

**UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS**



**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

**Aplicación del principio de interés superior del niño y su  
influencia en la variación de la tenencia del menor en casos de  
divorcio vincular, Lima – Perú, 2022**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTOR:**

MUÑOZ LOPEZ, EDWARD  
(ORCID: 0000-0002-6298-1081)

**ASESOR:**

Dr. BEGAZO DE BEDOYA, LUIS HERNANDO  
(ORCID: 0000-0001-8916-5079)

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

DERECHO PENAL, CIVIL Y CORPORATIVO

LIMA, PERÚ

ENERO, 2022



## Resumen

En el presente trabajo de investigación analizamos la influencia del Interés superior del niño en la tenencia del menor en casos de divorcio vincular, en la ciudad de Lima, durante el año 2022. En la actualidad, se han incrementado exponencialmente los casos de divorcios, los padres se divorcian o separan por diferentes motivos y recae en los hijos las acciones de ello. En algunos casos, estas consecuencias no permiten que el menor obtenga un desarrollo integral. Lo ideal en las familias es que los hijos se desarrollen con los progenitores y ellos ejerzan la patria potestad juntos.

Cada vez se hace más común que los padres elijan vivir separados y esto afecta de diferentes maneras al menor, pero si en forma directa a la familia como tal, lo que ocasiona también que uno de los padres deba obtener la patria potestad y la tenencia del menor.

En este caso, el juez evaluará frente a hechos y sugerencias escoger entre los padres, quien tenga mayor madurez psicológica y pueda brindarle mayor estabilidad emocional al menor, El otro padre también tendrá obligaciones de derecho de alimentos y visitas, según lo acuerden.

Si se da el caso que un padre no pueda garantizar el cuidado del menor, ya sea porque no cuenta con tiempo, estabilidad emocional o psicológica para velar por el bienestar del menor. El juez puede cambiar de patria potestad y otorgarla al otro padre o si fuese necesario a un familiar del menor, con la finalidad de garantizar su bienestar. De esta manera, prevalece el principio de interés superior del niño, velando por su desarrollo psíquico y físico para el futuro.

La tenencia del menor puede cambiar, frente a situaciones expuestas, de un padre a otro o familiar, buscando la persona más prolija, garantizando el principio universal que es velar por los derechos del menor.

**Palabras clave:** Interés superior del niño, desarrollo integral, patria potestad, tenencia.

## Abstract

The present research work analyzes the influence of the child's best interest in the custody of the minor in divorce cases in the city of Lima, during the year 2022. Currently, divorce cases have increased exponentially, parents' divorce or separate for different reasons, and the actions of this fall on the children. These consequences do not allow the minor to obtain a comprehensive development in some cases. Ideally, in families, children should develop with both parents and exercise parental authority together. It is becoming more and more common for parents to choose to live separately and this affects the minor in different ways, but directly to the family as such, which also means that one of the parents must obtain parental authority and custody of the child.

In this case, the judge will evaluate against facts and suggestions to choose between the parents who have greater psychological maturity and can provide greater emotional stability to the minor, the other parent will also have obligations of the right to food and visits, as they agree.

If it is the case that a parent cannot guarantee the care of the minor, either because they do not have the time, emotional or psychological stability, to ensure the well-being of the minor. The judge may change parental authority and grant it to the other parent or, if necessary, to a relative of the minor, to guarantee their well-being. In this way, the principle of the best interests of the child prevails, ensuring their mental and physical development for the future.

The possession of the minor can change, in the face of exposed situations, from one parent to another or relative, looking for the most prolific person, guaranteeing the universal principle that is to ensure the rights of the minor.

**Keywords:** Best interest of the child, integral development, parental authority, possession.

## Tabla de Contenidos

Resumen .....	iii
Abstract .....	iv
Tabla de Contenidos .....	v
Introducción .....	1
1: Antecedentes Nacionales e Internacionales .....	2
Antecedentes Internacionales.....	2
Antecedentes Nacionales .....	2
2: Bases Teóricas .....	4
Principio de interés superior del niño. ....	4
Tenencia del menor en caso de divorcio vincular.....	10
Legislación.....	21
Conclusiones .....	22
Aporte de la Investigación .....	23
Recomendaciones.....	24
Referencias Bibliográficas .....	25

## Introducción

Actualmente, la sociedad tiene la necesidad de instituir una serie de disposiciones, leyes y reglamentos que se encarga de garantizar los derechos de los niños y adolescentes. Así también los padres de familia son los encargados de garantizar la seguridad y el respeto de sus derechos del menor, quienes poseen las obligaciones y derechos sobre ellos; solo cuando esto no interviene el Estado que también tiene obligaciones con ellos.

También, hacemos referencia a la definición de patria potestad, la cual hace referencia al deber y representación de los padres hacia los hijos.

Lo ideal en una familia constituida es que los hijos vivan y se desarrollen con los padres, que ellos sean los encargados del niño o adolescente hasta su mayoría de edad, ejerciendo la patria potestad en forma equitativa. Pero, últimamente, este hecho no se está presentando, ya que los casos de divorcios o separaciones se está incrementando. Ello, obliga a cambiar la figura de patria potestad en una figura jurídica llamada “tenencia”, esto obliga a las instituciones encargadas por parte del Estado a tomar una decisión en caso de no llegar a un acuerdo pacífico y otorgar la custodia del menor a uno de los padres.

Para López del Cabril (1999) citado por (Robalino, 2017) menciona que la tenencia consiste en cuidar y proteger al menor que se encuentra bajo su responsabilidad.

En el caso de que uno de los padres del menor no tenga la tenencia de su hijo, se establece un régimen de visitas, según Gustavino ((1976) citado por (Robalino, 2017) señala que es sumamente importante para la salud psíquica y moral del niño que uno de los padres lo resguarde.

