

UNIVERSIDAD PERUANA LAS AMERICAS



ESCUELA DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACION

**LA APLICACIÓN DEL ART. 82° (VARIACION DE TENENCIA) EN
SALVAGUARDA DEL MENOR ANTE EL DESAMPARO DEL PROGENITOR A
QUIEN SE LE CONCEDIO LA CUSTODIA, LIMA 2019**

PARA OPTAR EL GRADO DE BACHILLER EN DERECHO

AUTOR:

OSCAR JERONIMO OCON ALVIZ

ASESOR:

LUIS BELTRAN CONCEPCION PASTOR

LINEA DE INVESTIGACION: DERECHO CIVIL - DERECHO DE FAMILIA

LIMA PERU

NOVIEMBRE 2019

1. Agradecimiento

El presente proyecto me gustaría agradecer a Dios por bendecirnos y por habernos ayudado a lograr nuestros objetivos, porque hizo realidad mi sueño anhelado.

Agradezco a mi casa de estudios por brindarme la oportunidad de ser un profesional de bien, y a todas aquellas que me brindaron su apoyo para lograr mis metas.

Dedicatoria

Dedico el presente proyecto a Dios por su bendición y por haberme ayudado a lograr mi sueño anhelado.

Dedico a mi universidad por brindarme la oportunidad de ser un profesional de bien, y a todas aquellas que me brindaron su apoyo para lograr mis metas.

Resumen (palabras clave)

Mediante el presente trabajo, denominado “Aplicación del Art. 82° (Variación de tenencia) en salvaguarda del menor, ante el desamparo del progenitor a quien se le concedió la custodia, Lima 2019”.

En la actualidad, lamentablemente se ha vuelto habitual que ante la separación de una pareja y en consecuencia el divorcio, los hijos queden al medio en la disputa de la tenencia. Esta razón nos lleva e impulsa a desarrollar un artículo sobre una problemática actual en las familias peruanas.

Es necesario precisar, que el derecho de tenencia sobre los hijos, lo tienen ambos padres. Sin embargo, puede conciliarse u ordenarse por un juez que solo uno de los padres tenga la tenencia.

Pero existen casos que el padre al que se le concedió la custodia, incurre en hechos de incumplimiento sobre la protección del menor, exponiéndolo al peligro en contra de su vida y o salud, violentando el interés superior del niño.

Es importante detallar que el padre a quien se le negó la custodia puede acceder a accionar una demanda de **variación de tenencia**, con ello garantizar la protección y el desarrollo normal del niño y adolescente.

Cabe mencionar que la figura **de variación de tenencia**, se encuentra prescrita en el artículo 82° del código de niños y adolescentes.

Se utilizó para analizar, las resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional, así también se procedió a entrevistar a jueces, fiscales, docentes especializados en Derecho de Familia y psicólogos.

La investigación aplicó básicamente los métodos deductivo y descriptivo de las variables. Así como Hipotético-Deductivo, porque nos permite verificar la hipótesis.

Podemos concluir que la información recogida corrobora que el principio del interés del niño representa el espíritu de la doctrina de la protección integral; siendo reconocido el niño como sujeto de derecho otorgándole protección especial por su condición de ser humano en desarrollo.

El presente proyecto constará de resumen, realidad problemática, objetivos, justificación, antecedentes, donde hacemos un análisis de otras investigaciones realizadas acerca del tema. Marco teórico donde hacemos la fundamentación científica, técnica o humanística, Metodología, Conclusiones y recomendaciones de la investigación.

Palabra clave: Norma, Variación de Tenencia, Artículo, Derecho.

Abstract (keywords)

Through this work, called "Application of Art. 82 ° (Variation of tenure) in safeguard of the child, before the abandonment of the parent to whom custody was granted, Lima 2019".

At present, unfortunately it has become habitual that before the separation of a couple and consequently the divorce, the children remain in the middle in the tenure dispute. This reason leads us and encourages us to develop an article about a current problem in Peruvian families.

It is necessary to specify that the right of tenure over the children both parents have. However, it can be reconciled or ordered by a judge that only one parent has tenure.

But there are cases that the father who was granted custody incurs acts of breach of the child's protection, exposing him to danger against his life and health, violating the best interests of the child.

It is important to detail that the father who was denied custody can access a demand for variation of tenure, thereby protecting and normal development of the child and adolescent.

It should be specified that the figure of tenure variation is prescribed in article 82 of the code of children and adolescents.

The resolutions issued by the Supreme Court of Justice, the Constitutional Court were considered to analyze the judges, prosecutors, teachers specialized in Family Law and psychologists.

The applied research modified the deductive and descriptive methods of the variables. As well as Hypothetical-Deductive, because it allows us to verify the hypotheses.

We can conclude that the information collected corroborates that the principle of the child's interest represents the spirit of the doctrine of integral protection; the child being recognized as a subject of law by granting special protection for his condition as a developing human being.

The present constant project of summary, problematic reality, objectives, justification, background, where we make an analysis of other investigations carried out on the subject. Theoretical framework where we make the scientific, technical or humanistic foundation, Methodology, Conclusions and research recommendations.

Keyword: Standard, Variation of Tenure, Article, Right

Tabla de Contenidos

Agradecimiento.....	II
Dedicatoria.....	III
Resumen (palabras clave).....	IV
Abstract (keywords)	VI
Tabla de Contenidos	VIII
Introduccion.....	1
1. Problema de la Investigación	3
1.1 Descripción de la Realidad Problemática	3
1.2 Planteamiento del Problema.....	8
1.2.1 Problema general.	8
1.2.2 Problemas específicos.	8
1.3 Objetivos de la Investigación	8
1.3.1 Objetivo general.	8
1.3.2 Objetivos específicos.....	9
1.4. Justificación e Importancia de la Investigación.....	9
2. Marco Teórico	10
2.1 Antecedentes	10
2.1.1 Internacionales.	10
2.1.2 Nacionales.....	12

2.2 Bases Teóricas	14
2.3 Definición de Términos Básicos	23
3. Metodología de la Investigacion	24
3.1 Enfoque de la investigacion	24
3.2 Variables	24
3.2.1 Variable independiente	24
3.2.2 Variable dependiente	24
3.3 Hipótesis	25
3.3.1 Hipótesis General	25
3.3.2 Hipótesis Especificas	25
3.4 Tipos de Investigación	25
3.5 Diseño de investigación	25
3.6 Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos	26
3.6.1 Técnica	26
3.6.2 Instrumentos	26
4. Conclusiones	28
5. Recomendaciones	30
6. Aporte Científico o Socio cultural de la investigación	31
7. Referencias Web	34

Introducción

Dentro de los casos de derecho de familia, es común para nosotros en el campo del derecho, ver casos sobre temas de divorcios y ello implica que si dentro del matrimonio producto de la unión hayan procreado hijos, se les tenga que conceder la tenencia a uno de los progenitores, generalmente es de común acuerdo y tomando en cuenta del parecer del niño o adolescente, en otros casos cuando no hay acuerdo, la tenencia lo resuelve un juez especializado tomando en cuenta siempre el interés superior del niño, niña o adolescente.

