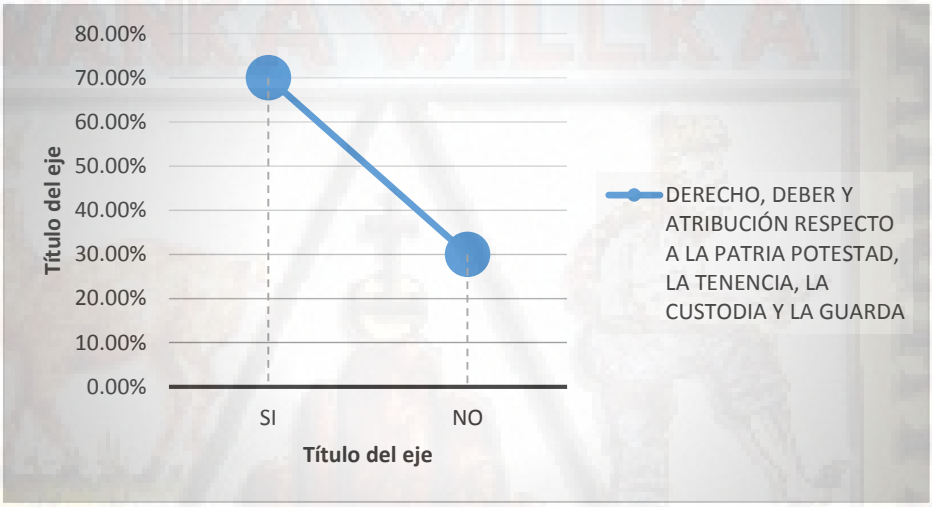
Fuente: Elaboración propia

Análisis:

Del Cuadro N° 17 y Gráfico N° 17, de la encuesta realizada abogados litigantes del Colegio de Abogados de Huancavelica y fiscales y jueces del distrito Judicial - Fiscal de Huancavelica, con un porcentaje mayoritario del 70.00% se logró determinar que Si existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica -2018; por otro lado, con un porcentaje minoritario del 30.00% se logró determinar qué No existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica -2018; concluyendo con la aceptación de la hipótesis alterna (Ha) y rechazando con la hipótesis nula del proyecto de investigación.

4.3. Discusión de resultados

La discusión de resultados consta de tres presupuestos fundamentales. El primer presupuesto está relacionado con la hipótesis orientados a resolver el problema propuesto: ¿Existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica - 2018?. Frente a ello el instrumento de investigación aplicado a la población delimitada dio un resultado positivo, lo que quiere decir que; se acepta la hipótesis alterna y se niega la nula concluyendo estadísticamente en el siguiente resultado "Si existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica -2018"



Fuente: Elaboración Propia.

Con los objetivos este busco determinar si en el sistema jurídico peruano existe un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica – 2018. Respuesta que se encuentra en el cuadro y gráfico N° 17, con un resultado de un 70% según los encuestados. Es preciso mencionar que

Primero para Kleber Ivan Suin Cajamarca en Ecuador en el año 2016, en su trabajo titulado "LA TENENCIA COMPARTIDA: SOLUCIÓN O

CONFLICTO". Cuyas conclusiones fueron: 1) Podemos determinar que a raíz de las separaciones de los padres se generan grandes conflictos en cuanto a la tenencia de los hijos, en donde se dan graves disputas en los juzgados como si fuera un trofeo, y esto se da precisamente porque existe una desigualdad de género dentro de nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia, que contempla una tenencia unilateral, dando preferencia a la madre sobre los hijos, dejando al padre en un plano secundario. 2) De igual manera nuestros administradores de justicia no miran el interés superior de los niños, al otorgar en sus resoluciones un limitado derecho de visitas al padre, con lo cual solo se aleja al progenitor de su hijo, generando graves daños psicológicos en los más pequeños como son los niños. 3) Entonces podemos concluir que la mejor solución para evitar causar daño a los niños, después de la separación de los padres, es a través de la Tenencia Compartida, en donde los progenitores tengan igualdad de derechos y responsabilidades sobre los hijos. *Respecto al autor que llego a tres interesantes conclusiones importantes que sin embargo concordamos en el numeral 3 donde manifiesta que: …después de la separación de los padres, es a través de la Tenencia Compartida, donde los progenitores tengan igualdad de derechos y responsabilidades sobre los hijos, ya que tal como se aprecia en el cuadro y grafico N° 7 manifiesta lo siguiente que la* ***tenencia es el ejercicio de derechos y deberes.***