El trabajo de investigación demuestra la influencia de Principio de Interés Superior del Niño, en la variación de la tenencia del menor en casos de divorcio.

## **Antecedentes Nacionales e Internacionales**

### **Antecedentes Internacionales**

**Medina** (2017) quien, en su tesis para optar el título profesional de Abogada, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Técnica de Ambato. Llegando a la conclusión que gran la población que se encuestó comparte la idea que las cuotas por alimentos son altas, y pueden ser encaminadas a otra finalidad.

**Ramos** (2018) en su tesis para optar el título profesional de Psicólogo clínico, presentada en la Facultad de Psicólogo clínico de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Además, tuvo como objetivo precisar la relación entre la tenencia compartida en diferentes posturas que se presentan en el contexto actual. Por otro lado, la metodología fue cualitativa con un carácter mixto, se utilizó la técnica de la entrevista individual, además de contar con profesionales clínicos de terapia familiar y con los personajes principales que son los hijos. Para la recolección de datos se utilizó la técnica la que propuso un espacio de cuatro terapeutas familiares y se seleccionó a tres personas que cumplieron el criterio de inclusión. Llegando a la conclusión que la tenencia compartida se encuentra estipulado en los procesos judiciales al momento de una separación entre los padres de familia debido a esta situación cada uno debe cumplir su rol de padre con los hijos.

### **Antecedentes Nacionales**

**Chávez y Chavarría** (2018) en su tesis para optar el título profesional de Abogadas, presentada en la Carrera de Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Llegando así a la conclusión que desde la Protección Integral se menciona el interés superior del niño, niña y adolescente que anhela su

bienestar. Para ello, el desarrollo integral del menor se incentiva de acuerdo al bienestar del niño.

**Mariño** (2018) en su tesis para optar el título profesional de Abogado, titulada, presentada en la Carrera de Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada del Norte. Trujillo - Perú. Además, la metodología fue cuantitativa de tipo no experimental de nivel correlacional. Llegando así a la conclusión que el Principio de Oportunidad en la etapa del delito de Omisión a la Asistencia Familiar influye negativamente en el Principio al Interés Superior del Niño y Adolescente. Asimismo, el autor demostró que el Principio de oportunidad no es prudente, no demuestra eficiencia, ni eficacia, ya que eso perjudica al agraviado realizándose procesos de demora y gastos.



## **Bases Teóricas**

### **Principio de interés superior del niño.**

#### **Definición:**

Según Zermatten (2003) citado por (Chavez & Chevarría, 2018) define que el interés fundamental que se promueve para el menor de edad es un elemento jurídico cuyo objetivo es cuidar su bienestar integral y ello es lo que debe primar en todo proceso.

También Barletta (2005) citado por (Chavez & Chevarría, 2018) señala que El Estado, las instituciones, la sociedad en general deben sopesar el bienestar del niño en toda circunstancia.

#### **Los niños, niñas y adolescentes como grupo vulnerable:**

Se hace referencia a todos los entes encargados que brindan una adecuada protección de los niños en relación a los abusos, maltratos, que han sido víctimas por mucho tiempo. En la jurisprudencia existen todavía muchos vacíos legales, La Corte Internacional señala a los niños sufren de maltratos y abusos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), refiere que, en el 2011, alrededor de 125 mil niños y niñas fallecieron debido a los homicidios relacionados con la violencia que se veían expuestos, se menciona que entre el 80 y 90% de los niños son víctimas de diversos tratos que incluyen castigos, golpes causados por utensilios u objetos pulso cortantes. De igual forma, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señalo que, en el 2010, 358 millones de niños trabajan y 176 millones tienen trabajos peligrosos.

En un informe presentado por Paulo Sergio Pinheir, elaborado por Aguilar (2008) citado por (Mariño, 2018) menciona hay una cifra alta y preocupante de niños que son objeto de maltratos físicos o psicológicos, miles de ellos viven en hogares de refugio y muchos de ellos son olvidados por cubrir los derechos de las instituciones públicas.

Los llamados “niños de la calle” están en situación de abandono que puede ser como consecuencia de un conflicto armado donde son obligados a trasladarse

a otro lugar diferente de su residencia; también se relaciona con las políticas inadecuadas que le privan su derecho básico como es tener derecho de identidad, igual se ven afectados sus derechos de salud, vivienda y alimentación. Otros grupos vulnerables que son los pueblos indígenas, que son niños atendidos por la policía y fuerzas armadas. La vulnerabilidad de estos menores se encuentra ligados a las condiciones de pobreza repercute en aspectos negativos en su proyecto de vida.

Sobre este tema, Giménez (2007) citado por (Mariño, 2018) menciona algunos datos: En varios países del orbe la violencia está relacionada a situaciones de riesgo y pobreza, otros casos derivan de abusos sexuales y adicciones. Mientras que el primero se ve en un ámbito público, el segundo en un ámbito privado.

La jurisprudencia y la doctrina mencionan tres niveles primordiales de la familia, el Estado y la sociedad:

- La familia forma parte de la sociedad y tiene la función de que los padres brinden protección a sus hijos.
- El Estado debe promulgar políticas públicas que protejan al menor y prevalezca sus derechos. También es obligación del Estado prevenir violaciones a sus derechos.
- La sociedad debe contemplar básicamente a garantizar protección a los intereses del niño.

### **Definición de Principio de Interés Superior de Niño:**

Se menciona que es importante que el niño pueda disfrutar de todos sus derechos que ayuden a mejorar su desarrollo tanto físico como emocional, garantizándole seguridad en las autoridades de velar por ellos. La Convención sobre Derechos del niño y del adolescente presenta lo siguiente:

- Se menciona la importancia y significancia que se le da al niño.
- El Estado cuida al niño en todos sus ámbitos y asegura su bienestar; garantizando sus derechos y deberes.

