



# **UNIVERSIDAD CESAR VALLEJO**

## **ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

### **TESIS**

**EL DERECHO DE OPINION DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE EN EL PROCESO  
DE TENENCIA**

**PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

#### **AUTOR:**

**PAMELA GERALDINE ARCOS CHACALIAZA**

#### **ASESOR TEMÁTICO:**

**DR. CHRISTIAN HERNÁNDEZ ALARCÓN**

#### **ASESOR METODOLÓGICO:**

**DR. GERARDO LUDEÑA GONZÁLEZ**

**LIMA – PERU**

**2012**

## **DEDICATORIA**

Este presente trabajo de investigación va dedicado a Dios por darme las fuerzas para el logro de esta meta, y a mis padres por su apoyo incondicional y su gran esfuerzo.

## **AGRADECIMIENTO**

Este trabajo de investigación no se hubiera hecho posible sin la ayuda de muchas personas, entre ellas mis docentes que cada semana nos brindaron sus conocimientos y así contribuir con nuestro desarrollo personal y profesional.

## PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado, en las líneas siguientes mostrare una pequeña presentación de mi trabajo de investigación, con el cual lograré obtener el título profesional de abogado.

Hoy en día, la tenencia y custodia es un tema muy recurrente y complejo en los Juzgados y Salas Superiores de Familia. Podemos graficarlo imaginándonos a cada progenitor tomando y tirando de cada una de las extremidades superiores de su hijo, sin la menor intención de soltarlo, y ello quizás por un sincero afecto y cariño hacia su hijo; o quizás por un afán de venganza hacia el otro progenitor por una infidelidad u otro motivo y así usar al hijo como arma de sufrimiento; o sencillamente por un bajo propósito económico. Supuestos que representan situaciones de gran complejidad al momento de resolverlos donde el juez debe resolver solo con el conjunto de los medios probatorios aportados por las partes y los ordenados de oficio en el proceso, sino también con la apreciación que se hace, y no porque la ley así lo obliga, sino por una cuestión de conciencia ética, moral y de justicia.

Primeramente no debemos confundir a la Tenencia y Custodia con la Patria Potestad, pues la primera viene a ser un atributo de la segunda; entonces debemos entender a la Tenencia y Custodia como aquella Institución del derecho familiar, por el cual a falta de un acuerdo entre los padres que se encuentran separados de hecho, el Juez confía el cuidado y protección directo del o los hijos, al progenitor que reúna las condiciones morales y materiales necesarias que puedan garantizar la integridad moral, psíquica y física, así como al libre desarrollo y bienestar del hijo y por sobre todo la interrelación con el otro progenitor, ello mediante un régimen de visitas. Para Javier Rolando Peralta Andía, la tenencia no es un derecho sino un deber de los padres que significa: *“la necesidad de una relación interpersonal continuada, que presupone la comunidad de vivienda”*.

De otro lado, en el aspecto objetivo del tema que nos ocupa, es el derecho a expresar su opinión el niño y adolescente en el proceso de tenencia, el derecho a ser oído y el derecho a que tales opiniones sean debidamente tomadas en cuenta en razón de la edad y madurez del niño y el adolescente, aspectos que se encuentran estrechamente vinculados entre sí, dando origen a una interdependencia indisoluble, pues los tres deben concurrir a objeto de garantizar efectivamente el derecho de opinar. La ausencia de uno atenta contra su ejercicio efectivo, configurándose una situación violatoria, pues qué sentido tendría solicitar su opinión pero que la misma no fuese escuchada en el entendido que muchas veces se oye y no se escucha; aunque parezca un juego de palabras escuchar supone oír con atención; o que lo escuchásemos pero su opinión no fuese tomada en cuenta y en el peor de los casos se le negase la posibilidad de expresarse.

El derecho a opinar como emblema del resto de los derechos que abren el espacio de participación implica un replanteamiento del mundo adulto, el establecimiento de las relaciones entre niños, adolescentes y adultos apoyadas en la comunicación, en el respeto, en el dialogo orientador y no impositivo, asumiendo que son personas diferentes, que deben recorrer su propio camino.

En conclusión, creemos que lo más beneficioso para el niño y el adolescente es que sencillamente se otorgue la responsabilidad de la tenencia al progenitor que se encuentre mas calificado, pero fijando un régimen de visitas adecuado y no tan complicado a favor del otro progenitor que realmente garantice una relación filial fluida y sin perturbaciones o interferencias; y para ello se requiere de la capacidad que pueda tener el Juzgador de cuidar tal derecho para ambos padres y sobre todo haciendo prevalecer el interés del menor sobre cualquier otro, y ello teniendo como base principal que el niño y adolescente al llegar a un nivel de discernimiento, tiene derecho a opinar, más aún cuando se trata de un hecho que le concierne directamente como es el proceso de tenencia.

# INDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
PRESENTACIÓN.....	iv
INDICE.....	vi
INDICE DE CUADROS.....	ix
INDICE DE TABLAS.....	x
INDICE DE GRÁFICOS.....	xi
RESUMEN.....	xii
ABSTRACT.....	xiii
INTRODUCCIÓN.....	xiv
CAPITULO I.....	1
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	3
1.1.1.- PROBLEMA GENERAL.....	3
1.1.2.- PROBLEMA ESPECÍFICOS.....	3
1.2.- OBJETIVOS.....	4
1.2.1.- GENERAL.....	4
1.2.2.- ESPECÍFICOS.....	4
1.3.- JUSTIFICACIÓN.....	4
1.3.1.- Justificación Teórica:.....	6
1.3.2.- Justificación Metodológica:.....	6
1.3.3.- Justificación Práctica:.....	6
1.3.4.- Justificación Legal:.....	7
1.4.- DELIMITACIÓN.....	7
1.4.1.- DELIMITACIÓN ESPACIAL:.....	7
1.4.2.- DELIMITACIÓN TEMPORAL:.....	7
1.5.- HIPÓTESIS.....	8
1.5.1.- HIPÓTESIS GENERAL.....	8

1.5.2.- HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	8
1.6.- VARIABLES .....	8
1.6.1.- DEFINICIÓN CONCEPTUAL .....	9
1.6.2.- DEFINICIÓN OPERACIONAL.....	9
1.6.3.- INDICADORES .....	10
1.7.- METODOLOGÍA .....	12
1.8.- TIPO DE ESTUDIO .....	13
1.9.- NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	14
1.10.- DISEÑO .....	15
1.11.- MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	17
1.12.- POBLACIÓN Y MUESTRA .....	18
1.13.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	20
CAPITULO II.....	22
1.- ANTECEDENTES.....	22
2.- MARCO HISTORICO .....	31
3.- BASES DOCTRINARIAS .....	37
4.- MARCO CONCEPTUAL .....	44
4.1.- LA TENENCIA COMO UN ATRIBUTO DE LA PATRIA POTESTAD .....	44
4.1.1.- PATRIA POTESTAD Y TENENCIA.....	47
4.1.2.- ¿Qué es la tenencia?.....	50
4.2.- PROCESO DE TENENCIA .....	52
4.2.1.- TENENCIA MONOPARENTAL .....	56
4.2.2.- TENENCIA COMPARTIDA.....	57
4.3.- LA OPINIÓN DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE.....	61
4.4.- LA OPINIÓN DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE TENENCIA.....	64
4.4.1.- ¿Cómo se debe recibir la opinión del niño en los procesos de tenencia? .....	66
4.4.2.- ¿Cómo se debe valorar la opinión del menor en los procesos de tenencia?.....	68
5.- GLOSARIO DE TÉRMINOS .....	72
CAPITULO III.....	74

1.- ANÁLISIS DE FUENTE DOCUMENTAL.....	74
2.- ENTREVISTAS DE PROFUNDIDAD.....	84
2.1.- PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA A LOS JUECES DE FAMILIA .....	84
2.2.- RESULTADO DE LA ENTREVISTA A LOS JUECES DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DEL CALLAO .....	85
2.3.- PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA A LOS FISCALES DE FAMILIA .....	90
2,4.- RESULTADO DE LA ENTREVISTA A LOS FISCALES DE FAMILIA PROVINCIALES DEL CALLAO ..	91
3.- ENCUESTAS .....	97
4.- ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO.....	103
5.- ANÁLISIS DEL MARCO COMPARADO.....	106
6.- DISCUSIÓN.....	108
7.- CONCLUSIONES.....	110
8.- RECOMENDACIONES.....	113
9.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	116
10.- ANEXOS .....	119



## INDICE DE CUADROS

CUADRO N° 01: MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN.....	11
CUADRO N° 02: PARADIGMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
CUADRO N° 03: TIPO DE ESTUDIO.....	13
CUADRO N° 04: NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	15
CUADRO N° 05: DISEÑO NO EXPERIMENTAL.....	16
CUADRO N° 06: MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	17
CUADRO N° 07: TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE DATOS.....	20
CUADRO N° 08: DIFERENCIA ENTRE TENENCIA, TUTELA Y PATRIA POTESTAD.....	51
CUADRO N° 09: ANÁLISIS DE FUENTE DOCUMENTAL.....	74
CUADRO N° 10: PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA A LOS JUECES DE FAMILIA.....	84
CUADRO N° 11: RESPUESTAS DE LAS PREGUNTAS A LOS JUECES.....	85
CUADRO N° 12: PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA A FISCALES DE FAMILIA.....	90
CUADRO N° 13: RESPUESTAS DE LAS PREGUNTAS A LOS FISCALES.....	91
CUADRO N° 14: ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO .....	103
CUADRO N° 15: ANÁLISIS DEL MARCO COMPARADO .....	106
CUADRO N° 16: DISCUSIÓN.....	108