Segundo para Emilia Fernández-Luna Abellán en España en el 2017) en su trabajo titulado: "Custodia compartida y protección jurídica del menor", memoria para optar e Grado de Doctor en Derecho. Cuyas conclusiones son: 1) Con la finalidad de preservar el principio de igualdad que debe existir entre los progenitores en una situación de separación o divorcio es recomendable que tanto la titularidad de la patria potestad como su ejercicio se mantengan de manera compartida en beneficio del menor. El ejercicio compartido de la patria potestad suscitará que los progenitores asuman con éxito su corresponsabilidad parental respecto de sus hijos. Así pues, en

situaciones de crisis matrimoniales el mantenimiento del sistema compartido de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad se perfila como el régimen más idóneo para la ejecución de todas las funciones inherentes a las relaciones paterno- filiales, al tiempo que posibilita de forma prioritaria la satisfacción del bonus filii, y ello sin perjuicio, de la necesaria adecuación a las especiales circunstancias de cada situación de separación o divorcio. 2) La guarda como deber inherente a la patria potestad va a abordar el ámbito personal e inmediato del menor, esto es, las relaciones cotidianas y habituales fruto de la convivencia. A diferencia de ello, el ejercicio de la patria potestad contempla la responsabilidad integral del menor y va a implicar la realización material de las funciones específicas que entrañan las relaciones paterno- filiales. 3) La modalidad de custodia compartida es una figura jurídica susceptible de ser aplicada en situaciones de crisis familiares, en la que los progenitores realizan las funciones inherentes a la patria potestad de forma periódica al convivir con sus hijos alternadamente, y en igualdad de derechos y obligaciones, en aras de satisfacer las necesidades materiales y espirituales de los menores. En este sentido, consideramos más adecuada la terminología de "custodia alterna o alternativa" toda vez que la corresponsabilidad parental engloba el ejercicio de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, tanto durante la unión conyugal, como a posteriori, una vez disuelto el vínculo conyugal. 4) El establecimiento del régimen de custodia compartida a través del previo acuerdo de los progenitores constituye el medio más idóneo de precautelar el interés superior del menor. A nuestro juicio, el sistema de custodia compartida o alterna es una modalidad que prioriza el respeto y la colaboración entre los progenitores al objeto de facilitar la más frecuente y equitativa comunicación entre ambos, en aras al mejor interés de los menores implicados en un proceso de separación o divorcio, propiciando, así mismo, entre los progenitores una distribución equitativa y proporcional de las satisfacción de las necesidades materiales de los menores, así como de la atención, cuidado y protección que los mismos requieren. 5) Considerando