Y es allí que se presentan casos donde el progenitor a quien no se le concedió la custodia del menor, acusa al que goza con la tenencia de no cumplir con los cuidados necesarios y tener al niño o niña en total desamparo; procede con una demanda de variación de tenencia.

El propósito del presente trabajo de investigación es analizar de qué forma incide la aplicación del art.82° (variación de la tenencia) ante el abandono del menor por el progenitor a quien se le concedió la custodia, ya que se dan muchos casos en los cuales el padre que tiene la tenencia, es decir a quien se le confió el cuidado del niño, no está cumpliendo con esa responsabilidad encargada y si el progenitor que no obtuvo la tenencia de los hijos podrá recurrir a los órganos jurisdiccionales y demandar la variación de la tenencia en caso se compruebe la existencia de esta desprotección del niño, niña o adolescente. Sobre esto me permito a realizar un cuestionamiento, si las autoridades competentes realizan de forma prolija su trabajo con criterios amplios pero enmarcados en el marco legal, anteponiendo siempre por encima de todo el interés superior del niño, niña o adolescente, que antes de resolver en favor de uno de los progenitores pedir que se les

practique una evaluación psicológica que determine el grado de madurez emocional y responsabilidad. para la salvaguarda de los más vulnerables que son los niños.

La investigación aplicó básicamente los métodos deductivo y descriptivo de las variables. Así como Hipotético-Deductivo, porque nos permite verificar la hipótesis.

En el presente trabajo se analizaron antecedentes internacionales referidos al deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de derechos de niños, niñas y adolescentes, se analizaron también antecedentes nacionales referidos a las resoluciones de los jueces relativos a la tenencia, al régimen de visitas y variación de tenencia.

Se utilizó para analizar, las resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional, así también se procedió a entrevistar a jueces, fiscales, docentes especializados en Derecho de Familia y psicólogos para obtener información relacionada con la forma en la que debe ser entendida la patología psicológica-jurídica estudiada, como causal para variar la tenencia.

Para su procedimiento se utilizó como técnica la interpretación de las normas jurídicas y el análisis documental.

Como resultado se encontró que la norma es positiva, y justa, la cual sirve de apoyo para que el juzgador pueda motivar y fundamentar sus resoluciones prevaleciendo siempre el interés superior del niño y adolescente.

1. Problema de la Investigación

1.1 Descripción de la Realidad Problemática

La familia es una institución social y natural, esencialmente compleja y dinámica. Está integrada por un grupo de personas que mantienen un vínculo de parentesco consanguíneo, afectivo o civil. Desde su génesis se ha constituido como el escenario de mayor influencia y de eventual optimización del desarrollo biopsicosocial humano (Vallejo, Sánchez-Barranco F. y Sánchez-Barranco P., 2004, p. 92).

En condiciones normales, constituye la primera y principal agencia de socialización del ser humano, debido a que en su seno adquiere los primeros aprendizajes sobre valores, pautas de conducta, habilidades y destrezas para la adecuada convivencia humana y para respetar y valorar a otros sujetos individuales con los que progresivamente va interactuando; de este modo, es el ámbito natural de preparación de la persona para su correcta inserción en la familia y la sociedad.

Y dentro de la sociedad se van conformando familias en muchos casos estables, pero también en menor proporción existen parejas, que viven en caos, con relaciones insostenibles, hasta que terminan separándose. Pero ahí no termina el problema, el problema comienza, cuando estas parejas se separan y empiezan con la disputa de los hijos, da inicio a una encarnizada lucha por la potestad de los niños, problema que afecta mucho a los niños, niñas y adolescentes, que son testigos de la violencia. Viendo este panorama de separación, donde está involucrado niños, niñas y adolescentes, que en esta situación se sienten desprotegidos, por culpa de sus padres, que al final necesitan de una protección especial.

En el Perú la tenencia para determinar la custodia, y es que la conclusión es deber de los padres brindarle la protección al niño.

Para esto la norma determina la tenencia mediante la conciliación, acto donde los padres se ponen de acuerdo, donde el más idóneo para cuidar del niño, es el que termina quedándose con él para su cuidado, aunque hay muchos padres que no cumplen con esta designación, generándose otro problema.

Silva (2005) argumenta que, cuando el padre está separado de hecho, la tenencia del niño se determina mediante común acuerdo, teniendo en cuenta el parecer del niño y adolescente. Caso que no haya acuerdo y esto resulte perjudicial para el niño, la tenencia lo resuelve un Juez especializado.

¿Qué es Tenencia? ¿Qué es Custodia de los hijos? ¿Cuál es la clase de Tenencia? ¿Cuándo existe la variación de la Tenencia? ¿Qué es Régimen de Visita? ¿Qué es Patria Potestad?, ¿Qué es incumplir el Régimen de Visitas?

Según el Artículo 84°

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo.
- b) El hijo menor de (3) años permanecerá con la madre.
- c) Se debe señalar un régimen de visitas.

El objetivo de este trabajo es determinar cómo incide la aplicación del art.82° (variación de la tenencia) ante el abandono del menor por el progenitor a quien se le concedió la custodia.

En el Mundo

En España. - El Artículo 90 del Código Civil, establece que las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser

modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Con anterioridad a la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en vigor desde el 23 de julio de 2015, se entendía que para que operara la modificación de medidas era necesario un cambio de circunstancias que además debía ser sustancial, relevante e importante, en el sentido que no se podía plantear la modificación de medidas de forma arbitraria o caprichosa y siempre había que tener en cuenta el mejor interés de los menores.

Con la reforma de Ley de Jurisdicción Voluntaria se modifica el Art. 90 del Código Civil que introduce expresamente como motivo para la modificación de medidas las nuevas necesidades de los hijos.

Cualquier modificación de las medidas adoptadas en procedimiento de separación o divorcio, que afecte a los menores para que tenga plena validez legal, deben ser tramitadas en un procedimiento de modificación de medidas judicial. Este procedimiento puede realizarse de mutuo acuerdo mediante la firma de un convenio regulador y con la intervención de un único abogado y procurador para ambos progenitores. Será el procedimiento más adecuado a su caso si lo que plantean es una custodia compartida.

En otro caso, si no hay acuerdo, deberá presentarse demanda contenciosa de modificación de medidas, de la cual el Juzgado dará traslado a la otra parte para que conteste, y será el Juez el que decida la idoneidad sobre el cambio de custodia en su caso.

Si no se realizan los cambios que se pretenden sobre la guarda y custodia de esa forma, lo dispuesto en la sentencia de separación o divorcio siempre será lo legalmente vigente. Es importante porque por vía de hecho se cambian las circunstancias, pero no por la de

derecho y a veces no se puede justificar documentalmente para becas, médicos, colegios, declaración de la renta, empadronamiento, etc.

