



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

La presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado en la etapa de conciliación intraprocesal en el proceso de tenencia de los niños y adolescentes. Trujillo 2016 – 2017

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**AUTORES:**

Llaury Ortiz, Llanly

Vasquez Espinoza, Fidel Francisco

**ASESOR:**

Dr. Homero Pracedes Jondec Briones

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho Civil

**TRUJILLO – PERÚ**

**2018**

**PÁGINA DEL JURADO**



LUIS LEON REINALT  
PRESIDENTE



JOSÉ LUIS CHE LEON CHUENG  
SECRETARIO



HOMERO JONDÉC BRIONES  
VOCAL

## **DEDICATORIA**

A mis padres, por el denodado  
esfuerzo en la superación y  
culminación en mi carrera  
profesional.

Br. Llaury Ortiz Llanly

## **DEDICATORIA**

A Dios por su infinito amor.

A mi familia por su apoyo  
constante y estar presentes en  
cada momento.

Br. Vasquez Espinoza Fidel Francisco

## **AGRADECIMIENTO**

A nuestros asesores, por su experiencia y  
capacidad profesional.

A los Magistrados y Trabajadores de la Corte  
Superior de Justicia de La Libertad – Trujillo,  
en donde se elaboró la investigación.

Los Autores.

## DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Nosotros, Llanly Llaury Ortiz y Fidel Francisco Vasquez Espinoza, estudiantes de la carrera profesional de derecho de la Universidad César Vallejo, identificados con DNI N° 71917534 y N° 46724963 respectivamente, presentamos el trabajo de investigación bajo la modalidad de tesis titulado: “La presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado en la etapa de conciliación intraprocesal en el proceso de tenencia de los niños y adolescentes. Trujillo 2016 – 2017”, con la finalidad de cumplir con los requisitos señalados por el reglamento de nuestra facultad y cumpliendo los parámetros exigidos para tal finalidad, asimismo DECLARAMOS BAJO JURAMENTO que toda documentación que acompaña al presente trabajo de investigación se encuentra dentro de los límites de la veracidad y la autenticidad.

Asimismo, DECLARAMOS BAJO JURAMENTO que todos los datos e información consignada en la presente tesis son conforme a la verdad y autenticidad, contrastada con la realidad social.

En ese sentido, asumimos la responsabilidad que al caso amerite ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de información o de documentos, de tal modo que ante cualquiera de estas premisas, nos sometemos a lo que disponga la Universidad César Vallejo en sus normas académicas y reglamentarias.

Trujillo, diciembre del 2018



LLANLY LLAURY ORTIZ  
DNI N° 71917534



FIDEL FRANCISCO VASQUEZ ESPINOZA  
DNI N° 46724963

## **PRESENTACIÓN**

Señores miembros del Jurado, presentamos ante ustedes la Tesis titulada, “La presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado en la etapa de conciliación intraprocesal en el proceso de tenencia de los niños y adolescentes. Trujillo 2016 – 2017”, con la finalidad de determinar si la presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado será necesaria para mejor resolver de los jueces en la etapa de conciliación intraprocesal en el proceso de tenencia de los niños y adolescentes. Trujillo 2016 – 2017, en cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo para obtener el Grado Académico de Abogado.

Esperando cumplir con los requisitos de aprobación.

TRUJILLO, DICIEMBRE DEL 2018

## INDICE

PÁGINA DEL JURADO .....	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO .....	v
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD .....	vi
PRESENTACIÓN .....	vii
INDICE.....	viii
RESUMEN.....	x
ABSTRACT .....	xi
I. INTRODUCCIÓN .....	12
1.1 Realidad Problemática .....	12
1.2 Trabajos previos .....	14
1.3 Teorías relacionadas al tema .....	19
1.4 Formulación del problema .....	39
1.5 Justificación del estudio .....	39
1.6 Hipótesis.....	40
1.7 Objetivos .....	40
1.7.1 General.....	40
1.7.2 Específicos .....	40
II. MÉTODO.....	41
2.1 Diseño de investigación .....	41
2.2 Variables, operacionalización.....	41
2.3 Población y muestra.....	43
2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad .....	45
2.5 Métodos de análisis de datos .....	46
2.6 Aspectos éticos .....	46

III. RESULTADOS.....	47
IV. DISCUSIÓN.....	78
V. CONCLUSIÓN.....	82
VI. RECOMENDACIONES.....	83
VII. REFERENCIAS.....	84
VIII. ANEXOS.....	87

## RESUMEN

El proceso de tenencia implica que el Juzgador debe elegir a uno de los padres para ejercer la custodia directa del menor, iniciando con camino tedioso, donde la intervención del menor es nula, no se le reconoce sus derechos y se vulnera de forma inmediata el derecho a ser escuchado en un proceso judicial.

Dicha problemática se evidencia en la etapa de conciliación, donde la mayoría de casos se solucionan sin escuchar al menor, que necesariamente debe intervenir para conocer su opinión y pueda ejercer de forma fehaciente su derecho a ser escuchado, es por ello, que conociendo dicha problemática la finalidad de la presente tesis se centra en determinar si la presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado será necesaria para mejor resolver de los jueces en la etapa de conciliación intraprocesal en el proceso de tenencia de los niños y adolescentes.

El diseño de investigación, es no experimental, transversal y descriptiva propositiva por cuanto se fundamenta en una necesidad o vacío dentro del proceso de filiación. Asimismo, la población estará conformada por: i) expedientes de procesos judiciales de tenencia tramitados por ante la Corte Superior del Distrito Judicial de La Libertad; y ii) por profesionales del derecho especializados en materia de derecho de familia y/o derecho de los niños y adolescentes de nuestra localidad.

Finalmente, se arribó a la siguiente conclusión, luego de haber aplicado la entrevista con expertos, tanto a profesionales de derecho como a magistrado se ha podido determinar que es necesaria la presencia del menor en la etapa de conciliación para garantizar de forma fehaciente y adecuada el derecho a ser escuchado en el proceso de tenencia.

**Palabras clave: tenencia, conciliación, derechos, menor a ser escuchado**

## ABSTRACT

The tenure process implies that the Judge must choose one of the parents to exercise direct custody of the minor, starting with a tedious path, where the minor's intervention is null, his / her rights are not recognized and the right is immediately violated. to be heard in a judicial process.

This problem is evident in the conciliation stage, where most cases are solved without listening to the child, who must necessarily intervene to know their opinion and can exercise their right to be heard, this is why, knowing that problem The purpose of this thesis is to determine whether the mandatory presence of the child and the assessment of the right to be heard will be necessary to better resolve the judges in the stage of intra-procedural conciliation in the process of holding children and adolescents.

The research design is non-experimental, transversal and descriptive, because it is based on a need or gap in the filiation process. Likewise, the population will be comprised of: i) records of legal proceedings of tenure processed by the Superior Court of the Judicial District of La Libertad; and ii) by legal professionals specialized in family law and / or the right of children and adolescents in our area.

Finally, we reached the following conclusion, after having applied the interview with experts, both legal professionals and magistrate it has been determined that the presence of the child in the conciliation stage is necessary to guarantee in a reliable and adequate manner the right to be heard in the tenure process.

**Keywords: tenure, conciliation, rights, minor to be Heard**

# **I. INTRODUCCIÓN**

## **1.1 Realidad Problemática**

El tema de la tenencia de los hijos es uno de los más complejos que existen en el desarrollo del derecho de familia, dicha complejidad inicia cuando uno de los padres es quien debe ejercer la custodia directa de los hijos a partir de un vínculo original o inicial que los unía, esta problemática genera una repercusión en el desarrollo integral del menor.

Frente a esta problemática la normatividad vigente a otorgado la protección tanto al menor – en la diversidad de normativas – como a la familia, para que frente a la determinación específica de la custodia el menor pueda quedarse con alguno de los padres de forma pacífica y consensuada, en mérito a la decisión del órgano jurisdiccional, donde a uno de los padres se le deberá encargar la custodia directa de los menores, mientras que, al otro padre, al que no le ha tocado la tenencia, se le asignará un régimen de visitas. Como es sabido, cuando se produce la separación de una pareja, ya sea de hecho o de derecho, es por lo general la madre quien se queda con los hijos. Por muchas circunstancias, la madre no puede estar en la capacidad de ofrecer a sus hijos las condiciones que son inherentes al buen ejercicio de la patria potestad, lo que determina que sea el padre quien se vea en la necesidad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales solicitando la tenencia de sus hijos, argumentando, mediante sus fundamentos de hecho y de derecho la necesidad de tener en su esfera de influencia a sus hijos, y solicitando, para la madre un régimen de visitas.

En la práctica jurisdiccional, se ha encontrado además de la desventaja de uno de los padres para ejercer la custodia, que no se respeta el derecho del menor a ser escuchado, ya que en la etapa de conciliación las partes acuerdan respecto a sus propios intereses y no recurren a solicitar la opinión del menor, de igual forma se ha podido constatar que los jueces son reacios a dictar medidas jurisdiccionales orientadas a “quitar” a la madre la custodia y la tenencia de sus hijos, que en uno de los casos bajo análisis se observa que posterior a la entrega de la custodia del menor a la madre, este sufre de maltratos físicos.

Ante esta situación, de innegable desventaja y falta de equiparidad de las partes que se advierte en el proceso civil de solicitud de tenencia, al padre opta por la decisión de conciliar y quedarse con el régimen de visitas. Es por ello, que para la presente investigación se analizó el proceso de conciliación que promueve el juez, en atención a lo que dispone la vigente legislación del Proceso Único que regula la pretensión de tenencia de los hijos menores. Mientras tanto, los menores, aquellos a quienes el ordenamiento jurídico les otorga el derecho de ser escuchados por el juez, quedan de lado, y su derecho a opinar, completamente desvirtuado.

Como se sabe, el trámite para solicitar la tenencia es en el marco del denominado Proceso Único, que está regulado en los artículos 164 al 182 del vigente Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337 del 7 de agosto de 2000. Este Proceso Único solo cuenta con una audiencia, la misma que está regulada en el artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes. En dicha audiencia prácticamente se producen todos los estadios procesales que en otros procesos tienen un funcionamiento independiente. Así, en una audiencia saturada, los jueces, tal como se establece específicamente en el tercer párrafo de dicho artículo, invocan a la conciliación para “resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente”.

Esta invocación a la conciliación aparenta ser una buena institución en la medida que busca que las partes, en este caso los padres, lleguen a una “solución” del problema que le afecta respecto a la tenencia de sus hijos. Pero, como se pretende demostrar en la investigación, se trataría de una “solución” artificiosa, que solo produciría un embalse del problema original y terminaría afectando a los más débiles de la situación problemática: los niños y/o adolescentes. Con esta actitud de los jueces, de promover la conciliación, sin tener ellos mismos una formación especializada en materia de conciliación, estarían no solo atentando contra el derecho a la igualdad de las partes, consagrado en el Art. 50, inc. 2, del Código Procesal Civil, sino, también, contra el derecho de los niños y adolescentes de ser escuchados por el Juez, consagrado en el Art. 85 del Código de los Niños y Adolescentes.

Respecto a la primera posibilidad -de atentar contra el derecho de igualdad de las partes- esto se constataría en la actuación prejuzgada que evidenciarían los jueces de preferir a la madre en la tenencia de los menores; y respecto a la segunda posibilidad -la de la atentar contra el derecho de los niños y adolescentes a ser escuchados por el juez-, esto se concretaría en que tanto la invocación conciliatoria promovida por el juez como la decisión tomada por los padres conciliatoriamente se hace sin contar con la opinión de los menores.

## **1.2 Trabajos previos**

### **1.2.1 Internacional**

Tenemos la investigación realizada por la Defensoría del Pueblo de España (2014), titulada “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor”. De acuerdo con dicho estudio la metodología abordada para la preparación de este estudio partió de la elaboración de un documento que contenía una lista abierta de cuestiones, cuyo contenido es el resultado del cotejo entre los estándares internacionales en la materia y la legislación española, las quejas recibidas sobre la materia en esta Institución, así como las actuaciones de oficio abiertas con todas las entidades de protección de menores. Entre las conclusiones más importantes del estudio destacan: i) Que el titular del derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta es cualquier niño, por lo que la escucha habrá de adaptarse a las particularidades de cada menor; ii) Que, la fórmula legal española, «derecho a ser oído», difiere de la utilizada por la Convención, que pone el acento en la escucha, puesto que en la tradición jurídica española «ser oído» implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. El concepto de escucha en el marco de la Convención es más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño; iii) Que, el derecho a ser escuchado forma parte del núcleo fundamental de la Convención, junto con el derecho a la vida, a la no discriminación y el derecho a que el interés superior del menor sea una consideración

primordial. Además de ello, el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tomen en serio debe también entenderse como un principio esencial para la determinación el mejor interés del niño, considerado un interés superior.

Este estudio resulta ser muy importante para el tema en estudio en la medida que demuestra que el derecho de los niños a ser escuchados en los procesos judiciales es un derecho fundamental.

La tesis de Ramos, H. (2014) titulada “Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres” para obtener el título profesional de abogado por la Universidad Central del Ecuador. Esta investigación tuvo como población a magistrados, jueces, abogados y organizaciones con una muestra probabilística aleatoria simple en número de 100 personas. Entre las conclusiones más importantes del estudio destacan: i) Cuando los matrimonios y uniones de hecho fracasan, se llega al divorcio o separación, que según su tasa se incrementa cada día, es aquí en este proceso de separación de los cónyuges donde se crea el conflicto de la tenencia de los hijos menores, al no estar de acuerdo uno de sus progenitores con su separación, y convertirse en un visitante de conformidad a nuestras leyes, determinando un Juez el tiempo de visitas que por lo general es un día a la semana; ii) Si la separación o divorcio ha sido conflictivo o destructivo, el progenitor ausente o que esta fuera del hogar, se ve sometido a un sinnúmero de circunstancias negativas, en la mayoría de casos, provocados por el progenitor que por medio de una resolución mantiene la tenencia de los menores, es aquí donde nace el SAP Síndrome de Alienación Parental, conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor; iii) El divorcio o separación solo debe ocurrir entre madre y padre, y no con los hijos; como respuesta a este proceso y con el afán de contrarrestar este tipo de circunstancias nocivas, tanto para el padre ausente, como para los hijos mediante un estudio prodigioso se llega a determinar que la mejor opción es la Tenencia Compartida de los hijos menores no emancipados, situación legal mediante la cual, en caso de separación o divorcio, ambos progenitores ejercen

la tenencia legal de sus vástagos, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos, no debiendo confundir la tenencia con la patria potestad, ya que los progenitores luego de su separación o divorcio siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos, mas no la tenencia que por lo general en un (98%) es entregada a las madres por medio de resolución emanada por un Juez competente y de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico.

Esta investigación resulta muy importante para la nuestra en la medida que hace patentes las negativas consecuencias de la separación de los padres y cómo éstos se llegan a disputar a los hijos como trofeos de guerra, dejando en un segundo plano, los reales derechos de los menores, que son quienes sufren las consecuencias de la conducta hostil entre los padres. También es importante porque comprueba, una vez más, la preferencia de los órganos jurisdiccionales por otorgar la tenencia a la madre.

### **1.2.2 Nacional**

Tenemos la tesis de Noblecilla, S. (2014) titulada “Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño” para obtener el título profesional de abogada por la Universidad Privada de Norte. La muestra fue no probalística a criterio del investigador y por criterio de inclusión se procedió a seleccionar 10 expedientes en los juzgados de la ciudad de Trujillo, específicamente Juzgados Especializados en Familia. La muestra intencional de esta investigación, se configuró a través de 10 de expedientes con resoluciones que pusieron fin al proceso, emitidas en el año 2011 sobre Tenencia de Menores, para poder determinar los factores empleados por los jueces de familia de la ciudad de Trujillo, para resolver ante ese tipo de pretensión. Así mismo, se realizó una encuesta a los mismos jueces de familia y se determinaron los criterios que aplican al expedir sus sentencias. Entre las conclusiones más importantes del estudio destacan: i) Se determinó que de 10 sentencias analizadas 7 otorgaron la Tenencia Monoparental, exclusivamente a favor de la madre, quien fue la demandante; los factores determinantes a favor de la Tenencia Monoparental que contravienen el Interés Superior del Niño son los siguientes: 1. La edad del menor (de 0-8 años deben

permanecer con la madre) 2. Mayor tiempo de convivencia (relacionado a la lactancia cuando se encuentran en dicho período o por cuestiones de trabajo el menor pasa mayor tiempo con la madre o padre). 3. Opinión del menor (se toma en cuenta en función a la edad, de 0-8 años, no es posible adoptar criterios en base a su opinión) 4. Sexo del progenitor (haciendo comparaciones indiscriminadas, creencias poco ajustadas a la sociedad actual) 5. Informes sociales y psicológicos (que no son correctamente discutidos por el juez) 6. Demandas en contra del progenitor (filiación, alimentos, etc.).