la heterogeneidad de situaciones de crisis familiares, sería conveniente la existencia de una regulación dual de modalidades de custodia, en aras de poder implementar la modalidad de custodia que mejor se adecue al interés superior del menor. Para ello sería recomendable que las condiciones de aplicación tanto de la custodia monoparental como de la custodia compartida no ostenten ninguna preferencia en la norma sustantiva, ni se vean coartadas por condicionante alguno que obstaculice su aplicación. 6) La regulación actual del régimen de custodia compartida en el derecho sustantivo no ha colmado las expectativas de los diferentes colectivos sociales, toda vez que demuestra que las mutaciones que acontecen en la sociedad no pueden quedar ajenas al Poder Legislativo, ni al Poder Judicial. El legislador no realizo una correcta valoración de la figura de la custodia compartida, no pudiéndose discernir con claridad, si la voluntad del legislador fue la de hacer prevalecer la custodia monoparental en detrimento de la custodia compartida, o de implementar ambos sistemas al mismo nivel. A nuestro juicio, es necesaria una reforma sustancial del artículo 92 del Código civil coherente con la realidad familiar actual. 7) En la modalidad de custodia compartida o alternada, un aspecto se nos revela como especialmente importante: el tiempo. El reparto del tiempo de convivencia es una de las cuestiones más delicadas y difíciles de los procesos matrimoniales y de cese de las uniones de hecho, en la que han valorarse factores tan dispares como la capacidad de atención de los progenitores respecto de los hijos, el entorno familiar, la voluntad de los implicados teniendo en cuenta su capacidad de comprensión de la nueva situación familiar, el arraigo social de los menores al entorno en el que habitualmente han convivido con sus progenitores, y todo ello, atendiendo principalmente al interés del menor tanto desde un parámetro objetivo, que abarcaría el más amplio concepto de bienestar físico, material y espiritual, como desde un parámetro subjetivo, que englobarían los deseos, inclinaciones, preferencias y aspiraciones de los propios menores, atendiendo siempre a las concretas circunstancias personales de los mismos. 8) El principio de interés superior

del menor, esto es, su bienestar intrínseco, se constituye en el centro de gravedad en cuanto criterio de atribución de un determinado régimen de guarda y custodia. Si bien, ello resulta extremadamente complejo, si previamente no establecemos los parámetros entre los cuales habrá de encuadrarse el favor filii. A nuestro juicio, el principio del interés superior del niño puede definirse como toda circunstancia o actuación personal, profesional o institucional que sitúe al menor en un contexto de estabilidad emocional, familiar y material en relación con su propia realidad circundante. Las técnicas de determinación del interés del menor constituyen una valiosa herramienta en la implementación de un determinado régimen de custodia, en la medida en la que exista una valoración casuística, previa apreciación axiológica de todas las particulares circunstancias que comprenda la crisis familiar adecuadas al ámbito jurídico. En primera instancia queremos agradecer por el trabajo realizado por el tesista puesto que fue una base para el desarrollo de la presente investigación, al mismo tiempo manifestar que concordamos plenamente con las conclusiones que obtuvo tal como se puede apreciar en el cuadro N°16 y grafico N°16, en el que se establece el resultado de las tres dimensiones que son: D1: El sistema jurídico peruano la patria potestad constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos

D2: El sistema jurídico peruano la tenencia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos. D3: El sistema jurídico la custodia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos y finalmente la D4: El sistema jurídico la guarda constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos.

Tercero para **Edgar Ramón Guillén Vallejo**, en Lima año 2012, realizo una investigación titulada: "Ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el servicio de defensorías del Sistema de Atención Integral del Niño y Adolescente", investigación para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Civil y Comercial. Cuyas conclusiones son: 1) Entre las instituciones clásicas del