En América

México. - La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado de derechos humanos más importante a nivel internacional y del cual México es parte y toda vez que en él, las niñas, los niños y adolescentes son reconocidos como sujetos de derechos, y no solamente como objetos de protección.

La familia y sus transformaciones implican, por supuesto, cambios en el derecho de familia, el cual debe ajustarse a las realidades de convivencia humana con el fin de proveer de seguridad jurídica y protección a todos los miembros del grupo familiar, fundamentalmente a los niños, quienes por sus características requieren de toda nuestra atención y cuidado.

La custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad. Esta figura ha tenido una evolución importante en las relaciones familiares y en el propio derecho a lo largo del tiempo.

Conforme a la legislación del Estado de México, el régimen de convivencia del menor no emancipado encuentra sustento en el artículo 267 del Código Civil que prevé su instauración como consecuencia del divorcio de los padres. No obstante, tratándose de juicio sobre guarda y custodia del menor, debe hacerse extensiva la aplicación de ese régimen por actualizarse idéntica situación derivada de la separación de los ascendientes, que si bien como objeto principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno, en forma complementaria conlleva a la necesidad de fijar las circunstancias en torno a las

cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con su hijo y de complementar sus obligaciones derivadas de la patria potestad que sobre el mismo mantiene.

En Perú. - En nuestro país esta problemática también es muy grande que afecta directamente a la Institución Jurídica de la familia, siendo los más perjudicados los niños y adolescente ante los conflictos que se generan entre los padres y la falta de una regulación clara y específica de la Tenencia. En Lima los Jueces de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, se enfrentan en un 70% de los procesos de tenencia y/o de régimen de visitas que resuelven sus despachos a problemas relacionados con falta de regulación normativa, es decir, ellos señalan que existe un vacío normativo sobre la regulación jurídica de la alienación parental en nuestro país, trayendo como resultado, que la institución Jurídica de la tenencia no cumple con su finalidad en la práctica. La presente investigación delimita su estudio sobre la Institución Jurídica familiar de Tenencia en los Juzgados de Familia, problemática que afecta directamente a los niños y adolescente que tienen a sus padres enfrentados ante problemas personales y los vacíos normativos existentes en cuanto a la regulación de la institución jurídica de la tenencia, problemática que trae consigo una desprotección hacia los menores, tanto por parte de los padres y del propio Estado, porque no se está tutelando plenamente los derechos fundamentales que el Estado ha reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993, como el Derecho del intereses superior de niño, el derecho que tiene los menores de crecer en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material, así como el derecho al cuidado y la debida protección por parte de los padres hacia los hijos. Ante tal problemática existente, se busca identificar la importancia de la regulación de la Tenencia en un cuerpo normativo de forma clara y coherente, para la debida tutela y auxilio de los intereses de los niños y adolescentes en los juzgados de

Familia, desde la concepción misma de los abogados litigantes que son concedores de los procesos de Tenencia. Los resultados de la presente investigación contribuirán a un mejor entendimiento de la importancia de la regulación de la institución jurídica de la Tenencia en un cuerpo normativo para disminuir el índice de niños y adolescentes desprotegidos, porque lo que se debe garantizarles es la debida tutela y defensa de los intereses de los Niños y Adolescentes en Nuestro país, esto conocido desde la experiencia de los abogados litigantes que enfrentan esta problemática Legal.

1.2 Planteamiento del Problema

1.2.1 Problema general.

¿De qué manera incide la aplicación del art.82° (variación de la tenencia) ante el abandono del menor por el progenitor a quien se le concedió la custodia, Lima 2019.

1.2.2 Problemas específicos.

¿De qué forma se justifica la aplicación del art.82° (variación de la tenencia) ante el abandono del menor por el progenitor a quien se le concedió la custodia, Lima 2019?

¿Cuál es la importancia de la aplicación del art.82° (variación de la tenencia) ante el abandono del menor por el progenitor a quien se le concedió la custodia, Lima 2019, prevaleciendo el interés superior del niño y adolescente?

¿Cuán indispensable es el equipo multidisciplinario en la aplicación del art.82° (variación de la tenencia) ante el abandono del menor por el progenitor a quien se le concedió la custodia, Lima 2019?

1.3 Objetivos de la Investigación

1.3.1 Objetivo general.

Determinar de qué manera incide la aplicación del art.82° (variación de la tenencia) ante el abandono del menor por el progenitor a quien se le concedió la custodia, Lima 2019.

1.3.2 Objetivos específicos.

Determinar de qué forma se justifica la aplicación del art.82° (variación de la tenencia) ante el abandono del menor por el progenitor a quien se le concedió la custodia, Lima 2019

Determinar cuán indispensable es el equipo multidisciplinario en la aplicación del art.82° (variación de la tenencia) ante el abandono del menor por el progenitor a quien se le concedió la custodia, Lima 2019.

1.4. Justificación e Importancia de la Investigación

La importancia de esta investigación es determinar de qué forma se puede aplicar el art.82° (variación de la tenencia) ante el abandono del menor por el progenitor a quien se le concedió la custodia, Lima 2019. Ya que muchas veces vemos que existe problemática entre las parejas, dando inicio una lucha por la tenencia del niño. Para esto se debe analizar que cada caso se debe considerar de manera independiente. El Juzgado debe ser el que determine la tenencia del niño o adolescente para que pueda vivir en armonía, garantizándole la protección integral.

2. Capítulo II: Marco Teórico

2.1 Antecedentes

2.1.1 Internacionales.

Salgado Leiva, Natalia Isabel (2012) con el título: El interés superior del niño en los procedimientos especiales seguidos ante los Tribunales de Familia. Conclusión: La posibilidad de ejecución de la Convención de Derechos del Niño en Chile no es un tema menor pues ella consagra todos los derechos de los que son titulares los niños como sujetos de protección especial. Por lo tanto, si eso no es así, estaríamos ante una gran vulneración de derechos humanos además de formalmente estar violando un tratado vigente. La realidad de esta problemática es la que se dilucidar en este trabajo, el cual no tiene más interés que el de dar cuenta de la existencia o no de una situación, para poder tener una posición y tomar cursos de acción ante cualquiera de los escenarios posibles. La respuesta a nuestras preguntas iniciales, logrando una imagen del panorama general de la situación del Interés Superior del Niño en nuestro país. (Salgado, 2012)