- El Estado se asegurará que toda institución que brinda cuidado y protección al menor cumpla con las normas señaladas por el gobierno de cada país.

Landa (2011) citado por (Mariño, 2018) refiere que es importante que las diversas instituciones tanto públicas como privadas deben velar por el respeto de que se cumplan con el respeto de los derechos hacia los niños.

### **La regulación legal internacional-contexto:**

Se menciona la importancia de los antecedentes legales y son:

- La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924).
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1948.
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948.
- La primera mención a nivel internacional del interés superior del niño, niña y adolescente se produjo en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dada por la Asamblea General de la ONU en 1966.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966.

Las instituciones internacionales coinciden en que los niños, niñas y adolescentes se les debe brindar:

- Un proceso de desarrollo sano y saludable.
- Contar con normas que amparen a familia, la sociedad y el Estado.
- Contar con un ambiente apropiado para su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social.
- Contar con un lugar fijo en el que puedan desarrollar los valores.
- Gozar de amor y comprensión para lograr una evolución personal.

- Respetar el interés superior del niño como baluarte ante toda decisión que los involucre.
- Que se incentive su bienestar.
- Que se toma en cuenta la opinión del menor.
- Que se tome en cuenta cada caso en forma única y personal.

El *Corpus juris* de los derechos de los niños, niñas y adolescentes:

Dado que las diferencias entre un adulto y un niño son reales y obvias, la Corte IDH señala que el corpus Juris es una serie de normas que se relacionan y tienen la finalidad de velar por los derechos humanos en general.

### **La convención de los Derechos del Niño:**

Se realizó unas aclaraciones respecto a tres principios:

- Principio jurídico interpretativo fundamental. – En los casos que existan disposiciones jurídicas con varias interpretaciones. Se tomará en cuenta la que beneficie al menor.
- Derecho. - El menor tiene el derecho que su interés sea prioridad cuando se analiza y sea prioritario cuando se tenga que evaluar antes de llegar a la conclusión final.
- Norma de procedimiento. – Previo a la decisión final se debe evaluar los aspectos positivos y negativos del caso.

En el aspecto legal internacional el niño y adolescente, se define como un sujeto que goza de todos los derechos y necesita un trato especial por el tema de la edad. El artículo 1 de la CDN establece: “[...] se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que se le haya otorgado la mayoría de edad”. En el Perú, en el artículo I del Título Preliminar del CNA señala que desde el momento de su concepción en el vientre de la madre hasta los doce años de edad está considerado como niño y en el adolescente hasta que él o ella cumpla dieciocho años de edad.

Barletta, (2005) citado por (Chavez & Chevarría, 2018) señala que “*el fundamento jurídico entre el niño (a) y adolescente se origina en el Principio de Progresividad, el cual consiste en el otorgamiento paulatino de derechos y*

*obligaciones, según un criterio de edad (capacidad legal) y madurez (capacidad natural)” (p. 56).*

El artículo II del Título Preliminar del mismo código menciona que los niños, niñas y adolescentes que son “[...] sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma”. Para las leyes peruanas se considera niño y adolescente en relación a la edad, señala que niño es considerado hasta los doce años, también considera adolescente hasta los dieciocho. También, señala que tienen derechos y están amparados con un ordenamiento especial.

### **Interés Superior del Niño como fuente de creación judicial**

El Interés Superior del Niño y Adolescente, se ordena en la Ley 30466, creada el 17 de junio del 2016, esta ley guarda relación con el interés del menor teniendo como objetivo delimitar los aspectos legales para poder reconocer los derechos legales del niño.

### **Derecho alimentario**

La ley impone la obligación por diferentes circunstancias, en el artículo 474 del Código Civil (CC), señala que la obligación alimentaria se les concede a personas por relación de parentesco, el aporte de alimentos entre los excónyuges, obedece a un estado indigencia y se considera una obligación, en el artículo 350 del mismo código. También en el artículo 415 del CC señala que la mujer es a quien se le carga la indemnización.

También es importante mencionar a la voluntad, en este punto las personas según la ley establece que se pueda llegar a un acuerdo que regula una cantidad de dinero u otro bien, en un tiempo determinado para salvaguardar el sustento del menor.

Características del derecho alimentario y de la pensión de alimentos:

- La intransmisibilidad. – Según señala el artículo 1210 del Código Civil, da fe del carácter inalienable del derecho de alimentos, también señala que el beneficiario no podrá otorgar este beneficio a

terceros; de la misma forma este derecho no podrá ser embargado de acuerdo al artículo 648, inciso 7 del Código Procesal Civil.

- La irrenunciabilidad. - Índice este derecho a los alimentos, no el cobro de las pensiones ya devengadas.
- La intransmisibilidad. - Menciona que es un derecho personal con contenido patrimonial, que el beneficiario está en su derecho de solicitarlo.
- La incomprensibilidad. - Se refiere al derecho de pedir alimentos y a las pensiones alimenticias. Cuando fallece el beneficiario o el alimentista este derecho y deber desaparece.

### **El interés superior del niño en las familias ensambladas**

Para Herrera (2015) citado por (Zapata, 2017) se interpreta como la importancia que se tiene con respeto a la relaciona de poder garantizar la debida motivación de sus derechos del niño y la protección de ellos. Se puede interpretar que las diversas instituciones tanto publicas como privadas tengan la finalidad de poder darle seguridad y calidad de vida a cada niño.

Herrera menciona que hay tres funciones que involúcrele interés superior del niño lo cual hace referencia al derecho que se le otora al menor. Además, cuando menciona el derecho del niño el cual debe ser garantizado cuando se toma una decisión en torno a un problema que afecta directamente al niño. Es un principio porque es interpretativo debido a que se da una interpretación que busca satisfacer una necesidad del niño en la forma más óptima para él o ellos. Por último, es un procedimiento porque cuando se toma una decisión que afecta al niño, se debe seguir un procedimiento donde incluya criterios a las posibles repercusiones que afectaría al niño.