derecho civil que buscan proteger a los menores de edad encontramos al sistema de incapacidades, a la patria potestad y a la representación legal, instituciones que consideran al menor como un objeto de protección que no puede ejercer sus derechos por sí mismo y sobre el que los adultos deben decidir lo más conveniente. 2) Frente a estas instituciones clásicas, la teoría de la protección integral, contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, que contiene principios como el niño sujeto de derechos, la capacidad progresiva y el interés superior del niño, propone un cambio en la concepción del menor considerándolo, no como un objeto, sino como una persona, y en tanto tal, como una categoría autónoma, independiente, reconociendo sus propias necesidades y respetando su individualidad. 3) El sistema de incapacidades, la patria potestad y la representación legal a favor de los menores, son instituciones que han sido recogidas por todos los Códigos Civiles que han regido en nuestro ordenamiento, por lo que no es una excepción que sigan vigentes hasta la actualidad. Lo que resulta innovador es la adopción de la teoría de la protección integral tanto por la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, como por el Código de los Niños y Adolescentes. 4) El contraste entre ambas posturas se evidencia en casos extremos como en el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad, quienes continúan sujetas a la patria potestad de sus padres, si bien es cierto, la Ley 29274 que modificó el artículo 46° del Código Civil, es un avance, el número de actos para los que reconoce capacidad a los menores a partir del nacimiento de su hijo, es muy reducido. 5) La presente investigación se enmarca en los actos jurídicos que comprende el ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en los servicios que ofrecen las Defensorías de los Niños y Adolescentes ubicadas en Lima Metropolitana, actos que no están comprendidos expresamente por el artículo 46° del Código Civil, pero que forman parte del conjunto de actos personalísimos para los que están facultados los menores capaces de discernimiento. Con respecto a las conclusiones arribadas por el autor Edgar **Ramón Guillén,** con relación a la

presente investigación no guarda relación ya que no cuenta con la misma variable de estudio.

Por la presente quiero agradecer infinitamente a todos los autores que han aportado en mi trabajo y que has sido pilares y base en todo el proceso teórico que por la mediante se encuentra nombrados y citados en la bibliografía, a todos ellos les estoy muy agradecida.

N° ENCUESTADOS																																					
N° PREGUNTAS	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	1	2	2	2	1	2					7	0		2	0		9	2	
	2	2	2	2	2	2	2	2	2	1	2	2	1	2	1	2	1	1	1	2					7	0		2	0		5	6	
	1	2	2	2	1	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2					5	2		2	0		11	0	
	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2					7	0		2	0		11	0	
	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	1	1	1	2	2	2	1	2					7	0		2	0		7	4	
	2	2	2	2	2	2	2	2	2	1	1	2	1	1	1	2	1	1	1	2					7	0		2	0		3	8	
	2	2	2	2	2	1	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2					6	1		2	0		11	0	
	1	2	1	1	1	1	1	2	1	2	2	1	1	2	1	1	1	1	2	2					1	6		1	1		5	6	
	1	1	1	1	2	1	1	1	2	2	2	2	2	1	2	2	2	2	2	2					1	6		1	1		10	1	
	2	1	2	1	2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1					3	4		0	2		0	11	
	2	1	2	1	2	1	2	1	1	1	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2					4	3		0	2		10	1	
	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	1	1	2	2	1	2	2	2	1	1					7	0		2	0		6	5	
	1	2	1	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1					2	5		1	1		0	11	
	2	2	2	2	1	2	2	2	2	1	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2					6	1		2	0		10	1	
	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2					7	0		2	0		11	0	
																									JUEZ			FISCAL			ABOGADO					

TABLA RESULTADOS

	JUEZ			FISCAL			ABOGADO		
D1	6	1		2	0		9	2	
D2	4	3		2	0		7	4	
D3	5	2		1	1		5	6	
D4	5	2		2	0		7	4	
V	5	2		2	0		7	4	

Tabulación de resultados

CONCLUSIONES

1. Se logró determinar que en el sistema jurídico peruano existe un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda en Huancavelica durante el año 2018, tal como se aprecia en el cuadro y gráfico N° 17. Sin embargo, la aplicación de estas normas muchas veces son deficientes por los operadores de justicia.
2. Se estableció que en el sistema jurídico peruano la patria potestad constituye un derecho para los menores y un deber de los padres frente a los hijos tal como se aprecia el cuadro y gráfico N° 16, en el numeral 1.
3. Se determinó que en el sistema jurídico peruano la tenencia constituye un derecho y un deber, es así que se entiende que es un derecho para los menores y un deber para los padres frente a sus menores hijos, tal como se aprecia el cuadro y gráfico N° 16, en numeral 2.
4. Se estableció que en el sistema jurídico peruano la custodia constituye un derecho y un deber de los padres frente para sus hijos. Derecho para los menores y un deber para los padres frente a sus menores hijos Huancavelica durante el año 2018, tal como se aprecia el cuadro y gráfico N° 16, en el numeral 3.
5. Finalmente se estableció si en el sistema jurídico peruano la guarda constituye un derecho y un deber de los padres frente a los hijos en Huancavelica durante el año 2018, tal como se aprecia el cuadro y gráfico N° 16, en el numeral 4.