Esta investigación también resulta importante para la nuestra, en la medida que incide en los criterios que los jueces toman en consideración para sus decisiones en el ámbito de las pretensiones sobre la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo.

La tesis de Quispe, D. (2017) titulada “Incumplimiento del régimen de visitas de los hijos menores de edad en los Juzgados de Familia de Lima-2015” para obtener el título profesional de abogada por la Universidad “César Vallejo” de Lima. Se trata de una investigación básica y descriptiva. La muestra estuvo constituida por 30 abogados en ejercicio, especialistas en tema de derecho de familia, el instrumento cuestionario se utilizó para recabar los datos precisos y obtener los resultados exactos. Entre las conclusiones más importantes del estudio destacan: i) Se debe establecer en el Códigos de los Niños y Adolescentes medidas sancionadoras al progenitor que tiene la tenencia del hijo e incumpla el régimen visitas del otro progenitor, a fin de evitar la vulneración de los hijos y padres; ii) el incumplimiento de régimen de visitas por parte del progenitor que cuenta con la tenencia viene vulnerando los derechos de los hijos, a tener una familia y no ser separado de ella, así como, el derecho a un desarrollo armónico e integral; iii) el incumplimiento de régimen de visitas por parte del progenitor que tiene la tenencia del hijo, suprime los lazos afectivos y la relación paterna filial, en consecuencia genera daños emocionales al otro progenitor.

Esta investigación resulta también importante para nuestra investigación en la medida que se encuentra inserta entre los efectos colaterales que produce una

ineficiente tramitación de los procesos de tenencia por parte de los órganos jurisdiccionales de familia.

La tesis de Acosta, C. (2017) titulada “La aplicación del principio de interés superior del niño, al fijarse la tenencia compartida” para obtener el título profesional de abogada por la Universidad Privada “Antenor Orrego” de Trujillo. Se trató de una investigación básica, descriptiva. La muestra estuvo conformada por un análisis doctrinario y legislativo destinado a identificar si ante el otorgamiento de la tenencia compartida en periodos cortos se vulnera el principio de Interés Superior del Niño. Entre las conclusiones más importantes del estudio destacan: i) La Tenencia Compartida de periodicidad corta es aquella que se fija en días, semanas, quincenas y hasta mensualmente, periodo en el cual el niño, niña o adolescente convive con cada padre por separado en el domicilio de turno. En esta modalidad, el niño se encuentra en la necesidad de adaptarse rápidamente a cada cambio entre la alternancia de hogares en los que convive con sus padres, lo cual crea desajustes en este proceso de adaptación y, por lo mismo, vulnera el Principio de Interés Superior del Niño; ii) El principio de Interés Superior del Niño es de observancia obligatoria en todas las decisiones en las cuales se encuentre involucrado un niño, lo cual incluye los acuerdos de conciliación extrajudiciales o intraprocesales realizados entre los padres del niño, quienes pueden elegir libremente la forma de la custodia compartida. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en aplicación del referido principio -de observancia obligatoria- el Conciliador Extrajudicial especializado en materia de familia, los padres del niño, magistrados y otros involucrados deben velar por el desarrollo integral del mismo; iii) La tenencia compartida fijada en periodos cortos vulnera el derecho del niño a su desarrollo integral, al exponerlo a costumbres distintas y cambios ocasionados por tener que

-abruptamente- convivir con cada uno de sus padres en el periodo asignado y, por tanto, vulnera los alcances del Principio del Interés Superior del Niño.

Esta investigación es importante para la nuestra en la medida que comprueba la necesidad de que los órganos jurisdiccionales resuelvan sobre el fondo de las pretensiones de tenencia y no se deje al consenso de los padres las decisiones que afectan directamente al Principio del Interés Superior del Niño, como suele suceder

cuando los progenitores “acuerdan” dividirse la tenencia a través de la figura de la tenencia compartida.

### **1.3 Teorías relacionadas al tema**

En la estructura del presente trabajo de investigación se tendrá en cuenta la importancia de las instituciones del derecho de familia, es por ello que en primer término se analizará a la patria potestad, entendida según la normatividad vigente como el derecho que tienen todos los padres para educar, alimentar y otorgar seguridad a sus hijos (regulado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú). Asimismo, Aguilar (2012) entiende a la patria potestad como aquel derecho de los padres a cuidar de los bienes de los hijos menores, tal como se establece en el artículo 418 del Código Civil, además manifiesta que en el caso de los hijos matrimoniales la patria potestad corresponde a ambos padres (en condiciones similares), mientras que, a los hijos extramatrimoniales, el Juez (en base al principio *Iura Novit Curia*) otorgará la patria potestad a alguno de los padres, siempre y cuando estos no convivan.

En general podemos advertir que la patria potestad, se refiere al conjunto de derechos y deberes que tienen los padres de forma conjunta sobre sus hijos asumiendo que deberá existir un reparto de las funciones como la crianza, alimentación y cuidado de los mismos. En este contexto, Rosales (2005), menciona que mientras los hijos no cumplen la mayoría de edad, los padres se encargan de su formación y protección, y para lograr cumplir dicha finalidad se necesitan facultades tanto a la persona como sus bienes, a esto llamamos patria potestad, entendido en general, como aquel poder legal y global que la normatividad otorga a los padres sobre los hijos (p. 32).

#### **1.3.1 La tenencia de los niños y adolescentes**

En nuestra normatividad local, Código del Niño y Adolescente, confunde el término tenencia con el de custodia, siendo así Aguilar (2012) menciona que es un error

tratar de equipararla, ya que ella la tenencia es entidad como un atributo, derecho o facultad que ostentan los padres, y en el desarrollo de la convivencia surge el deber de custodiar a sus hijos, mediante la protección, el cuidado y la vigilancia (p. 182)

#### **1.3.1.1 Definición**

Por su parte, Beltrán (2009) entiende a la patria potestad como un atributo que ostentan los padres cuando conviven con el menor, ejerciendo sus derechos y deberes en armonía; es entendida además como institución cuando corresponde a algunos de los padres cuando no residen en el mismo domicilio, es por ello, que el legislador actualmente conoce dos tipos de tenencia, con el fin de cautelar los derechos e intereses del niño, donde ambos padres participan en igualdad de condiciones (p. 153).

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos (2006) manifiesta que la tenencia es entendida como el trámite que busca el reconocimiento del derecho a la custodia, que procede solo cuando los padres se encuentren separados, en general, se entiende como aquella institución que tiene por finalidad otorgar la custodia del menor a alguno de los padres teniendo en cuenta las consideraciones favorables al menor en búsqueda de su desarrollo personal, teniendo como fundamento el principio del interés superior del niño y adolescente, siendo así la misma normatividad prevé que cuando se le negase la tenencia a uno de los padres automáticamente corresponde al otro (p. 23).

Por su parte, Hollweck (2001) menciona que la tenencia trae consigo una relación directa entre el vínculo paterno filial y la protección normativa al menor, sin embargo, quien determina cuál de los padres debe tener la misma es el propio derecho, donde se evidencie la viabilización de los roles atribuidos a los progenitores de acuerdo a la normatividad vigente (p. 42).

Haciendo referencia a la normatividad internacionales, tenemos el artículo 9° de la Convención sobre los derechos del niño, vela porque el menor no sea separado de sus padres, excepto cuando se tratase de mandato judicial, cuando lo determine la normatividad y los procedimientos legales que permitan

la protección del menor en base al principio del interés superior del niño, de acuerdo a cada caso en particular. Los Estados partes, respetan el derecho del niño que por más que se encuentre separado por alguno de los padres a mantener un contacto directo y de relaciones personales con sus padres de forma regular, salvo lo contrario por la normatividad o el principio del interés superior del niño.

Por su parte, el Código del Niño y del adolescente, en su artículo 81, menciona que cuando los padres se encuentren separados, la tenencia de los menores se determina de acuerdo a lo establecido entre ellos y teniendo en cuenta la voz de menor, en caso que no existiese acuerdo entre las partes, la tenencia será resuelta en un proceso judicial, disponiendo la tenencia compartida salvaguardando los derechos del menor.

Finalmente, Mosquera (2012) menciona que la tenencia es una institución que vincula a los padres con los hijos en relación al cuidado y protección, en caso que no existiese los padres existe la tutela, que busca el cuidado del menor que no se encuentre protegido bajo la patria potestad, incluyendo el cuidado de la persona propiamente y de sus bienes, tal como se establece en el artículo 502 del Código Civil (p. 54).

### **1.3.1.2 Clases de tenencia**

En la doctrina encontramos diversos tipos de tenencia, como la tenencia conjunta, repartida o bilateral, la tenencia partida, la tenencia exclusiva, entre otras, de las cuáles nos centraremos en explicar las más importantes que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, como son la tenencia monoparental o exclusiva y la biparental o compartida.

#### **1.3.2.1 Tenencia Monoparental**

Según Acosta (2017), en este apartado es necesario precisar que este tipo de tenencia, es aquella que es ejercida por uno de los progenitores, es decir, que este ostenta la patria potestad por razones tales como la menoría de edad, el cuidado y respeto por sus derechos, la sentencia antes mencionada se sostiene en la teoría de los cuidados preliminares o previos del hijo, donde se sostiene que el

menor residirá con el padre que haya convivido con mayor tiempo o quien tenga la capacidad económica para sostenerlo. En nuestro país, se prefiere que la tenencia de los niños menores a trece años se otorgue a la madre, debido a que aún existe un nexo de necesidad biológica materno – filial, pero desde la perspectiva sociológica no se encuentra sustento a dicho límite de edad.

Debe comprenderse, a la tenencia monoparental como aquel efecto de la separación matrimonial o conyugal que puede conllevar efectos negativos en la relación paterno – filial o materno – filial, dificultando la estabilidad emocional del menor o su propio equilibrio psicológico debido a que se priva de una de sus figuras de autoridad (padre o madre) asumiendo que el progenitor que tengan la tenencia del mismo (con su poder de hecho) limita el al otro para que actúe con normalidad, aun teniendo la patria potestad, ya que no se le ha suspendido la misma.

Según Steffen (2003) en la tenencia monoparental se pueden presentar las siguientes situaciones:

- Predominante apego del progenitor conviviente a sus hijos, generando perturbaciones tales como privar el libre desarrollo del menor.
- Mezcla de identidades, ya que el menor tendrá que aceptar a uno de los padres sobre el otro, y sobrellevar sus carencias.
- En el caso de los adolescentes, se centra en los factores que conllevan su estrés psicosocial, pudiendo surgir lo siguiente:
  - o Pérdida de apoyo de los progenitores y asilamiento
  - o Permanente estado de conflicto en la relación paterno – filial
  - o Pérdida de la relación afectiva con uno de los padres
  - o Aceptación de nuevas relaciones de los padres y posibilidad latente de matrimonio (p. 53).

Siguiendo al autor antes mencionado, establece que en materia legal, luego de la tenencia monoparental, llegan los regímenes de visitas que limitan o fracturan la relación paterno – afectiva, constituyendo una amenaza para el

desarrollo del menor, nivel de dependencia y en algunos casos rechazo del menor por la mínima frecuencia entre padres e hijos, viéndose obligados a adaptar sus sentimientos solo al tiempo que implica la visita, agregado a ello tenemos que no siempre se cumple a cabalidad con el régimen de visitas y el espacio temporal entorpece a grandes rasgos una paternidad responsable y estable, considerando que los factores que desestabilizando la relación dentro del sistema familiar son los siguientes:

- Un padre que haya perdido el control, respeto y confianza dentro de la relación paterno filial.
- Actitudes de rebeldía del hijo hacía el padre que mantiene su custodia.
- Dificultad para establecer límites de conducta
- Irregularidad en las visitas
- Falta de calidad de tiempo en el periodo de visitas
- Culpabilidad que limita la comunicación fluida entre padres e hijos.
- Irregularidad en el cumplimiento económico

En general la consecuencia directa, es la afectación del principio del interés superior del niño, desestabilizándolo emocionalmente, frustrando su desarrollo integral que debe ser velado por ambos padres en conjunto.

Como se ha explicado anteriormente, la tenencia monoparental, trae consigo que uno de los padres ostente el poder sobre el hijo o menor, y el otro como sanción se limite solo al régimen de visitas, implicando la ausencia de uno de ellos en su desarrollo integral, limitando su actuar en mérito al tiempo brindado por el Juzgador de acuerdo a cada caso en particular.

Por su parte, Rodríguez (2008) menciona que la alternancia no siempre es un factor que impide o limita el desarrollo integral del menor, sino que se pueden ocasionar daños cuando existe una conducta de enfrentamiento con los padres generan de esta forma severos traumas en los menores, con ello hace referencia al denominado “*Parental Alienation Syndrome*” (Síndrome de Alineación

Monoparental, PAS) trastorno que sufren los hijos cuyos padres los mantienen separados por conflictos entre su tenencia y custodia. Este síndrome puede inducir a que los hijos víctimas generen cuadros de depresión crónica, incapacidad de desenvolvimiento social, trastornos de imagen, identidad, sentimiento de culpabilidad, y demás factores que inciten al menor a ser captado por los vicios de la sociedad, como el alcohol y las drogas.

Con respecto a este apartado, la Corte Suprema de Ohio (Estado Unidos), propuso como un deber y como una obligación en los padres para alentar y fomentar el respeto y el amor del menor hacia el otro padre que no tiene la custodia o la tenencia.

### **1.3.2.2 Tenencia Biparental**

Según Pérez (2006) posterior a la ruptura del vínculo matrimonial, ambos padres pretenden asumir el rol, no de forma independiente sino de manera conjunta, manteniendo las relaciones familiares y coadyuvando el desarrollo integral del menor (p. 13).

En este contexto, podemos advertir que la tenencia compartida puede conceptualizarse como aquel tipo de relación donde la residencia del menor se encuentra exclusivamente con uno de sus padres, pero recibe una atención distinta al régimen de visitas, porque no se supeditan a lo establecido en la resolución judicial, sino que asumen y comparten todo en lo referido a garantizar los derechos del menor, su cuidado, y protección, con la finalidad de garantizar el desarrollo integral del mismo de manera conjunta.

Siguiendo con lo establecido en la doctrina norteamericana, la custodia o tenencia compartida comprende de forma directa la custodia física y la custodia legal, donde se evidencia que no solamente cuenta la formalidad de lo establecido en el marco normativo jurídico o judicial, sino que implica una protección integral del menor garantizando el interés superior del niño en concordancia con lo establecido en las prácticas sociales y culturales de desarrollo.

En este contexto, podemos entender que el sustento teórico de la tenencia compartida radica en la coparentabilidad (donde es necesaria la presencia de ambos padres) entiendo desde el punto de vista teórico como aquella opción de mayor impacto en el desarrollo del menor.

- Tenencia legal conjunta, según Betrán (2009), es aquella donde los padres comparten la autoridad, la responsabilidad y la decisión de todas las actividades concernientes a su hijo (a) además de un régimen amplio de convivencia que varía según las necesidades del menor (p. 32).
- Tenencia física conjunta, según Beltrán (2009), este tipo de tenencia implica que los padres comparten la residencia del menor, sin implicar factores estrictamente temporales, sino acorde a los acuerdos entre los padres (p. 33).

Es necesario mencionar que, en nuestro País, se han encargado de desarrollar en extenso la tenencia legal conjunta, obviando la necesidad que se tiene por construir la tenencia física conjunta donde la responsabilidad y el desarrollo del menor sea un trabajo integral donde se garanticen sus derechos y los padres asuman las responsabilidades.