Venegas (2010). Autonomía progresiva: el niño como sujeto de derechos. Santiago de Chile. Actualmente los jóvenes se independizan física y económicamente de su familia de origen con mayor lentitud, lo cual tensiona las relaciones familiares. El derecho contemporáneo ha generado una creciente protección hacia los menores, donde la CDN ha redefinido las relaciones paternas filiales, en especial cuando su artículo 5 recuerda el derecho de los padres de impartir a sus hijos - en consonancia con la evolución de sus facultades- dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos. Sin duda, el reconocimiento de estos derechos ha abierto una mayor

participación a los niños, niñas y adolescentes, quienes están expuestos a modernas técnicas de aprendizaje y sobre todo a las nuevas tecnologías, lo cual les permite desarrollar mayores capacidades en comparación a un niño, niña o adolescente del siglo pasado. Todo esto ha significado un cambio profundo que fue atenuando la autoridad paterna, transformando paradigmáticamente su dinámica. Este cambio de enfoque atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y las niñas, a partir de las nociones de autonomía progresiva, lo cual significa el reconocimiento de una participación social más activa por parte de la población infantil en la sociedad. En consecuencia, los padres están llamados a criar y educar a sus hijos, eliminando la subordinación, teniendo en cuenta las opiniones e intereses del niño, buscando lograr la autonomía del sujeto como un ser diferente a sus progenitores. Por tanto, la familia está llamada a promover espacios destinados a lograr dicha autonomía, incrementando las responsabilidades del niño, niña y adolescente a medida que va creciendo y haciéndolo participar en su proceso educativo, de acuerdo a la edad en la que se encuentre. El problema que se plantea en relación a esta nueva función parental es en cuanto a qué tan capacitados están los padres para entender y determinar el grado de evolución de las facultades del hijo en relación al cual debe permitirse el ejercicio de sus derechos.

Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior. En esta tarea el Estado tiene el deber de apoyar a los padres en el cumplimiento de este rol, y, por otro lado, el de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de su autonomía. Esta participación social de la población infantil y adolescente, exige políticas públicas que atiendan a sus particularidades, brindando las herramientas

concretas que garanticen el derecho de todo niño a ser oído. Por tanto, basándonos en el principio de interés superior del niño los órganos del Estado deberían adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento. No obstante, las orientaciones entregadas por la CDN buscan disminuir el rol tutelar y de control del Estado, para así favorecer la responsabilidad de las familias y la comunidad, por lo que la idea es apoyar socialmente a las familias a fin de que éstas cumplan su tarea.

A nuestro juicio, la promoción de mecanismos como: la creación de un compilado de normas infantiles que reúnan las disposiciones dispersas, el establecimiento de defensorías de la infancia y las acciones civiles de interés difuso y colectivos; son medidas eficaces para avanzar en la protección efectiva de los derechos de las niñas y los niños. (Venegas, 2010)

Fernández (2012). Impacto del interés superior del niño niña y adolescente frente a derechos de terceras personas e igualmente legítima Conclusiones: Con respecto al tema estudiado sobre el principio del interés superior de niño, niña y adolescente se observa que no hay ningún tipo de conocimiento referente a este, por lo cual se hace necesario crear políticas que promuevan los programas ya existentes en los diferentes entes encargados de la protección del niño, con la finalidad de mantener informada a la población sobre tan importante normativa legal. Asimismo, el Estado debe asegurar el desarrollo del niño, niña y adolescente a través de políticas que brinden el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías contenido en la ley ejerciendo y el control y supervisión para dar cumplimiento a lo que establecido en las leyes que protegen al menor. Por otra parte, los organismos encargados de promover los programas, no demuestran tener interés en crear actividades motivadoras para su implementación en las diferentes comunidades, Por lo tanto, es

necesario cumplir con esto para dar a conocer lo que es el interés superior del niño. (Fernández hurtado, 2012).

2.1.2 Nacionales.

Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión -Huacho Elard galo Melgar Valdez (2015) Normas Internacionales sobre los derechos de los niños y adolescentes en las sentencias sobre tenencia y régimen de visitas en la provincia de Huaura periodo 2013 - 2014.huacho- Perú Conclusión: En efecto, como toda medida precautoria tanto la guarda provisoria como la fijación de las visitas es esencialmente interinas y mutables, y pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. En tal sentido, puede decirse que se caracterizan por su inestabilidad y versatilidad, y es sabido que ellas pueden ser ordenadas en forma experimental y luego ajustadas a las circunstancias. Ello es así puesto que cumplen un fin tuitivo respecto de los menores; en consecuencia, deben modificarse, si así lo aconseja su interés, tantas veces como sea necesario. Por otra parte, las resoluciones de los jueces relativos a la tenencia y al régimen de visitas tienen siempre carácter provisorio. Esto significa que si cambia la situación fáctica que les dio origen puede también modificarse lo resuelto en ellas. Por eso se ha dicho que todo lo referente a cuestiones en que se encuentre involucrada la situación de menores de edad, es de resolución provisorio, toda vez que lo decidido hoy puede no resultar conveniente mañana y, de invocarse razones de entidad suficiente que incidan sobre el interés del menor de lugar a transformaciones sustanciales.

En cuanto a la oportunidad para su despacho, pueden ser solicitadas en juicio independiente, antes de la demanda o durante la tramitación del juicio de divorcio. Las leyes procesales no les imponen plazo de caducidad como a las medidas cautelares

patrimoniales ya que su establecimiento resultaría contrario a la propia institución familiar y a los valores que pretenden preservarse. Respecto al procedimiento, es poco frecuente que se despache inaudita parte ya que generalmente se realiza algún trámite sumario o verificador antes de su despacho. También si las circunstancias lo exigen se escucha a la contraria antes de su ordenamiento.

Estas reglas poseen particular trascendencia en el procedimiento de familia en el que no se establecen límites para la búsqueda de la verdad y lo que se pretende es la obtención de la verdad real, material o histórica. (Melgar Valdez, 2015)

Universidad Católica de Santa María Sonia del Milagro, Delgado Montenegro (2014) la tenencia de niños y adolescentes en el ámbito prejudicial, en las comisarías de alto selva alegre y cerro colorado, provincia de Arequipa, año 2012.

Conclusión

No existe normatividad expresa, respecto a la figura jurídica de la Tenencia, de los niños, niñas y adolescentes, en la etapa prejudicial. Si bien se ha acreditado que los efectivos policiales y el Ministerio Público, no se encuentran facultados expresamente por la ley y no pueden determinar con cuál de los padres se quedara el niño, niña o adolescente, tampoco puede permitirse que estos sean objeto de maltrato, sea este físico o psicológico, estando permitidos en estos casos de disputa material a intervenir, tomándolo como un caso de abandono de menor, conforme al artículo 248 del Código del Niño y del Adolescente, inciso c), sea objeto de maltratos, por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran. Por último, se ha llegado a establecer que las normas existentes no son eficaces para resolver el problema de la tenencia de los hijos a nivel prejudicial, asimismo

es necesario que se elabore una propuesta normativa, para que este problema se pueda solucionar temporalmente en la etapa prejudicial, y no se deje lugar a que se maltrate a los hijos cuya tenencia se disputa. (Delgado Montenegro, 2014)

2.2 Bases Teóricas

En la actualidad, lamentablemente se ha vuelto habitual que ante la separación de una pareja y en consecuencia el divorcio, los hijos queden al medio en la disputa de la tenencia. Esta razón nos lleva e impulsa a desarrollar un artículo sobre una problemática actual en las familias peruanas.