## INDICE DE TABLAS

TABLA N° 01:	¿PARA USTED LA OPINIÓN DEL MENOR DEBE SER DETERMINANTE PARA EL FALLO FINAL DEL JUEZ EN UN PROCESO DE TENENCIA?.....	97
TABLA N° 02:	¿CONSIDERA USTED QUE EN UN PROCESO DE TENENCIA, SE DEBA TENER EN CUENTA LA EDAD DEL MENOR PARA VALORAR SU OPINIÓN?.....	98
TABLA N° 03:	¿CREE USTED QUE LA TENDENCIA DE UNO DE LOS PADRES A UNA PERSONA DE SU MISMO SEXO, PODRÍA INFLUENCIAR AL MOMENTO QUE EL MENOR EMITA SU OPINIÓN EN UN PROCESO DE TENENCIA?.....	99
TABLA N° 04:	¿CREE USTED QUE EL MAYOR TIEMPO QUE PUEDA CONVIVIR EL MENOR CON UNO DE LOS PADRES, ES FUNDAMENTAL PARA QUE SU OPINIÓN PUEDA SER INFLUENCIADA?.....	100
TABLA N° 05:	¿PARA USTED AL NO TENER EL JUEZ EN CUENTA LA OPINIÓN DEL MENOR AL MOMENTO DE RESOLVER LA TENENCIA, SE ESTARÍA DE ALGUNA MANERA VULNERANDO EL DEBIDO PROCESO?.....	101

## INDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO N° 01:	PREGUNTA N° 1.....	97
GRÁFICO N° 02:	PREGUNTA N° 2.....	98
GRÁFICO N° 03:	PREGUNTA N° 3.....	99
GRÁFICO N° 04:	PREGUNTA N° 4.....	100
GRÁFICO N° 05:	PREGUNTA N° 5.....	101

## RESUMEN

El derecho de opinar y ser oído de niños y adolescentes se introduce en la Convención sobre los Derechos del Niño como un principio novedoso que apareja cambios en la interrelación con éstos como sujetos de derecho.

El trabajo realizado parte de un análisis documental en la cual se hizo una revisión de la regulación legal existente en el país y de la principal doctrina nacional y extranjera, en virtud de lo cual se puede afirmar que el derecho de opinión de niños, niñas y adolescentes es un derecho innovador que tiene como principales límites la edad y la madurez que éstos hayan alcanzado para formarse un juicio propio.

Dentro del amplio espectro de posibilidades que presenta la participación como fenómeno de múltiples facetas, el derecho a opinar, se concibe como la vía a la cual todo niño debe tener acceso para que los adultos conozcan de diferentes maneras su interior y comprendan que están frente a un pequeño individuo capaz de pensar y actuar para producir cambios favorables en su entorno.

La inversión en la realización del derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta es una obligación clara e inmediata de los Estados partes en virtud de la Convención.

En consecuencia, es un derecho de todos los niños, sin discriminación alguna. El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten.

**Palabras clave:** Derecho de Opinión, niño, adolescente, escuchar y Convención sobre los Derechos del Niño.

## **ABSTRACT**

The right to give opinion and to be heard that the children and adolescents have it is introduced in the Convention on the Rights of the Chile, as a new principle that prepares the changes of the interrelation with these as subjects of law.

The observations made come from the document investigation in which a revision was carried out from the legal regulation existing in the country and of the main national and foreign doctrine, in virtue of which they can affirm that the right that the children and adolescents have to give opinions, is a new right that has the main limits the age and maturity that they have reached in order to have their own judgment.

Within the wide range of possibilities offered participation as multifaceted phenomenon, the right to speak, is seen as the path to which all children should have access to adults know differently inside and understand that they are facing even small individual capable of thinking and acting to produce favorable changes in their environment.

Investment in the realization of children's right to be heard in all matters affecting them and that their views are taken into account is a clear and immediate obligation of States parties under the Convention.

Consequently, it is a right of all children, without discrimination. The goal of achieving truly opportunities to apply Article 12 is necessary dismantle legal barriers, political, economic, social and cultural factors that currently inhibit the opportunity for children to be heard and access of children to participation in all matters affect them.

**Keywords:** Law Review, child, adolescent, listen and Convention on the Rights of the Child.