### **1.3.1.3 Connotaciones procesales de la tenencia**

La capacidad para solicitar la tenencia del menor recae en primer término a los padres, asimismo puede ser solicitada por parientes, advirtiendo además que puedo hacerlo tanto el curado como el tutor de uno de los padres, o como un tercero que implique el desempeño del tutor como curador del niño o de un futuro adoptante (Noblecilla, 2004).

- Procesos en los que se puede fijar la tenencia
  - o Juicio de tenencia de hijos, posterior a la separación de los padres, corresponde a los padres llegar a un acuerdo respecto a quien se quedará a cargo del menor, y si no se llega a un acuerdo específico se

solicita la misma mediante un proceso de judicial considerando la acción judicial de la tenencia de los parámetros establecidos en el proceso civil.

- Divorcio o separación personal, de igual forma la tenencia de los hijos puede solicitarse como pretensión accesoria en el divorcio o separación de cuerpos, de igual forma puede manifestarse que puede solicitarse la tenencia de forma previsional con la finalidad de proteger los derechos del menor.

#### **1.3.1.4 Regulación normativa**

Se encuentra contenido desde el marco constitucional, en la Convención de los derechos del niño en el Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes.

Los requisitos para solicitar la tenencia, según el artículo 83 del Código de los Niños y adolescentes, manifiesta que se deberá contar con el DNI del solicitando, certificado de la partida de nacimiento del hijo y pruebas pertinentes.

#### **1.3.1.5 Formas de establecimiento de la tenencia**

Según Ramos (2004) las formas de establecimiento u obtención de la tenencia son las siguientes:

- Extrajudicial, es el común acuerdo entre las partes (entre los padres) puede llevarse a cabo en la DEMUNA, Fiscalía Provincial de Familia, y Centro de Conciliación.
- Judicial, se da a través de una separación convencional o divorcio ulterior teniendo en cuenta la propuesta de las partes en el Juzgado correspondiente.

Mediante la conciliación judicial en proceso de tenencia, y finalmente mediante sentencia, en los procesos propiamente donde se discute la misma.

#### **1.3.1.6 Supuestos en los que la tenencia lo resuelve el Juez**

Por su parte Noblecilla (2004), en su trabajo de investigación pudo demostrar que los supuestos en los cuales resuelve el Juez son las siguientes:

- Cuando los padres no llegan a un acuerdo específicos sobre el ejercicio de la tenencia.
- Cuando el acuerdo al que han arribado los padres resulta perjudicial o afecta los derechos e intereses del menor.
- Cuando el padre o madre fue arrebatado de su hijo o cuando desea que se le reconozca su derecho a la tenencia.

#### **1.3.1.7 Criterios para el otorgamiento de la tenencia**

Por su parte, Acosta (2017), en su trabajo de investigación determina algunos criterios que considera el Juez para otorgar la tenencia, entre ellos tenemos:

- El principio del interés superior del niño
- Conocimiento de que los padres tienen obligaciones compartidas con respecto al desarrollo y crianza del menor.
- El tiempo de permanencia del menor con uno de los padres, buscando que sea favorable para el menor
- Si el hijo es menor de tres años permanecerá de forma estable con la madre
- La opinión del menor, siempre que sea libremente expresada
- El informe multidisciplinaria y el descarte de síndrome de alienación parental.

### **1.3.1.8 La conciliación**

El ser es eminentemente social y por ende se relaciona con otras personas, sin embargo, esas relaciones no están exentas de tropiezos, de contradicciones, de obstáculos que producen en las personas crisis. Para afrontar estas crisis se requieren no sólo tomar conciencia de esta realidad, sino, también, contar con las herramientas necesarias para hacerles frente y superar los conflictos, ya que éste es un punto crucial y determinante en el desarrollo de la función conciliadora.

Los gestores de conflictos deben ser capaces, dentro de la conciliación, dar las soluciones más adecuadas e inteligentes, equitativamente para ambas partes que deben quedar completamente de forma satisfactoria.

Según Couture (2010) con la finalidad de ir precisando que es la conciliación, es conveniente dar un concepto sobre su significado. La conciliación se define como la acción y efecto de conciliar, es decir concordar, ajustar los ánimos de quienes están opuestos entre sí, también es utilizado para designar todo arreglo amistoso o judicial dirigido a compensar a la víctima de un delito o hecho ilícito. Guillermo Cabanellas (1962) en su diccionario de Derecho usual sostiene que: “Conciliación es avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito. El acto de conciliación, que también se denomina pacto de conciliación, procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar. No es en realidad un juicio, sino un acto, y el resultado puede ser positivo o negativo. En el primer caso, las partes se avienen. Por su parte, Miguel y Romero (2012), citado por el mismo autor, afirma que: “La conciliación” es la comparecencia de las partes, acompañadas cada una de su hombre bueno, con el fin de arreglar ante el Juez municipal comarcal o de paz cierto asunto por medio de avenencia, evitando la entrada en juicio o preparándolo en el caso de que no se llegue a un acuerdo (p. 263).

Además de servir para evitar un proceso, la conciliación es un mecanismo para finiquitar, por medio de un acuerdo, aquel que ya comenzó, y en este sentido el decreto – Ley sobre redención de foros del 25 de junio de 1926 dispuso, en la base E), que “en cualquier estado de las actuaciones podrá llegarse a una avenencia, en todo o en parte de lo discutido, con las condiciones que los

interesados acuerden, llevándola a efecto el Juez pro los trámites de ejecución de sentencia.

El derecho preexiste como norma de carácter general, hipotética y abstracta, la sentencia, aplicándolo el caso concreto, lo hace especial, coactivo y concreto.

La justicia mediante la conciliación pertenece más bien a la tradición germánica y a la justicia medioeval, en las cuales el Juez actuaba para dirimir la controversia con la solución que a él le parecía equitativa.

### **1.3.1.9 Teoría trialista de la conciliación**

#### **- Noción**

Según Rincón (2013), la naturaleza de la conciliación se cimienta en la forma de resolución de conflictos que ha sido estudiada por diversas disciplinas del conocimiento, en especial en la teoría de la solución de conflictos (p. 28).

Por nuestra parte, los abogados hemos tratado de asumir lo aprendido por la teoría antes mencionada con la finalidad de estructurar una teoría de la conciliación que se vincule de forma directa con la teoría general del derecho, entendiendo a la conciliación como una rama del derecho, creando la teoría jurídica de la conciliación.

Por su parte, Plazas (2007) entiende que la teoría general del derecho debe ser interpretada desde la teoría trialista del mundo jurídico, la cual estudia cada fenómeno desde las siguientes dimensiones: sociológica, normológica y dikelógica (p. 45).

#### **○ Dimensión sociológica,**

Rincón (2011), analizando la naturaleza y estructura humana donde se observa la potencia e impotencia, como los roles que se asumen en la sociedad (p. 31).

Entendiendo a la potencia e impotencia como aquella capacidad de la cual dispone el ser humano, teniendo la posibilidad de dar y quitar vida.

En palabras de Goldshmidt (2005)

[...] encontramos en el mundo innumerables adjudicaciones de potencia e impotencia. La concepción y luego el nacimiento de un ser vivo le adjudica la básica potencia de la vida; y el morir le adjudica la impotencia de la muerte. Salud y enfermedad, juventud y vejez, ayuda y desamparo, saber e ignorancia, virtud y vicio, riqueza y pobreza constituyen otros tantos ejemplos de potencia e impotencia adjudicados a cuantos pueblan esta tierra (p. 35),

Estas manifestaciones humanas, y para efectos de la teoría de la conciliación se pondrá énfasis en los repartos, donde podremos comprender esta estructura del conocimiento conciliatorio.

○ **Dimensión normológica**

Según Rincón (2011), esta dimensión evidencia la necesidad de contar con un marco normativo donde se evidencie la fidelidad, la adecuación y la exactitud, donde se demuestre que la norma realza la voluntad específica del autor y verificar si se cumple con exactitud, tal como se encuentra prescrita en el cuerpo normativo y debe verificar si las instancias cumple con su funciones dentro del ámbito específicos, en este contexto, si la norma integra los objetivos con la materialización de la misma nos encontramos frente a la adecuación específica (p. 35).

Los elementos antes mencionados adheridos con la neutralidad respectiva deben quedarse contenidos dentro de la audiencia de conciliación específicamente en el acta o constancia de conciliación, donde las partes llegan a acuerdo respectivas sobre las pretensiones expresadas en sus petitorios correspondientes.

En este apartado, podemos mencionar que las actas de conciliación pueden expresar la imposibilidad del acuerdo, la inasistencia de las partes y asunto no conciliable, siendo esta

definición establecida por el conciliador de acuerdo en cada caso en particular.

Siguiendo a Rincon (2011) debemos comprender que la norma jurídica es construida en base a una fórmula donde prevalezca el antecedente y consecuencia jurídica, asimismo debemos advertir que las normas para el caso en específico se pueden clasificar de forma general y de forma específica, ya que estas normas se encargan de regular actuaciones pasadas que tienen efecto en el futuro. Asimismo, las normas específicas establecidas en los actos de conciliación cuentan con fuentes materiales y de sentido forma en su primera faceta y en su segunda faceta hacen mención a la estructura o externalidad. Así finalmente, el conciliador deberá preferir la norma especial por la general (principio de especialidad), la norma de mayor jerarquía por la de menor jerarquía, la que garantiza los derechos de ambas partes teniendo en conocimiento su neutralidad al momento de arribar a una decisión específica (p. 36).

- **Dimensión dialéctica**

Esta dimensión hace referencia a la forma de determinar la justicia en cada una de las dimensiones antes referidas, la sociológica como la normológica, es decir, que el conciliador debe verificar de forma fehaciente si efectivamente se han dado un rol específico dentro de la actuación de este mecanismo de resolución de conflictos como determinar si la norma específica se ajusta a la justicia.

Es por ello necesario que el conciliador conozca de forma específica tanto la normatividad como el concepto de justicia para que las decisiones se ajusten al marco normativo, a la realidad y a la necesidad de cada una de las partes, conociendo los tipos de justicia como la distributiva cuya base específica es la igualdad, la justicia correctiva que se encarga de corregir las injusticias al momento de

designar roles o establecer la norma específica a ser aplicada en cada controversia jurídica particular.

#### **1.3.1.10 El derecho del menor a ser escuchado**

##### **- En el ámbito internacional**

La Convención de los derechos del niño, introduce una nueva perspectiva de análisis a la concepción del niño y las políticas de Estado que protejan a la niñez existentes en el Estado.

De hecho, el niño deja de ser un objeto sobre el que se proyectan medidas por su bien, para pasar a ser sujeto de derecho y de derechos. En esa transformación juega un papel esencial la incorporación del derecho a ser escuchado, recogido de forma rotunda en su artículo 12:

“1. 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.

2. 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”.

También la normativa europea se suma a la tendencia de la Convención de los Derechos del Niño, y el artículo 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del Niño de 1996 establece el:

“Derecho a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos. Cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento se le reconocerán, en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial, los siguientes derechos cuyo ejercicio podrá exigir por sí mismo:

- a. recibir toda la información pertinente;
- b. ser consultado y expresar su opinión;
- c. ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución”.

De entrada, como ya avanzaba, el propósito claro es el de acabar con una forma de entender la infancia vigente en la mayoría de los modelos tutelares de protección y de justicia de menores del siglo XX, a los que importaba poco la opinión del menor sobre lo ocurrido, o sobre su situación. La Convención apuesta por cambiar el concepto de niño y por considerarlo como sujeto de derecho y de derechos. Como aclara el propio Comité de los Derechos del Niño en la Observación número 12 (2009), el artículo 12 “apunta la condición jurídica y social del niño que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por otro, es sujeto de derechos”. En esa nueva visión de la infancia, el derecho del niño a ser escuchado constituye un derecho fundamental –que no una obligación– porque la forma esencial de considerar a la persona como sujeto que importa al Derecho y de respetar su personalidad es escucharle cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio y tener en cuenta sus opiniones siempre que cuente con la suficiente madurez (Rivero, 2000, p. 130).

Hay que añadir que la integración del derecho a ser escuchado entre los derechos de la infancia avanza en la consolidación de los derechos de participación y supone un paso más en la integración social presente y futura de los niños y las niñas. Principalmente porque aceptar el derecho a ser

escuchado implica asumir que el menor tiene algo que decir, que las instituciones están dispuestas a escucharle y, en su caso, a tener en cuenta sus intereses según son entendidos por el propio menor. Más precisamente, el Comité de los Derechos del Niño ha destacado que “los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas” y por ello habrá que analizar caso por caso para verificar si eso es así o no. En definitiva, asegura el Comité que el derecho del niño a ser escuchado supone asumir que “las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles”.

En ese sentido, Krappmann (2010) manifiesta que se podría asegurar que el término participación captura la esencia de la Convención, que apuesta por considerar al niño “como ser humano, que tiene derecho a que el resto de las personas, el estado y sus instituciones le respeten como un ser individual y único con su propia perspectiva e intenciones” (p. 502). Ello es indicativo de que al Derecho no sólo le importa el niño que es (con sus capacidades actuales), sino también su potencial. Y por ello se trata de maximizar ese potencial que le permita llegar a ser algo más y aportar algo a la colectividad. Bosisio (2012) apunta que “el derecho del niño a la participación (...) es considerado un derecho fundamental de la ciudadanía.

Siguiendo a Bosisio (2012) manifiesta que el niño aprenderá sobre sus derechos y obligaciones y el respeto a las decisiones sólo a través de la oportunidad de formar parte del proceso de toma de decisiones en la familia, la escuela o la comunidad local. También aprenderá que su libertad está limitada por los derechos y la libertad de los demás y que sus acciones pueden invadir los derechos de los otros” (p. 144).

Asimismo se podría decir que el fomento de la integración social de niños y niñas tiene que ver con el respeto como valor social esencial. En esa línea, indica Bosisio (2012) que la escucha “presupone el respeto y el aprecio del

otro como persona cuya opinión y posiciones son valoradas” (p. 143). Se trata de un gesto que puede colaborar activamente a conformar futuros ciudadanos responsables y activos que participen –en la medida de sus posibilidades– en la construcción de la comunidad en que se integran. Es más, la puesta en práctica del derecho a ser escuchado trabaja para conformar ciudadanos activos que se según Liebel (2009) “involucran de manera activa en la sociedad” y que no sean “meros receptores (pasivos) de determinadas prestaciones del Estado” (p. 487). Cuando se les da la opción de dar su versión y opinión sobre las cosas, no se presentan como simples receptores de políticas de bienestar, sino que participan en la definición misma del bienestar y, de alguna manera, contribuyen a su evaluación (Bosisio, 2012, p. 142). Sin embargo, para considerarlos como actores que pueden representar un papel importante en su propio desarrollo y a los que se respeta previamente, los adultos tienen que estar dispuestos a cambiar una decisión en función de la opinión del menor.

En todo caso, y aunque prácticos y teóricos parecen estar de acuerdo en la necesidad de que la voz de los niños se escuche y sea debidamente tenida en cuenta atendiendo a su madurez y capacidad para formarse una opinión, lo cierto es que se siguen escuchando todo tipo de versiones sobre el sentido y significado de este derecho de la infancia. Algunos insisten en que la incorporación del derecho del niño a ser escuchado en la Convención debe ser interpretada como un mecanismo de liberación del modelo paternalista vigente en todas las intervenciones con menores, que decidían por su bien pero sin contar con su opinión. Otros aseguran que la concesión de derechos y sus correlativos deberes a los menores aboca a su prematura adultización. De manera que cuando ese menor comete un delito, se puede imponer la tentación de considerarlo como un sujeto totalmente libre y consciente del alcance de sus actos. En ocasiones, se considera que la extensión de las garantías judiciales al proceso ante el juez de menores suaviza la intervención judicial, frena los esfuerzos por reprimir la delincuencia juvenil,

interviniendo con mayor moderación, echa por tierra la pretensión de encontrar la verdad que se esconde tras el delito (sobre todo si tenemos en cuenta el derecho a guardar silencio del menor), o limita las posibilidades de proteger los intereses de otros implicados en el delito, como es el caso de las víctimas.