Es necesario precisar, que el derecho de tenencia sobre los hijos, lo tienen ambos padres. Sin embargo, puede conciliarse u ordenarse por un juez que solo uno de los padres tenga la tenencia.

La normativa señala que la tenencia de los hijos inicialmente y de manera facultativa, será decidida por el acuerdo de los propios padres (mediante algún acuerdo conciliatorio). Debe tenerse muy en claro, que, de no llegar a un acuerdo, solo le compete al juez de familia determinarla, el cual deberá seguir algunos parámetros establecidos en el Artículo 87 del Código del Niño y del Adolescente.

Si no se llegara a un acuerdo entre los padres, corresponderá al Poder Judicial, mediante el Juez Especializado en Familia, determinar dentro de un proceso autónomo o de manera acumulada en un proceso de divorcio (por causal), cuál de ellos será quien ejercerá la tenencia o si ambos la ejercerán de manera compartida.

Asimismo, y si bien no está establecido en el artículo 87 del Código del Niño y del Adolescente, el juez especializado en familia deberá escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Cuando hablamos que la tenencia puede ser compartida, deviene en el hecho que el Juez de familia puede optar que los hijos tengan como custodios a ambos padres, estableciéndose que el hijo permanecerá un tiempo con un padre y otro tiempo con la madre. En este caso el Régimen de Visitas queda innecesario de resolver.

La tenencia compartida es recomendable cuando existe una buena relación entre los padres, sin embargo, también genera oposiciones frente a la misma, debido a que el hijo no tendrá la tranquilidad, y estabilidad de desarrollarse en un ambiente determinado, sino en dos diferentes, contraviniendo el interés superior del niño y su bienestar.

De no solucionarse el tema de la tenencia y llegar hasta el ámbito judicial, para el varón resulta muy arduo lograr una tenencia, por eso se recomienda que antes de un litigio, uno debe agenciarse de las pruebas suficientes que puedan inclinar el tema a su favor.

En el Perú, la situación de la madre en estos procesos es distinta, parte de una situación donde la madre es quien vela y protege a los niños, y asimismo que la ley la prefiere en el caso de hijas mujeres y varones menores, pero en el devenir del proceso si la otra parte se asesoró y también acumuló pruebas, puede devenir en un litigio de los más arduos que el derecho contempla, siendo que incluso muchas veces los menores son manipulados y su declaración ante el Juez que le pregunta ¿con quién quieres quedarte? puede ser determinante.

Por último, ante una sentencia contraria en relación a la tenencia, de generarse nuevos hechos que pongan en riesgo la vida, el bienestar, la relación con el padre que ejerce la tenencia, se incumple el Régimen de Visitas o se violenta el interés superior del niño, el otro a quien no se le otorgó la tenencia podrá iniciar un nuevo proceso, solicitando la **variación de la tenencia**.

Teorías relacionadas al tema

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos (CJDH, 2006) mencionó que la Tenencia de niño y adolescente, muchas veces es entendido como el trámite que debe de realizar uno de los padres para que se le otorgue el mediante un proceso reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo, procede también en el caso que los padres se encuentren separados y uno de los cónyuges arrebatara al otro un hijo o si estuviera en riesgo la identidad física de este.

Morán (2006) define a la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación, un derecho que se concede para el cumplimiento de una serie determinada de deberes que pueden englobarse en dos: asistencia y formación integral, en todos los aspectos de la vida (p.63). Beltrán (2009) señaló que la Patria Potestad es ejercida conjuntamente cuando los padres viven juntos, siendo de esta forma que ambos ejercen sus derechos y deberes de manera armonía; pero situación distinta ocurre cuando los padres no residen en el mismo domicilio y los hijos tienden a vivir solo uno de ellos, razón por la cual, el legislador al día de hoy en día ha reconocido dos tipos de tenencia, con el propósito de proteger los derecho de todo niño cuando no pueda compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones (p. 53-61).

Beltrán (2009), señala que 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 (p.62-65). Aguilar (2012) explicó que el Código de los Niños y Adolescentes, regula la tenencia por la custodia; incurriendo en una equivocación, porque la tenencia como

institución jurídica es aquella cualidad o una facultad que tienen los padres con los hijos por su condición de serlo, siendo el derecho de los padres a vivir con los hijos, a ello responsabiliza el derecho a convivir con los hijos; razón por la cual el ejercicio del derecho de la tenencia implica el deber que tienen los padres a custodiar a sus menores hijos y que se convierte en la protección y el cuidado de los menores, por lo tanto, la custodia vendría a ser un deber (p.195).

Pérez (2000), señala que en una familia en donde se ha disuelto el vínculo de pareja o que se ha reconstituido, los hijos perciben cambios en la dinámica como el de compartir los roles maternos y paternos, a una dinámica relacional completamente dispareja, donde uno de los padres quien va asumir el rol de custodio y probablemente a combinar los roles de padre y madre a la vez (p.209). Gonzales (2009) define que la custodia compartida es la modalidad de ejercicio de la patria potestad, que como regla general es la que mejor protege el interés del menor, del mismo modo, posibilita la mejor relación en condiciones de paridad con ambos padres y consecuentemente, respeta en mayor medida el principio de igualdad entre ellos (p.163). Rosales (2005), sostiene que en cuanto los hijos tengan la minoría de edad los padres se encuentran en la obligación de cumplir con los derechos hacia ellos y así mismo cumplir para lograr un mejor crecimiento y desarrollo, además buscar la convivencia de cada momento, por otro lado, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos, llamándose patria potestad al conjunto de éstas, la ley otorga a los padres sobre los hijos (p.21).

1. Aguilar (2012), mencionó que el derecho de tenencia no debe ser entendido como el derecho que le asiste hacia uno de los padres para reclamar sino como autorización que debe tenerse presente, porque implica el derecho que tienen los 20 niños de vivir con sus padres, por lo tanto la opinión de ellos en decidir con quién padre

quieren vivir es de vital importancia, aun cuando su progreso evolutivo no permitiera crear una propia decisión, para ello se deberá tener en consideración los intereses de estos, antes de que se pronuncien a quien de los padres les corresponde la tenencia (p. 193 -194).

El código de los Niños y Adolescentes (CNA, 2000) Establece en su art. 82, que, si es necesaria la variación de la Tenencia, el Juez, tiene la autoridad otorgada por el estado, quien ordenará al equipo multidisciplinario las evaluaciones pertinentes de forma progresiva para que no produzca daño o trastorno al menor. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

Régimen de Visitas

El régimen de visitas es un derecho del padre que no ejerce la patria potestad. Tanto el padre como la madre deben acreditar con pruebas el cumplimiento o la imposibilidad de cumplir la obligación diaria de alimentación a su hijo.

En el caso que el padre o la madre hubieran fallecido, o se desconociera su paradero, se podrá solicitar el Régimen de Visita a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre o madre.