RECOMENDACIONES

1. Recomendamos realizar certámenes académicos en sus distintas modalidades (seminarios, talleres, capacitaciones, etc.) con la finalidad de que los operadores de justicia se ilustren más, y así dar una valida y eficaz aplicación de estas figuras jurídicas.
2. Afianzamos a través de los operadores de justicia y sus dictámenes que, se cumpla puntualmente lo plasmado en el código civil y en el código del niño y adolescentes respecto a la patria potestad, ya que esta institución jurídica no solo es un derecho sino también un deber; y como tal debe darse un estudio efectivo.
3. De igual manera dar un cumplimiento eficaz de las normas sustantivas para el tratamiento de esta institución jurídica - la tenencia – ya que debe ser íntegra su aplicación a través de los operadores del derecho, porque se llegó a determinar que constituye un derecho – deber.
4. Así como se llegó a determinar a través del presente trabajo el binomio derecho – deber para la custodia, recomiendo dar más atención a esta institución jurídica; porque en la práctica jurídica aun es confundida con otras instituciones para poder accionar una Litis.
5. Finalmente, la guarda es un derecho – deber, en tal sentido recomiendo que en los textos pertinentes a esta institución jurídica se deben plasmar puntualmente los deberes y derechos que corresponden, para que no exista colisión con otras figuras.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Aguilar Llanos, Benjamin Et Al. . (2014). Patria potestad, Tenencia y alimentos. Lima: Gaceta Juridica.

Bellusco, A. (1974). Manual 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.

Borda, G. (1997). Tratado de derecho de familia. Buenos Aires : Perot.

Cabrera, J. (2008).

CALDERÓN PÉREZ, J. M. (2016). EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LAS FAMILIAS . Trujillo, Perú.

CAMPO IZQUIERDO, L. (2009). "Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?". Edit. La Ley.

Canales, C. (2014). Patria potestad y tenencia. Lima: Gaceta Juridica S.A.

Carrasco D., S. (2017). *Metodoldogía de la Investigación Científica.* Lima: San Marcos.

COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2006). *Proyecto de Ley N° 199/2006-CR.* Lima.

CORALÍ, C. E. (2015). TENENCIA COMPARTIDA Y DESARROLLO INTEGRAL DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A NIVEL DEL PRIMER JUZGADO TRANSITORIO DE FAMILIA, LIMA SUR, 2013 . Lima, Perú.

Cornejo, H. (1999). Derecho familiar peruano. Lima: Editorial Studium.

Croom, H. (1986). Londres.

Decreto Ley N° 26102. (2000). *Primer Código de Niños y Adolescentes.* Lima: San Marcos.

Echarte Feliú, A. M. (n.d.). Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial.

Fernandéz, R. M. (2013). Manual de derecho de familia. Lima, Perú: Fondo Editorial De La Pontificia Universidad Católica Del Perú.

Fernández-Luna Abellán, E. (2017). Custodia compartida y protección jurídica del menor . Madrid, España.

file:///F:/TESIS%20PRE-POS-GRADO/Tesis%20Pendientes/Tesis%20Anilu%20-%20Patria%20potestad,%20tenencia,%20custodia%20y%20guarda/Tesis.%20España.%20Interes%20del%20menor%20y%20custodia%20compartida.%20MT.%20Guarda%20y%20custodia..pdf. (n.d.).

Gallegos, Yolanda & Jara, Rebeca. (2011). Manual de derecho de familia. Lima: Jurista Editores.