En el Comité de los derechos del Niño (2013), en el n. 14, afirma que: “el objetivo principal es brindar garantías sobre que cada menor pueda disfrutar y hacer velar sus derechos en la sociedad.

Ocurre un hecho en las familias ensambladas, los niños que forman parte de esta familia no cuentan con los mismos derechos; ya que, según la normativa

con los padres afines, no estipula este tema y se observa un vacío legal y están en un desamparo legal.

La Convención de los derechos del niño (1990) estipula a la familia como eje principal y lugar especial para que el niño pueda crecer y desarrollarse de la mejor manera, recibiendo los cuidados y atenciones que necesita para ello. Por ello, la familia debe recibir del Estado y la sociedad todo el amparo posible para cumplir con ello.

Hay diversos casos donde los menores no cuentan con el apoyo y reconocimiento que necesitan, ya que, no está regulado totalmente este aspecto en la ley.

En este aspecto es contradictorio ya que el Estado peruano forma parte de todos los organismos internacionales y no solo debe proteger a los menores que forman parte de una llamada “familia tradicional”, sino también a los menores que se encuentran dentro de una llamada “familia ensamblada”.

## **Tenencia del menor en caso de divorcio vincular**

### **El parentesco**

Para Muro (2010) citado por (Zapata, 2017) entiende por parentesco a una relación que se da entre los miembros de una familia; mientras que parentesco se da por afinidad, afiliación o consanguineidad.

El parentesco provoca consecuencias diversas. La más importante es la civil, los cuales son las relacionadas a la relación del niño.

Según Muro (2010) citado por (Zapata, 2017) establece que el parentesco natural existe a través de lazos de sangre y el parentesco legal se lleva a cabo a través por matrimonio o adopción. Existe otro parentesco religioso, pero para casos jurídicos no tiene relación.

Para Zannoni (2006) citado por (Zapata, 2017) señala que “la existencia de las relaciones jurídicas se da por el vínculo de consanguinidad o afinidad la cual determina el parentesco”. (p.35). Señala que existe una relación jurídica entre personas, sea por lazo consanguíneo o afines.

Se conoce que la familia es un conjunto de individuos que están relacionadas por un vínculo de sangre, quiere decir, poseen la misma sangre; además de ello, desarrollan relaciones efectivas positivas.

La finalidad más importante en el parentesco es brindarles elementos jurídicos a los miembros de la familia. También, otorgarle los elementos necesarios a los padres e hijos para defender sus derechos y deberes.

Establece Zannoni (2006) citado por (Zapata, 2017) “que en años atrás en Roma referían que la familia solo tenía como jefe o a la persona que solo debían respeto era al padre de familia” (p. 35). Nos relata que en la historia romana la familia se mostraba como una relación de sumisión entre ellos, principalmente, ante el padre que ejercía sus derechos ante los demás. Con el paso del tiempo, esta primacía se le otorgó al Estado y aparece el parentesco por lazos familiares.

### **Parentesco por consanguinidad**

Según Muro (2010) citado por (Zapata, 2017) señala que se forma con aquellas personas que surgen de un solo tronco.

Explica que los parientes consanguíneos son aquellos que son portadores de la misma línea de sangre; en casos de hermanos nacidos entre la relación matrimonial de los padres se llama “doble” y en caso que son de uno de los padres se llaman “hermanos”. Los “hermanos carnales” son hermanos de ambos padres y los que son de un solo padre se llama “medio hermano”. Luego, hay hermanos “uterinos” y “consanguíneos”.

En el caso de matrimonio se forma “consanguinidad matrimonial” y “consanguinidad no matrimonial” cuando está fuera del matrimonio. El parentesco es una relación muy extensa y diversa.

Muro (2010) citado por (Zapata, 2017) explica que el tronco es la persona inicial del grupo de las que descienden los demás, es el padre. En la línea descienden todos los demás y el grado es la relación de dos parientes. Hay también parentesco consanguíneo de línea recta y de línea colateral.

#### **Línea recta**



Muro (2010) citado por (Zapata, 2017) establece “que cuando existe la línea recta abarca a los padres, bisabuelos y en el caso de la línea recta abarca a los hijos, nietos, bisnietos, etc. (p. 36)

Zannoni (2006) citado por (Zapata, 2017) refiere que la separación entre ambas es debido a críticas pero que vendrían a ser lo mismo (p. 36)

□ **Línea colateral**

Muro (2010) citado por (Zapata, 2017) menciona que a este tipo de línea también se le conoce como transversal u oblicua. En la línea colateral desciende todos de un tronco en común.

### **Parentesco por afinidad**

Para Aliaga y Alvarado (2010) citado por (Zapata, 2017) infieren que el parentesco tiene sus orígenes en la ley y controla las relaciones entre aquellas personas que no tienen vínculo de sangre. En el artículo 237° del C.C. se señala que el parentesco por afinidad tiene como inicio el matrimonio y a partir de ahí cada uno de los esposos se relaciona con los parientes de su consorte.

En relación a este tipo de unión, se menciona que los parientes de sangre del cónyuge poseen las mismas condiciones y lazo consanguíneo con el mismo grado y afinidad que el de consanguinidad. El parentesco por afinidad no otorga derechos hereditarios ni alimentarios.

Además, se hace referencia que el parentesco da como consecuencia a los diversos problemas que se manifiestan en el matrimonio. Pero, no señala los derechos y deberes de los parientes de los cónyuges en relación con los parientes del otro cónyuge.