La Declaración de Ginebra de 1924

Jiménez (2001) argumenta que, según la Declaración de Ginebra de 1924, los niños deben ser protegidos, excluyendo todo tipo de consideración como la raza, la nacionalidad o la creencia. El niño deberá ser puesto en c una condición de desarrollo normal desde lo material, moral y espiritual (P. 8)

(Unicef, 2006) argumenta que la Liga de las Naciones aprueba la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. Establece el derecho de los niños y niñas a disponer de medios para su desarrollo material, moral y espiritual; asistencia especial cuando están hambrientos, enfermos, discapacitados o han quedado huérfanos; ser los primeros en recibir socorro cuando se encuentran en dificultades; libertad contra la explotación económica; y una crianza que les inculque un sentimiento de responsabilidad social.

La Declaración Universal sobre Derechos del Niño

Pérez (2019), argumenta que los derechos de los niños en la condición de su vigencia, tiene jerarquía constitucional y deben ser entendidos como derechos y garantías reconocidos, por esta entidad. En 1946 el consejo económico y social de naciones unidad recomendó actualizar la declaración de ginebra sobre los derechos del niño, la propuesta tomo fuerza después de la aprobación de la declaración de universal de los derechos humanos, cuando se planteó la necesidad de contar con una declaración que ampliara y especificara los derechos de los niños a la luz de los derechos humanos.

Reconocimiento del niño como sujeto de derecho

López (2006) argumenta que el reconocimiento de los niños como sujetos, implica que los niños no solamente tienen derecho por sí mismos, sin una persona interpuesta. El siglo que ahora estrenamos ha de ser el de la adquisición plena de carta de ciudadanía para el niño. Es importante la visión que nos trajo la Convención sobre derechos del niño, resulta novedosa el tratamiento del niño como sujeto de derecho que es lo que conlleva el principio de protección especial. Reconocer al niño como persona significa identificarlo como sujeto de derecho y no como objeto de derecho. Es necesario marcar una línea que separa, antes

de la convención y después de la convención sobre derechos de los niños, ya que se dieron dos teorías que forman la regulación del reconocimiento del niño como sujeto de derecho.

(Placido, 2008) Señala que En el viejo régimen se trata de satisfacer “necesidades”; en el nuevo régimen esas necesidades se transforman en “derechos”. Antes el menor tenía necesidades de alimentación, educación, salud; ahora tiene derecho a la alimentación, salud y educación.

Interés superior del niño

Múrtula (2016) argumenta, el Comité subraya que el interés superior del niño es un derecho sustantivo, un principio jurídico de interpretación fundamental, si lo jurídico admite la interpretación, se elige la que satisfaga el interés superior del niño. La evaluación y determinación requiere que el interés superior del niño garantías procesales (p. 82) CDN. Artículo 3: “. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” Para el Comité de los Derechos del Niño, el interés superior del niño se refiere a las medidas que tomen tanto las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos y exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura.

Derecho a opinar, ser oído y tenido debidamente en cuenta

CDN. Artículo 12: “Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de

la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.” Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior. El término "que esté en condiciones de formarse un juicio propio" no debe verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones (Comité de derechos del niño)

El derecho a la vida y el desarrollo

CDN. Artículo 6: 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. Implica el derecho a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Como sabemos una de las características de los derechos humanos es la interdependencia y con respecto a los principios de la convención sobre los derechos del niño se trata de la misma manera, es decir que no podemos decir que es más importante el derecho al desarrollo que el derecho a ser oído, o que el interés superior del niño, si bien es cierto unos son posibilitantes de otros, a la luz de los derechos humanos todos son interdependientes, por tanto, todos son igual de importantes.

La Patria Potestad.

Son los derechos y obligaciones que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores de edad, es un derecho igualitario entre los progenitores.

La Patria Potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, es decir, son los padres quienes tienen la representación legal del hijo.

En el caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quién se confían los hijos. El otro, quedará suspendido en su ejercicio. Sin embargo, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales.

Este derecho puede ser suspendido en el caso de hechos muy graves y se deberá probar en un proceso judicial.

Reflexiones a la Tenencia o Custodia de los hijos

En la práctica muchos padres separados luchan por tener la tenencia o custodia de sus hijos. Normalmente los padres por su propia cuenta establecen el Régimen de visitas tanto del padre y de la madre. Lamentablemente a veces con el pasar del tiempo, este acuerdo inicial no se cumple en la realidad.

Lo más importante y que nos lleva a reflexión, es que los hijos no les pertenecen a los padres. Los hijos tienen el derecho de estar con ambos padres y relacionarse con ellos por igual.

2.3 Definición de Términos Básicos

Patria Potestad: García (2014) argumenta que la patria potestad es una institución jurídica que viene con carácter imperativo, no se admite una dejación voluntaria de su contenido. Poder que otorga al padre sobre el hijo menor de edad para proveerlo a su asistencia integral.

Tenencia: Desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo, por extensión señala el código, la tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés”

Interés Superior: Se justifica como la mayor atención prestada a las necesidades de la persona del menor, sin duda valorada forzosamente en su propia dimensión, pero también sin desatender su notoria proyección de adulto en formación

Derechos: En plural, hace referencia a aquello que se concede o reconoce a un sujeto de derecho

Desarrollo Integral: Proceso continuo, permanente y participativo que busca desdoblarse armónica y coherentemente todas y cada una de las dimensiones del ser humano.

Convención Sobre los Derechos del Niño: Es un tratado internacional de las Naciones Unidas por el que los estados firmantes reconocen los derechos del niño

Interés Superior del Niño: Es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral del niño, que aseguren su protección contra malos tratos.

3. Capítulo III: Metodología

3.1 Enfoque de la Investigación

La presente investigación se desarrolló bajo el enfoque cualitativo, ya que se buscó tener conocimiento de cuan fuerte o poco puede valer la parte afectiva entre los progenitores y los hijos, ya que se conocen casos, quizás por algún desorden psicológico, se desentienden de los hijos y priorizan sus vidas en lo personal e individual dejando en segundo plano el deber de padres, perdiendo por ello la tenencia de los niños que se les había concedido. Para Le Compte (1995), la investigación de enfoque cualitativa es aquella que utiliza una serie de diseños de investigación para alcanzar el fin propuesto.

3.2 Variables

Las variables de esta investigación son de tipo cualitativa se enmarca al “abordaje” general que habremos de utilizar en el proceso de investigación el cual es necesario para determinar los factores que caracterizan el trabajo desarrollado. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014).

Siendo una investigación de tipo explicativa, existe la presencia de dos variables:

3.2.1 Variable Independiente:

La salvaguarda del menor ante el desamparo del progenitor.

3.2.2 Variable Dependiente:

Aplicación del art. 82° (variación de la tenencia)

3.3 Hipótesis

3.3.1 Hipótesis General

Es de imperiosa necesidad, la aplicación del art. 82° (variación de la de tenencia) en salvaguarda del menor ante el desamparo del progenitor a quien se le concedió la custodia, lima 2019.

