



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

TESIS

PERCEPCIÓN DE LA AFECTACIÓN DEL INTERES SUPERIOR DEL
NIÑO Y ADOLESCENTE Y VIOLENCIA FAMILIAR RESPECTO AL
ARTÍCULO 97 CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

DENNYS CHRISTIAN MALLMA HUAMAN

ASESOR

DR. LUIS ÁNGEL ESPINOZA PAJUELO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL
ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

LIMA, PERÚ, JULIO DE 2020

DEDICATORIA

A toda mi familia y seres queridos, por su apoyo incondicional, pero sobre todo a mi madre por su gran apoyo y amor, a mi padre, que me cuida siempre dándome fortaleza.

AGRADECIMIENTO

A mi querida Universidad Autónoma del Perú, por formarme durante más de cinco años en la carrera de derecho, que cuenta con grandes docentes.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	x

CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Realidad problemática	13
1.2. Preguntas de investigación	15
1.3. Justificación	15
1.4. Objetivos de la investigación:.....	16
1.5. Limitaciones de la investigación.....	16

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de estudio.....	19
2.2. Bases teóricas	25
2.3. Definición de terminología empleada	29

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. Paradigma y enfoque	31
3.2. Método y técnica de investigación	31
3.3. Instrumento y diseño.....	32
3.4. Unidad de análisis, categoría y subcategorías.....	32
3.5. Sujetos participantes.....	34
3.6. Escenario de trabajo de investigación.....	34
3.7. Supuestos categóricos.....	34

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Matrices de triangulación	38
4.2. Resultados de la investigación.....	45

CAPÍTULO V: DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Discusiones.....	48
5.2. Conclusiones	51
5.3. Recomendaciones	52

REFERENCIAS

ANEXOS

LISTA DE TABLAS

Tabla 1	Sujetos participantes
Tabla 2	Categorización
Tabla 3	Preguntas de la entrevista semiestructurada
Tabla 4	Matriz de triangulación correspondiente a la primera pregunta
Tabla 5	Matriz de triangulación correspondiente a la segunda pregunta
Tabla 6	Matriz de triangulación correspondiente a la tercera pregunta
Tabla 7	Matriz de triangulación correspondiente a la cuarta pregunta
Tabla 8	Resultado de interpretacion de la primera matriz
Tabla 9	Resultado de interpretacion de la segunda matriz
Tabla 10	Resultado de interpretacion de la tercera matriz
Tabla 11	Resultado de interpretacion de la cuarta matriz

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 Triangulación de teorías

Figura 2 Triangulación de la norma y jurisprudencia

**PERCEPCIÓN DE LA AFECTACIÓN DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y
ADOLESCENTE Y VIOLENCIA FAMILIAR RESPECTO AL ARTÍCULO 97 CÓDIGO
DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

DENNYS CHRISTIAN MALLMA HUAMAN

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÙ

RESUMEN

El objetivo de estudio de la presente investigación fue comprender de qué manera se afecta el interés superior del niño en el ejercicio de tenencia del demandado alimentista en los casos de violencia familiar, así como demostrar que es factible y necesaria una modificatoria al artículo 97 del Código de los Niños y Adolescentes el diseño de investigación del trabajo fue la hermenéutica, teniendo un enfoque cualitativo. La técnica empleada fueron las entrevistas con preguntas semiestructuradas siendo el instrumento el mismo tesista, los sujetos a quien se les realizaron las entrevistas fueron magistrado de jerarquía especializada y abogados litigantes especializados en la materia de familia, donde el resultado fue favorable, y finalmente se concluyó que es factible y necesaria una modificatoria del artículo 97 del Código de los Niños y Adolescentes debido que la norma al ser la primera parte abusiva hacia el demandado alimentista y ambigua en la segunda parte, ocasiona vicios de libre interpretación de los magistrados respecto a los procesos de tenencia iniciados por el demandado alimentista.

Palabras clave: interés superior del niño, violencia familiar, derechos fundamentales, tenencia, interpretación.

**PERCEPTION OF THE AFFECTION OF THE SUPERIOR INTEREST OF THE
CHILD AND ADOLESCENT AND FAMILY VIOLENCE WITH REGARD TO
ARTICLE 97 CODE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS**

DENNYS CHRISTIAN MALLMA HUAMAN

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÚ

ABSTRACT

The objective of the study of the present investigation was to understand how the best interests of the child are affected in the exercise of possession of the maintenance defendant in cases of family violence, as well as to demonstrate that a modification to article 97 of the Code is feasible and necessary. For children and adolescents, the research design of the work was hermeneutic, taking a qualitative approach. The technique used was the interviews with semi-structured questions, the instrument being the same thesis, the subjects to whom the interviews were carried out were magistrate of specialized hierarchy and litigation lawyers specialized in family matters, where the result was favorable, and finally it was concluded that it is feasible and necessary to amend article 97 of the code of children and adolescents, since the norm, being the first part abusive towards the food defendant and ambiguous in the second part, causes defects in the free interpretation of the respective magistrates of the processes of tenure initiated by the maintenance defendant.

Keywords: best interests of the child, family violence, fundamental rights, tenure, interpretation.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis es presentada a la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Autónoma del Perú, para obtener el título de abogado, en el presente trabajo de investigación tratamos un tema muy importante como es afectado el principio del interés superior del niño y del adolescente en los procesos de tenencia iniciados por el demandado alimentista debido al artículo 97 del Código de los Niños y Adolescentes.

En países latinoamericanos, norte americanos y europeos desde que se acogieron a la convención de los derechos del niño, comenzar a ver a los menores de edad como sujetos de derechos empezando a darle más atención, otorgándole derechos y convirtiéndolo en un principio fundamental en su sistema jurídico siendo base de todo proceso donde este de por medio el interés superior del niño y del adolescente.

El Perú no es ajeno a la convención de los niños y adolescente debido que forma parte de la corte interamericana de derechos humanos, sin embargo, en comparación con otros países donde los derechos y principio del interés superior del niño está más avanzado en su aplicación e interpretación de la norma, en el Perú todavía existe una deficiencia por parte del legislador al momento de proponer proyectos y de los magistrados al momento de la aplicación de estos derechos que garanticen la seguridad de los menores, por lo que no resulta sorprendente que en la práctica y en la vida cotidiana observemos en los casos de tenencia y en las sentencias una mala aplicación del principio del interés superior del niño y adolescente o la omisión de esta.

En cuanto a lo mencionado el principal motivo para evitar la afectación de los derechos de los menores el legislador promulgo la ley 27337 que aprueba el nuevo código de los niños y adolescentes sin embargo contiene artículos ambiguos y vacíos legales que afectan de manera parcial e indirecta el principio del interés superior del niño.

A lo largo del presente trabajo de investigación se llevaron a cabo distintos capítulos a continuación:

Capítulo I: En este capítulo nos ocuparemos de principalmente del problema de investigación.

Capítulo II: En este capítulo nos ocuparemos de antecedentes nacionales e internacionales, así mismo como las bases teóricas y definiciones conceptuales.

Capítulo III: En este capítulo nos ocuparemos del marco metodológico, paradigma y enfoque, el método, la técnica del proyecto instrumento y diseño de investigación, se mencionará la unidad de análisis, las categorías y subcategorías, los sujetos participantes, el escenario de trabajo, así como los supuestos categóricos y la categorización

Capítulo IV: En este capítulo nos refiere al análisis e interpretación de resultados, donde se llevará a cabo las matrices de triangulación y los resultados de investigación.

Capítulo V: En este capítulo nos ocuparemos de la descripción de resultados donde se realizará la discusión de los resultados obtenidos de la entrevista.

CAPÍTULO I
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Realidad problemática

En la legislación peruana se protege el interés superior del niño y del adolescente como principio general del derecho, su aplicación a los casos correspondientes es obligatorio pero este principio se deja de aplicar o se aplica de forma errónea en algunas circunstancias vulnerando el interés superior del niño y del adolescente y haciendo prevalecer otra norma menos importante, como lo es en los casos del demandado alimentista cuando inicia un proceso de variación de tenencia y el menor también lo desea, aun así si no hay justificación suficiente de acuerdo al artículo 97 del código del niño y del adolescente que se encuentra en una discrepancia con el artículo 565-A del código procesal civil, que en el caso de que el demandado se encuentre moroso en la pensión de alimentos y no acredite está al día en la pensión alimentaria no se le admitirá la demanda o tomaran como medida tutelar entregar al menor a un familiar cercano que en su mayoría es de parte materna, se tiene como antecedentes el caso “Pierina Nicole Cardoza Tello (9 años)”. Sokolich (2013) refiere que las entidades de administración de justicia en general y con mucha más razón los especializados en infancia, sus decisiones deben tener como sustento el interés superior de los infantes o del adolescente, independientemente de los intereses personales de los padres.

En esta investigación también es relevante la problemática de la violencia familiar que se ve inmersa en los casos de tenencia, por lo que está compuesta por actos violentos de forma psíquica, moral o física hacia uno o más personas que formen parte del grupo familiar, este tipo de actos no es solo agresiones del padre hacia la madre o viceversa, también hacia los hijos y mucho más grave si es hacia infantes o adolescente ya que en su crecimiento van a tener problemas afectando su autoestima y moral. Unicef (2014) afirma que los niños expuesto a la violencia en el entorno familiar suele presentar síntomas post traumáticos haciéndoles tener pesadillas, causar deficiencias en su desarrollo personal y académico como la falta de atención y concentración y en otros casos más graves llegar al suicidio o a las drogas y bebidas alcohólicas.

Qué sucede si hay un o una menor que está siendo tortura y/o maltratada por su tenedor y su entorno familiar nadie tiene la voluntad de ir en su ayuda y le pide a

su obligado alimentista moroso quien cuenta con toda su confianza y seguridad para tener su tenencia, que la rescate pero dentro de los marcos legales, el poder judicial quien es el órgano para administrar justicia le niega esta solicitud de tenencia solo por ser moroso y no basan su decisión en base al principio interés del niño y del adolescente, si no que le dan más importancia a que el señor pague los alimentos a que se haga cargo de la menor, teniendo como base el artículo 565-A, consideran que no hay causa justificada suficiente y que es más importante que primero el obligado alimentista se ponga al día con la pensión alimentaria sin tener en consideración el entorno familiar del menor, ya que de nada sirve entregar la tenencia a otro familiar del tenedor, si este no ha tenido voluntad de querer la tenencia y no garantizaría la protección del niño o del adolescente.

En cuanto a la relevancia jurídica de la presente investigación, existe un conflicto de la normatividad con la realidad puesto que no se protege de manera efectiva el principio del interés superior del niño y del adolescente de forma de omisión o mala aplicación de este principio general del derecho, de acuerdo al artículo 97 del código del niño y del adolescente el demandado alimentista no puede iniciar un proceso de tenencia, salvo causa debidamente justificada. si este lo solicita, entonces se puede entender por justificado de acuerdo al principio del interés superior del niño y del adolescente el consentimiento del menor, el cual debería ser motivo suficiente, teniendo como finalidad la garantía de la protección del menor, ya que si hay consentimiento del menor se presume que su tenedor no está cumpliendo con el artículo 1 del título preliminar y el artículo 3 y 4 del código del niño y del adolescente, sin afectar el derecho a la presunción de inocencia del tenedor.

Del mismo modo esta investigación cuenta con relevancia social, debido a que en la realidad si bien el tema como la tenencia y los derechos de los niños y adolescentes están regulados podemos ver que en la realidad no se aplica de manera efectiva puesto que muchas veces se ve alterado el interés superior del niño, lo cual afecta su desarrollo personal. Es importante señalar en este caso que la misma constitución protege especialmente a los niños y adolescente de conformidad con el artículo 4.

1.2. Preguntas de investigación

- ¿De qué manera se afecta el interés superior del niño en el ejercicio de tenencia del demandado alimentista en los casos de violencia familiar?
- ¿Cuándo el consentimiento de niño y adolescente para el proceso de tenencia es suficiente causa justificada?
- ¿El fenómeno de la violencia familiar resulta determinante es el proceso de tenencia?

1.3. Justificación

1.3.1. Justificación práctica

Con la presente investigación solucionar el problema de la omisión y mala aplicación del interés superior del niño y del adolescente para para proteger su integridad física, psíquica y moral.