Por otro lado, los hijos nacidos dentro del matrimonio no se señala derechos y obligaciones a favor de ellos y esto sería un vacío legal, porque se generan conflictos y rupturas familiares en cuanto al rol de un padre

afín, en muchos casos se socaba la autoridad del padre o madre afín en una familia ensamblada.

Gallegos y Jara (2008) citado por (Zapata, 2017) señalan que cuando hay una relación entre el cónyuge y los parientes de su cónyuge y viceversa. Esta relación es entendida como matrimonial ya que se va a ver una relación más cercana entre toda la familia.

Con el matrimonio se forma una relación entre los esposos y sus parientes, quiere decir, que los parientes del esposo o esposa serán afines en línea recta o colateral hasta el décimo grado, también los hijos de uno de los cónyuges serán relacionados al segundo matrimonio. A partir de ello serán llamados padrastros o madrastras.

Esta relación señala líneas y grados de igual forma que el consanguíneo.

### **Extinción del parentesco por afinidad**

Aliaga y Alvarado (2010) citado por (Zapata, 2017) indica que si existe afinidad por matrimonio en este punto, cuando ocurra un divorcio esta afinidad se disuelve en forma ulterior.

En el artículo 237° del C.C. se presenta dos situaciones que a pesar que exista un divorcio, todavía se mantiene el parentesco por afinidad en línea recta. La relación por afinidad se mantendrá en relación al segundo grado de línea colateral, hasta que el ex cónyuge tenga vida.

El lazo por afinidad nace con el matrimonio, aun así, no concluye con él, a pesar que no tengan hijos en común. Solo en ciertos casos que son analizados por el poder judicial, donde terminado el matrimonio se disuelve el parentesco.

En casos de matrimonio en segundas nupcias, existen algunos efectos que se mantienen aún terminado el matrimonio, esto no contempla los hijos afines, sino se refiere a los padres afines en cuanto a sus obligaciones que se mantienen a pesar de estar disuelto el enlace.

Ante esto existe un vacío legal, porque el padre es el encargado de la toma decisiones y cumple obligaciones como un padre biológico; y luego con la culminación del matrimonio no debe recortarse sus derechos y lazos

sentimentales que formaron entre hijos y padres afines, en el tiempo que fueron parte de su desarrollo integral y ofrecieron todos los medios para lograrlo.

En este punto, el vínculo entre los padres e hijos en casos de familias ensambladas deben conseguir un punto de equilibrio, ya que se desarrollaron relaciones de afectos entre los miembros de la familia. Estas relaciones son muy parecidas a las relaciones que se forman y desarrollan en las familias tradicionales; lo que dificulta este tema es la indeterminación del rol que cada uno frente a la ley.

Estos lazos son tan complejos y profundos como los que se forman en otro tipo de familia. Este proceso de adaptación no es sencillo de asumir, pero es sumamente necesario que cada persona conozca su rol, derechos y deberes. De la misma manera es adecuado que el padre o madre afín, no intervenga en las decisiones de los padres biológicos a pesar que no vivan con él o ella, para no crear conflictos entre ellos y los hijos y darle al padre o madre biológica una participación en el desarrollo de su hijo o hija.

Grossman (2007) citado por (Zapata, 2017) explica que un elemento muy importante para una buena relación en este tipo de familia, depende de la ausencia o presencia del padre biológico, ya que es sabido que el desarrollo del niño dependerá del nuevo cónyuge, si el padre biológico ha fallecido o no tiene interés en sus hijos. En el caso que el progenitor biológico vive, la madre o padre a fin cumple una relación de acompañamiento en el desarrollo integral del menor.

El progenitor a fin presenta una situación peculiar dentro de la nueva familia estructurada, porque no se ha establecido normas que lo respalden legalmente. Lo que se espera es que la nueva pareja respalda al progenitor y viceversa y ambos opten por las mejores condiciones de convivencia para la familia.

### **Definición**

Se menciona que el vínculo entre la tenencia y la existencia de la patria potestad donde contempla los derechos de los padres e hijos. En ello, prima el derecho del hijo a vivir con sus padres.

Varsi (2012) citado por (Chavez & Chevarría, 2018) señala que la tenencia nace de la existencia de la patria potestad.

### **Derechos y deberes de la tenencia.**

Cuando el padre o la madre estén divorciados pueden tener la patria potestad uno de ellos o de no poder hacerlo, puede darse a terceros, en ese caso se llamará “tutor”. La tenencia puede darse en dos formas:

- Cuando los padres están separados, la tenencia se realiza por mutuo acuerdo, considerando la opinión de él o ella.
- Si no hay un acuerdo quien está encargado de la decisión es el Juez especializado sin perjuicio del menor y tomará las medidas que considere prudente. Según sea caso, el juez entrega la tenencia a uno de ellos, pensando siempre en el futuro del menor.

### **Características:**

- Es personalísima. - Es un derecho vital en el que se otorga la patria potestad a los abuelos o familiares directos son muchos. Si los abuelos demandan la tenencia de los nietos puede solicitar que se le asigne ser tutor del menor. También el juez considera todo lo necesario para que el niño pueda estar en un ambiente saludable, antes de resolver porque esas condiciones son importantes para salvaguardar la estabilidad del menor.

En el “[...] artículo VI del título preliminar del Código Civil, menciona el legítimo interés económico o moral. El interés moral está dirigido al agente a su familia, en este caso si fuese necesario la tenencia del menor se le puede otorgar el cuidado a los abuelos, quienes moralmente pueden velar por su interés.

Puede ser ejercida de manera conjunta, exclusiva o compartida.  
- Consiste en: tenencia otorgada a uno de los padres y la tenencia compartida. Según Zuta (2011) citado por (Chavez & Chevarría, 2018) en este aspecto el juez es el indicado en analizar muchos aspectos antes de entregar la tenencia compartida, algunos de estos

aspectos son: la edad del menor, la forma de vida de los hogares, el trabajo de los padres para analizar el sustento económico y un análisis psicológico de ambos.