Quizás por todo lo que implica el derecho a ser escuchado, el Comité de los Derechos del Niño defiende que es uno de los cuatro derechos esenciales de la Convención junto con el derecho a no ser discriminado, el derecho a la vida y al desarrollo y la consideración del interés superior del niño como prevalente (Cillero, 1999, p. 54). Más precisamente, se indica que la escucha del niño es esencial en la tarea de concretar su interés superior porque él es el principal interesado. En ese sentido, apunta Rivero que “la respuesta a la pregunta de dónde está o en qué consiste el interés del menor reside en él mismo, principal protagonista de la situación afectada: no puede ser dada sin contar con él”. Ahora bien, los Estados partes deberán poner todos los medios necesarios para que se haga realidad ese derecho, para que el menor reciba toda la información necesaria para que pueda tomar una decisión que vaya en –o coincida con– su interés, o para que los derechos que figuran en la Convención se interpreten teniendo en cuenta la palabra del niño.

- **El derecho a ser escuchado y sus condiciones especiales de protección**

El derecho del niño a ser escuchado es un derecho de fácil enunciado y compleja ejecución. Sobre todo, porque para que el derecho se realice efectivamente es necesario un previo, esto es, una preparación tanto de las instituciones que escuchan, como del propio menor que tiene que ser informado y debe comprender las implicaciones del ejercicio de ese derecho. Evidentemente, hay que ser cuidadoso durante ese momento en que se escucha al menor. Y también es preciso un después, que tiene que ver con el uso efectivo que se hace de la opinión del menor en determinados asuntos y con la explicación al menor de la distancia entre sus deseos y sus intereses,

asumidos o no, total o parcialmente, en la decisión final. En todo momento será preciso tener presente las exigencias especiales de traductor o intérprete que pueda tener un menor que no posea un conocimiento suficiente de la lengua o costumbres del país en que se encuentra.

En ese momento previo a la escucha y en relación con la propia preparación del niño, la mayoría de los autores hacen referencia a la importancia de que los menores reciban información sobre los derechos que les asisten, las consecuencias de las decisiones que tomen, o relativa al propio funcionamiento del sistema judicial. Sobre la importancia de la información previa al ejercicio del derecho, se asegura, de un lado, que desde una perspectiva general “es preferible ayudar al menor a desarrollar su propia valoración de intereses y una razonable perspectiva de lo que le conviene, que restringir o excluir su posibilidad de participar en la determinación de su interés”. De otro lado, en el ámbito más preciso de la justicia de menores, Goodwin-De Faria y Marinos (2012) aseguran que esa información es fundamental porque “ayuda a conformar percepciones sobre el sistema de justicia penal más significativas y quizás más razonables” (p. 362). No obstante, es preciso ser conscientes de que, en ocasiones, la simple información sobre los derechos no implica, ni que los menores comprendan su significado, ni que puedan ejercerlos libremente, por su condición de menores o por los condicionamientos del proceso judicial que, en general, no permite la espontaneidad en la expresión de opiniones.

Por ello, se podría afirmar que para que el derecho del niño a ser escuchado sea significativo para él y para la propia justicia de menores, es preciso asegurarse de que el menor comprende qué significan y qué implicaciones tienen los derechos que les corresponden legalmente. De hecho, algunos estudios muestran que, si en situaciones normales los jóvenes tienen un limitado conocimiento sobre el significado de los derechos procesales, con más razón, en una situación de estrés, como es el haber cometido presuntamente un delito y estar ante instituciones policiales o judiciales, su capacidad para comprender qué está pasando será mucho menor. Algo que,

por otro lado, contradiría la idea generalizada de que los menores conocen y manipulan el sistema para favorecer sus propios intereses. A ello hay que añadir otros estudios que muestran que los menores que tienen más riesgo de delinquir y de entrar en contacto con la justicia penal de menores tienen un menor conocimiento del sistema que sus colegas sin riesgo. Algo que tiene que ver con que esos menores proceden de entornos familiares con menos recursos, un menor nivel educativo y peores competencias sociales.

Además, destaca el Comité de los Derechos del Niño que ese derecho a expresar su opinión debe ejercerse –directa o indirectamente, a través de representantes– de forma libre y voluntaria. Hay que apuntar que hablar de libertad cuando nos referimos a la infancia resulta especialmente problemático. Sobre todo porque los menores son más fácilmente manipulables que los adultos, en ocasiones no comprenden las consecuencias reales de las decisiones que toman de forma presuntamente ‘voluntaria’, a veces confunden sus intereses y deseos con los de los adultos de quienes dependen –aunque a veces apuestan por defender una posición contraria a la del adulto como muestra de rebeldía contra el mundo adulto–, confían en el criterio de quienes les asesoran, o no comprenden –ni se les explica– que el derecho a ser escuchado supone una opción y no una obligación. Apunta Rivero (2012) que “la opción o decisión del menor está muy influida por su edad, por prejuicios, apetencias (a veces, fuertes por insatisfechas), deseos frustrados, por cómo cree que puede ser recibida o interpretada aquélla, por las promesas hechas o expectativas con las que contaba (...) todo lo cual haría, por ese lado, también más arriesgado el dejarle decidir a él mismo sobre lo que (supuestamente) le interesa” (p- 126). Además, hay que cuidar de que el ambiente en que el menor es escuchado sea protector y le ofrezca seguridad para hablar con libertad.

#### **1.4 Formulación del problema**

¿La presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado será necesaria para que el Juez tenga mejor resolver en la etapa de conciliación intraprocesal en el proceso de tenencia de los niños y adolescentes. Trujillo 2016 – 2017?

#### **1.5 Justificación del estudio**

La investigación que se proyecta se justifica desde el punto de vista teórico en la medida que pretende contribuir al estudio doctrinario y teórico de los verdaderos alcances de la conciliación en el ámbito del proceso único de tenencia, así como del derecho del menor a ser escuchado, ya que debe considerarse la importancia de este derecho al momento de poder decidir acerca del desarrollo integral del menor, así como su bienestar físico y emocional.

Desde el punto de vista metodológico, la investigación que se proyecta se justifica en la medida que con sus hallazgos va a enriquecer el estudio del derecho, en especial del derecho de los niños y adolescentes, sobre la base de un enfoque orientado al respeto de sus derechos fundamentales. La investigación, pretende, pues, que el ordenamiento jurídico -en especial el ordenamiento judicial- cambie su manera de ver a los niños y adolescentes y se adecúe a una nueva visión de éstos como sujetos con plenos derechos y deberes, que en los procesos de tenencia se debería respetar de forma fehaciente su derecho a ser escuchado.

Desde el punto de vista práctico, la investigación que se proyecta se justifica en la medida que pretende coadyuvar a la solución de una situación que se aprecia como injusta en la administración de justicia, pues se está atentando contra el principio de igualdad de las partes y contra el derecho de los niños y adolescentes a ser partícipes en las decisiones que atañen a sus derechos y a su futuro.

Finalmente, la investigación que se proyecta se justifica desde el punto de vista jurídico en la medida que pretende constituirse en un aporte para el respeto de los

derechos fundamentales de los niños y adolescentes, los que están siendo en la actualidad vulnerados por una concepción del proceso centrado en los adultos (los padres) y no en el interés superior del niño.

## **1.6 Hipótesis**

La presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado si será necesaria para mejor resolver de los jueces en la etapa de conciliación intraprocésal en el proceso de tenencia de los niños y adolescentes. Trujillo 2016 – 2017.

## **1.7 Objetivos**

### **1.7.1 General**

Determinar si la presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado será necesaria para mejor resolver de los jueces en la etapa de conciliación intraprocésal en el proceso de tenencia de los niños y adolescentes. Trujillo 2016 – 2017

### **1.7.2 Específicos**

- Determinar el porcentaje de expedientes judiciales de tenencia que han concluido mediante el acto de conciliación.
- Analizar si la conciliación intraprocésal en el proceso único de tenencia vulnera los derechos, tanto personales como procesales, de los niños y adolescentes
- Analizar el grado de afectación del menor al no ser escuchados según el art 9 del Código de los Niños y Adolescentes.

## II. MÉTODO

### 2.1 Diseño de investigación

El diseño de investigación, es no experimental, transversal y descriptiva propositiva porque el objeto de investigación se centra en determinar una problemática dentro del proceso de tenencia, luego de haber recogido los datos mediante la entrevista y el análisis de documentos, se propondrá solucionar dicha problemática en base a la protección de los derechos del menor, como a ser escuchado en el proceso de tenencia en el marco del proceso único regulado por el Código de los Niños y Adolescentes. Todo ello partiendo desde la identificación de los problemas, la investigación de los mismos, la profundización y la solución dentro de un contexto específico.

### 2.2 Variables, operacionalización

Variable	Definición conceptual	Definición operacional	Indicadores	Escala de medición
<b>V. Independiente: Presencia del menor en la conciliación</b>	Es aquella obligación interpuesta por la normatividad para que el menor pueda intervenir en la audiencia y se respete su derecho a ser escuchado	La presencia se considera como una obligación para que el niño participe en la etapa de conciliación del proceso de tenencia	Porcentaje de procesos de tenencia terminados anticipadamente debido a la conciliación intraprocesal.	De razón.
<b>V. Dependiente: Derechos del</b>	Los derechos del niño y del adolescente son un	Los derechos del niño y del adolescente son	Derecho a ser escuchado por el juez en los procesos	De razón.

Variable	Definición conceptual	Definición operacional	Indicadores	Escala de medición
<p><b>niño y del adolescente</b></p>	<p>conjunto de normas jurídicas que protegen a las personas hasta cierta edad. Todos y cada uno de los derechos de los niños y adolescentes son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia.</p>	<p>garantizados por el ordenamiento jurídico siendo – en nuestro país- el proceso único una de sus manifestaciones en el ámbito procesal.</p>	<p>en donde se decide alguno de sus derechos. (Art. 9 del Código de los Niños y Adolescentes)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a vivir con el progenitor que mejor garantiza su derecho al buen trato. (Art. 3-A del Código de los Niños y Adolescentes)</li> <li>• Derecho a gozar de un debido proceso legal. (Art. IX del Código de los Niños y Adolescentes)</li> </ul>	

## 2.3 Población y muestra

### 2.3.1 Población

La población estará conformada por: i) un número indeterminado de expedientes de procesos judiciales de tenencia tramitados por ante la Corte Superior del Distrito Judicial de La Libertad; y ii) por profesionales del derecho especializados en materia de derecho de familia y/o derecho de los niños y adolescentes de nuestra localidad.

### 2.3.2 Muestra

Dadas las características de la investigación jurídica que se proyecta y teniendo en consideración que se trata de un objeto de estudio de dimensiones pequeñas, solo se va a trabajar con una muestra discrecional de la población, elegida por los investigadores que consistirá en:

A. *Expedientes Judiciales*: Selección aleatoria de dieciocho expedientes sobre proceso de tenencia tramitados en los juzgados de familia del distrito judicial de La Libertad durante el período 2016-2017, que ha sido seleccionados por conveniencia y por el limitado acceso a la información.

B. *Entrevistas*: Entrevistas a ocho profesionales del derecho especializados en materia de derecho de familia y/o derecho de los niños y adolescentes de nuestra localidad.

Los criterios de selección (inclusión y exclusión) de la muestra son los que se presentan a continuación:

<b>Muestra</b>	<b>Criterios de inclusión</b>	<b>Criterios de exclusión</b>
<b>Muestra 1: expedientes judiciales sobre proceso de tenencia</b>	1. Haber sido admitidos entre el período de enero 2016-diciembre 2017.	1. Demandas admitidas fuera del rango enero 2016-diciembre 2017.

<b>Muestra</b>	<b>Criterios de inclusión</b>	<b>Criterios de exclusión</b>
	<ol style="list-style-type: none"> <li>2. Haber sido tramitados en los juzgados de familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.</li> <li>3. Que el demandante sea el padre.</li> <li>4. Que el proceso haya terminado anticipadamente por conciliación entre las partes.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>2. No haber sido tramitados en los juzgados de familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.</li> <li>3. Que la parte demandante no sea el padre.</li> <li>4. Que el proceso haya concluido por sentencia.</li> </ol>
<b>Muestra 2: Expediente emblemático sobre tenencia</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Todos los criterios de inclusión de la muestra 2.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Todos los criterios de exclusión de la muestra 2.</li> </ol>
<b>Muestra 3: Entrevistas</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ser docente, magistrado o abogado especializado en materia de derecho de familia y/o derecho de los niños y adolescentes.</li> <li>2. Tener como mínimo el grado de maestría en las especialidades</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. No ser docente, magistrado o abogado especializado en materia de derecho de familia y/o derecho de los niños y adolescentes.</li> <li>2. No tener el grado de maestría en las</li> </ol>

Muestra	Criterios de inclusión	Criterios de exclusión
	de familia y/o derecho de los niños y adolescentes. 3. Laborar en la jurisdicción del Distrito Judicial de La Libertad – Corte Superior de Justicia de Trujillo.	especialidades de familia y/o derecho de los niños y adolescentes. 3. No laborar en la jurisdicción del Distrito Judicial de La Libertad – Corte Superior de Justicia de Trujillo.

## 2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

### 2.4.1 Técnicas de recolección de datos

Las técnicas que se considerarán para la recolección de la información procedente de las muestras de estudio serán las siguientes:

A. *Análisis de documentos* (expedientes), que se empleará para el análisis de los expedientes seleccionados discrecionalmente como para el análisis del expediente emblemático que cumplan con los criterios de inclusión arriba reseñados.

B. *Entrevista*, que se empleará para recabar información procedente de la muestra conformada por especialistas en materia de derecho de familia y/o derecho del niño y del adolescente que cumplan con los criterios de inclusión antes reseñados.

## **2.4.2 Instrumentos de recolección de datos**

A. *Guía de análisis de documentos* (expedientes), que se empleará para el análisis de los expedientes seleccionados discrecionalmente como para el análisis del expediente emblemático que cumplan con los criterios de inclusión arriba reseñados.

B. *Guía de entrevista*, que se empleará para recabar información procedente de la muestra conformada por especialistas en materia de derecho de familia y/o derecho del niño y del adolescente que cumplan con los criterios de inclusión antes reseñados.

## **2.4.3 Validez del instrumento**

La validación de los instrumentos expuestos en el ítem precedente será realizada por el criterio de tres jueces que deben contar con el grado de maestría o doctorado en materia de derecho de familia y/o derecho del niño y del adolescente.

## **2.5 Métodos de análisis de datos**

El método de análisis de los datos obtenidos de la aplicación de los instrumentos a las muestras de estudio será realizado empleando las posibilidades que ofrece la estadística descriptiva.

## **2.6 Aspectos éticos**

La información vertida en la presente investigación se veraz debido a los datos, información y fuentes consultadas que pueden ser corroboradas, además es confiable en la medida que se puede verificar la información actual, y finalmente se han utilizado las normas internacionales APA donde se ha identificado las citas y las referencias bibliográficas.

### III. RESULTADOS

Con respecto a los resultados y teniendo en cuenta el análisis de documentos se pudo determinar lo siguiente:

Con la finalidad de cumplir con el primer objetivo específico: “*Determinar el porcentaje de expedientes judiciales de tenencia que han concluido mediante el acto de conciliación*”, se analizaron los siguientes expedientes:

**Cuadro N° 01: Expedientes analizados**

<b>Resolución</b>	<b>Pretensión</b>	<b>Conciliación</b>	<b>Decisión Judicial</b>
5868-2016	Reconocimiento de tenencia	No	Fundada la demanda
5056-2014	Variación de la tenencia	No	Fundada la demanda
7342-2017	Tenencia	Si	Fundada la demanda
5532-2016	Tenencia	Si	Fundada la demanda
7167-2016	Tenencia	Si	Fundada la demanda
608-2005	Tenencia	Si	Fundada la demanda
1365-2013	Tenencia	No	Fundada la demanda

4303-2017	Tenencia	No	Fundada la demanda
5344-2016	Tenencia	Si	Fundada la demanda
9037-2017	Tenencia	Si	Fundada la demanda
4818-2015	Tenencia	No	Fundada la demanda
4756-2015	Tenencia	No	Infundada
2281-2015	Tenencia	Si	Fundada la demanda
2460-2015	Tenencia	Si	Fundada la demanda
9606-2017	Tenencia	Si	Fundada la demanda
0746-2012	Tenencia	No	Fundada la demanda
3517-2013	Tenencia	No	Fundada la demanda
376-2015	Tenencia	Si	Fundada la demanda

### **Interpretación:**

Del total de expedientes analizados, se ha podido determinar que el 38.8 % no se han resuelto por conciliación, mientras que el 61.2 % se han resuelto por conciliación, dejando observar que existe un alto índice de conciliación en esta pretensión, tenencia.