1.3.2. Justificación metodológica

En el presente estudio se desarrollará en función de análisis de entrevistas que se aplicaran a especialistas del derecho como magistrados de los juzgados de familia y a colegiados especializados en la materia de familia.

1.3.3. Justificación teórica

Analizaremos las teorías del principio de los niños y adolescentes derecho y derechos humanos. Se basa a que el interés del niño y del adolescente va estar sobre cualquier otra norma y cuando haya otro conflicto jurídico, se va tomar la decisión en base a este principio.

1.3.4. Justificación legal

La presente investigación se sustenta bajo las siguientes principios y normas legales que amparan el interés superior del niño y del adolescente: principio del interés superior del niño y del adolescente y código de los niños y adolescentes.

El artículo 97 del código del niño y del adolescente no esclarece muy bien cuando es una causa justificada para que el demandado alimentista pueda solicitar la tenencia

1.4. Objetivos de la investigación

- Comprender de qué manera se afecta el interés superior del niño en el ejercicio de tenencia del demandado alimentista en los casos de violencia familiar.
- Interpretar cuándo el consentimiento de niño y del adolescente para el proceso de tenencia es suficiente causa justificada.
- Interpretar como el fenómeno de la violencia familiar resulta determinante es el proceso de tenencia.

1.5. Limitaciones de la investigación

Las limitaciones en el desarrollo de la investigación son importantes para el desarrollo de la tesis y del tesista pues permite ver los límites de la investigación que se presentaran en el proceso del desarrollo de la tesis.

1.5.1. Limitación temporal

El presente desarrollo de la tesis, esta principalmente programado para que sea realizado y concluya dentro del presente ciclo académico 2020-1, los investigadores aparte de realizar estudios de Pregrado, también realizan otro tipo de actividades laborales remota y semipresencial como asistente judicial del poder judicial- chorrillos, el cual me permite estar más cerca de la labor desempeñada, así

mismo cabe señalar que nuestro país y otros países vecinos actualmente nos encontramos en aislamiento social obligatorio debido a una pandemia (COVID-19) por lo que generará unas dificultades para poder obtener información correspondiente .

1.5.2. Limitación económica

En el presente desarrollo de tesis no hay una gran limitación económica debido a que no hay gastos en asesores de tesis, puesto que el al asesor de tesis metodológico y asesor de la materia es brindado como apoyo por la misma universidad ya que se encuentra dentro de la malla curricular de la carrera, aquellos gastos que se puedan generar son mínimos y pueden ser autofinanciadas.

1.5.3. Limitación bibliográfica

Los materiales bibliográficos que se han tomado para la realización del presente trabajo de investigación en su mayoría son virtuales como, tesis libros digitales de repositorios de diferentes universidades nacionales e internacionales para obtener revistas, folletos, boletines, hemos accedido a esos materiales en segunda mano, pero originales para no afectar a los derechos de autor.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de estudio

2.1.1. Antecedentes nacionales

Chávez y Chavarria (2019) en su tesis titulada *El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia*, tuvieron como objetivo identificar los criterios utilizados por los jueces de familia y otros magistrados de poder judicial en sus casos de tenencia coinciden con la regulación legal y la aplicación del interés superior del niño y del adolescente, se verifico de forma aleatoria. Así mismo obtuvieron como muestra 18 expedientes correspondientes a los procesos de tenencia que los jueces de familia y magistrados resuelven los procesos de tenencia utilizando criterios legales y extralegales en los que no necesariamente se aplica el interés superior del niño. Finalmente, concluyeron la investigación manifestando que el interés superior del niño y adolescente debe ser visto como un principio el cual tiene como objetivo lograr un bienestar para el menor.

Los autores en el presente antecedente señalan que criterios utilizan los magistrados del poder judicial en un proceso de tenencia, donde cogen una muestra de 18 expedientes donde identificaron que los jueces utilizan solo criterios legales y extralegales y no aplican el principio del interés superior del niño y del adolescente, la relación del antecedente con la presente investigación es que se haga prevalecer los derechos del niño y del adolescente cuando este está de acuerdo con vivir con demandante del proceso y que no se trate de manera abusiva al demandado alimentista por el solo hecho de serlo.

Morales (2018) en su tesis titulada *El interés superior del niño en el proceso de tenencia*, explicaron el objetivo principal, que fue poder buscar una vía de como la inexperiencia del plazo razonable perturba al interés superior del niño en los casos sobre tenencia efectuados o sentencias por el 2° Juzgado de familia de Callao, así mismo buscar la manera en cómo se afecta el plazo razonable en los casos de tenencia. En este caso los instrumentos de recopilación de los datos fueron la encuesta realizadas a jueces, especialistas, fiscales, abogados litigantes y accionantes. Finalmente, concluyo su investigación estableciendo que el interés

superior del niño en los casos sobre tenencia es imperativo, pues busca determinar quién ofrece mejores condiciones de vida, si el padre o la madre, por otro lado, en los procesos de tenencia el interés superior del niño depende del plazo razonable, ya que el niño será otorgada a quien cumpla con dar las mejores condiciones para el desarrollo integral y personal de menor.

La relación de la tesis del presente autor con la investigación es la prioridad de la aplicación del principio del interés superior del niño y del adolescente en los procesos de tenencia determinado que padre puede otorgarle las mejores condiciones para su desarrollo integral, psíquico y físico, todo esto el juez debe decidir en un plazo razonable ya que el proceso de variación de tenencia o tenencia no poder ser dilatado ni ventilado por la seguridad del menor, no solo vasta que el juez aplique el interés superior del niño sino que también debe de hacerlo de manera rápida y eficiente garantizando la seguridad del menor.

Barboza (2018) en su tesis titulada *La violencia familiar en escolares de primaria de instituciones educativas de la región Cajamarca-2016*, precisaron en sus objetivos generales la identificación de los principales niveles o categorías de violencia familiar en escolares, así como comparar estos actos de violencia, igualmente el analizar la veracidad de la escala basada en la violencia familiar. En este caso el tesista implemento como su instrumento a la encuesta dirigida a 204 estudiantes de cinco distintas instituciones educativas en Cajabamba. Como conclusiones, obtuvo que el 24% presento un bajo nivel de violencia familiar mientras que el porcentaje restante tuvo altos niveles de violencia.

La presente investigación demuestra que un gran número de estudiantes menores de edad son víctimas de violencia familiar concluyendo el mayor porcentaje en la valoración de riesgo el alto nivel de violencia familiar que existe hacia los menores, en relación a mi investigación es que no cuenta únicamente violencia familiar hacia los menores de manera física si no también psicológica ya que esto en el transcurso del tiempo afectaría el desarrollo integral y emocional de los menores y como consecuencia pudiendo arruinar sus vidas.

Chimpay (2019) en su tesis titulada *Evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en la sentencia de casación n° 11192-2015/ sala de derecho constitucional y social permanente de la corte suprema de justicia del Perú, - Ayacucho – 2019*, en donde su objetivo general fue verificar que la sentencia de casación N° 11192-2015, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, de la Corte Suprema de Justicia del Perú, se enmarca dentro de las técnicas de “interpretación, integración y argumentación” en este caso el tesista no precisa que instrumento implemento para el desarrollo del trabajo, debido a que no aplicó entrevistas ni encuestas. Finalmente concluyo el trabajo, respecto a la dimensión “técnicas de argumentación”, de su dimensión “argumentación” se derivó de los subdimensiones: componentes y argumentos interpretativos; siendo que los magistrados de la Corte Suprema, fundamentaron sus argumentos en base a premisas, inferencias y conclusiones (componentes), no complementando sus argumentos en base a principios como el de coherencia normativa que consiste en trabajar la armonización de las normas entre sí.

En el antecedente podemos analizar la conclusión que llego el tesista en su investigación es que los jueces no aplican de manera correcta y no tienen bien claro la prioridad de la aplicación de los principios en el proceso y toman decisiones apresuradas teniendo como fundamento normas que no son de carácter imperativo.

García (2015) en su tesis titulada *Violencia familiar y régimen de visitas para el agresor en el ordenamiento peruano*. Realizó una investigación donde su objetivo general fue favorecer el cumplimiento del derecho fundamental del menor de mantener la relación con ambos progenitores después de la separación, estableciendo los vínculos necesarios para su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional y, el segundo es preparar a los padres para que consigan autonomía y puedan mantener las relaciones con sus hijos sin depender de este servicio en este caso el tesista no precisa que instrumento implemento para el desarrollo del trabajo, debido a que no aplicó entrevistas ni encuestas. Finalmente concluyo el trabajo estableciendo que si bien existe el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, considero que existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en

una necesaria excepción a la regla general. Aunque siempre se ha de mirar y analizar el caso concreto, pues creo en la resocialización del hombre, en el perdón y en el arrepentimiento.

Cadillo (2019) en su tesis titulada *Presupuestos para identificar el maltrato psicológico, dentro de la violencia familiar*, realizó una investigación en donde su objetivo general fue poder buscar o encontrar bajo que indicios se puede identificar al maltrato psicológico en los casos sobre la violencia familiar, así mismo fueron sus objetivos específicos, determinar cómo se puede probar una violencia psicológica y como se determina la victimización de la parte agraviada, y enfocarse en el principio de discrecionalidad. Por otro en cuanto a los instrumentos empleados en la investigación estos fueron la entrevista, el cuestionario y la revisión documental. Su población estuvo compuesta por 50 magistrados y asistentes especializados en derecho de familia, así como abogados litigantes. Como conclusión, determino que la violencia psicológica es el tipo de violencia que es más difícil de percibir y sobre todo de valorar ya que las víctimas muchas veces desarrollan mecanismos los cuales impiden que ellas mismas lo puedan identificar como violencia.

La violencia familiar de forma psicológica es el tipo de violencia más difícil de percibir y es más delicado cuando se va dirigida hacia los menores de edad en conforman el grupo familiar, ya que si bien la familia está protegida por el estado, y cuando sucede la ruptura de esta lo que el estado debe hacer es priorizar la seguridad de los menores teniendo como base de la acción el principio del interés del niño y del adolescente y determinar de manera minuciosa y discreta que tipo de violencia sufrían los menores.

2.1.2. Antecedentes internacionales

Para Cuenca (2012) en su tesis de grado titulado *Vacíos legales en el Código de la Niñez y Adolescencia en cuanto al reembolso de los gastos sufragados por el demandado cuando el resultado de la prueba de ADN descarta su paternidad*, preciso que su objetivo general era realizar un estudio de carácter jurídico, crítico y doctrinario del código orgánico de la niñez y adolescencia, especialmente en lo relacionado con las acciones por alimentos y efectos jurídicos que genera la prueba de ADN cuando

descarta la paternidad del demandado, en este caso el tesista utilizó las entrevistas como instrumento. Finalmente, concluyó que el código orgánico de la niñez y adolescencia no garantiza la vigencia del principio de seguridad jurídica, por cuanto, en este cuerpo legal se desconocen los derechos del injustamente demandado por alimentos.

El antecedente mencionado tiene relación con el trabajo de investigación, en la práctica y en la realidad observamos como los magistrados en algunas circunstancias llegan a tener un vicio involuntario de interpretación de una norma y terminan por aplicar la norma menos imperativa.

Bernal (2016) en su tesis titulada *Análisis de las políticas públicas de protección a los Derechos de los niños y niñas: el caso de la sustracción interparental en San Luis Potosí*, en donde su objetivo general fue poder identificar la visión en base a los enfoques de los derechos, así como determinar cómo se aplican las políticas públicas y proponer un programa especial en los casos sobre sustracción Inter parental. En este caso la tesista no precisa que instrumentos implemento para el desarrollo del trabajo, puesto que no aplico entrevistas ni encuestas. Finalmente, concluyó el trabajo, manifestando que con la convención de los derechos del niño en México se implementa y se unifican la visión jurídica, así como el tratamiento de los derechos de los menores, igualmente refiere que el estado es el principal protector y garante del respeto de los derechos del niño.

En cuanto al presente accedente no hay muchas coincidencias puesto que trata de un tema puro del interés superior del niño y del adolescente, pero aun así no deja de ser relevante porque señala lo importante y evolución de los derechos de los de niños y adolescentes como sujetos de derechos desde año 2000, donde tienen como prioridad la familia, pero en caso de la ruptura de esta se busca asegurar la integridad de los menores.