3.3.2 Hipótesis Especificas

La aplicación del art. 82° (variación de la de tenencia) en salvaguarda del menor ante el desamparo del progenitor a quien se le concedió la custodia, lima 2019 es necesaria para preservar el interés superior del niño, niña y adolescente.

3.4 Tipo de Investigación

Respecto al tipo de investigación, (Sabino, 1992) no dice que:

Son investigaciones puras aquellas en que los conocimientos no se obtienen con el objeto de utilizarlos de un modo inmediato, aunque ello no quiere decir, de ninguna manera, que estén totalmente desligadas de la práctica o que sus resultados, eventualmente, no vayan a ser empleados para fines concretos en un futuro más o menos próximo. (p.52)

Este tipo de investigaciones, denominado también pura o fundamental, busca el progreso científico, acrecentar los conocimientos teóricos, sin interesarse directamente en sus posibles aplicaciones o consecuencias prácticas; es más formal y persigue las generalizaciones con vistas al desarrollo de una teoría basada en principios y leyes.

3.5 Diseño de Investigación

Ante esto (Sabino, 1992) se refiere diciendo que:

Resulta difícil exagerar la importancia que ha tenido este método de investigación dentro del desarrollo de la ciencia, ya que es prácticamente a partir de su utilización sistemática que las ciencias naturales comienzan a superar las antiguas explicaciones sobre el mundo que se basaban en la revelación, el dogma o la mera opinión. Gran parte de los conocimientos obtenidos en los últimos tres siglos se deben al empleo del experimento, diseño sobre el cual se han desarrollado significativas aportaciones tecnológicas y prácticas. Lo anterior no significa, desde luego, que la ciencia pueda reducirse exclusivamente a los frutos que proporciona la experimentación, por más valiosos que estos sean, ya que ésta es aplicable sólo a algunos problemas y no a otros y es mucho más útil en el campo de las ciencias naturales que en el de las ciencias sociales. (p.81)

El trabajo que se viene a desarrollar se presenta en base a un diseño no experimental, es decir no se manipulan variables.

3.6 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

3.6.1 Técnica

De acuerdo a Tamayo M. (2007) son el conjunto de procedimientos que permiten la recolección de información, economizando el tiempo y el esfuerzo.

Para el desarrollo de la investigación se utilizó como técnicas:

- Interpretación de las normas jurídicas

- Análisis documental

3.6.2 Instrumentos

Para recolección de información se utilizó como instrumentos:

- Fichas de resumen

- Fichas bibliográficas

- Fichas Textuales

- Fichas de Observación.

3.7 resultados

Como resultado se encontró que la aplicación del art,82° es positiva, y justa, la cual sirve de apoyo para que el juzgador pueda motivar y fundamentar sus resoluciones prevaleciendo siempre el interés superior del niño y adolescente.

En virtud de lo planteado y en base a lo establecido en la teoría de la legalidad en donde el padre a quien se le concedió la custodia, tendría que velar por el cuidado de su alimentación, salud, recreación y demás obligaciones; de no ser así tendría que atenerse a las acciones que tome el otro progenitor.

Se debe tener siempre presente que el juez debe partir del Principio de Interés Superior del Niño como base para la interpretación de las sentencias en materia de variación de la tenencia, ya que de acuerdo a la Corte Internacional de Derechos Humanos, se fundamenta en la dignidad misma del ser humano, en las propias características de los niños, y en la necesidad generar un desarrollo óptimo de los mismo, aprovechando sus potencialidades, así como en la fundamentación establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo tanto, la protección, promoción, preservación, ejercicio y disfrute de los derechos de los niños debe estar orientada a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social, debe ser propiciado y validado por las acciones realizadas por el Estado,

por la sociedad, por la comunidad y la familia (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2009).

Conclusiones

La investigación buscó determinar qué en casos donde el progenitor a quien se le concede la custodia del menor, incumple tal obligación, la de velar por su integridad física y psicológica, el progenitor a quien se le negó la custodia puede acceder al art.82° del Código de los Niños y Adolescentes para accionar la demanda de variación de la tenencia. Podemos concluir que la información recogida corrobora que el principio del interés del niño representa el espíritu de la doctrina de la protección integral; siendo reconocido el niño como sujeto de derecho por la Convención sobre derechos del niño, otorgándole protección especial por su condición de ser humano en desarrollo así mismo, es guía y criterio rector en la toma de decisiones en los casos de tenencia y en específico cuando se da el caso de una variación de tenencia, además de ser una directriz política.

La investigación busco determinar si el principio del interés superior del niño justifica la variación de tenencia de hecho a pesar que existe una conciliación judicial ,se concluye que; prevalece el Interés del niño frente a una violación de acuerdo de tenencia, si bien se incumple con la conciliación extrajudicial sobre tenencia y se varia de hecho la situación legal de los menores, sin embargo dicha conducta se justifica debido a que es deber de los padres velar por la integridad física del menor en congruencia con el principio del interés del niño ya que éste supone la supremacía de los derechos de los niños y los adolescentes en caso de colisión con otros derechos, por tanto exige que los fallos judiciales se sujeten a la protección integral de los niños y adolescentes recogidos en la convención sobre derechos los niños.

Con respecto al Protocolo para la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial, es importante porque pretende acortar la distancia entre los menores y el proceso, a partir del reconocimiento de los menores de edad como sujetos de derecho; facilitándoles la participación en el proceso judicial dentro de un entorno, una metodología amigable, con una intervención de profesional especializado.

4. Recomendaciones

Se recomienda a los Jueces de familia deben priorizar el derecho del niño si existe una colisión de derechos con respecto a la de los padres, por tratarse de un problema humano, y los niños por su edad se encuentran en una evidente situación de vulnerabilidad.

Se recomienda a los Jueces de familia la aplicar de manera efectiva ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño.

Es importante trabajar intensamente en la ejecución nacional del protocolo de participación judicial de los niños, niñas y adolescentes, su difusión, permanente capacitación de los operadores y equipos multidisciplinarios.

Se recomienda implementar un adecuado acondicionamiento de ambientes y recursos logísticos; que estos puedan dar efectivos resultados, para lo cual es necesario el monitoreo de su ejecución por los propios operadores para una mejor atención judicial a la infancia, a fin de que se dé una protección integral efectiva al menor.