Asimismo, respecto al segundo objetivo específico: “*Analizar si la conciliación intraprocesal en el proceso único de tenencia vulnera los derechos, tanto personales como procesales, de los niños y adolescentes*” para determinar la garantía de los derechos del menor a ser escuchado, se pudo determinar que:

### **Cuadro N° 02: Respeto de derecho a ser escuchado**

<b>Resolución</b>	<b>Pretensión</b>	<b>Conciliación</b>	<b>Respeto de derecho</b>
5868-2016	Reconocimiento de tenencia	No	No
5056-2014	Variación de la tenencia	No	No
7342-2017	Tenencia	Si	No
5532-2016	Tenencia	Si	No
7167-2016	Tenencia	Si	No
608-2005	Tenencia	Si	No
1365-2013	Tenencia	No	No
4303-2017	Tenencia	No	No

5344-2016	Tenencia	Si	No
9037-2017	Tenencia	Si	No
4818-2015	Tenencia	No	No
4756-2015	Tenencia	No	No
2281-2015	Tenencia	Si	No
2460-2015	Tenencia	Si	No
9606-2017	Tenencia	Si	No
0746-2012	Tenencia	No	No
3517-2013	Tenencia	No	No
376-2015	Tenencia	Si	No

**Interpretación:**

Se ha podido determinar que en ninguno de los expedientes revisados se respeta el derecho a ser escuchado del menor, debido a que la intervención en la conciliación se ha dado exclusivamente con la decisión de los padres y no con la intervención del menor.

En la jurisprudencia nacional, respecto al derecho del menor a ser escuchado, y su vulneración se encontró lo siguiente:

Según la CASACIÓN 2151-2016-JUNÍN, se establece en su:

CUARTO: Si bien es cierto, el Código de los Niños y Adolescentes reconoce el derecho del niño y el adolescente a expresar su opinión libremente, y a que se tengan en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez; también es cierto que no existía en nuestro sistema jurídico directrices orientadoras

que desarrollen una metodología y criterios uniformes para su aplicación. Con la finalidad de operativizar el ejercicio de dicho derecho, se elaboró el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad – Poder Judicial del Perú 2016-2021; plan aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa número 090-2016-CE-PJ del siete de abril de dos mil dieciséis. Los cuales tienen como objetivos generales promover el efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, implementando las 100 Reglas de Brasilia de manera coordinada intra e interinstitucional y como objetivos especificados promover el acceso a la justicia de niños y niñas en estado de desprotección familiar, víctimas de trabajo infantil, trata, explotación sexual, violencia familiar, violencia escolar, maltrato, castigo físico y humillante; propiciar el acceso a la justicia de los adolescentes que se encuentran en conflicto con la Ley Penal etc.

QUINTO: El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado, es uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño (el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y desarrollo y el interés superior del niño). El artículo 12 de la Convención, en el párrafo uno garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente, mientras que el párrafo segundo otorga al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. En la Observación General número 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009) referente al derecho del niño a ser escuchado, realiza un análisis literal del artículo 12, del cual se señalan algunos elementos: 1) Que los Estados partes “garanticen” el derecho del niño o niña a expresar su opinión libremente, significa que tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias con el fin de respetar este derecho de los niños; la obligación no solo se compone de asegurar los mecanismos para recabar la opinión del niño, en los asuntos que lo afecten sino que, incluye la obligación de tomar en cuenta la opinión que emita. 2) Los niños no son

incapaces de expresar sus opiniones, por lo que debe entenderse el “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”, no como un límite a la edad para ejercer el derecho, sino que el Estado debe evaluar la capacidad del niño o niña de formarse una opinión de acuerdo a su edad, incluyendo el reconocimiento y utilización de formas no verbales de comunicación (juego, expresión corporal, dibujo y pintura) desde muy pequeños los niños tienen y pueden expresar su opinión. Esta opinión no requiere de un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos o consecuencias, sino una comprensión suficiente del asunto que se trata. Además el Estado debe garantizar que todos los niños, por igual sin importar discapacidad, puedan formarse una opinión y emitirla libremente. 3) Sobre expresar y emitir la opinión libremente el Comité señala que, “libremente” debe ser entendido a que el niño o niña pueden expresar sus opiniones sin presión y decidir si quieren o no ejercer su derecho. Significa que el niño no puede ser manipulado, su opinión debe ser propia y no la opinión de otros. Para que esa opinión sea propia, el niño debe estar informado de los asuntos, las opciones, las decisiones que puedan tomarse y las consecuencias de las mismas y son los progenitores o los responsables quienes deben informar al niño para que este ejerza efectivamente su derecho al omitir su opinión. 4) Los asuntos que afectan al niño, es un concepto amplio, y significa que el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina lo afecta. No está limitada la lista de asuntos que los afecten, pero concluye el Comité que “Los Estados partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones”. 5) El derecho no se respeta solo con la escucha del niño, incluye la obligación de tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. La edad del niño no puede determinarse ni igualarse a todos los niños, existen distintos niveles de comprensión, estos varían no por la edad biológica exclusivamente, sino que la información, experiencia, la cultura y el nivel de apoyo familiar influyen en el desarrollo de la capacidad del niño. Mientras que la madurez es “la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias

de un asunto determinado, por lo que deben tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño”. En la madurez debe considerarse la evolución de las facultades del niño y la dirección y orientación que los progenitores o cuidadores le ofrecen en el hogar.

En la CAS. N° 4429-2013 LIMA, respecto a la TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR, se establece que

El derecho del menor a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar por parte de quienes tienen el poder y la responsabilidad de tomar decisiones respecto de cosas que afectan al niño. Este deber recae en los magistrados que tienen contacto con la historia del niño y sus necesidades. La no puesta en marcha de los mecanismos que otorga la ley para que el niño pueda ejercitar sus derechos vulnera la garantía del debido proceso.

Asimismo, se vulnera el derecho a la motivación, cuando los órganos jurisdiccionales no han valorado en su debida dimensión el derecho de opinión del niño, como lo establece el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y los artículos 81 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes; careciendo de sustento las razones de la decisión y su forma de ejecución.

En dicha resolución en su fundamento décimo, establece:

Décimo.- Según la mencionada normatividad nacional y supranacional sobre la materia, se advierte que el derecho del niño a ser oído resulta ser un derecho fundamental reconocido por la normativa supranacional, es uno de los derechos más importantes que ampara a todo niño, niña y adolescente, es el poder manifestar lo que sucede y ser escuchado por quienes tomarán las decisiones que se proyectarán en su vida. Es obligación de quienes tienen el deber de escuchar, el tomar las precauciones necesarias para atender al marco en que el niño se manifiesta; necesariamente este derecho a ser oído tiene

como contracara el deber de escuchar por parte de quienes tienen el poder y la responsabilidad de tomar decisiones respecto de cosas que afectan al niño. Este deber recae en los Magistrados que tienen contacto con la historia del niño y sus necesidades. Ahora bien, la no puesta en marcha de los mecanismos que otorga la ley para que el niño pueda ejercitar sus derechos vulnera la garantía del debido proceso puesto que los niños son personas en desarrollo, con capacidades progresivas. Por ello, les corresponden las mismas garantías que a los adultos, propias del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio de su persona y sus derechos. De allí que los mismos deben gozar del derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y que estas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos.

De igual forma en el fundamento décimo primero, establece que:

Décimo Primero.- En el caso de autos, se ha determinado de los informes psicológicos, psiquiátricos y sociales correspondientes a la visita social realizada en el domicilio real de los sujetos procesales (demandante y demandado) que ambos padres se encontrarían en similares condiciones psicológicas para ejercer la tenencia de sus hijos y presentan similares condiciones en sus viviendas para albergar a los niños y ambos progenitores cuentan con un trabajo que le procura ingresos a cada uno de ellos para la manutención de sus menores hijos; en cuanto a los menores hijos, se advierte de la audiencia única de fojas doscientos cuarenta y nueve que los menores entrevistados expresan una mayor empatía con la madre, hecho que es corroborado con los informes psicológicos practicados a los menores obrante a fojas doscientos ochenta y seis, seiscientos quince y seiscientos diecinueve.

Décimo Segundo.- Revisada la resolución de vista, se verifica que no se ha tomado en cuenta lo manifestado por los menores de edad en la diligencia de la Audiencia Única Complementaria de fojas doscientos cuarenta y nueve, no obstante que guarda concordancia con las conclusiones a las que han

arribado los profesionales en los informes psicológicos practicados a los menores de edad; es más, se advierte que no se han expuesto los criterios y fundamentos que justifiquen la determinación de la tenencia compartida, así como el modo en que ha de ejecutarse, y de qué manera dicha tenencia compartida dispuesta por la Sala Ad quem favorece el interés superior<sup>1</sup> de los cuatro hermanos, habida cuenta que ello implica que tienen que vivir separados por parejas, lo que podría impactar en el desarrollo de los vínculos afectivos entre todos ellos; siendo así, se arriba a la conclusión que se ha infringido el derecho de los niños a ser oídos y a que se tome en cuenta su opinión, consagrado tanto en la citada normatividad nacional y supranacional, lo que podría afectar su interés superior, vulnerándose el derecho al debido proceso, así como el derecho a la debida motivación consagrada en el artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, lo que determina la nulidad insubsanable de la recurrida a tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del Código Procesal Civil.

Estando a tales consideraciones y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 396, tercer párrafo, numeral 1 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por IMFO a fojas mil doscientos ochenta y uno; CASARON la resolución de vista obrante a fojas mil doscientos cincuenta y nueve, de fecha nueve de setiembre de dos mil trece, en consecuencia NULA la misma; ORDENARON que la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima emita nueva sentencia teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por este Supremo Tribunal; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por CAYA con IMFO, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y los devolvieron. Ponente Señora del Carpio Rodríguez, Jueza Suprema.

De igual forma, en la CASACIÓN 2702-2015-LIMA, respecto a VARIACIÓN DE TENENCIA, se estableció que:

En aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres.

Finalmente, utilizando el análisis de documentos y considerando el logro del tercer objetivo específico: “*Analizar el grado de afectación del menor al no ser escuchados según el art 9 del Código de los Niños y Adolescentes*”, se ha podido determinar de acuerdo a la muestra de estudios lo siguiente:

<b>PREGUNTA N° 1: ¿Qué problemáticas Usted evidencia en el proceso de tenencia?</b>	
<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
El: En los procesos de tenencia normalmente de acuerdo a ley y a lo que nos enseñan en las universidades difieren mucho en la práctica, dicen pues que velan por el interés superior del niño pero eso no es cierto porque el problema de la tenencia con lleva a un enfrentamiento entre los padres y el juzgado lejos de ayudar a que el niño tenga una relación fortalecida con los	Enfrentamiento entre padres

padres el juzgado simplemente da preferencia a la madre	
E2: Desde el aspecto procesal, la problemática es la dilación y falta de aplicación del principio de celeridad y economía procesal por parte del juez. Desde el aspecto fondo, los jueces tienden a flexibilizar mucha la prueba en favor de la madre, ya sea si es demandada o demandante, dejando de lado, los medios de defensa del padre.	Dilatación del proceso judicial
E3: La demora en los procesos	La demora en los procesos
E4: Demora en la tramitación del proceso	La demora en los procesos
E5: Demora procesal	La demora en los procesos
E6: Menciona que las problemáticas procesales ninguna, el proceso está bien regulado, problemáticas que pueda ser es más por la iniciativa de las partes, el desinterés en solucionar los acuerdos de manera alturada.	Ninguna
E7: Menciona que la actitud de los padres que no usan en consenso, sino una actitud beligerante en la resolución del conflicto.	Actitud de los padres

E8: Menciona que ninguna puesto que se está siguiendo con las etapas procesales, las cuales están reguladas en nuestro código procesal civil	Ninguna
--	---------

<b>PREGUNTA N° 2: ¿Considera Usted necesaria la etapa de conciliación en el proceso de tenencia?</b>	
<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
E1: No, porque los jueces ven en ella una oportunidad para disminuir su carga procesal y no pronunciarse sobre el fondo de la demanda	No es necesaria
E2: No, debido a que estamos tratando de derecho que no son disponibles.	No es necesaria
E3: Si, porque en virtud al principio de interés superior del niño se debe tomar medidas antes de una sentencia que muchas veces no son razonables	Si es necesaria
E4: Si, porque al tratarse de un problema familiar, el juzgado debe solucionar o invitar a las partes que lleguen a una solución de manera consensuada	Si es necesaria
E5: Si, ya que las mismas partes proponen la solución a sus problemas	Si es necesaria
E6: Menciona que claro porque son los padres quienes verdaderamente conocen la situación de quién de ellos es el más idóneo para poder tener a los menores.	Si es necesaria
E7: Menciona que sí, porque lo que se busca con esta etapa, es promover el consenso de los padres en favor del menor, en virtud del	Si es necesaria

interés superior del menor, tratando así de resolver de la mejor manera el conflicto.	
E8: Menciona que si, ya que son los padres quienes proponen, dialogan cuál de ellos es el más idóneo para quedarse con el menor.	Si es necesaria

**PREGUNTA N° 3: Desde su experiencia, ¿con que frecuencia se concluyen los procesos de tenencia mediante la conciliación?**

<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
E1: Un 15%	Poco frecuente
E2: Un 10%	Poco frecuente
E3: Un 50%	Medianamente frecuente
E4: Un 10%	Poco frecuente
E5: Un 20%	Poco frecuente
E6: Un 90%	Muy frecuente
E7: Menciona que en la actualidad existe un alto índice de casos tenencia resueltos en esta etapa, se podría decir que un 80%.	Muy frecuente
E8: Menciona que un 80%	Muy frecuente

<b>PREGUNTA N° 4: Al concluir el proceso de tenencia de forma anticipada mediante la conciliación, ¿Se estaría vulnerando algún derecho de las partes?. ¿Porqué?.</b>	
<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
E1: Si, la igualdad de las partes, porque casi siempre la tenencia es otorgada a las madres	Si, porque se otorga a la madre
E2: Si, se limita el derecho del menor a ser oído y así el juez pueda tener una decisión más favorable y proporcional.	Si
E3: No, porque las posturas de las partes ya se van materializando frente a un juez y resueltas o solucionadas mediante este mecanismo alternativo	No, porque las posturas de los padres se ven materializadas frente al juzgador
E4: Si , la igualdad de las partes porque el juez ya tiene criterios que favorecen a las madres	Si , porque tiene criterios preestablecidos
E5: No, porque las partes son las que proponen las respectivas soluciones a sus problemas sin la intervención del juez	No, porque las partes solucionan sus problemas respecto al juez
E6: Menciona que ningún derecho se estaría vulnerando porque lo resuelto es en base al interés superior de los niños y quien más que los padres conocen el interés superior de los niños, ellos saben con quién va a estar mejor cuidado, con quien va a estar mejor tratado y quien va a colaborar a que el otro	Si

<p>padre lo pueda visitar ellos conocen sus reglas de juego, sus horarios, sus espacios, su tiempo y la finalidad con la que decidan cuidar a sus hijos.</p>	
<p>E7: Menciona que no puesto que se está siguiendo conforme a la etapa procesal correspondiente.</p>	<p>No, porque se sigue con el procedimiento establecido en la normatividad específica</p>
<p>E8: Menciona que no de las partes que detectemos la custodia y/o tenencia del menor o menores, porque los padres proponen la solución al conflicto de tenencia y así determinan cuál de ellos le brindara al menor el ambiente adecuado.</p>	<p>No, porque los padres proponen la solución del conflicto de acuerdo a los intereses del menor</p>