Riaño (2019) realizó su tesis doctoral titulada *El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional*, donde su objetivo general era realizar una teoría sobre la justicia para una correcta interpretación y aplicación del interés superior del niño en los procesos que sean necesarios. Entre sus objetivos

específicos se encuentra hacer una explicación y dar alcances sobre el principio del interés superior del niño en la convención internacional de los derechos del niño. En este caso no constituye un instrumento como encuesta o entrevista, ya que el tesista aplico el estudio de 198 sentencias de la corte constitucional. Finalmente, concluyó el trabajo manifestando que el equilibrio de los derechos aplicado por las cortes de Colombia sobre el interés superior del niño es un resultado de los criterios jurisprudenciales que se derivan de fallos emitidos por juzgados constitucionales.

La presente tesis señala que los procesos judiciales donde se vean afectados los intereses superiores del niño y del adolescente, deben de ser dirigidos por los juzgados constitucionales para que pueda ver una correcta aplicación e interpretación del principio del interés superior del niño, teniendo como como instrumento de su investigación que demostraría su hipótesis que son el estudio de 198 sentencias de la corte constitucional.

Zarsa (2018) en su artículo “La relevancia de que los progenitores conozcan sus derechos y sus obligaciones y las vías para ejercerlos y reclamarlos” tiene como objetivo definir que todo menor tiene derechos a que su interés superior sea considerado y valorado como base de todas las decisiones y acciones que le conciernen, haciendo prevalecer su interés superior frente a cualquier otro interés legítimo, es importante recordar que los menores aparte de ser poseedores de derechos donde deben gozar la mayor de las protecciones, también deben cumplir una serie de obligaciones teniendo en cuenta su edad y circunstancias. Finalmente, concluye que los propios padres son los únicos responsables de los daños que puedan sufrir los menores, puesto que estos están al cuidado y bajo el mando de los adultos, ya que los padres tienen que cumplir con respetar los derechos y obligaciones que tienen para un correcto desarrollo del menor, ya que si sucede lo contrario tendrán responsabilidad legal.

La presenta tesis tiene mucha relación con la investigación es desarrollo ya que si bien en un proceso de variación de tenencia iniciado por un demandado alimentista aunque este proceso sea admitida no podrá salir una sentencia a su favor si el menor se encuentra en una edad para decidir si desea o no ir con el demandante, o que no cuente con los suficientes recursos económicos, aunque este último punto

puede dar un pase libre para poder entregar una tenencia compartida y no una en su totalidad con previo consentimiento del menor de edad, en conclusión todo proceso sobre tenencia o variación del mismo, en su sentencia debe tener como base el principio del interés superior del niño y del adolescente.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Categoría 1: Afectación del interés superior del niño y del adolescente

Sokolich.(2013) refiere que en las naciones unidas de 1989 se adoptó la convención sobre los derechos de los niños y de los adolescentes, el cual desde la fecha ha constituido un instrumento internacional el cual reconoce a todo menor edad y/o adolescente un conjunto de derechos civiles así como también otros tipos de derechos como los políticos, culturales y económicos y también los derechos sociales, todos los derechos mencionados se resumen entre sí como derechos fundamentales de los niño y adolescentes, siendo uno de ellos también es el “interés superior del niño” recogida por nuestra legislación peruana ubicada en la ley N° 27337, estos derechos fundamentales fueron igualmente recogido por instituciones privadas para el bienestar social, instituciones públicas tribunales, autoridades administrativas y órganos judiciales y legislativos, estas instituciones y órganos, etc deben tomar toda decisión o fallo como sustento y base el interés superior de los niños y de los adolescente.

En el sentido que toda institución pública o privada para el bienestar social o órganos y autoridades legislativas y judiciales debes fundamentar su fallo teniendo como base el principio del interés superior del niño, enunciado por el artículo 3º de la Convención y recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, entonces se concluye que quienes les corresponde estos casos es a la administración de justicia de especialización en derechos de familia y en infancia; aún ¿así existe algún límite para la aplicación de este principio? Escobar y Hernández (2016) analizan el principio del interés superior del niño y del adolescente en los entes administrativos de justicia chilena y la aplicación de este mismo principio, ellos

estudian jurisprudencias nacionales que tengan como materia el derecho de familia como cuidado humano como también materias de alimentos y adopción del menor de edad.

2.2.3. Categoría 2: violencia familiar

El maltrato en el entorno familiar puede ser de diferentes maneras como maltrato físico, psicológico, abusos verbales e incluso el abuso sexual ya que existen antecedentes donde han ocurrido estos casos de maltratos hacia los menores.

El maltrato físico suele ser la forma de maltrato más fácil de detectar, ya que no importa de qué manera sea, si es por golpes hechas con la propia mano, hechas por algún otro objeto como un látigo o través de algún método de tortura, cualquiera de estos métodos siempre dejan huella y marcas en el cuerpo como las heridas, moretones que son los más visibles ya que se pueden detectar a simple vista pero también hay las marcas internas como las lesiones, fracturas o algún órgano dañado por causa del maltrato estos se pueden detectar a través de exámenes médicos que determinaran la gravedad de las lesiones.

El abuso sexual: se configura cuando una persona impone sus deseos sexuales hacia otra sometiéndola y obligándola a tener relaciones sexuales.

El maltrato psicológico: es el tipo de maltrato más complicado de encontrar ya que a diferencia del maltrato físico que se puede detectar solo observando la superficie del cuerpo es maltrato psicológico es causado a través de la humillación o maltrato verbales que causen un daño en la psique del menor.

La desatención: La desatención es el descuido del cuidado del menor de edad omitiendo alimentarlo a los horarios correspondientes, no asistirlo medicamente cuando se encuentre enfermo o no brindarle las prendas necesarias para vestir de acuerdo a las temporadas del año, la desatención genera enfermedades de salud del menor de edad.

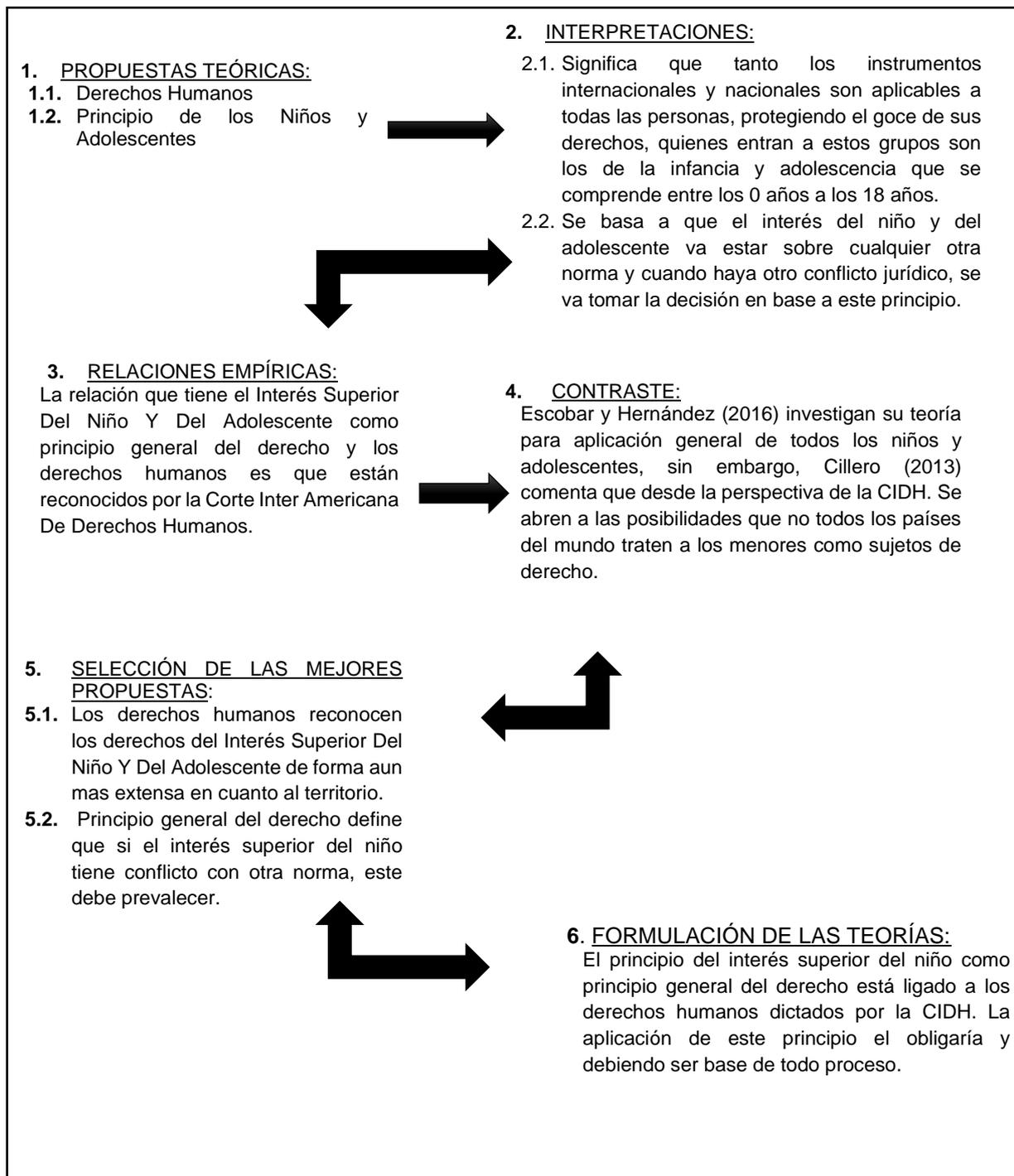


Figura 1. Triangulación de teorías

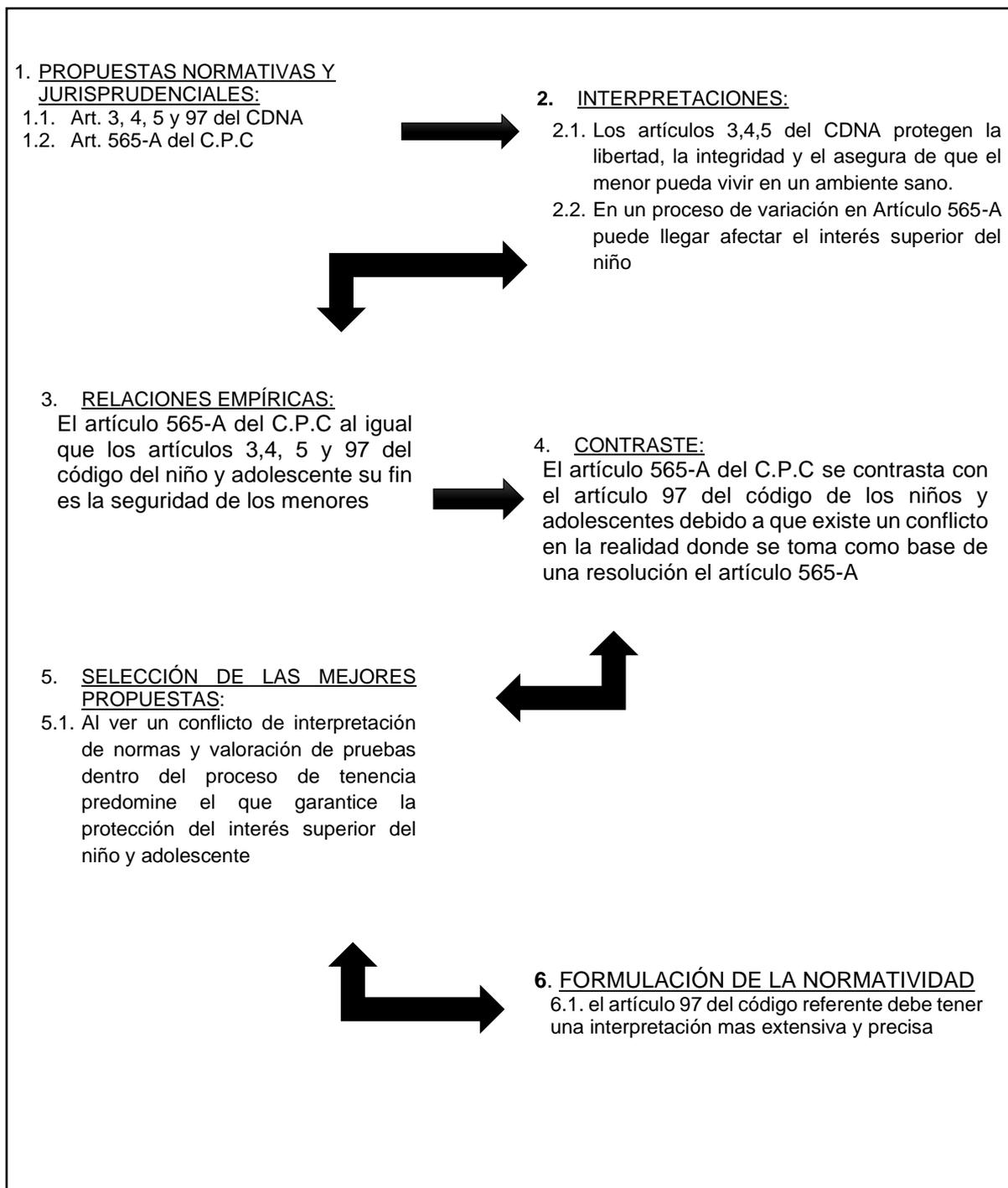


Figura 2. Triangulación de la norma y jurisprudencia

2.3. Definición de terminología empleada

Según el diccionario del español jurídico de la Real Academia Española, a continuación, se presentan las siguientes definiciones:

- **Violencia familiar:** Es el delito que comete quien agrede física, verbalmente, de manera psicológica a un integrante del círculo familiar, estos pueden ser hacia la madre o viceversa y en varias situaciones hacia los hijos.
- **Interés superior del menor:** Es el derecho que tiene todo menor y adolescentes menores de 18 años a que su interés sea valorado y considerado como base primordial en todas las decisiones y acciones que le conciernen, tanto en el ámbito público y privado.
- **Alimentos:** comprende todo lo que necesita el menor alimentista como, comida, salud, accesorios de aseo, vestimenta, educación y un lugar donde vivir.
- **Tenencia de hijos:** La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor. Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo.

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

3.1. Paradigma y enfoque

3.1.1. Paradigma

Siendo el trabajo de enfoque cualitativo, tiene un paradigma interpretativo, que se basa en la correspondiente interpretación que el investigador realiza de la información extraída de los expertos en el tema investigado.

Para Ricoy (2006) el paradigma interpretativo profundiza planteando diseños emergentes y abiertos desde la contextualización y la globalidad, una de las técnicas más comunes para la recolección de datos son las entrevistas.

3.1.2. Enfoque

El enfoque correspondiente de la presente investigación es cualitativo, que es razón de tener una realidad subjetiva, que se basa en la apreciación y fundamentación del investigador, en función de la interpretación hermenéutica, no busca verificar alguna teoría, sino emplearla para interpretar algún fenómeno social.

Para Sanfeliciano (2018) el enfoque cualitativo se guían por estudios o investigación, los estudios cualitativos no tienen un proceso definido y rígida desarrollando preguntas e hipótesis durante, antes o después de la recolección y el análisis de los datos, basándose más en un método exploratorio o indagatorio.

3.2. Método y técnica de investigación

3.2.1. Método

El método que se utiliza es inductivo, partiendo de lo particular a lo general, consistiendo en formular leyes generales que se basa en la observación, experimentación y los estudios de los hechos sucedidos observación de casos particulares; asimismo también se inicia recabando información de la entrevista para luego formular el marco teórico.

3.2.2. Técnica

La forma de emplear la técnica correspondiente al presente trabajo de investigación cualitativo es del recojo de información los cuales son: las entrevistas semiestructuradas que cuenta con preguntas abe que sirven como guía, que están conformadas por preguntas abiertas para que el entrevistado pueda explayarse en la pregunta y pueda contribuir con su opinión a la investigación,

3.3. Instrumento y diseño

3.3.1. Instrumento

En el trabajo se está utilizando el enfoque cualitativo, que tiene como técnica las entrevistas y como instrumento en importante precisar es el propio investigador quien va usar al guía de la entrevista como herramienta que servirá a la técnica de entrevista en una secuencia determinada.

3.3.2. Diseño

Respecto del diseño de investigación, se puede indicar que mayormente se tiene la hermenéutica, así como también el estudio de casos, en la presente investigación se ha establecido en la correspondiente interpretación bajo una metodología correspondiente.

3.4. Unidad de análisis, categoría y subcategorías

3.4.1. Unidad de análisis

La unidad de análisis para poder categorizarlas se basa en segmentos e ideas brindadas dentro de las notas de las entrevistas, básicamente la unidad de análisis puede denominarse como a lo que o quien está estudiando en una investigación cualitativa.

En la presente investigación la unidad de análisis es el ordenamiento del Código Del Niño y Adolescente, debido a que se basa en discordancias con la realidad y normativa.

3.4.2. Categoría

La categoría se define como los niveles que asume la unidad de análisis lo que permiten su segmento y caracterización, en todo caso son características de una unidad de análisis.

En este caso las dos categorías son:

- a. Afectación del interés superior del niño y adolescente
- b. Violencia familiar

Se realizó la elección de dichas categorías, puesto que son las bases teóricas que fundamentan el desarrollo de la presente tesis, y las que dan una dirección a esta investigación.

3.4.3. Subcategoría

Se establece que las subcategorías son otras características que se extraen de las categorías que se plantean, es decir que se generan producto de las categorías en referencia al tema de la investigación.

- | | |
|--------------------------------------|--------------------------|
| a. conflicto normativo y la realidad | c. violencia física |
| b. desarrollo personal | d. violencia psicológica |

3.5. Sujetos participantes

Tabla 1

Sujetos participantes

Número	Nombre	Profesión	Centro Laboral	Cargo
X1	Luis Erich Sapaico Castañeda	Abogado	Poder Judicial	Juez Supernumerario del 5° Juzgado civil/ Docente Universitario de Derecho Civil
X2	Isaías Sánchez Ramos	Abogado	Poder Judicial	Juez Supernumerario del Juzgado Mixto Transitorio de Lurín
X3	Wilfredo Gordillo Briceño	Abogado	Estudio Jurídico/ Universidad Autónoma del Perú	Abogado Litigante Especializado en Derecho Civil y de Familia/ Docente Universitario de Derecho Civil

3.6. Escenario de trabajo de investigación

El trabajo de investigación no cuenta con un escenario físico, este caso consiste en el ordenamiento del código del niño y del adolescente, debido a que se busca una modificatoria del artículo 97 de la norma referente

3.7. Supuestos categóricos

Por tanto, en el proceso de investigación ha resultado que el fenómeno de violencia familiar afecta el interés superior del niño y adolescente en los procesos de tenencia respecto al artículo 97 del código del niño y del adolescente, por cuanto dependerá mucho de la interpretación de cada juez.

En base a la realización del proceso de investigación, resulta viable dilucidar que, si es factible y necesaria una modificación del artículo 97 del código del niño y del adolescente, donde precise con exactitud en qué circunstancias el demandado alimentista en el proceso de tenencia pueda obtener la tenencia total o compartida evitando así la afectación del interés superior del niño y del adolescente y dejando inaplicable el artículo 565-A del código procesal civil.

Tabla 2

Categorización

Unidad de Análisis	Categorías	Subcategorías	Descripción
Ordenamiento Del Código Del Niño Y Adolescente	Afectación del interés superior del niño y adolescente	Conflicto normativo y la realidad	La estipulación que se encuentra en el artículo 97 del código del niño y adolescente resulta ambigua e imprecisa.
		Desarrollo personal	Dificultada para poder integrarse en entorno social y poder desarrollar habilidades de comunicación.
	Violencia Familiar	Violencia física	Es el tipo de violencia más fácil de detectar a través de la observación del cuerpo del menor si muestra algún signo de agresión.
Violencia psicológica		Es el tipo de violencia más difícil de demostrar puesto no se puede detectar a simple vista sino a través de exámenes psicológicos.	

Tabla 3

Preguntas de la entrevista semiestructurada

Categorías	Subcategorías	Preguntas
Afectación del interés superior del niño y adolescente	conflicto normativo y la realidad	¿De acuerdo a su entender y a su análisis jurídico calificaría usted el artículo 97 del Código De Los Niños Y Adolescentes que estipula “¿El demandado alimentista no puede iniciar un proceso posterior de tenencia, salvo causa debidamente justificada” como ambiguo?
	Desarrollo personal	¿En función de su análisis de interpretación jurídica considera usted que la norma referente sería factible una modificatoria?
Violencia Familiar	Violencia física	¿En su amplia experiencia jurisdiccional en un proceso de tenencia o variación de tenencia entregar un menor a sus abuelos como medida cautelar siempre garantiza su protección de manera temporal?
	Violencia psicológica	¿En su análisis usted considera que la figura de Violencia Familiar de manera física y psicológica es determinante en un proceso sobre tenencia?

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Matrices de triangulación

La matriz de triangulación fue realizadas a través de las respuestas obtenidas mediante las entrevistas con preguntas abiertas, realizadas a magistrados de jerarquía especializada y a abogados expertos en la materia.

Tabla 4

Matriz de triangulación correspondiente a la primera pregunta

ENTREVISTADOS	PREGUNTA 1. ¿de acuerdo a su entender y a su análisis jurídico calificaría usted el artículo 97 del Código De Los Niños Y Adolescentes que estipula “¿El demandado alimentista no puede iniciar un proceso posterior de tenencia, salvo causa debidamente justificada” como ambiguo?
Dr. Luis Erick Sapaico Castañeda	Si bien es cierto cuando hay un proceso sobre el interés del menor y si el demandante es el demandado es alguien que previamente ha sido sentenciado sobre alimentos lo que hace esta norma el artículo 97 del código del niño y del adolescente es evitar que el demandad posterior al proceso de alimentos deje sin suelo el proceso de alimentos porque que pasa si el demandado solo demanda la tenencia con el objetivo de evitar su obligación como demandado alimentista si bien es cierto que la primera parte del articulo puede ser abusiva pero hay una salvedad del articulo salvo causa debidamente justificada entonces vemos que no es un artículo cerrado y teniendo eso en cuenta pienso que no, no hay ambigüedad me parece que la relación si está conforme ¿no? La regla general es la prohibición, pero la excepción es salvo si pruebas una causa justificada si puedes iniciar un proceso de tenencia, me parece que ese es el espíritu de la norma no me parece que existiera ambigüedad.
Dr. Isaías Sánchez Ramos	Considero que por la forma en la que está redactado el articulo 97 constituye un abuso para el demandado alimentista ya que bastaría con una demanda por alimentos para que este no

pueda demandar tenencia, sin embargo, tenemos una segunda parte de la norma que se redacta salvo causa debidamente justificada, Sin embargo, creo que a lo mejor debería hacerse una precisión a la norma que especifique o que se precise mas.

Dr. Wilfredo Herbet Gordillo Briceño En base a tu pregunta yo quiero ponerte dos casos claros, por que en este articulo más vale la interpretación de cada juez por que si leemos detenidamente el articulo referente podemos observar eso, y yo he visto claramente en la practica que por diversas razones el juez ha interpretado como causa justificada en este caso cuando la madre incurre en actos de inmoralidad cuando la madre que contaba con la tenencia estaba desarrollando actos de inmoralidad como los es en este caso la prostitución clandestina lo que obviamente lo que hace es dar un mal ejemplo al niño o niña según sea el caso y eso por ejemplo ha sido cuando se ha acreditado debidamente el juez lo ha interpretado como una causa justificada, si decimos que es ambiguo yo también diría que si porque en todo caso el legislador debió ser más preciso que son la causas justificadas cuales son, seguramente hubiera sido un poco difícil abarcar todas porque tu sabes siempre el legislador trata de ponerse en todos los supuestos de o los que observamos que se dan constantemente y podemos observar en la vida cotidiana y lo que es más costumbre en la práctica que indudablemente que a la redacción de este artículo hubiera sido mejor lo mismo estamos de tiempo como bien tú sabes las normas son factibles de ser modificadas y mejoradas.