- Es variable. - Después que se ha otorgado la tenencia a uno de los padres o ambos, pero después de eso si hay variaciones mediante un proceso judicial. La variación de la tenencia puede ser solicitada por uno de los padres siempre y cuando se compruebe en un proceso judicial.
- Puede ser modificada. - Este es un nuevo proceso y puede hacerse después de 6 meses, pero en el caso de que el menor se encuentre en riesgo se puede hacer en un periodo menor.
- Escucha la opinión de los hijos. - Para decidir qué padre o tutor debe tener la tenencia del menor, el juez debe escuchar el menor y tomarlo en cuenta para su decisión final, y explicará ello si es necesario.

### **La patria potestad en el Perú**

El código civil de 1984 señala que, en relación a la patria potestad, los progenitores son las personas que se encargan del cuidado de sus hijos.

Cornejo (1987) citado por (Zapata, 2017) al referirse sobre la patria potestad establece que “el menor no se encuentra en la capacidad de velar por sí mismo por eso es necesario la ayuda de uno de los padres hasta cumplir la mayoría de edad” (p. 40).

En la patria potestad mencionan que los padres con el criterio de haber sido los causantes de la procreación o la adopción de sus hijos sin diferencia de edad, siempre y cuando estén discapacitados. En el marco de la patria potestad desde que nace hasta que cumple la mayoría de edad.

Para las normas peruanas no se relaciona a un derecho subjetivo sino uno real que los padres deben llevar a cabo, ellos tienen la defensa del interés menor a externos. Este derecho es intransmisible, irrenunciable e imprescriptible.

Roda (2014) citado por (Zapata, 2017) analiza que los padres pueden dejar sin efecto alguna decisión pública para proteger sus derechos del menor. Frente a esta definición el padre o la madre puede, si desea hacerlo, oponerse a las

decisiones de personas relacionadas al gobierno, que pueden dañar el interés del menor. En caso de una separación, la madre puede otorgarle al padre la tenencia del menor solo hay motivos importantes que velen por el bienestar del niño.

El derecho a la patria potestad se relaciona con una comunicación efectiva donde se realiza, respeto y cariño en el entorno familiar. En el caso que el padre, en el caso que sea una familia ensamblada, si el progenitor ofrece alimentos, también tiene derecho y obligación a la patria potestad o tomar alguna decisión siempre y cuando no afecte a los intereses del menor y pueda beneficiarlo en el proceso de su desarrollo.

Para Díez (citado por Roda, 2014) citado por (Zapata, 2017) señala que una de las obligaciones de los padres es cubrir las necesidades de los hijos brindándole un ambiente sano y adecuado para su bienestar y tranquilidad. Quiere decir, que los padres, frente a la patria potestad, es ofrecer un ambiente sano y positivo del niño, relacionándolo con todos.

Diez también menciona que los menores deben ser escuchados, respetar su opinión y darles el valor a sus palabras y expresiones. Regularmente en las familias ensambladas la opinión y deseo del menor de mantener una relación con el padre.

### **La tenencia en el Perú**

Según Garay (2009) citada por (Zapata, 2017) manifiesta que la tenencia compartida no tiene mucho fundamento ya que el menor necesita un lugar estable para poder vivir tranquilo y seguro. Esto asegura una correcta relación entre los padres y el menor si existiera un conflicto conyugal; pero cuando los padres concilian en un rol de visitas. Los padres son los más adecuados para tomar decisiones en beneficio del menor y si no se llega a un acuerdo se debe acudir a las autoridades competentes para la solución del caso.

La tenencia compartida otorga el beneficio de que los padres puedan decidir lo mejor para sus hijos de forma equitativa por su bienestar. Con ello se consigue tomen decisiones en relación al menor en caso de una separación o ruptura matrimonial.

Esta figura legal es positiva para los hijos, cuando se produce un divorcio. Para los padres afines, cuando se produce un divorcio los resultados negativos para los hijos que nacieron en ese grupo familiar es más difícil, ya que los hijos forman un vínculo con el padre afín con quien compartió un largo tiempo.

En algunos casos el padre biológico se muestra desinteresado en el menor y el padre afín toma este rol y cumple con todos los deberes que ello implica. En esos casos puede el padre afín compartir una tenencia con la madre, pero se debe comprobar esta relación de afectos, buscando el interés superior del niño.

Ramos (2006) citado por (Zapata, 2017) señala que en algunas ocasiones la convivencia con la nueva pareja y los hijos pueden llevarse a cabo con mayor dinamismo y afectividad, especialmente si son pequeños y el padre biológico no está presente para ellos. En resumen, si el padre afín asumió la obligación de cuidar a un menor, es muy probable que el juez analice la posibilidad de aceptar una tenencia compartida, luego de un divorcio entre los padres. También, es aconsejable escuchar su opinión.

En el Perú, el proceso de divorcio es un problema que afecta a toda la familia de manera considerable, más aún cuando son familias ensambladas, porque los integrantes de esta familia vienen de otros grupos familiares con experiencias diferentes y arrastran sus experiencias negativas. En este punto, incluir al padre afín en la tenencia del menor es positivo, ya que se observa su interés.

El objetivo de este punto es que el menor cuente con la comunicación y preocupación de ambos padres. Por ello, ofrecerle al hijo afín la posibilidad de seguir contando con una figura paterna quien lo apoyó en su desarrollo es parte de los temas a tratar en nuestra legislación.

Con la ley 29269 se llevaron a cabo cambios al Código de Niños y Adolescentes, ofreciendo a los padres a tomar decisiones y realizar la tenencia compartida de mutuo acuerdo, en alguno de los padres.