<b>PREGUNTA N° 5: ¿Que propondría Usted para la protección de los derechos del niño en el proceso de tenencia?</b>	
<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
E1: Que estos procesos estén respaldados con un informe de profesionales (psicólogos, asistente social) que garanticen que el menor está en el ambiente adecuado que le ofrece el progenitor a quien se le otorgue la tenencia.	Incorporación de un informe profesional y multidisciplinario
E2: La participación de un psicólogo en la audiencia de declaración del menor y los padres, para que así el juez pueda tener una decisión más justa, adoptada en derecho, hechos, pruebas y un apoyo profesional.	Participación de un psicólogo en audiencia
E3: Que los jueces resuelvan las causas con mayor celeridad.	Mejorar la celeridad
E4: Que, además de los típicos medios probatorios, el equipo multidisciplinario (asistente social, psicólogos, médicos) realicen visitas intespectivas en el lugar donde se encuentran los menores para verificar el estado en que se encuentra el menor.	Equipo multidisciplinario
E5: Que la opinión de los menores tenga mayor relevancia en estos procesos, y así garantizar que el menor este con el progenitor que más confianza le ofrezca.	Hacer respetar la opinión del menor

<p>E6: Menciona que cuando no hay acuerdos propios de las partes en conciliación, cuando se resuelva se fije una sentencia se determine terapias para los padres para que restituyan el dialogo porque si generalmente no llegan a un acuerdo conciliatorio es porque hay un conflicto entre los padres entonces eso es importante que al final no solo se fije la tenencia si no también se determine un régimen de una terapia para que restituyan el dialogo y puedan enfrentar de mejor manera la tenencia frente a los hijos.</p>	<p>Mejorar los acuerdos entre los padres</p>
<p>E7: Menciona que se realicen inspecciones intempestivas al padre que ha obtenido la tenencia, para asegurar el bienestar del menor.</p>	<p>Inspecciones oculares</p>
<p>E8: Menciona que cuenten con asistenta social, dando el seguimiento correspondiente al menor, garantizando así el cuidado que le ofrece el padre a quien se le otorgó la tenencia.</p>	<p>Asistencia social y seguimiento del menor</p>

**PREGUNTA N° 6: ¿La presencia del menor sería un obstáculo en la etapa de conciliación intraprosesal del proceso de tenencia?**

<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
E1: No, puesto que el menor tendría la oportunidad de poder expresar lo que siente	No, el menor tendría la oportunidad de poder expresar
E2: No, ya que este proceso trata sobre el presente y futuro del menor	No, este proceso trata sobre el presente y futuro del menor
E3: No, en la medida que el menor esté debidamente informado de lo que acontece, en su entorno	No, el menor esté debidamente informado
E4: No, porque el menor sería un participe oportuno en este proceso	No, el menor sería un participe oportuno en este proceso
E5: No, porque no perjudicaría en nada al proceso	No, no perjudicaría en nada al proceso
E6: No, ya que el proceso trata sobre él y así estaría involucrado en este proceso de toma de decisiones	No, el proceso trata sobre él y así estaría involucrado en este proceso
E7: No, porque lo que él manifieste en el proceso, ayudará a entender lo que ocurre en su entorno familiar.	No, ayudará a entender lo que ocurre en su entorno familiar.
E8: No, porque el menor podrá expresarse con toda libertad y así con todo lo actuado se llegará a una decisión más conveniente para el menor.	No, podrá expresarse con toda libertad y así llegar a una decisión conveniente para el menor.

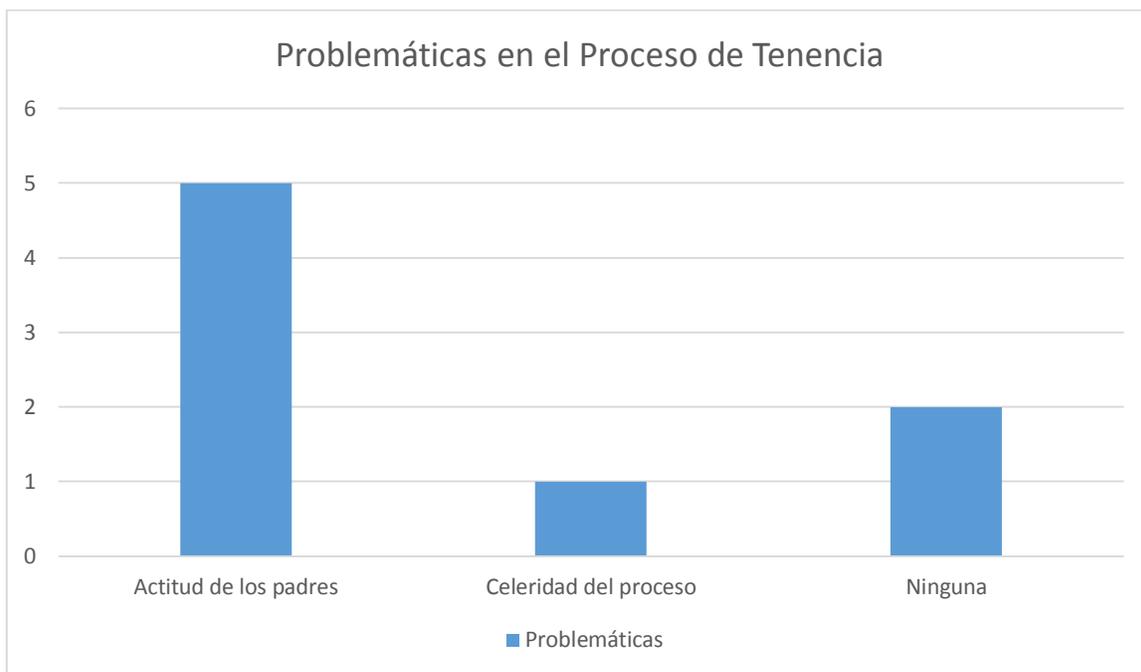
**PREGUNTA N° 7: ¿Incluiría al menor en la etapa de conciliación intraprocésal del proceso de tenencia?**

<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
E1: Si	Si
E2: No	No
E3: No	No
E4: Si	Si
E5: Si	Si
E6: Si	Si
E7: Si	Si
E8: No	No

**PREGUNTA N° 8: En el art. 81 del Código de los niños y adolescentes menciona que el Juez debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente; desde su experiencia, ¿qué edad considera más pertinente para que el menor empiece a involucrarse en el proceso de tenencia?**

<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
E1: 8 años	8 años
E2: 8 años	8 años
E3: 14 años	14 años
E4: 5 años	5 años
E5: 5 años	5 años
E6: 12 años	12 años
E7: 12 años	12 años
E8: 14 años	14 años

**Gráfico N° 01**



**Interpretación:**

Se evidencia que 5 de los 8 entrevistados manifiestan que las problemática del proceso de tenencia se centra básicamente en la actitud de los padres.

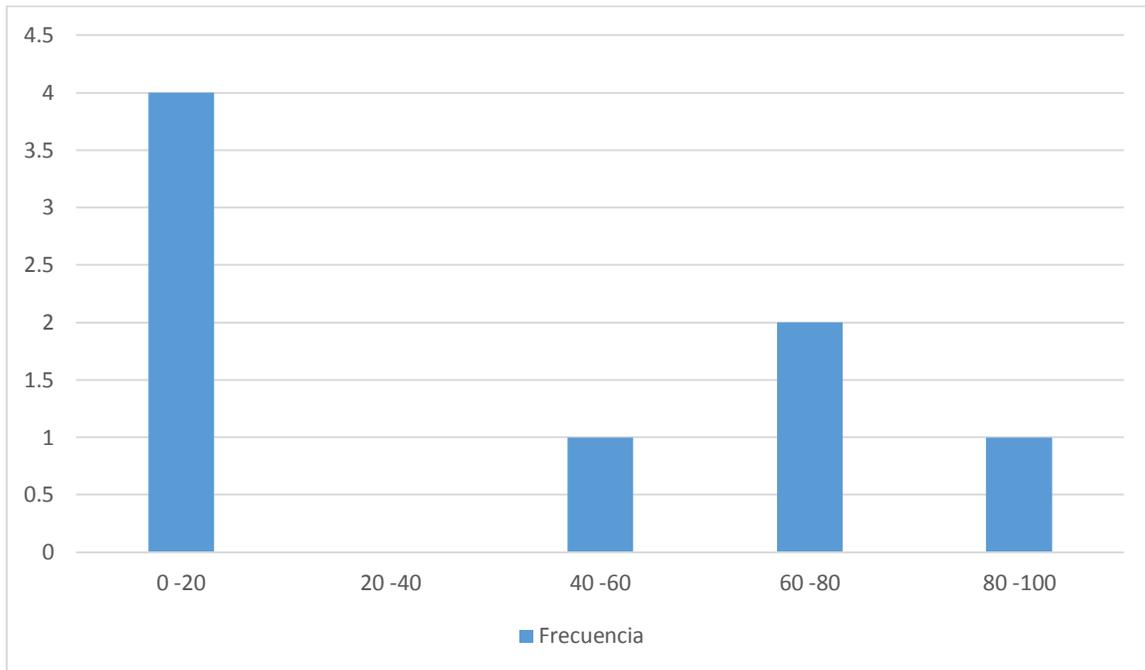
**Gráfico N° 02**



**Interpretación:**

Se evidencia que 4 de los 8 entrevistados manifiestan que si es necesaria la conciliación dentro del proceso de tenencia.

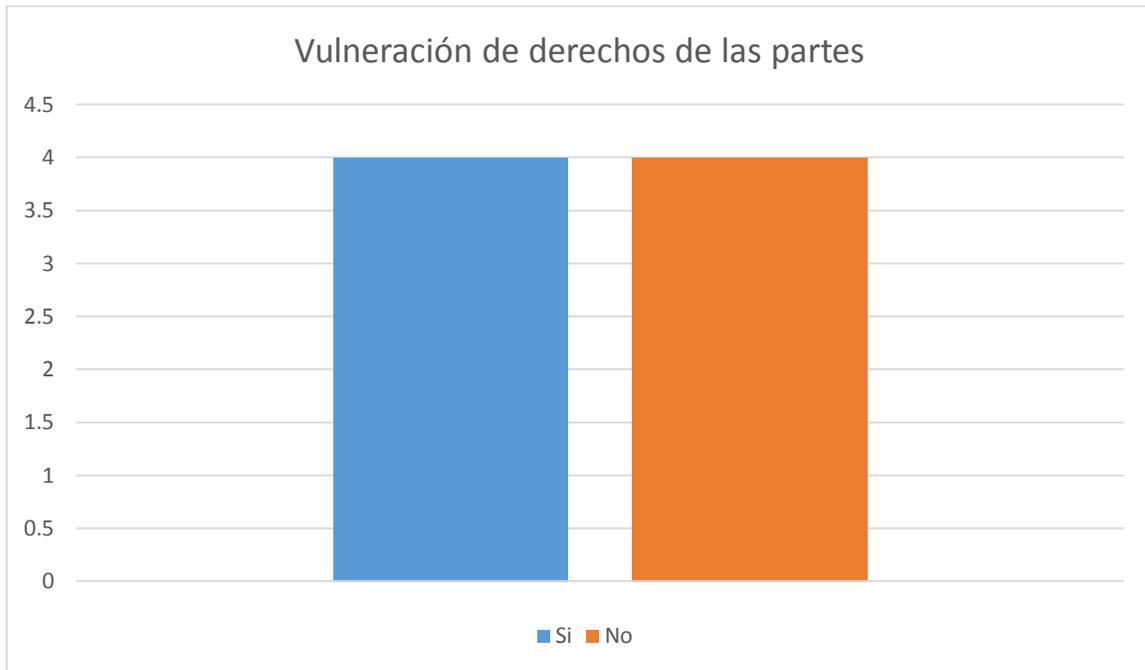
**Gráfico N° 03**



**Interpretación:**

Se evidencia que 4 de los 8 entrevistados manifiestan que la conclusión de los procesos de tenencia mediante conciliación se da entre en un rango menor al 20 %, y solamente una persona dice que se concluyen en 90 %.

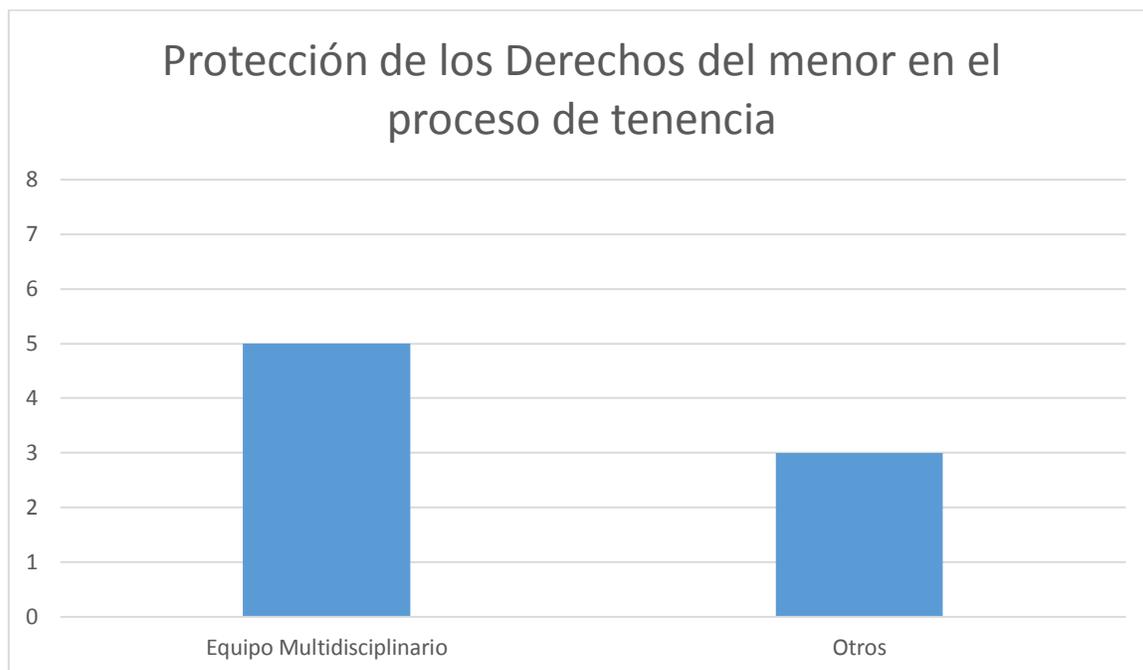
**Gráfico N° 04**



**Interpretación:**

Se evidencia que 4 de los 8 entrevistados manifiestan que no se estaría vulnerando derechos de las partes por la conclusión anticipada del proceso de tenencia.

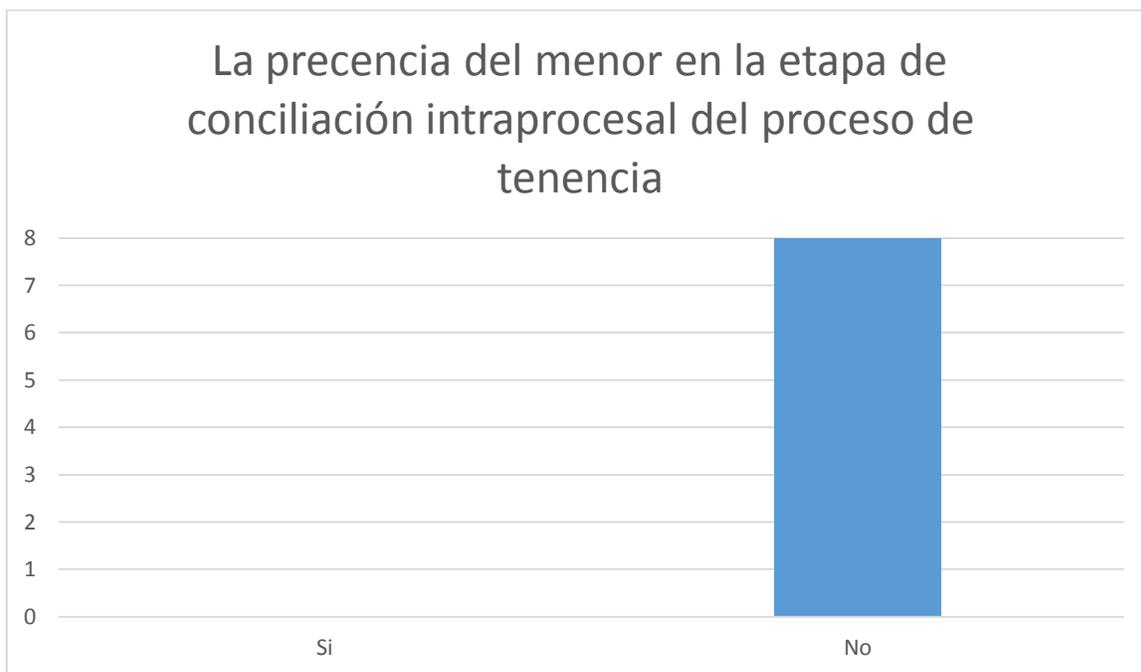
**Gráfico N° 05**



**Interpretación:**

Se evidencia que 5 de los 8 entrevistados manifiestan que para la protección de los derechos del menor en el proceso de tenencia es necesario un equipo multidisciplinario.