COINCIDENCIAS El segundo y el tercer entrevistado concuerdan en que el artículo 97 del código del niño y del adolescente recae en ambigüedad puesto que afecta el interés superior del niño en los procesos de tenencia siendo la primera parte de la norma abusiva hacia el demandado alimentista y la segunda parte dejando al vicio de la interpretación de cada juez.

DISCREPANCIAS	El primer entrevistado con el segundo y el tercer entrevistado sobre la pregunta que refiera que si el artículo 97 del código del niño y adolescente es ambigua, discrepan porque para el primer entrevistado si bien la primera parte de la norma referida constituye un abuso para el demandado alimentista sin embargo la segunda parte de la norma la salva porque deja a la interpretación de juez.
INTERPRETACION	Frente al artículo 97 del código del niño y del adolescente no existe consenso respecto a que si el articulo mencionado recae en ambigüedad puesto que por un lado debe dejarse a la libre interpretación del magistrado y por otro lado debería hacerse una precisión más exacta a la norma para no afecta el interés superior del niño y del adolescente.

Tabla 5

Matriz de triangulación correspondiente a la segunda pregunta

ENTREVISTADOS	PREGUNTA 2. ¿En función de su análisis de interpretación jurídica considera usted que la norma referente sería factible una modificatoria?
Dr. Luis Erick Sapaico Castañeda	En la forma en que la norma está redactada, analizando la primera parte y teniendo en cuenta la segunda parte como una salvedad del artículo creo yo que no sería necesaria ninguna modificación me parece que no, ósea me parece que la norma si da la salvedad de iniciar un proceso de tenencia.
Dr. Isaías Sánchez Ramos	Aun existiendo la salvedad que mencionaste creo que yo que podría hacerse una precisión a la norma que proteja más el interés superior del niño y del adolescente, porque a raja tabla por mucho que la norma lo diga textualmente yo no puedo pegarme y no admitir una demanda de tenencia donde el fin y el objetivo de ese proceso va ser la garantía del interés superior del niño y del adolescente.

Dr. Wilfredo Herbet Gordillo Briceño Si es factible una modificatoria del artículo referente y mas que factible necesario, ya que el artículo tiene y debe mejorarse ya que hay artículo que se merecen una mejor redacción en claridad, ara que justamente no dejar alibre vicio del juzgadoara decir que osa es causa justificada porque recordemos que no todos los jueces o magistrados tienen el mismo criterio de interpretación y el mismo punto de vista asi que seria mejor e indudablemente los fallos serian mejores en la protección del interés superior del niño y del adolescente.

COINCIDENCIAS El segundo y el tercer entrevistado concuerdan en que el artículo 97 del código del niño y del adolescente se le debería hacer una precisión, señalando que se precise para una mejor aplicación del interés superior del niño mencionar en qué casos es causa justificada como por ejemplo tomando en cuenta lo que sucede constantemente en la realidad y la práctica.

DISCREPANCIAS El primer entrevistado con el segundo y el tercer entrevistado sobre la segunda pregunta que refiera que si el artículo 97 es factible de una modificatoria discrepa porque para el primer entrevistado si bien la primera parte de la norma referida constituye un abuso para el demandado alimentista sin embargo la segunda arte de la norma la salva porque deja a la interpretación de juez y para el segundo y tercer entrevistado no están muy convencidos de esta segunda parte de la norma debido a que toda interpretación puede recaer en vicios.

INTERPRETACION Frente a que si es factible una modificatoria del artículo 97 del código del niño y del adolescente no existe consenso puesto que por un lado el primer entrevistado tiene la posición de la libre interpretación del magistrado y por otro lado debería hacerse una precisión más exacta de la norma para no afectar el interés superior del niño y del adolescente debido que no toda interpretación del magistrado siempre es correcta.

Tabla 6

Matriz de triangulación correspondiente a la tercera pregunta

ENTREVISTADOS	PREGUNTA 3. ¿En su amplia experiencia jurisdiccional en un proceso de tenencia o variación de tenencia entregar un menor a sus abuelos como medida cautelar siempre garantiza su protección de manera temporal?
Dr. Luis Erick Sapaico Castañeda	En estos casos cuando se entrega de manera temporal los nietos a los abuelos se podría garantizar la seguridad del menor pero lo ideal es siempre que el menor viva con los padres, porque hay casos donde entregar al menor como medida cautelar o tutelar a la abuela y esta vive cerca o en la misma casa que la madre que era la tenedora del cual se le separo de manera temporal por los casos de violencia familiar, entonces a mi parecer ahí no garantizaría la protección del menor y no sería lo ideal por eso como le digo eso ya sería materia de un proceso determinar a qué casa va ir a habitar este menor para salvaguardar el interés superior del niño porque si empezamos a entregar a la abuela materna y va vivir con la madre de nada serviría una decisión así, y se estaría afectando el interés superior del niño y del adolescente.
Dr. Isaías Sánchez Ramos	La tenencia es atributo de la patria potestad el cual solo puede ser ejercida por los, sin embargo, ante la falta de uno de ellos o de idoneidad del otro padre por ejercer la tenencia y bueno por el interés superior del niño podría tomarse una medida inmediata urgente y flexibilizando las normas procesales de esa naturaleza para evitar el desampara de un menor de edad, considero que de ese modo se garantizaría la protección del menor pero es muy distinto si se le entrega a la abuela y esta se encuentra en el mismo ambiente que la madre.
Dr. Wilfredo Herbet Gordillo Briceño	No, yo ahí tengo mis dudas, se pueda dar las dos situaciones, es probable que hablemos de abuelos que si tengan calidad moral tienen tiempo, tienen esa entrega para poder cuidar, pero si hablamos de un entorno donde estos abuelos por

ejemplo son los padres del cónyuge o concubino digamos que esta por el mal camino por llamarlo así no te garantiza nada, la temporalidad, no es ambiente adecuado creo yo para el ambiente del niño, no estoy generalizando hay que dejar esto claro debido a que yo si he conocido los abuelos se ganan mis respetos y han asumido la tenencia de hecho pero no la legal donde a veces la mama ha fallecido el papa se ha desentendido por completo y so los abuelos donde has tenido ese rol y lo han hecho muy bien con toda la capacidad.

COINCIDENCIAS El primero y el tercer entrevistado concuerdan en que entregar la custodia o la tenencia flexibilizando las normas procesales no garantizaría siempre esto la integridad del menor tanto física como psicológica y mucho menos si los abuelos a los que se le piensa entregar viven en el mismo ambiente de la tenedora que cuenta con proceso de violencia familiar teniendo.

El segundo entrevistado concuerda parcialmente con el primero y tercer entrevistado, si bien no se garantizaría la seguridad del menor pero solo si hay una sentencia firme del proceso de violencia familiar del cual es parte la tenedora.

DISCREPANCIAS El segundo entrevistado discrepa parcialmente con el primero y el tercer entrevistado puesto que para ellos no garantiza la protección del menor si la abuela vive en el mismo ambiente que la procesada por violencia familiar hacia el menor, sin embargo, para el segundo entrevistado tiene que a ver una sentencia firme

INTERPRETACION Frente a que si la entrega de custodia del menor a los abuelos si garantiza siempre su la seguridad e integridad existe un acuerdo parcial de los entrevistados, si bien es cierto que no todos los casos iguales, pero si tienen similitudes ya que son casos que suceden en la vida cotidiana que vemos a través de la práctica de esta hermosa profesión.

Tabla 7

Matriz de triangulación correspondiente a la cuarta pregunta

ENTREVISTADOS	PREGUNTA 4. ¿En su análisis usted considera que la figura de Violencia Familiar de manera física y psicológica es determinante en un proceso sobre tenencia?
Dr. Luis Erick Sapaico Castañeda	Claro, si estamos resguardando al menor y estamos alegando por el interés superior del niño, no podemos permitir que el menor viva con, en un hogar violento donde sufre violencia física y psicológica, si ambos hogares fueran violentos tal vez este tendría que designarse a otro pariente del menor como los abuelos podría ser o hasta un tío un pariente, Pero siempre cuidando El principio superior del niño obviamente los casos de violencia familiar son causales para decir quién puede tener la tenencia.
Dr. Isaías Sánchez Ramos	Yo diría que es determinante si la violencia familiar se dirigía hacia el menor de edad, hay muchas veces que la violencia se suscita entre el padre por la tenencia del menor, entre el padre y la madre y por otra causa ajena que puede suscitarse a veces por celos y de por medio está el menor donde cada uno de los padres que le asiste el derecho ellos dicen ven a los hijos como si fueran propiedad dice y yo quiero el derecho y se pelean por la tenencia del menor.
Dr. Wilfredo Herbet Gordillo Briceño	Claro y creo que los más determinante son la violencia física y psicológica hacia los menores porque cuando en un hogar hay violencia familiar yo creo que ya se perdió todo ósea ya es de la situación se ha puesto insostenible cuando hay violencia familiar en el entorno familiar, los que resultan afectados son los niños porque ellos son los que crecen y desarrollan con esta mala imagen y esto siempre trasciende cuando estos adultos, estos son ciudadanos eso como una herida que queda en ellos y psicológicamente y es algo probado que no lo digo yo sino medicamente esto incluye mucho en la personalidad del sujeto esto esta comprado indudablemente es un factor dañino.

COINCIDENCIAS Primero y tercer entrevistado concuerdan que la figura de violencia familiar es determinante en un proceso sobre tenencia ya que una vez existe esta figura dentro del entorno familiar se rompe de manera parcial o total el vínculo hacia los hijos dejándolos afectados.

DISCREPANCIAS El segundo entrevistado discrepa de manera parcial con el segundo y tercer entrevistado, es determinante siempre y cuando esta figura de violencia sea dirigida hacia el menor porque no hay mucha relevancia si esta figura solo es dirigida entre el padre y la madre.

4.2. Resultados de la investigación

Los resultados obtenidos de las matrices de triangulación, desarrollando coincidencias, contradicciones para así llegar a un resultado final por pregunta.

Tabla 8

Resultado de interpretación de la primera matriz

INTERPRETACIÓN

Frente al artículo 97 del código del niño y del adolescente no existe consenso respecto a que si el artículo mencionado recae en ambigüedad puesto que por un lado debe dejarse a la libre interpretación del magistrado y por otro lado debería hacerse una precisión más exacta a la norma para no afectar el interés superior del niño y del adolescente

Tabla 9

Resultado de interpretación de la segunda matriz

INTERPRETACIÓN
Frente a que si es factible una modificatoria del artículo 97 del código del niño y del adolescente no existe consenso puesto que por un lado el primer entrevistado tiene la posición de la libre interpretación del magistrado y por otro lado debería hacerse una precisión más exacta de la norma para no afectar el interés superior del niño y del adolescente debido que no toda interpretación del magistrado siempre es correcta.

Tabla 10

Resultado de interpretación de la tercera matriz

INTERPRETACIÓN
Frente a que si la entrega de custodia del menor a los abuelos si garantiza siempre su la seguridad e integridad existe un acuerdo parcial de los entrevistados, si bien es cierto que no todos los casos iguales, pero si tienen similitudes ya que son casos que suceden en la vida cotidiana que vemos a través de la práctica de esta hermosa profesión.

Tabla 11

Resultado de interpretación de la cuarta matriz

INTERPRETACIÓN
Frente a la figura de violencia familiar existe consenso respecto de que es determinante en los procesos de tenencia, en diferentes situaciones que se acrediten con medios probatorio idóneo si la figura va dirigida hacia los menores, es determinante incluso si es violencia psicológica de menor riesgo. para no afecta el interés superior del niño y del adolescente.

CAPÍTULO V
DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

5.1. Discusiones

Primero: A razón del cuadro de interpretación del primer resultado podemos apreciar que frente al artículo 97 del código del niño y del adolescente no existe consenso respecto a que si el artículo mencionado recae en ambigüedad puesto que por un lado debe dejarse a la libre interpretación del magistrado y por otro lado debería hacerse una precisión más exacta a la norma para no afectar el interés superior del niño y del adolescente.