### **El derecho de los niños a ser cuidados por sus padres**

Garay (2009) citado por (Zapata, 2017) afirma que “es fundamental que los niños cuenten con toda la atención de los padres de poder entablar una

relación cercana con los hijos y brindarles los cuidados necesarios” (p. 49). Además, el derecho de los niños es vivir con sus padres, por ello, es deber del Estado buscar las herramientas que lleven a cabo esta tarea. Solo en el caso de divorcio se rompe este derecho.

En la Convención de los Derechos del Niño, art. 1, señala que la edad del niño es menos de 18 años, y esto solo limitado por la edad, pero no por todos los derechos internacionales que posee cada ser humano. Así mismo, la categoría de niño está relacionado al menor que tenga menos de 12 años y adolescente desde los 12 años hasta los 18 años.

También se señala que en el artículo 7, refiere que los deberes de los padres hacia sus hijos. Menciona de igual manera, que los niños no se verán separados de ellos en contra de su voluntad.

En el artículo 18°, menciona que la obligación del cuidado de los menores es igual para los dos padres, para buscar su desarrollo integral.

Garay (2009) citado por (Zapata, 2017) establece que “este derecho abarca la preocupación de ambos padres por igual y que cada uno de ellos se haga cargo de los gastos de los hijos” (p. 50). Para Garay el apoyo económico de uno de los padres no lo exime de otros deberes ante su hijo o hijos, ya que se busca el bienestar general del menor.

Los deberes y derechos de los padres a los menores son compartidos e iguales entre ellos. Solo existe una excepción que es la dificultad de los padres de vivir juntos y seguir compartiendo sus obligaciones.

Placido (2008) citado por (Zapata, 2017) refiere “que la Convención sobre los Derechos del Niño que el otorgar la patria potestad a uno de los padres no hace que el otro no cumpla con sus responsabilidades establecidas por la ley” (p. 50). En este punto, el padre deberá continuar con todos los deberes y derechos en resguardo de su menor hijo, la diferencia es que no viven juntos pero los demás aspectos siguen iguales.

La tenencia ya sea al padre o a la madre no genera menos responsabilidades por el padre que no tiene la tenencia, de igual manera seguirá siendo parte importante del desarrollo integral de su menor hijo. Quiere decir,



que ambos padres seguirán ofreciendo el mejor bienestar posible a su menor hijo.

El artículo 9° señala que el Estado debe cuidar que la relación de padres e hijos a pesar que no vivan juntos no se debiliten, si la separación de los padres es inevitable no debe hacerlo entre los padres e hijos.

También, señala que los padres que no tienen la tenencia del menor deben continuar con el mismo contacto directo entre ellos. Solo en caso que esta relación ocasione problemas al menor se debe limitar.

El artículo 18° señala que ambos padres deben continuar con sus obligaciones y las actividades que velen por el bienestar de su hijo para su formación integral.

### **El derecho a la opinión de los niños y adolescentes dentro de un proceso de tenencia**

Garay (2009) citado por (Zapata, 2017) señala que el menor tiene la posibilidad de opinar en el proceso si el juez lo considera necesario para velar por su desarrollo integral.

En el Perú, el Estado, no siempre cumple con sus funciones como proteger los derechos del niño y adolescente, esto ocurre con mucha frecuencia afectando a los derechos del niño.

Según Garay (2009) citado por (Zapata, 2017) afirma que los niños pequeños son utilizados como instrumentos de sus padres cuando se trata de temas legales. Aquí nos señala que, para los padres frente a un proceso legal, lo más importante es ganar una victoria en el proceso sobre el otro padre, más que velar por los derechos de sus hijos en cuanto a alimentos, tenencia y visitas.

### **Criterios que el juez puede tomar en cuenta al momento de otorgar la tenencia**

Se menciona que el juez debe tomar una decisión de tenencia y otorgarla a uno de los padres, se ve en un dilema moral y percibe todos los problemas que vive la familia en torno a ello; para ello, en el artículo 84 del CNA se menciona algunos criterios para que el juez considere:

- El hijo vivirá con el padre que pasó más tiempo de su vida, si no existen problemas desfavorables en ello.
- El hijo menor de tres años vivirá con la madre.
- En el caso, del padre que no tenga la custodia, deberá indicarle un régimen de visitas con el menor.

### **Legislación**

- Constitución Peruana del Perú 1993.
- Resolución legislativa N. 25278, 4 agosto de 1990.
- Decreto Ley N. 26102, 29 de diciembre de 1992.
- Ley N. 27337, 7 de agosto del 2000.
- Plan Nacional de Acción por la Infancia y a Adolescencia 2012-2021.
- Ley N.30466, 17 de junio del 2016

## Conclusiones

- Primera: La aplicación del Principio de Interés Superior del Niño influye significativamente en la tenencia del menor en casos de divorcio vincular. Por cuanto los padres son los principales responsables, de que las autoridades judiciales que toman las decisiones en el conflicto de ellos, afecten su estado emocional de algún modo, trayendo consigo otras consecuencias, porque la situación trasciende del núcleo familiar.
- Segunda: La aplicación del principio garantista del Interés Superior del Niño influye significativamente en la tenencia del menor en casos de divorcio vincular. Estamos refiriéndonos al conflicto emergente debido a los escenarios complejos que judicializan y que tienen su origen en nuestro país; donde debe primar la aplicación del principio de interés superior del niño, que debe estar sustentado de contenido por el órgano jurisdiccional al cual ha sido sometido para decisión.
- Tercera: La norma de interpretación del Interés Superior del Niño influye significativamente en la tenencia del menor en casos de divorcio vincular. Debemos priorizar que el Principio de Interés Superior del Niño, conforma un principio de interés internacional que busca en esencia la protección de los menores, bajo la aplicación de una normatividad que impone la obligación de tomar en cuenta la tutela y su bienestar como una base, a fin de proteger el bienestar Psicológico/psíquico del niño
- Cuarta: La directriz política del Interés Superior del Niño influye significativamente en la tenencia del menor en casos de divorcio vincular. Determinándose la inexistencia de una norma precisa que señale alcances más detallados sobre la forma de cómo resolver este conflicto, al dejarse en completa libertad a la autoridad judicial para emitir y resolver sobre los familiares, días y horas que pueden ejercer la tenencia del menor.