García Gonzalo, D. (2017). "EL SINDROME DE ALIENACION PARENTAL EN LOS PROCESOS POR TENENCIA A RAZON DE LA CASACION N° 2067-2010, EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUANCAVELICA, PERIODO 2015". Huancavelica, Perú.

García P., M. (1997). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales.* Madrid: McGraw-Hill.

Gonzáles M., B. (2009). *El principio de igualdad en el ámbito del Derecho de familia: La custodia compartida.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

Grijley, 1. C. (2018). *Código Civil.* Lima : Grijley.

Guilarte Martín-Calero, C. (n.d.). comentarios del nuevo artículo 92 del código civil. 135 -136.

Guillen. (1991). *El acto se presume como indebido.* Tecnos.

Guillén Vallejo, E. R. (2012). Ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el servicio de defensorías del Sistema de Atención Integral del Niño y Adolescente . Lima, Perú.

Hernandez R., F. C. (2006). *Metodologia de la investigacion. Metodologia de la investigacion cientifica.* . Mexico: Mc Graw-Hill Interamericana .

Herrero G., M. J. (1982). Las medidas proisionales en la crisis matrimonial. *Derecho notarial. Tomo I*, 201.

http://conceptodefinicion.de/atributo/. (n.d.). Retrieved from http://conceptodefinicion.de/atributo/

http://diferenciaentre.info/diferencia-entre-derechos-y-deberes/. (n.d.). Retrieved from http://diferenciaentre.info/diferencia-entre-derechos-y-deberes/

http://www.abogadostodojuicio.cl/pag_tuicion.htm. (n.d.).

http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App mode=Display Statute&URL=Ch0061/titl0061.htm. (n.d.).

http://www.padresporsiempre.es/custodiacomp.html. (n.d.).

https://www.definicionabc.com/social/deberes.php. (n.d.). Retrieved from https://www.definicionabc.com/social/deberes.php

Hurtado León, Ivan y Toro Garrido, Josefina . (2007). *Paradigmas y métodos de investigación en tiempos de cambio.* Caracas : CEC, S.A.

Jimenez, S. R. (2002). Lecciones de derecho de familia y derecho del menor. Editora Presencia. .

Jurídica, G. (1980). Tratado elemental de derecho romano. Buenos Aires: Editorial Albatroz.

Lathrop G., F. (n.d.). *La custodia compartida de los hijos.*

Lázaro G., I. (n.d.). Los menores en el derecho Español-Práctica Jurídica.

LÓPEZ REVILLA, 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.

Mazeaud H, L. & Mazeaud, J. (1976). *Lecciones de Derecho civil. Volumen IV*. Buneos Aires: Edit. jurídicas Europa-américa.

MEI LING KCOMT REYNA, 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.

Monserrat Q., A. (2006). La custodia compartida en la nueva Ley 15/ 2005, de 8 de julio. *Diario La Ley*, 6.

Ollero, A. (1989). *Derechos Humanos y metodología jurídica.* Madrid: CEC.

Ortuño M., P. (2006). El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial. Navarra: Civitas.

Osorio, M. (1997). Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Pacheco De Kolle, S. (n.d.). *Derechos de la Niñez y Adolescencia.*

Peña, L. (2009). LA CORRELACIÓN LÓGICO-JURÍDICA.

Peralta, J. (2008). Derecho de familia en el codigo civil. Lima: Idemsa.

Pérez - Salazar R., M. (n.d.). *La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar.*

Perez, M. (2006). "PADRES QUE ASUMEN LA CUSTODIA DE SUS HIJOS EN AUSENCIA DE LA FIGURA MATERNA: MIRADAS Y RETOS".

Pinto a., C. (n.d.). *La custodia compartida.*

Placido, A. F. (2002). Manual de derecho de familia. Lima: Gaceta Juridica.

Ragel S., L. (2000). La guarda y custodia de los hijos. *Derecho privado y Constitución N° 15*, 281 - 289.