En cuanto a la tesis nacional tenemos la que se realizó en la provincia de Ayacucho titulada *Análisis de caso en materia Penal, sobre el delito de Violación y los medios de prueba*, en ella Sosa (2018) concluye con lo siguiente: Respecto a la Dimensión “técnicas de Argumentación”, de su dimensión “argumentación” se derivó de las sub dimensiones: componentes y argumentos interpretativos; siendo que los magistrados de la Corte Suprema, fundamentaron sus argumentos en base a premisas, inferencias y conclusiones (componentes), no complementando sus argumentos en base a principios como el de Coherencia a Normativa que consiste en trabajar la armonización de las normas entre sí. Antecedente del cual en comparación de la interpretación del primer resultado podemos analizar que, si bien la materia es diferente, pero tienen similitudes en lo de que en circunstancias magistrados especializados pueden incurrir en vicios de interpretación aplicando argumentos en base a premisas, y no basarse más fundamentalmente en un principio, que es en este trabajo el principio del interés superior del niño y del adolescente, este vicio de la libre interpretación se puede ver en muchos casos a través de la práctica de la profesión, donde observamos como jueces de la misma jerarquía pero de diferente institución pueden diferir en la interpretación de un caso de materia de familia con las mismas similitudes. Así mismo podemos analizar el artículo 97 del código del niño y del adolescente, en la segunda parte de la norma deja a la libre interpretación del juzgador dejando la posibilidad que este pueda tomar una decisión que de manera indirecta afecte la integridad del menor.

Segundo: Respecto al cuadro de interpretación del segundo resultado podemos apreciar que frente a que si es factible una modificatoria del artículo 97 del código del niño y del adolescente no existe consenso puesto que por un lado el primer

entrevistado tiene la posición de la libre interpretación del magistrado y por otro lado debería hacerse una precisión más exacta de la norma para no afectar el interés superior del niño y del adolescente debido que no toda interpretación del magistrado siempre es correcta.

En cuanto a la tesis internacional tenemos la que se realizó en el país de Ecuador titulada *Vacíos legales en el Código de la Niñez y Adolescencia en cuanto al reembolso de los gastos sufragados por el demandado cuando el resultado de la prueba de ADN descarta su paternidad*, en ella Cuenca (2012) concluye con lo siguiente: El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no garantiza la vigencia del principio de seguridad jurídica, por cuanto, en este cuerpo legal se desconocen los derechos del injustamente demandado por alimentos. Si bien es cierto en el antecedente hace mención al demandado alimentista no deja de lado que el código del niño y del adolescente no garantiza el cumplimiento del principio del interés del niño y como se ha observado existen artículos que cuentan con vicios u ambigüedad que deben ser modificados pues son injustos y abusivos hacia el demandado alimentista.

Así mismo a mi criterio entiendo que el niño fue creado por dos personas heteros quienes vendrían a ser sus padres y se entiendo que al nacer el menor es 50 por ciento parte del padre y 50 por ciento parte de la madre, entonces si nos referimos a artículos que son abusivos con una de las partes en un proceso de tenencia, se puede entender que dicho artículo estaría afectando directamente el principio del interés superior del niño pues le estaría afectando a su otra parte que conforma el 50 por ciento del menor, debido a que la tenencia solo es atribuible a la patria potestad.

Tercero: Con relación al cuadro de interpretación del tercer resultado podemos apreciar que Frente a que si la entrega de custodia del menor a los abuelos si garantiza siempre su la seguridad e integridad existe un acuerdo parcial de los entrevistados, si bien es cierto que no todos los casos iguales, pero si tienen similitudes ya que son casos que suceden en la vida cotidiana que vemos a través de la práctica de esta hermosa profesión.

En cuanto a la tesis nacional tenemos la que se realizó en nuestro país Perú

titulada *El interés superior del niño en el proceso de tenencia*". Morales (2018) concluyo lo siguiente: su investigación estableciendo que el interés superior del niño en los casos sobre tenencia es imperativo, pues busca determinar quién ofrece mejores condiciones de vida, si el padre o la madre, por otro lado, en los procesos de tenencia el interés superior del niño depende del plazo razonable, ya que el niño será otorgado a quien cumpla con dar las mejores condiciones para el desarrollo integral y personal de menor. Así mismo el antecedente menciona refiere que ante un proceso de tenencia es primordial que el juez tome como base de su decisión el interés superior del niño y dejar de lado otras normas que esta afecta de manera directa o indirecta dicho principio pues el juez debe tener en cuenta siempre primero tener la opinión del niño como base de su funda, ente y luego decidir que padre obtener la tenencia en base al interés del niño y del adolescente ya que es preferible que el menor conviva con sus padres que con otro familiar.

Así mismo en la misma línea de análisis la tesis nacional de los autores Chávez y Chavarria (2019) en su investigación titulada *El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia*, concluyeron la investigación manifestando que el interés superior del niño y adolescente debe ser visto como un principio el cual tiene como objetivo lograr un bienestar para el menor.

Cuarto: Con relación al cuadro de interpretación del tercer resultado podemos apreciar que Frente a la figura de violencia familiar existe consenso respecto de que es determinante en los procesos de tenencia, en diferentes situaciones que se acrediten con medios probatorio idóneo si la figura va dirigida hacia los menores, es determinante incluso si es violencia psicológica de menor riesgo. para no afecta el interés superior del niño y del adolescente. El fenómeno de la violencia familiar es algo muy común que podemos observar en nuestro entorno y en la práctica de la esta profesión, donde podemos ver como la violencia psicológica puede avanzar de afectación emocional a algo más grave como la afectación psíquica o incluso a la violencia física el cual es un tipo de violencia que es sencillo de detectar que a diferencia de la violencia psicológica es complicado de detectar.

En cuanto a la tesis nacional relacionado con el resultado de interpretación de

la cuarta pregunta titulada “El interés superior del niño en el proceso de tenencia” concluyo lo siguiente: concluyo su investigación estableciendo que el interés superior del niño en los casos sobre tenencia es imperativo, pues busca determinar quién ofrece mejores condiciones de vida, si el padre o la madre, por otro lado en los procesos de tenencia el interés superior del niño depende del plazo razonable, ya que el niño será otorgada a quien cumpla con dar las mejores condiciones para el desarrollo integral y personal de menor. Si asociamos dicho antecedente con figura de violencia familiar podemos analizar y observar que los procesos de tenencia aun cuando figura la violencia familiar el proceso lento y largo de manera que afecta el plazo razonable para poder sentencia y peor aun cuando la interpretación del juez recaía en vicios de interpretación y en la apelación hasta la próxima sentencia el proceso de tenencia puede durar hasta 5 años.

5.2. Conclusiones

Primero: Es factible y necesaria una modificatoria del artículo 97 del código de los niños y adolescentes debido que la norma al ser la primera parte abusiva hacia el demandado alimentista y ambigua en la segunda parte, ocasiona vicios de libre interpretación de los magistrados respectos a los procesos de tenencia iniciados por el demandado alimentista.

Segundo: En todo proceso donde esté de por medio el interés superior del niño y del adolescente así sea en una entidad pública o privada toda decisión que tome debe tener como base el principio del interés superior del niño, su opinión y siendo lo primordial que sea entregada la tenencia a unos de los padres para que pueda tener un desarrollo personal más completo.

Tercero: En un proceso sobre tenencia si existe la figura de la violencia familiar de manera física o psicológica siempre va ser determinante si va dirigida hacia el menor, debido que existe un riesgo a la afectación a la integridad del menor, aunque sea del tipo psicológico debe ser tomada una decisión a tiempo por parte del juez debido a que el tipo de violencia psicológica es difícil de detectar y avanza la gravedad de la situación con el tiempo.

5.3. Recomendaciones

Primero: Al poder legislativo del Perú, se le sugiere la elaboración de un proyecto de ley para que se realice modificatoria del artículo 97 del código de los niños y adolescente, por cuanto afecta el principio del interés superior del niño y adolescente por comprenderse la primera parte de la norma abusiva hacia el demandado alimentista y segunda parte por producir vicios de interpretación.

Segundo: A los magistrados de familia y los magistrados superiores tomar una interpretación extensiva y teniendo como base el principio del interés superior del niño y no alterarlo o tomar sobre otras normas que no son imperativas en el proceso de tenencia, tratar de arriesgarse más al momento de sentenciar y no dilatar el proceso para que el tribunal constitucional o la corte suprema lo resuelvan.

Tercero: A los equipos multidisciplinario del poder judicial tomar más en cuenta el fenómeno de la violencia familiar de manera psicológica dirigida hacia los menores puesto que si no se toma las medidas correspondientes y mientras que el proceso de tenencia dura años la violencia psicológica dirigida hacia los menores puede agravarse hasta el punto de afectar de manera psíquica o física la integridad del menor.

REFERENCIAS

- Alvarado, H. (2015). *La delimitación del tema de investigación y la formulación y delimitación del problema* (Tesis de pregrado). Recuperado de <https://bit.ly/3eiiXbu>
- Barboza, D. (2018). *La violencia familiar en escolares de primaria de instituciones educativas de la región Cajamarca – 2016* (Tesis de pregrado). Recuperado de <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/2153>
- Bernal, L. (2016). *Análisis de las políticas públicas de protección a los Derechos de los niños y niñas: el caso de la sustracción interparental en San Luis Potosí* (Tesis de maestría). Recuperado de <https://bit.ly/2ATbdis>
- Cadillo, Y. (2019). *Presupuestos para identificar el maltrato psicológico, dentro de la violencia familiar* (Tesis de maestría) Recuperado de <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/3558/CADILLO%20%20MERCADO%20%20YNES%20%20GLADYS%20-%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Chávez, J. y Chevarría, J. (2018). *El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia* (Tesis de pregrado). Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13773/Ch%c3%a1vez%20Granda_Chevarr%c3%ada%20Pineda_Inter%c3%a9s_superior_ni%c3%b1o1.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Chimpay, I. (2019). *Evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en la sentencia de casación n° 11192-2015/ sala de derecho constitucional y social permanente de la corte suprema de justicia del Perú, - Ayacucho – 2019* (Tesis de maestría). Recuperado de http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/123456789/13366/TECNICA_JURIDICA_DERECHO_CIVIL_CASACION_CHIMPAY_PRADO_IVAN_RAFAEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Cuenca, J. (2012). *Vacíos legales en el Código de la Niñez y Adolescencia en cuanto al reembolso de los gastos sufragados por el demandado cuando el resultado de la prueba de ADN descarta su paternidad* (Tesis de pregrado). Recuperado de:

<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/2662/1/CUENCA%20VIVANCO%20JULIO%20HUMBERTO.pdf>

Escobar, P. y Hernández, M, (2016). *El interés superior del niño como principio general del derecho. Universidad de Chile* (Tesis de pregrado). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140455>.

García, A. (2015). *Violencia familiar y régimen de visitas para el agresor en el ordenamiento peruano* (Tesis de pregrado). Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2323/DER_036.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ley N°27337, de 21 de julio de 2000, Ley que aprueba el nuevo Código De Los Niños y Adolescentes, *Diario Oficial El Peruano*. Lima, Perú, 7 de agosto de 2000, núm 35, pp. 191401-191418.

Morales, M. (2018). *El interés superior del niño en el proceso de tenencia* (Tesis de maestría). Recuperado de <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/1952>

Riaño, V. (2019). *El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional* (Tesis doctoral). Recuperado de <https://bit.ly/3fISuef>

Riaño, V. (2019). *El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional* (Tesis doctoral). Recuperado de <https://bit.ly/3fISuef>

Ricoy, C. (2006). Contribución sobre los paradigmas de investigación. *Educação*, 31(1),11-22. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/1171/117117257002.pdf>

Sanfeliciano, A. (2018). *Diseños de investigación: enfoque cualitativo y cuantitativo*. Lima: La mente es maravillosa. Recuperado de <https://lamenteesmaravillosa.com/disenos-de-investigacion-enfoque-cualitativo-y-cuantitativo/>

Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *Vox Juris*, 25(1), 81-90. Recuperado de <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/47>

Sosa (2018). *Análisis de caso en materia Penal, sobre el delito de Violación y los medios de prueba* (Tesis de pregrado). Recuperado de <https://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/2911>

Unicef. (2014). *Violencia doméstica contra la infancia*. España: Unicef. Recuperado de https://www.unicef.org/spanish/sowc07/docs/sowc07_panel2_1_sp.pdf.