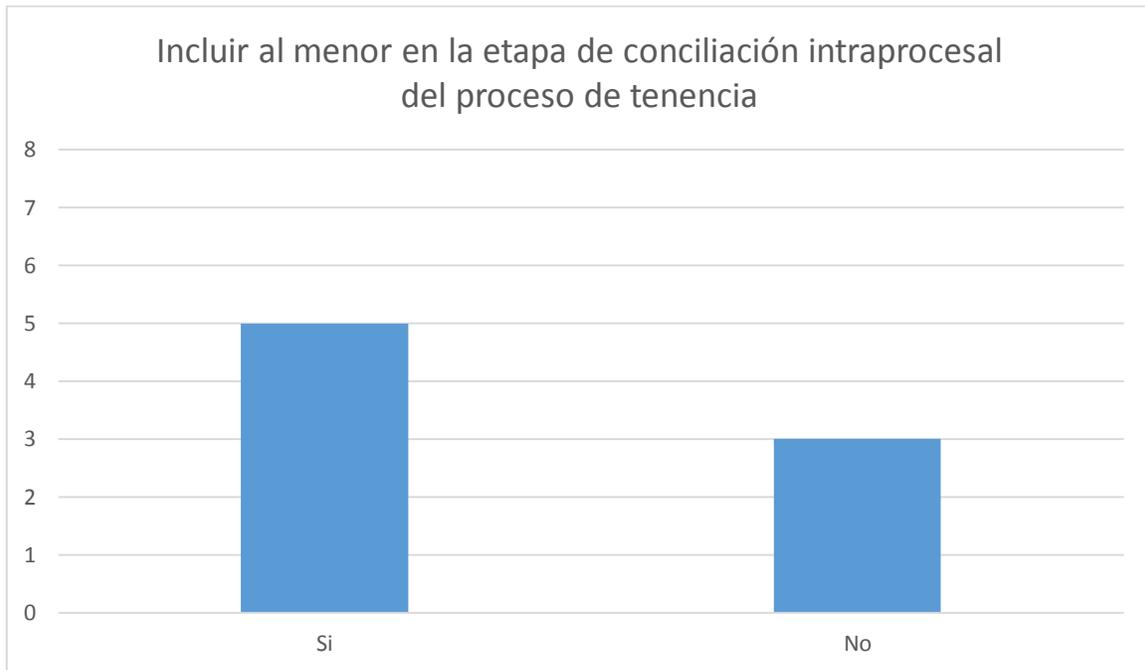
**Gráfico N° 06**



**Interpretación:**

Se evidencia que los 8 entrevistados manifiestan que la presencia del menor no sería un obstáculo en la etapa de conciliación intraprocesal del proceso de tenencia.

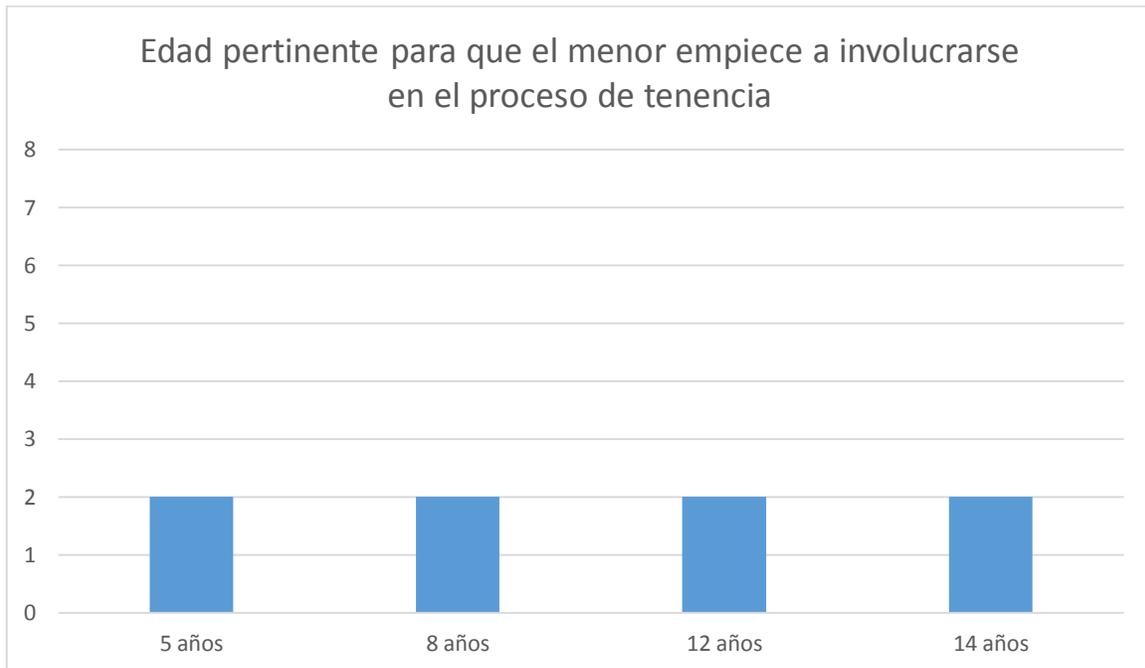
**Gráfico N° 07**



**Interpretación:**

Se evidencia que 5 de los 8 entrevistados manifiestan que si incluirían al menor en la etapa de conciliación intraprocesal del proceso de tenencia.

**Gráfico N° 08**



**Interpretación:**

Se evidencia que los entrevistados manifiestan que entre los 5 y 14 años, es pertinente que el menor empiece a involucrarse en el proceso de tenencia.

Asimismo, respecto a la afectación de los derechos del menor a ser escuchado y principalmente el principio del interés superior del niño, pudo encontrarse que en el Expediente 2460-2015, respecto a la variación de tenencia y custodia de niña puede observarse que luego de la conciliación se acordó que el demandante reconoce la tenencia de la menor a la madre biológica quien continuará ejerciendo su cuidado y atención en forma exclusiva e integral, de igual forma, se fijó un régimen de visitas en forma libre y abierta, dicho proceso se concluyó con fecha 13 de enero de 2017.

Con fecha 11 de setiembre de 2018, se dictan medidas de protección en mérito a la denuncia realizada por el padre de la menor (referida anteriormente) en base a la violencia física y psicológica realizada por su madre, como se acredita con los certificados médicos legal N° 207-FVL y el Protocolo de Pericia Psicológica N° 0000384-2018-PSC, y se dicta la medida de protección luego de haber comprobado los actos de violencia con el siguiente tenor:

“La denunciada, LA MADRE, deberá abstenerse de insultar, gritar, humillar, agredir física o psicológicamente y/o amenazar a la NIÑA, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de ser denunciada por el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad prevista en el Código Penal”

Con este caso, podemos advertir, que no siempre la decisión en la etapa de conciliación sin mediar pruebas es idónea, porque acarrea actos posteriores que afectan al menor de forma directa, tanto en su desarrollo integral como en su vida misma.

#### **IV. DISCUSIÓN**

Con respecto a los resultados anteriormente descritos y considerando las teorías relacionadas y los trabajos previos, se pudo determinar que:

##### Discusión N° 01

Considerando, del análisis de documentos, se mencionó que, del total de expedientes analizados, se ha podido determinar que el 38.8 % no se han resuelto por conciliación, mientras que el 61.2 % se han resuelto por conciliación, dejando observar que existe un alto índice de conciliación en esta pretensión, tenencia.

Datos que se corroboran con respecto a la conciliación Couture (2010) menciona que es la acción y efecto de conciliar, es decir concordar, ajustar los ánimos de quienes están opuestos entre sí, también es utilizado para designar todo arreglo amistoso o judicial dirigido a compensar a la víctima de un delito o hecho ilícito.

Por su parte, Rincón (2013), menciona que la naturaleza de la conciliación se cimienta en la forma de resolución de conflictos que ha sido estudiada por diversas disciplinas del conocimiento, en especial en la teoría de la solución de conflictos (p. 28).

Para Plazas (2007) entiende que la teoría general del derecho debe ser interpretada desde la teoría trialista del mundo jurídico, la cual estudia cada fenómeno desde las siguientes dimensiones: sociológica, normológica y dikelógica (p. 45).

Por lo tanto, puede advertirse que la probabilidad de conciliación en el proceso de tenencia es alta, y por lo tanto, la desprotección de los derechos del menor se ve al momento de llevar a cabo la audiencia específica, ya que no se respeta el derecho a ser escuchado, porque únicamente participan los padres y son ellos quienes llevan a cabo el proceso de conciliación respectivo.

## Discusión 2

De igual forma, se ha podido determinar que en ninguno de los expedientes revisados se respeta el derecho a ser escuchado del menor, debido a que la intervención en la conciliación se ha dado exclusivamente con la decisión de los padres y no con la intervención del menor.

En nuestra normatividad local, Código del Niño y Adolescente, confunde el término tenencia con el de custodia, siendo así Aguilar (2012) menciona que es un error tratar de equipararla, ya que ella la tenencia es entidad como un atributo, derecho o facultad que ostentan los padres, y en el desarrollo de la convivencia surge el deber de custodiar a sus hijos, mediante la protección, el cuidado y la vigilancia (p. 182)

Siguiendo a Bosisio (2012) manifiesta que el niño aprenderá sobre sus derechos y obligaciones y el respeto a las decisiones sólo a través de la oportunidad de formar parte del proceso de toma de decisiones en la familia, la escuela o la comunidad local. También aprenderá que su libertad está limitada por los derechos y la libertad de los demás y que sus acciones pueden invadir los derechos de los otros” (p. 144).

De igual forma se puede corroborar con los antecedentes de la Defensoría del Pueblo de España (2014), titulada “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor”. De acuerdo con dicho estudio la metodología abordada para la preparación de este estudio partió de la elaboración de un documento que contenía una lista abierta de cuestiones, cuyo contenido es el resultado del cotejo entre los estándares internacionales en la materia y la legislación española, las quejas recibidas sobre la materia en esta Institución, así como las actuaciones de oficio abiertas con todas las entidades de protección de menores.

Además, debemos comprender que son cuatro los principios rectores consagrados en la Convención, que sustentan la legislación sobre la Infancia:

- a) Principio de “no discriminación” (art. 2);
- b) Interés superior del niño (art. 3);

c) Derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo (art. 6); y

d) el de participación y ser escuchado (art. 12), atendiendo a su libertad para opinar; teniendo en cuenta su edad y madurez.

En términos generales podría sostenerse que durante estos años los avances sobre la promoción y difusión de los derechos a favor de la infancia son relevantes, sin embargo corresponde inquirirnos respecto a la efectividad en la concreción de los mismos, en la ejecución de políticas públicas, de las prácticas gubernamentales por parte de los diversos sectores del Estado, acciones de la sociedad civil, e incluso en las pautas culturales, costumbres y quehacer al interior de la organización y relaciones familiares.

Debemos comprender que el derecho del niño a ser escuchado es una facultad de fácil enunciado y compleja ejecución. Sobre todo, porque para que el derecho se realice efectivamente es necesaria la preparación tanto de las instituciones que escuchan, como del propio menor que tiene que ser informado y debe comprender las implicaciones del ejercicio de ese derecho, por lo tanto, no se puede garantizar este derecho en la pretensión de tenencia de menores de edad.

### Discusión 3

Finalmente, considerando que de 4 de los 8 entrevistados manifiestan que no se estaría vulnerando derechos de las partes por la conclusión anticipada del proceso de tenencia, se corrobora con los datos de la tesis de Noblecilla, S. (2014), se determinó que de 10 sentencias analizadas 7 otorgaron la Tenencia Monoparental, exclusivamente a favor de la madre, quien fue la demandante; los factores determinantes a favor de la Tenencia Monoparental que contravienen el Interés Superior del Niño son los siguientes: 1. La edad del menor (de 0-8 años deben permanecer con la madre).

Así como la tesis de Quispe, D. (2017), menciona que se debe establecer en el Códigos de los Niños y Adolescentes medidas sancionadoras al progenitor que tiene la tenencia del hijo e incumpla el régimen visitas del otro progenitor, a fin de evitar la vulneración

de los hijos y padres; el incumplimiento de régimen de visitas por parte del progenitor que cuenta con la tenencia viene vulnerando los derechos de los hijos, a tener una familia y no ser separado de ella, así como, el derecho a un desarrollo armónico e integral; el incumplimiento de régimen de visitas por parte del progenitor que tiene la tenencia del hijo, suprime los lazos afectivos y la relación paterna filial, en consecuencia genera daños emocionales al otro progenitor.

Es por ello necesario, que los órganos jurisdiccionales deben evaluar la problemática que conlleva la conclusión de los procesos mediante la conciliación que queda a voluntad de los padres sin análisis de los medios probatorios específicos por parte del juzgador, siendo necesaria la incorporación de un equipo interdisciplinario que permita una evaluación integral de los derechos del menor, resolviendo sobre el fondo de las pretensiones de tenencia y no se deje al consenso de los padres las decisiones que afectan directamente al Principio del Interés Superior del Niño.

## V. CONCLUSIÓN

1. Luego de haber aplicado la entrevista con expertos, tanto a profesionales de derecho como a magistrados se ha podido determinar que la presencia obligatoria del menor y la valoración del derecho a ser escuchado será necesaria para mejor resolver de los jueces en la etapa de conciliación intraprocesal en el proceso de tenencia, porque permitirá conocer su opinión y en base a las pruebas presentadas el Juez evaluará de forma fehaciente la tenencia del menor a algunas de las partes.
2. Del total de expedientes analizados, se ha podido determinar que el 38.8 % no se han resuelto por conciliación, mientras que el 61.2 % se han resuelto por conciliación, dejando observar que existe un alto índice de conciliación en esta pretensión, tenencia, de igual forma se ha podido determinar que en ninguno de los expedientes revisados se respeta el derecho a ser escuchado del menor, debido a que la intervención en la conciliación se ha dado exclusivamente con la decisión de los padres y no con la intervención del menor.
3. La conciliación intraprocesal en el proceso único de tenencia vulnera los derechos, tanto personales como procesales, de los niños y adolescentes, en la medida que la intervención es únicamente de los padres, tal como se ha logrado determinar en el análisis de expedientes específicos y en la entrevista a los magistrados y profesionales del derecho, así como en la jurisprudencia referida y el caso analizado.
4. Finalmente, se puede determinar que existe un alto grado de afectación del menor al no ser escuchados según el art 9 del Código de los Niños y Adolescentes, es por ello, que se considera necesaria la presencia del menor en la etapa para que el juzgador pueda emitir su decisión en mérito a las pruebas y análisis de cada caso en particular.

## **VI. RECOMENDACIONES**

1. Se recomienda a los legisladores que analicen la conciliación dentro del proceso de tenencia, para que puedan incorporar al menor en dicha etapa, y se respete su derecho a ser escuchado, y demás derechos del menor dentro del proceso de tenencia.
2. Se recomienda a los juzgadores que analicen cada caso en particular, para que otorguen la tenencia a alguno de los padres no en mérito a decisiones unilaterales sino en razón de los hechos y las pruebas de cada proceso.
3. Se recomienda a las Facultades de derecho que realicen trabajos de investigación en mérito a las instituciones del derecho de familia y la afectación a derechos y principios propios del menor de edad.