### **Aporte de la Investigación**

Para que la regulación se encuentre adecuada a la Doctrina de la Protección Integral se propone que los siguientes artículos sean modificados desde la perspectiva de los niños, niñas y adolescentes, tal como se propone a continuación:

Primera: El artículo 418 del CC: “refiere que la patria potestad es el vínculo entre padres e hijos que abarca los deberes y derechos mutuos. Además, corresponden a los padres de poder otorgar un beneficio para el desarrollo de sus hijos.

Segunda: Por otro lado, se hace referencia al artículo 81 del CNA señala que en el “Artículo 81-Tenencia. - es el derecho del hijo a convivir con el padre que pueda mejorar su desarrollo integral y en la medida que no se afecte su bienestar emocional.

Tercera: El artículo 422 del CC: “En todo caso, los hijos, así como el padre que no ejerza su tenencia, tienen derecho a seguir manteniendo el vínculo de relación cercana entre ellos”.

Cuarta: El artículo 88 del CNA menciona que en el: “Artículo 88.- Las visitas- Se establece que el régimen de visitas es el derecho del hijo a mantener contacto y comunicación con el padre que no ejerce su tenencia a fin de fortalecer el vínculo paterno filial entre ellos. Asimismo, los padres que no ejerzan la tenencia, tienen la obligación de poder establecer un vínculo cercano con los hijos.

## Recomendaciones

Primera: El apoyo de instituciones públicas y privadas es muy valioso para rescatar mayores opiniones y contrarrestar realidades de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país. Si contamos con mayor número de entrevistados analizaremos mayores casos, lo que nos servirá para conocer mejor nuestra sociedad y plasmar medidas que ayuden a la mayoría, especialmente a las familias.

Segunda: Cuando los Jueces invoquen el Interés Superior del Niño, no solo tengan en cuenta las normas internacionales y constitucionales, sino que las mismas hayan sido llevadas a la práctica jurisdiccional, a fin de que no quede en aparente cumplimiento del formalismo legal; sino que emerjan del estudio minucioso del caso, a fin de que las resoluciones finales resulten más interesantes y permitan conocer mejor la realidad de cada uno.

Tercera: Las autoridades responsables deberían implementar espacios físicos para albergar a los niños y adolescentes que sufren de este tipo de problemas, para asegurar su bienestar físico y psicológico. Y contar con los profesionales adecuados para su labor en ese lugar.

Cuarta: Las autoridades responsables deben proponer normas precisas como días y horas para ejercer la tenencia del menor y no dejar en completa libertad a la autoridad de proponerlos.

## Referencias Bibliográficas

- Acosta, S. K. (2012). *La Constitución de la República del Ecuador y la presunción de inocencia*.  
Obtenido de Repositorio de la Univesidad Técnica de Babahoyo:  
<http://dspace.utb.edu.ec/bitstream/handle/49000/1019/T-UTB-FCJSE-JURISP-000134.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Baabativa, L. S., & Higuera, Z. S. (2014). *Revisión documental de factores criminológicos asociados al feminicidio en casos de violencia intrafamiliar*. Obtenido de Repositorio de la Fundación Universitaria los Libertadores .
- Castillo, A. J. (2017). *Comentarios a la Nueva Ley de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*. Lima: Jurista.
- Centro de la mujer peruana Flora Tristán. (Octubre de 2005). *La violencia contra la mujer: Feminicidio en el Perú*. Obtenido de Centro de la mujer peruana Flora Tristán:  
<http://www.flora.org.pe/pdfs/Feminicidio.pdf>
- Diario Correo. (7 de Febrero de 2019). A sólo 36 días de 2019 Junín ya registra 3 víctimas de feminicidio. págs. 8-9. Obtenido de  
<https://diariocorreo.pe/edicion/huancayo/solo-36-dias- de-2019-y-junin-ya-registra-3-victimas-de-feminicidio-869135/>
- Echeverri-Vera, J. A. (2010). *La prisionalización, sus efectos psicológicos y su evaluación*. Obtenido de Pensando Psicología, 6(11).
- Gestión. (22 de Abril de 2019). *Fiscalía sobre detención preliminar y preventiva: “No son abusivas”*.  
Obtenido de <https://gestion.pe/peru/politica/ministerio-publico-detencion-preliminar- prision-preventiva-son-abusivas-nndc-264846-noticia/?ref=gesr>
- Humanos, C. I. (2016). *Guía Práctica para reducir la prisión preventiva*. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>
- Proetica. (2019). *Capítulo peruano de Transparency International*. Obtenido de <https://www.proetica.org.pe/casos-emblematicos/caso-lava-jato/>
- pueblo, D. d. (2018). *Retos del sistema penitenciario Peruano: un diagnóstico de la realidad carcelaria de mujeres y varones*. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Retos-del-sistema-penitenciario.pdf>
- Soto, E. (8 de Abril de 2020). *Alcances sobre la prisión preventiva en el Perú* . Obtenido de Pólemos : <https://polemos.pe/alcances-sobre-la-prision-preventiva-en-el-peru-instrumento-procesal-o- medida-politico-criminal/>
- Valdez, Y. E. (2013). *Cuestiones respecto a la prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia en el N.C.P.P*. Obtenido de Revista de actualidad jurídica "La tribuna del abogado".