Zarza, J. (2018). *La relevancia de que los progenitores conozcan sus derechos y sus obligaciones y las vías para ejercerlos y reclamarlos*. España: Jóvenes juristas. Recuperado de <http://www.jovenesjuristas.es/blog/los-derechos-y-las-obligaciones-de-los-progenitores-tras-la-separacion-i>.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

Matriz de consistencia

Problemática	objetivos	Categorías	
¿de qué manera se afecta el interés superior del niño en el ejercicio de tenencia del demandado alimentista en los casos de violencia familiar? ¿Cuándo el consentimiento de niño y adolescente para el proceso de tenencia es suficiente causa justificada?	comprender de qué manera se afecta el interés superior del niño en el ejercicio de tenencia del demandado alimentista en los casos de violencia familiar. Interpretar cuándo el consentimiento de niño y del adolescente para el proceso de tenencia es suficiente causa justificada.	Afectación Del Interés Superior Del Niño Y Adolescente	Conflicto Normativo Y La Realidad
			Desarrollo Personal
¿El fenómeno de la Violencia Familiar resulta determinante es el proceso de tenencia?	Interpretar como el fenómeno de la Violencia Familiar resulta determinante es el proceso de tenencia.	Violencia Familiar	Violencia Física
			Violencia Psicológica

Anexo 2: Guía de entrevista

Título: “Percepción De La Afectación Del Interés Superior Del Niño Y Adolescente Y Violencia Familiar Respecto Al Artículo 97 Código De Los Niños Y Adolescentes”

Entrevistador: Dennys Christian Mallma Huaman

Entrevistado:.....

.

Cargo:.....

Fecha: Hora: Duración:

.....

Link de grabación:

Posibles Preguntas:

1. ¿de acuerdo a su entender y a su análisis jurídico calificaría usted el artículo 97 del Código De Los Niños Y Adolescentes que estipula “ El demandado alimentista no puede iniciar un proceso posterior de tenencia, salvo causa debidamente justificada” como ambiguo?
2. ¿En función de su análisis de interpretación jurídica considera usted que la norma referente sería factible una modificatoria?
3. ¿En su amplia experiencia jurisdiccional en un proceso de tenencia o variación de tenencia entregar un menor a sus abuelos como medida cautelar siempre garantiza su protección de manera temporal?
4. ¿En su análisis usted considera que la figura de Violencia Familiar de manera física y psicológica es determinante en un proceso sobre tenencia?

Anexo 3: Entrevistas

Transcripción de la entrevista N° 01

Título: Percepción De La Afectación Del Interés Superior Del Niño Y Adolescente Y Violencia Familiar Respecto Al Artículo 97 Código De Los Niños Y Adolescentes

Entrevistador: Dennys Christian Mallma Huaman

Entrevistado: Dr. Luis Erick Sapaico Castañeda

Cargo: juez supernumerario civil

Institución: Corte Superior De Lima

Fecha: Lima, 27 de junio de 2020 Hora: 19:00 Duración: 20 minutos



Inicio de la Entrevista:

Entrevistador: Buenas noches Dr. Sapaico, bueno usted ya me conoce he sido su alumno Dennys Christian Mallma Huaman de la Universidad Autónoma Del Perú, primeramente, quiero agradecerle el tiempo que me está brindando para poder realizar esta entrevista, igualmente quiero mencionar que los comentarios e información que me va proporcionar serán muy valiosos para mi tesis que estoy realizando, muy bien a continuación vamos a proceder con la entrevista con la primera pregunta que es ¿de acuerdo a su entender y a su análisis jurídico calificaría usted el artículo 97 del código del niño y del adolescente que estipula “el demandado alimentista no puede iniciar un proceso posterior de tenencia, salvo causa debidamente justificada” como ambiguo?

Entrevistado: muy buenos días, respecto a la primera pregunta ¿no? Del código del niño y del adolescente, si bien es cierto cuando una pareja inicia un proceso a favor de un niño alimentista nos señala la norma que el cónyuge obligado no puede iniciar un proceso de tenencia, por que, porque la persona legitimada para pedir un proceso de alimentos es el que tiene la tenencia actualmente, si, si pidiera el demandado, el obligado la tenencia esto significaría que se estaría tal vez a futuro dejando sin piso este proceso de alimentos, por eso la naturaleza del noventa y siete es que prohíbe al demandado iniciar un proceso posterior al iniciar el juicio de alimentos un juicio de tenencia pero hay una salvedad en el noventa y siete, no, dice salvo causa debidamente justificada ósea no es un artículo cerrado donde totalmente te prohíbe

te da la opción de iniciar si un proceso de tenencia pero tiene que estar debidamente justificado como que podría ser que el niño alimentista o niña alimentista sufre violencia por parte de la madre ahí el demandado que es el padre acreditando que existe una violencia podría solicitar tal vez el juicio de tenencia ¿no?, ya el juez decidirá a quien le entrega el niño, porque recordemos también cuando hay una regla que dice que cuando el menor es, el niño es menor de tres años siempre va con la madre pero en el caso que se pusiera ehhhh ¿no?, en el supuesto no puede ir con la madre ya el juez tendría que resolverlo, siendo ya el argumento del artículo no me parece que exista una ambigüedad desde mi punto de vista.

Entrevistador: desde su punto de vista entonces no cree que hay una ambigüedad.

Entrevistado: no, no hay ambigüedad me parece que la relación si está conforme ¿no? La regla general es la prohibición, pero la excepción es salvo si pruebas una causa justificada si puedes iniciar un proceso de tenencia, me parece que ese es el espíritu de la norma no me parece que existiera ambigüedad.

Entrevistador: pero en la parte donde dice salvo causa justificada estaría libre interpretación de cada juez.

Entrevistado: claro, justamente el juez tiene que interpretar, las partes también acreditar cual es la causa que justificaría pedir esa tenencia ¿y si es que el niño estuviera de acuerdo con irse con el papá con el demandado alimentista que debe por ejemplo tres meses de pensión y la madre la tenedora tiene antecedentes por violencia familiar pero el juez por así decirlo como medida como medida de protección de entrega a la abuela, se estaría vulnerando ahí el derecho del interés superior del niño y del adolescente?

Entrevistado: bueno en el caso que usted plantea ¿no? Eso ya seria materia de un proceso tendríamos que evaluar si este niño ya es mayor de 11 años para poder tomar en cuenta también su opinión, por que si es un niño muy pequeño puede sufrir esta figura que se llama la alineación paternal, cuando la padre o la madre deja mal cónyuge y le mete ideas como diciendo "tu papá es malo, entonces lo está alienando para que no lo quiera, todo eso se tiene que evaluar, ¿pero dónde? En un proceso, pero como le digo la primera pregunta me parece que no exista ambigüedad ósea el demandado si puede iniciar un proceso pero tienes que justificar ¿no? Cual es la causa por el cual estoy pidiendo tenencia puede ser mil y otra causa puede que la

cónyuge la madre tiene una nueva pareja y esta pareja le pega al menor entonces podría ser una causa justificante, pero eso siempre va ser materia de un proceso evaluación por parte del juez

Entrevistador: ya entonces la siguiente pregunta sería ¿en función de su análisis e interpretación jurídica considera usted que la norma referente del artículo 97 sería factible de una modificatoria? ¿Para que pueda ser más específicas para poder evitar unas vulneraciones del interés superior del niño?

Entrevistado: bueno tal como está la norma ¿no? Me parece que no creería ninguna modificación me parece que no, ósea me que la norma si da la salvedad de iniciar un proceso de tenencia ¿no? Ósea no veo ningún vacío en la norma la verdad.

Entrevistador: uhhh ok, en la tercera pregunta ¿en su amplia experiencia jurisdiccional en un proceso de tenencia o variación de tenencia entregar a un menor a sus abuelos en este caso del tenedor como medida cautelar garantizaría siempre la protección de maneral temporal del menor hasta que pueda este tomarse en cuenta su decisión?

Entrevistado: bueno en este caso ¿no? Si se entrega de manera temporalmente a los abuelos este podría garantizarse ¿no? Pero siempre es lo ideal que viva el menor con unos de los padres, imaginemos que se entregue. Que el menor vive con la madre y entregan a la abuela materna, tal vez no sería lo ideal ¿Por qué? Porque tal vez viven en la misma casa la abuela materna esteee ehh la madre y digamos que el niño sufre este violencia familiar por parte de la madre entonces tal vez no sea una decisión sabia pero eso como le digo eso ya seria materia de un proceso determinar a qué casa va ir a habitar este menor para salvaguardar el interés superior del niño porque si empezamos a entregar a la abuela materna y va vivir con la madre de nada serviría una decisión así, tendría que entregarse tal vez a la abuela paterna ¿no? Mientras dure el proceso, pero esta norma noventa y siete nos dice que la pensión de alimentos, hay que leerlo con dos sentidos ¿no? Por qué puede ser que el cónyuge demandado, el obligado quiera eludir este no pagar la pensión de y si no quiere pagar que va pedir una tenencia como recordemos ¿quién es el cónyuge legitimado para pedir la pensión de alimentos a favor del menor? El cónyuge que tiene la tenencia

Entrevistador: Claro

Entrevistado: entonces para no pagar, para no cumplir, que va hacer este cónyuge tratar de pedir este la tenencia por eso la norma apunta eso ¿no? Prohibir ¿no? Salvo que pruebes una causa justificante para pedir la tenencia por eso ahí me parece que está el espíritu de la norma

Entrevistador: el espíritu de la norma es entonces del artículo 97 refiere que se basa, por así decirlo como objetivo impedir que el demandado alimentista se desligue de su obligación.

Entrevistado: claro. Inicia un proceso de tenencia y con ese proceso de tenencia pueda dilatar ¿no? Salvo que ese proceso de tenencia tenga una causa justificante ¿no? Y esa causa justificante quien lo va ver, el Juez al momento de calificar si va, pero hay un proceso de tenencia y no hay justificación por lo tanto improcedente puede decirle al momento de calificar, pero si ve que hay causa justificante lo va admitir y posiblemente hasta pueda declarar fundada la demanda de tenencia ¿no? Podría ser.

Entrevistador: la cuarta y última pregunta doctor es ¿en su análisis usted considera que la figura de violencia familiar es determinante en un proceso sobre tenencia?

Entrevistado: ah en la violencia familiar, claro, como si estamos resguardando al menor ¿no? Y estamos alegando por el interés superior del niño, no podemos permitir que el menor viva con, en un hogar violento, si ambos hogares fueran violentos tal vez este tendría que designarse a otro pariente del menor como los abuelos podría ser o hasta un tío un pariente ¿no? Pero siempre cuidando este principio ¿no? El principio superior del niño obviamente los casos de violencia familiar son causales para decir quien puede tener la tenencia, si el menor sufre violencia con la madre y la madre estaría pidiendo un proceso de alimentos eh eh ahora un poco recordando, he tenido también un caso me acuerdo, donde el menor ya tenía catorce años vivía con la madre hace años habían ganado un proceso de alimentos estaba recibiendo la pensión del padre, el padre tenía la tenencia de hecho no lo tenía en el papel pero en los hechos la menor vivía con quien, con el padre en estos casos no solamente juicios para pedir pensión de alimentos también existen que juicios exoneración que otro tipo reducción, el padre que pidió que, la exoneración de alimentos, por qué obviamente la tenencia ya no la tenía la madre pero la madre seguía cobrando pero la menor ya no vivía con la madre ahora con quien vivía con el padre vinieron al juzgado se le

entrevisto a la menor, se presento otras pruebas que acreditaba ¿no? Que él tenía la tenencia de hecho no tenía la tenencia jurídica tenía la de hecho y se declaró fundada en el sentido de fundada su demanda de exoneración de alimentos, porque no sería justo que el padre siga pagando con una pensión que esa pensión al final no va a su hija sino solamente iba a la cónyuge a la madre por que la hija vivía ella con el padre y en la pregunta ¿no?, en los casos de violencia familiar obviamente si es una causal para pedir la tenencia y es una causal justificante llendo al artículo 97 nos dice está prohibido pero salvo causal justificada pero una causal justificante la violencia familiar me parece ahí si enganchamos en artículo 97 por una causal de violencia familiar si podría ampararse a futuro un proceso de tenencia a favor de la persona cónyuge que lo pidió

Entrevistador: lo malo doctor es que ah, en el 2011 en la provincia de Piura hubo un caso similar, el caso de Pierina Nicole Cardoza Tello una niña de nueve años, le explico el caso trata de que su papá el demandado alimentista, aparte de ser demandado alimentista era un hombre moroso había incumplido con los dos últimos meses de alimentos y este en su fundamento de tenencia en el juzgado, fundamento que dejó de pasar alimentos por el motivo de que mamá la tenedora este se gastaba la pensión con su pareja y tuvieron a la niña toda desatendida, morotoneada y hicieron a la niña el examen psicológico era una niña de nueve años y definitivamente se había acreditado el descuido hacia la niña en los moretones, en la vestimenta, en la nutrición pero el juez quien en este momento no tengo su nombre opto por una medida cautelar de entregarle a la abuela, la abuela materna que como hablaba hace un momento no tiene sentido entregar a la abuela materna conviviendo en un ambiente hostil con la madre no se estaría protegiendo entonces si bien el artículo noventa y siete puede variar de la interpretarse de cada juez puede que este caso se vuelva a repetir por que como resultado mas adelante la niña fue asesinada por la madre de una manera brutal.