5. Aporte Científico o socio cultural de la Investigador.

Respecto al tipo de investigación, (Sabino, 1992) no dice que: Son investigaciones puras aquellas en que los conocimientos no se obtienen con el objeto de utilizarlos de un modo inmediato, aunque ello no quiere decir, de ninguna manera, que estén totalmente desligadas de la práctica o que sus resultados, eventualmente, no vayan a ser empleados para fines concretos en un futuro más o menos próximo. (p.52) Este tipo de investigaciones, denominado también pura o fundamental, busca el progreso científico, acrecentar los conocimientos teóricos, sin interesarse directamente en sus posibles aplicaciones o consecuencias prácticas; es más formal y persigue las generalizaciones con vistas al desarrollo de una teoría basada en principios y leyes. El nivel de investigación que venimos trabajando es descriptivo y así se manifiesta (Briones, 2002) respecto al tema: En las investigaciones no experimentales, el investigador no tiene el control de la variable independiente o variable estímulo, la cual sí se realizan en los experimentos. (p.34). Como se evidencia el presente estudio es el descriptivo causal, relacionando las dos variables como en el presente que es casual. Al respecto (Hernández Sampieri, Fernández collado, & Batista Lucio) menciona por cuanto la investigación: En términos generales, no consideramos que un tipo de investigación y los consecuentes diseños sea mejor que otro (experimental frente a no experimental). Como mencionan Kerlinger y Lee (2002): ambos son relevantes y necesarios ya que tienen un valor propio. Cada uno posee sus

características, y la decisión sobre qué clase de investigación y diseño específico hemos de seleccionar o desarrollar depende del planteamiento del problema, el alcance del estudio y las hipótesis formuladas. Así como Hipotético-Deductivo, porque nos permite verificar la hipótesis. Es así que se utilizó el método deductivo, además el método analítico, porque se procedió a analizar cada una de las partes del problema y entender el comportamiento de las mismas y explicar las causas, para luego formular las sugerencias y posibles alternativas de solución. Ante esto (Sabino, 1992) se refiere diciendo que: Resulta difícil exagerar la importancia que ha tenido este método de investigación dentro del desarrollo de la ciencia, ya que es prácticamente a partir de su utilización sistemática que las ciencias naturales comienzan a superar las antiguas explicaciones sobre el mundo que se basaban en la revelación, el dogma o la mera opinión. Gran parte de los conocimientos obtenidos en los últimos tres siglos se deben al empleo del experimento, diseño sobre el cual se han desarrollado significativas aportaciones tecnológicas y prácticas. Lo anterior no significa, desde luego, que la ciencia pueda reducirse exclusivamente a los frutos que proporciona la experimentación, por más valiosos que estos sean, ya que ésta es aplicable sólo a algunos problemas y no a otros y es mucho más útil en el campo de las ciencias naturales que en el de las ciencias sociales. (p.81) El trabajo que se viene a desarrollar se presenta en base a un diseño no experimental, es decir no se manipulan variables. Variable Independiente: principio del interés del niño Indicadores a) principio garantista b) norma de interpretación c) directriz política Variable Dependiente: variación de tenencia Indicadores a) Evaluación del equipo multidisciplinario b) Peligro de la integridad del menor. Con respecto a la población (Ramírez González, 2006) señala que: La población constituye el conjunto de elementos que forma parte del grupo de estudios, por tanto, se refiere a todos los elementos que en forma individual podrían ser cobijados en la investigación. La población la define

como el objetivo o propósito central de los estudios y no estrictamente su ubicación o límites geográficos, u otras características particulares al interior de ella. (p. 55) Para la población se tomó en consideración a abogados operadores de justicia en el distrito judicial de Lima juzgados de familia: 120.

Respecto a la muestra (Briones, 2002) nos menciona que:” Es el conjunto de unidades de muestreo incluidas en la muestra mediante algún procedimiento de selección. Habitualmente se la designa con la letra “n”. (p.57) De esta manera, para calcular el tamaño de la muestra se utilizó el muestreo intencionado, porque se trabajó solamente con 30 abogados especializados en Juzgados de familia Criterio de inclusión: siendo el presente estudio de dogmática jurídica sobre variación de tenencia, es pertinente que los abogados encuestados sean de la Especialidad en Derecho de familia.

De los resultados obtenidos, se concluyó que en los casos de variación de tenencia es importante la aplicación del interés del niño, pues garantiza el desarrollo integral del menor. Es justificable una variación de tenencia de hecho si el niño se encuentra enfermo, a pesar de que exista de por medio una conciliación extra judicial. El Artículo 86 señala que, la resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción. Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente. Un acta de conciliación obliga a las partes a cumplirla, tratándose de un problema humano, considerando el bienestar del menor, y encontrándose en peligro su integridad física, el otro progenitor que también tiene el deber de velar por el, tome una decisión, para la protección de su menor hijo. En cuanto a la importancia del niño a ser oído en el proceso el Artículo 85 señala: El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

6. Referencias webRamírez (2017) Friedrich Engels - El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado. Madrid. Ediciones AKAL, - 256 páginas

Silva (2005) "Derechos humanos de los niños y adolescentes y la legislación internacional".

Coediciones (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Unicef. (2006). www.unicef.es. Obtenido de

<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Hernández Sampieri, R., Fernández collado, C., & Batista Lucio, P. (s.f.). Metodología de

la Investigación 5 edición. Obtenido de

http://www.esup.edu.pe/descargas/dep_investigacion/Metodologia%20de%20la%20investigacion%205ta%20Edici3n.pdf

Briones, G. (2002). Metodología de la Investigación cuantitativa en las ciencias sociales.

ICFES.

Jiménez (2001) "Derechos de los niños". México D.F. UNAM

Pérez (2019), argumenta que los derechos de los niños en la condición de su vigencia, tiene jerarquía constitucional y deben ser entendidos como derechos y garantías reconocidos, por esta entidad.

Pérez (2019) "Declaración Universal de Derechos Humanos: Convención sobre los

Derechos del Niño". Universidad de la Laguna. Editorial Verbum Verhellen (2002)

argumenta que los son seres humanos, que les corresponde la titularidad de los derechos humanos. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. Verhellen

(2002) "La Convención Sobre Los Derechos Del Niño: Trasfondo, Motivos, Estrategias,

Temas Principales". España. GarantMúrtula (2016) "El interés superior del menor y las

medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género". Universidad de Alicante.

Madrid. DykinsonGarcía (2014) "La patria potestad". Madrid. Editorial Dykinson Melgar,

E. g. (2015). Normas Internacionales sobre los derechos de los niños y adolescentes en las sentencias sobre tenencia y régimen de visitas en la provincia de Huaura periodo 2013 - 2014. huacho- Perú. Obtenido de

http://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNJF_a86ac65f5ce586b882c855b7a101404a

Delgado, S. (2014). la tenencia de niños y adolescentes en el ámbito prejudicial, en las comisarías de alto selva alegre y cerro colorado, provincia de Arequipa, año 2012.

Obtenido de <https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/4585>

Fernández, M. (2012). Impacto del interés superior del niño niña y adolescente frente a derechos de terceras personas e igualmente legitima.

Venegas, P. (2010). AUTONOMIA PROGRESIVA: EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS. Santiago de Chile. Obtenido de

<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107103>

Salgado, N. (2012). El interés superior del niño en los procedimientos especiales seguidos ante los Tribunales de Familia. Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112905>

López (2006) "Trabajo social, familia y mediación. Necesidades sociales en la infancia y derechos del niño". Salamanca. Universidad de Salamanca.