Raúl, R. Z. (2014). Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres . Quito, Ecuador .

Rivero H., F. (1994). *Matrimonio y Divorcio: Comentaros al Título IV del Libro Primero dle código Civil.* Madrid.

Suin Cajamarca, K. I. (2016). LA TENENCIA COMPARTIDA: SOLUCIÓN O CONFLICTO. Cuenca, Ecuador .

Tamayo y Tamayo, M. (1997). *El proceso de la investigación científica.* Mexico : Limusa S.A. DEC. V.

VALDEZ, J. A. (2013). DICCIONARIO CIVIL. Lima, Perú: Gaceta Jurídica .

Varsi, E. (2012). Tratado de derecho de familia Tomo III. Perú: Gaceta Jurídica.

Ventoso E., A. (n.d.). *La representación y disposición de los bienes de los hijos.*

Zannoni, E. (1998). Derecho de familia - Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Zarraluqui S., L. (2006). *Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos.* Madrid: Dykinson.

ANEXOS

EL DILEMA COLATERAL ENTRE DERECHO, DEBER Y ATRIBUTO RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD, LA TENENCIA, LA CUSTODIA Y LA GUARDA: UN ANALISIS DOCTRINAL, HUANCAVELICA – 2018.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	DISEÑO METODOLOGICO	POBLACION Y MUESTRA
GENERAL: ¿Existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica - 2018?	**GENERAL:** Determinar si en el sistema jurídico peruano existe un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica - 2018.	**GENERAL:** **Ha:** SI, existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la guarda, Huancavelica - 2018. **Ho:** No, existe en el sistema jurídico peruano un adecuado análisis doctrinal respecto a la patria potestad, la tenencia, la custodia y la	**X:** Derecho, deber y atribución. **Y:** Patria potestad, Tenencia, Custodia y Guarda.	**TIPO DE INVESTIGACIÓN:** La presente investigación es de tipo **básica**. **NIVEL DE INVESTIGACIÓN:** La investigación se ha realizará en un nivel **exploratorio y descriptivo.**	**POBLACIÓN:** • La población estará constituida por los magistrados del Distrito Judicial – Fiscal de Huancavelica. • Así mismo por 11 abogados litigantes adscritos en el Colegio de Abogados de Huancavelica. **MUESTRA:**

		guarda, Huancavelica - 2018.			
ESPECIFICOS ¿En el sistema jurídico peruano la patria potestad constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica – 2018? ¿En el sistema jurídico peruano la tenencia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018?	**ESPECIFICOS** Establecer si en el sistema jurídico peruano la patria potestad constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica – 2018. Señalar si en el sistema jurídico peruano la tenencia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018. Establecer si en el sistema jurídico peruano la	**ESPECIFICOS** En el sistema jurídico peruano la patria potestad es considerado como un derecho y un deber de los padres de alimentar y dar seguridad a sus hijos. En el sistema jurídico peruano la tenencia constituye un atributo y un derecho para el ejercicio de la patria potestad. En el sistema jurídico peruano la custodia	.	**MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:** El método de investigación es **analítico – jurídico.** **DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:** El diseño de la presente investigación está bajo un diseño **no experimental de tipo**	• La muestra estará constituida por la totalidad de magistrados del Distrito Judicial de Huancavelica. • Así mismo por 11 abogados litigantes adscritos en el Colegio de Abogados de Huancavelica. **MUESTREO:** Estará constituido de la siguiente manera: • 3 magistrados de la Sala Civil, 2

¿En el sistema jurídico peruano la custodia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018? ¿En el sistema jurídico peruano la guarda constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018?	custodia constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018. Señalar si en el sistema jurídico peruano la guarda constituye un derecho o un deber de los padres frente a los hijos, Huancavelica-2018.	constituye un deber de la patria potestad. En el sistema jurídico peruano la guarda constituye un deber de la patria potestad.		**transversal descriptivo.**	magistrados de los Juzgados Civiles, 2 magistrados del Juzgado de Paz Letrado. • 2 fiscales superiores, fiscal en lo civil y familia. • 11 abogados litigantes adscritos en el Colegio de Abogados de Huancavelica.