## VII. REFERENCIAS

- Acosta, C. (2017). *La aplicación del principio del interés superior del niño al fijarse la tenencia compartida*. Tesis para obtener el título profesional de abogada. Universidad Privada “Antenor Orrego”. Trujillo.
- Archard, D. (2014). Children’s Rights. Stanford: The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Recuperado el 5 de mayo de 2018 de <https://goo.gl/mHsrZJ>
- Baeza, G. (2001). El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. En: *Revista Chilena de Derecho*, ISSN 0716-0747, Vol. 28, N° 2, p. 355-362.
- Bailón, R. (2014). *Teoría general del proceso*. 13ª edición. México: Limusa.
- Benavidez, R. (2002). *Problemática jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano*. Tesis por la PUCP. Lima. Recuperado el 9 de mayo de 2018 de <https://goo.gl/1zJFBF>
- Caivano, R. (2017). *Negociación, conciliación y arbitraje. Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*. 7ª edición. Lima: Apenac Perú.
- Catalán, J. (2015). *Evaluación de custodias: criterios psicológicos utilizados por los Psicólogos Forenses de la Administración de Justicia*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Ciuro, M. (2000). *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*. Buenos Aires: Fundación para las investigaciones jurídicas.
- Cornejo, G. (2008). La visión actual de la conciliación en el Perú. Recuperado el 9 de mayo de 2018 de <https://goo.gl/DU7P18>
- Cronin, K. (2015). What about Children’s Rights? *The Furrow*, 62 (7/8), pp. 387-393.

- Defensor del Pueblo de España (2014). *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*. Defensoría del Pueblo. Madrid.
- Defensoría del Pueblo español (2016). ¿Qué es el derecho del niño a ser escuchado en los procesos judiciales? Recuperado el 11 de mayo de 2018 de <https://goo.gl/XK5zsq>
- Fanlo, I. (2011). «Viejos» y «nuevos» derechos del niño. Un enfoque teórico. *Revista de Derecho Privado*, 20, pp. 105-126.
- Gobierno de México (2016). Derecho de los niños y adolescentes a un debido proceso. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de <https://goo.gl/dGvfjv>
- Goldschmidt, W. (2013). *Philosophical introduction to law*. 12a edition. Lexis Nexis.
- González, M. (2008). *Derechos humanos de los niños: Una propuesta de fundamentación*. México, D. F.: UNAM.
- Granados, M. (2014). La promoción de derechos en la Demuna de Santiago de Surco: percepciones de la población usuaria durante los años 2009 y 2010. Tesis para optar el grado de magíster en Gerencia Social. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- Gutiérrez, C., Lobo, A., Jiménez, R., Muñoz, S. (2004). La custodia, peligrosa decisión. La participación del psicólogo en el proceso de la custodia. Recuperado el 21 de mayo de 2018 de <https://goo.gl/MLycEh>
- Hierro, L. (1991). ¿Tienen los niños derechos?: Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño. *Revista de educación*, 294, pp. 221-233.
- Humanium (2011). Historia de los derechos del niño. Traducido por Paola Muller. Corregido por Lourdes Gil Alvaradejo. Recuperado el 5 de junio de 2018 de <https://goo.gl/DyA3c8>

- Javalois, A. (2011). *La conciliación*. 1ª edición. Guatemala: Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídica.
- Lozano-Vicente, A. (2016). Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación. En: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 14 (1), pp. 67-79. Recuperado el 2 de junio de 2018 de <https://goo.gl/PFXE3C>
- Martínez, M. (2014). *La conciliación de la vida familiar y laboral en la seguridad social española*. Curitiba: Ediciones Jurua.
- Noblecilla, S. (2014). *Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño*. Tesis para obtener el título profesional de abogada. Universidad Privada de Norte. Trujillo.
- ONU (2009). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Programa de Promoción y Defensa de los Derechos de la Infancia. 1ª Edición. Recuperado el 11 de junio de 2018 de <https://goo.gl/QQpHRF>
- Plazas, M. (2014). *Del realismo al trialismo jurídico*. 5ª edición. Bogotá: Temis.
- Quispe, D. (2017). *Incumplimiento del régimen de visitas de los hijos menores de edad en los Juzgados de Familia de Lima-2015*. Tesis para obtener el título profesional de abogada por la Universidad “César Vallejo”. Lima.
- Ramos, H. (2014). *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*. Tesis para obtener el título profesional de abogado. Universidad Central del Ecuador. Quito.
- Rincón, A. (2013). *Una teoría trialista de la conciliación*. Tesis aprobada por la maestría en teoría y práctica para la elaboración de normas jurídicas. Universidad de Buenos Aires.
- Wellman, C. (1984). The Growth of Children’s Rights. En: *Archive for Legal and Social Philosophy*, 70 (4), pp. 441-453.

## ANEXOS

### ENTREVISTA

Nombre :

Cargo :

Fecha :

---

1. ¿Qué problemáticas Usted evidencia en el proceso de tenencia?
2. ¿Considera Usted necesaria la etapa de conciliación en el proceso de tenencia?
3. Desde su experiencia, ¿con que frecuencia se concluyen los procesos de tenencia mediante la conciliación?
4. Al concluir el proceso de tenencia de forma anticipada mediante la conciliación, ¿Se estaría vulnerando algún derecho de las partes?. ¿Porqué?.
5. ¿Que propondría Usted para la protección de los derechos del niño en el proceso de tenencia?
6. ¿La presencia del menor sería un obstáculo en la etapa de conciliación intraprocesal del proceso de tenencia?
7. ¿Incluiría al menor en la etapa de conciliación intraprocesal del proceso de tenencia?
8. En el art. 81 del Código de los niños y adolescentes menciona que el Juez debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente; desde su experiencia, ¿qué edad considera más pertinente para que el menor empiece a involucrarse en el proceso de tenencia?

<b>PREGUNTA N° 1: ¿Qué problemáticas Usted evidencia en el proceso de tenencia?</b>	
<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
Dr. Sifuentes Alvares, menciona: En los procesos de tenencia normalmente de acuerdo a ley y a lo que nos enseñan en las universidades difieren mucho en la práctica, dicen pues que velan por el interés superior del niño pero eso no es cierto porque el problema de la tenencia con lleva a un enfrentamiento entre los padres y el juzgado lejos de ayudar a que el niño tenga una relación fortalecida con los padres el juzgado simplemente da preferencia a la madre	Enfrentamiento entre padres
Dr. Castillo Sheen, menciona: Desde el aspecto procesal, la problemática es la dilación y falta de aplicación del principio de celeridad y economía procesal por parte del juez. Desde el aspecto fondo, los jueces tienden a flexibilizar mucha la prueba en favor de la madre, ya sea si es demandada o demandante, dejando de lado, los medios de defensa del padre.	Dilatación del proceso judicial
Dr. Gastañudi Gaytan, mencionó: La demora en los procesos	La demora en los procesos

Dr. Acosta Vigo, menciona: Demora en la tramitación del proceso	La demora en los procesos
Dr. Ocas Vigo, menciona que: Demora procesal	La demora en los procesos
Dr. Asencio Días, menciona que las problemáticas procesales ninguna, el proceso está bien regulado, problemáticas que pueda ser es más por la iniciativa de las partes, el desinterés en solucionar los acuerdos de manera alturada.	Ninguna
Dra. Buchelli Deville, menciona que la actitud de los padres que no usan en consenso, sino una actitud beligerante en la resolución del conflicto.	Actitud de los padres
Dra. Torres Velásquez, menciona que ninguna puesto que se está siguiendo con las etapas procesales, las cuales están reguladas en nuestro código procesal civil	Ninguna
<b>PREGUNTA N° 2: ¿Considera Usted necesaria la etapa de conciliación en el proceso de tenencia?</b>	
<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
Dr. Sifuentes Alvares, menciona: No, porque los jueces ven en ella una oportunidad para disminuir su carga	No es necesaria

procesal y no pronunciarse sobre el fondo de la demanda	
Dr. Castillo Sheen, menciona: No, debido a que estamos tratando de derecho que no son disponibles.	No es necesaria
Dr. Gastañudi Gaytan, mencionó: Si, porque en virtud al principio de interés superior del niño se debe tomar medidas antes de una sentencia que muchas veces no son razonables	Si es necesaria
Dr. Acosta Vigo, menciona: Si, porque al tratarse de un problema familiar, el juzgado debe solucionar o invitar a las partes que lleguen a una solución de manera consensuada	Si es necesaria
Dr. Ocas Vigo, menciona que: Si, ya que las mismas partes proponen la solución a sus problemas	Si es necesaria
Dr. Asencio Días, menciona que claro porque son los padres quienes verdaderamente conocen la situación de quién de ellos es el más idóneo para poder tener a los menores.	No es necesaria
Dra. Buchelli Deville, menciona que sí, porque lo que se busca con esta etapa, es promover el consenso de los padres en favor del menor, en virtud del interés superior del	No es necesaria

menor, tratando así de resolver de la mejor manera el conflicto.	
Dra. Torres Velásquez, menciona que si, ya que son los padres quienes proponen, dialogan cuál de ellos es el más idóneo para quedarse con el menor.	Si es necesaria
<b>PREGUNTA N° 3: Desde su experiencia, ¿con que frecuencia se concluyen los procesos de tenencia mediante la conciliación?</b>	
<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
Dr. Sifuentes Alvares, menciona: Un 15%	Poco frecuente
Dr. Castillo Sheen, menciona: Un 10%	Poco frecuente
Dr. Gastañudi Gaytan, mencionó: Un 50%	Medianamente frecuente
Dr. Acosta Vigo, menciona: Un 10%	Poco frecuente
Dr. Ocas Vigo, menciona que: Un 20%	Poco frecuente
Dr. Asencio Días, menciona que un 90%	Muy frecuente
Dra. Buchelli Deville, menciona que en la actualidad existe un alto índice de casos tenencia resueltos en esta etapa, se podría decir que un 80%.	Muy frecuente
Dra. Torres Velásquez, menciona que un 80%	Muy frecuente
<b>PREGUNTA N° 4: Al concluir el proceso de tenencia de forma anticipada mediante la conciliación, ¿Se estaría vulnerando algún derecho de las partes?. ¿Porqué?.</b>	

<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
Dr. Sifuentes Alvares, menciona: Si, la igualdad de las partes, porque casi siempre la tenencia es otorgada a las madres	Si, porque se otorga a la madre
Dr. Castillo Sheen, menciona: Si, se limita el derecho del menor a ser oído y así el juez pueda tener una decisión más favorable y proporcional.	Si
Dr. Gastañudi Gaytan, mencionó: No, porque las posturas de las partes ya se van materializando frente a un juez y resueltas o solucionadas mediante este mecanismo alternativo	No, porque las posturas de los padres se ven materializadas frente al juzgador
Dr. Acosta Vigo, menciona: Si, la igualdad de las partes porque el juez ya tiene criterios que favorecen a las madres	Si, porque tiene criterios preestablecidos
Dr. Ocas Vigo, menciona que: No, porque las partes son las que proponen las respectivas soluciones a sus problemas sin la intervención del juez	No, porque las partes solucionan sus problemas respecto al juez
Dr. Asencio Días, menciona que ningún derecho se estaría vulnerando porque lo resuelto es en base al interés superior de los niños y quien más que los padres conocen el interés superior de los niños, ellos saben con quién va a estar mejor cuidado, con quien va a estar mejor tratado y quien va a colaborar	Si

a que el otro padre lo pueda visitar ellos conocen sus reglas de juego, sus horarios, sus espacios, su tiempo y la finalidad con la que decidan cuidar a sus hijos.	
Dra. Buchelli Deville, menciona que no puesto que se está siguiendo conforme a la etapa procesal correspondiente.	No, porque se sigue con el procedimiento establecido en la normatividad específica
Dra. Torres Velásquez, menciona que no de las partes que detectemos la custodia y/o tenencia del menor o menores, porque los padres proponen la solución al conflicto de tenencia y así determinan cuál de ellos le brindara al menor el ambiente adecuado.	No, porque los padres proponen la solución del conflicto de acuerdo a los intereses del menor
<b>PREGUNTA N° 5: ¿Que propondría Usted para la protección de los derechos del niño en el proceso de tenencia?</b>	
<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
Dr. Sifuentes Alvares, menciona: Que estos procesos estén respaldados con un informe de profesionales (psicólogos, asistente social) que garanticen que el menor está en el ambiente adecuado que le ofrece el progenitor a quien se le otorgue la tenencia.	Incorporación de un informe profesional y multidisciplinario
Dr. Castillo Sheen, menciona: La participación de un psicólogo en la audiencia de declaración del menor y los padres, para que así el juez pueda tener una	Participación de un psicólogo en audiencia

decisión más justa, adoptada en derecho, hechos, pruebas y un apoyo profesional.	
Dr. Gastañudi Gaytan, mencionó: Que los jueces resuelvan las causas con mayor celeridad.	Mejorar la celeridad
Dr. Acosta Vigo, menciona: Que, además de los típicos medios probatorios, el equipo multidisciplinario (asistente social, psicólogos, médicos) realicen visitas intespectivas en el lugar donde se encuentran los menores para verificar el estado en que se encuentra el menor.	Equipo multidisciplinario
Dr. Ocas Vigo, menciona que: Que la opinión de los menores tenga mayor relevancia en estos procesos, y así garantizar que el menor este con el progenitor que más confianza le ofrezca.	Hacer respetar la opinión del menor
Dr. Asencio Días, menciona que cuando no hay acuerdos propios de las partes en conciliación, cuando se resuelva se fije una sentencia se determine terapias para los padres para que restituyan el dialogo porque si generalmente no llegan a un acuerdo conciliatorio es porque hay un conflicto entre los padres entonces eso es importante que al final no solo se fije la tenencia si no también se determine un régimen de una terapia para que restituyan el dialogo y	Mejorar los acuerdos entre los padres

<p>puedan enfrentar de mejor manera la tenencia frente a los hijos.</p>	
<p>Dra. Buchelli Deville, menciona que se realicen inspecciones intempestivas al padre que ha obtenido la tenencia, para asegurar el bienestar del menor.</p>	<p>Inspecciones oculares</p>
<p>Dra. Torres Velásquez, menciona que cuenten con asistente social, dando el seguimiento correspondiente al menor, garantizando así el cuidado que le ofrece el padre a quien se le otorgó la tenencia.</p>	<p>Asistencia social y seguimiento del menor</p>
<p><b>PREGUNTA N° 6: ¿La presencia del menor sería un obstáculo en la etapa de conciliación intraprocesal del proceso de tenencia?</b></p>	
<p><b>RESPUESTA</b></p>	<p><b>IDEA PRINCIPAL</b></p>
<p>E1: No, puesto que el menor tendría la oportunidad de poder expresar lo que siente</p>	<p>No, el menor tendría la oportunidad de poder expresar</p>
<p>E2: No, ya que este proceso trata sobre el presente y futuro del menor</p>	<p>No, este proceso trata sobre el presente y futuro del menor</p>
<p>E3: No, en la medida que el menor esté debidamente informado de lo que acontece, en su entorno</p>	<p>No, el menor esté debidamente informado</p>
<p>E4: No, porque el menor sería un participe oportuno en este proceso</p>	<p>No, el menor sería un participe oportuno en este proceso</p>
<p>E5: No, porque no perjudicaría en nada al proceso</p>	<p>No, no perjudicaría en nada al proceso</p>

E6: No, ya que el proceso trata sobre él y así estaría involucrado en este proceso de toma de decisiones	No, el proceso trata sobre él y así estaría involucrado en este proceso
E7: No, porque lo que él manifieste en el proceso, ayudará a entender lo que ocurre en su entorno familiar.	No, ayudará a entender lo que ocurre en su entorno familiar.
E8: No, porque el menor podrá expresarse con toda libertad y así con todo lo actuado se llegará a una decisión más conveniente para el menor.	No, podrá expresarse con toda libertad y así llegar a una decisión conveniente para el menor.
<b>PREGUNTA N° 7: ¿Incluiría al menor en la etapa de conciliación intraprocesal del proceso de tenencia?</b>	
<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
E1: Si	Si
E2: No	No
E3: No	No
E4: Si	Si
E5: Si	Si
E6: Si	Si
E7: Si	Si
E8: No	No
<b>PREGUNTA N° 8: En el art. 81 del Código de los niños y adolescentes menciona que el Juez debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente; desde</b>	

**su experiencia, ¿qué edad considera más pertinente para que el menor empiece a involucrarse en el proceso de tenencia?**

<b>RESPUESTA</b>	<b>IDEA PRINCIPAL</b>
E1: 8 años	8 años
E2: 8 años	8 años
E3: 14 años	14 años
E4: 5 años	5 años
E5: 5 años	5 años
E6: 12 años	12 años
E7: 12 años	12 años
E8: 14 años	14 años