ENCUESTA

A_____

Señores letrados respondan a cada una de las preguntas marcando con una "X" la respuesta que Ud. Considere correcta, la información obtenida tendrá carácter confidencial.

N°	**PREGUNTAS**	SI	NO
01	Dentro de su experiencia como magistrado ¿En los procesos que se lleva en su Judicatura, se resuelve conforme al Art. 418 del CC, acompañado con la doctrina?		
02	Como Magistrado Ud. ¿resuelve conforme al Art. 74 del CNA o la doctrina?		
03	Considera Ud. ¿Qué puede haber filiación sin patria potestad, pero no patria potestad sin filiación?		
04	Considera Ud. ¿Qué la patria potestad es un derecho subjetivo familiar que consiste en la facultad que tiene los padres frente a los hijos en cuanto a sus derechos y deberes?		
05	Dentro de experiencia como magistrado ¿En los procesos que se lleva en su judicatura, se resuelve conforme al Art. 340 del CC, acompañado con la doctrina?		
06	Como letrado considera Ud. ¿que aplica conforme al Art. 81 del CNA o la doctrina?		
07	Considera Ud. ¿Que la tenencia es el ejercicio de derechos y deberes?		
08	Considera Ud. ¿Que la guarda y la tenencia son términos análogos?		
09	Considera Ud. ¿Qué hay una adecuada equivalencia entre guardar, cuidar o custodiar a un menor?		
10	Considera Ud. ¿que no existe una definición legal del término en cuestión (custodia)?		
11	Considera Ud. ¿Qué la custodia es otorgada para el progenitor que convive con sus hijos?		
12	Considera Ud. ¿Que la custodia es un derecho – deber de la patria potestad?		
13	¿Considera Ud. que existe una distorsión de los propósitos de la figura jurídica mencionada (guarda)?		
14	Considera Ud. ¿Qué la guarda es aquella que se otorga a terceras personas para el cuidado y custodia de un menor durante un tiempo determinado?		
15	Considera Ud. ¿Qué la guarda es un derecho – de la patria potestead?		

GRACIAS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA
(Creada por Ley N° 25265)
VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN
REPOSITORIO INSTITUCIONAL

UNICHECK

Certificado de Originalidad

Por medio de este documento de Originalidad el área de Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de Huancavelica, certifica y da fe que el trabajo de investigación titulado: **"EL DILEMA COLATERAL ENTRE DERECHO, DEBER Y ATRIBUTO RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD, LA TENENCIA, LA CUSTODIA Y LA GUARDA: UN ANÁLISIS DOCTRINAL, HUANCAVELICA - 2018"** presentado por la autora: **PALOMINO RIVAS, Anilu** con la finalidad de obtener el Título Profesional de **ABOGADO** el Repositorio Institucional hace saber que **es una obra original** y no ha sido presentado ni publicado en otras revistas científicas nacionales e internacionales ni en sitio o portal electrónico.

Por tanto, basándonos en el cumplimiento del Art.7 inciso b) del Reglamento del Software Anti plagio de la UNH y su Directiva, el área de Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de Huancavelica dictamina que este trabajo de investigación fue analizado por el software anti plagio UNICHECK y al estar dentro de los parámetros establecidos, esta investigación es **aceptado como original**.

ORIGINALIDAD	SIMILITUD
77.2 %	22.8 %

ADJUNTO:

- ✓ Captura de pantalla de la revisión del trabajo de investigación en el software anti plagio - UNICHECK.

El presente Certificado se expide el 12 de diciembre del año 2019.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA
REPOSITORIO INSTITUCIONAL
Dr. RAUL URETA JURADO
Jefe de la Oficina de Repositorio Institucional