Entrevistado: bueno a ver este caso de violencia familiar, pero esto depende de las decisiones que toma el juez en ese caso el juez tal vez tomo una decisión tal vez un poco errada por que si justamente la violencia venia de la madre al disponer la tenencia le da a la abuela materna debió haber visto de iba a estar en contacto tal vez la madre con la hija por que iban a estar tal vez ¿no? Es la abuela, la abuela materna, hubiera sido que le entregue al abuelo o abuela paterno ¿no? Para alejarle de este círculo digamos de la convivencia con la madre eso hubiera sido lo lógico, pero ahora

me haz hecho recordar que para los requisitos de iniciar un proceso de exoneración o reducción de alimentos la norma nos dice que hay que estar al día en los pagos ¿no?

Entrevistador: al día en los pagos de alimentos si.

Entrevistado: al día en los pagos, pero también eso hay muchos jueces que tienen el criterio que lo evalúan en un argumento de fondo ¿no? Porque en el caso como te he contado en ese caso el padre tampoco se contada al día porque por que acreditó que durante dos años consecutivos la niña estaba viviendo con el padre hace dos años no vivía con la madre y tenía un año de atraso, hay un pleno jurisdiccional que señala que eso es materia de valuación en el fondo ¿no? Si esta al día o no este día y si existe una causa justificante para que sea admitida su demanda de exoneración a eso tendría que agregar un proceso de alimentos.

Entrevistador: entonces el caso del juez que fallo a favor de medida cautelar hacia la abuela materna este tomó más en consideración la norma sobre pagar primero, cancelar toda la pensión de alimentos puso esta norma sobre el interés superior del niño por que se hizo el examen psicológico a la menor, y la menor exactamente manifestada con toda su voluntad irse con el padre y en su fundamento la sentencia este juez manifestó que el hombre no podía hacerlo porque era demandado alimentista y debía tres meses de morosidad de alimentos, entonces acá se puede ver que el magistrado puso, dio prioridad de estar al día en los pagos al mismo propio principio del interés superior del niño y del adolescente.

Entrevistado: claro. Ahí el juez ah ponderado dos normas, la norma que es como requisito de estar al día en los pagos y de otro lado el interés superior del niño , en ese caso desde mi punto de vista lo que debe predominar es el interés superior del niño ¿no? Justamente estamos hablando de un menor que necesita la atención toda la atención posible, recordemos que los fallos que emiten los jueces ¿no? Son opiniones que si el señor no está conforme con el primer fallo puede apelar no se si abran apelado esa decisión en su oportunidad si no apela la parte deja consentida y si deja consentida el caso ya quedó ahí ¿no? Entonces ahí puede haber negligencia del abogado que no apeló en su momento, pero si existe esa norma y muchos jueces en verdad para la verdad aplican a raja tabla esa norma sin hacer un estudio de que hay detrás de porque no está al día esa persona obligado de repente ah no estas al

día improcedente tu demanda, creo ahí tendrían que hacer el análisis o tal vez la modificatoria de esa norma que es un freno en si ¿no? Puede haber muchos casos como te he comentado que tienen la tenencia de hecho tal vez no la tienen en el papel pero tienen la tenencia de hecho tal vez la madre ganó la tenencia en un juzgado y tiene la sentencia sobre la tenencia pero al fin y al cabo el hijo tal vez vive con el padre quien ejerce la tenencia de hecho y es el que custodia o vela por todos sus alimentos y no sería justo desde mi punto de vista ese freno que pone la judicatura que pone diciendo estate al día en los pagos ¿no? O hay muchos casos donde he visto s bien es cierto que pasan pero no tiene el recibo de lo que pasan como que ahí la norma un poco pone un freno respecto a ese artículo que ahorita no lo tengo en la cabeza cuál es el número 565-A creo que es dice es requisito para la admisión de la demanda de reducción variación, prorratio o exoneración de pensión de alimentos que el demandante obligado a la prestación de alimentos acredite encontrarse al día en el pago de pensión alimentaria, ese artículo es un freno en si ¿no? Está negando tutela jurisdiccional al padre obligado por que te está diciendo previamente tienes que estar al día en tus pagos, y si no estas al día no te damos o no te admitimos tu demanda de exoneración o reducción por ahí me parece que, y hay plenos, plenos jurisdiccionales que nos dicen admitan la demanda y analiza, analiza en el fondo porque no está al día tal vez hay una causa justificante puede ser que el padre viva con el menor y esa puede ser la causa justificante de por que no esta al día en los pagos.

Entrevistador: bien doctor eso sería todo por la entrevista, quisiera agradecerle por su tiempo dado por su agitada agenda.

Entrevistado: muy bien igualmente le agradezco por la entrevista, nos estaremos viendo próximamente seguramente ya no como docente y alumnos si no ya como colegas. Cuídese.

Transcripción de la entrevista N° 02

Título: Percepción De La Afectación Del Interés Superior Del Niño Y Adolescente Y Violencia Familiar Respecto Al Artículo 97 código De Los Niños Y Adolescentes

Entrevistador: Dennys Christian Mallma Huaman

Entrevistado: Dr. Isaías Sánchez Ramos

Cargo: juez Mixto Transitorio

Institución: Corte Superior De Lima Sur

Fecha: Lima, 27 de junio de 2020 Hora: 24:00 Duración: 20 minutos

Inicio de la entrevista



Nota: Al inicio de la entrevista el entrevistado tuvo algunos problemas de conexión y audio por lo que se omitirá la redacción de esos minutos.

Entrevistador: Buenas noches Dr. Isaías primero quiero agradecerle por el tiempo que me está brindando para poder realizar esta entrevista, igualmente quiero mencionar que los comentarios e información que me va proporcionar serán muy valiosos para mi tesis que estoy realizando a continuación seguiremos con la entrevista de acuerdo a su entender y a su análisis jurídico calificaría usted el artículo 97 del código del niño y del adolescente que estipula “el demandado alimentista no puede iniciar un proceso posterior de tenencia, salvo causa debidamente justificada” como ambiguo e impreciso?

Entrevistado: ehh una primera parte que contempla una prohibición para el demandado por alimentos que le impide iniciar un proceso posterior de tenencia ¿no?

Entrevistador: si

Entrevistado: considero que por la forma en que está redactada esa norma podría constituir un abuso para el demandado ¿no? Debido que basta con que halla sido demandado por alimentos para que no pueda demandar la tenencia ehhh pues no se le dice que se le hay acreditado en incumplimiento de la obligación alimentaria, ósea tu no acreditas, solo basta con que le hallas iniciado la demanda de alimentos para que el este impedido de ejercer la demanda de tenencia, sin embargo tenemos una segunda parte de la norma que dice, tu me lo leíste ahorita.

Entrevistador: si salvo causa debidamente justificada.

Entrevistado: y dice salvo causa debidamente justificada, esta segunda parte este en cierto modo faculta al juez a admitir la demanda por tenencias de aquellos que hayan sido demandados por alimentos por cuanto se da ósea ehh esa causa tu no la puedes determinar en el momento de iniciar la demanda ósea eso lo vas a ver en el desarrollo del proceso, será en el desarrollo del proceso con valoración razonada de todos los medios probatorios que el juez haya de analice y evalúes y en la sentencia determina si realmente existe causas justificadas o no y que lo haya llevado al actor pues a demandar ósea recién ahí en la sentencia se va poder determinar si ha existido alguna causa justificada de parte del actor considero que por ese lado que el juez si debería admitir la demanda además por la tutela jurisdiccional que tiene toda persona de recurrir a la justicia debería de admitirse la demanda no ah raja de negar una demanda en este caso como digo donde está el criterio razonable del juez de al final resolver un conflicto de interés al final en la sentencia , porque si no todo lo contrario la sentencia serian estooo tendrían unas sentencias inhibitorias que al final se pronuncian sobre que quieras tu sobre cuestiones procesales pero ya tiene en la sentencia referir resolverse el fondo de la pretensión

Entrevistador: claro.

Entrevistado: yo creo que por ese lado el juez debería de admitir la sentencia y si tu me dices que si habría un cierto abuso o que mencionaste sobre la norma:

Entrevistador: si, si es que fuese por un lado imprecisa y ambigua.

Entrevistado: en la segunda parte que ha mencionado salvo causa debidamente justificada como que salva a la norma ¿no? Sin embargo, a lo mejor podría ser materia de una precisión al respecto ¿no? Ósea podría decirse, por ejemplo esteee ehh que se acredite el incumplimiento de la obligación alimentaria y no simplemente con el inicio que se le impida al actor con el inicio de la demanda ósea podría hacer una precisión por ahí a la norma pero yo entiendo que con la segunda parte de la norma salvo causa debidamente justificada ya este faculta al juez a admitir toda la demanda sin resolver en definitiva la sentencia ¿no?.

Entrevistador: claro, pero podemos ver doctor por ejemplo un caso anterior en el 2011, la niña Pierina Cardoza tello, es una niña de nueve años de Piura este es un caso real, el papá había incumplido tres meses de pensión de alimentos y ah posterior a eso hizo una demanda de variación de tenencia porque era demandado alimentista

la tenencia lo tenía la mamá y dejó de prestar alimentos porque el dinero que el pasaba a la mamá ella se lo gastaba en su nueva pareja y cuando veía a su hija la encontraba totalmente descuidada, maltratada morotoneada y desnutrida con ganos psicólogos fue por eso que en sus fundamentos de la demanda que por eso no pasaba alimentos y él se llevó a su hija a su casa para poder alimentarla en estos, el fue omitida fue en la sentencia el juez dio como medida cautelar entregársela a la abuela, pero a la abuela materna, y yo veo que aun mencionando el artículo 97 salvo causa justificada donde hay antecedentes de la mamá sobre violencia familiar hacia la menor aun así con eso y con el consentimiento de la menor con querer irse con el papá y no con el papá y no con la madre y dar como medida cautelar entregar a la abuela y no al papá por que debía tres meses de pensión de alimentos, le están dando un mensaje de que si quieres tener la tenencia primero cancela ósea están poniendo una normal sobre un principio que es el principio del interés superior del niño porque, que asegura de entregar a la abuela materna se garantice la seguridad del niño me refiero que la norma del artículo puede decir salvo causa justificada pero a veces no es debidamente aplicable.

Entrevistado: mira yo te digo, causa debidamente causa debidamente justificada ósea tu con admitir la demanda no significa de que le vas a dar la razón, tu al final en la sentencia determinará ósea donde está el criterio discrecional del juez, el juez tiene que analizar y valorar los medios probatorios ósea no basta con admitir la demanda y decir oye esta demanda por lo que se ve fundada, no. Tiene que analizarse al final en la sentencia y determinar si él tiene la razón ahora que este tu me dices de que el niño, bueno hay que determinar caso por caso ósea eh tu sabes que la tenencia es un atributo de la patria potestad, que la como se llama eh quienes ejercen la tenencia se llaman padres exclusivamente los padres pero salvo este el juez también tiene que cautelar el derecho del interés superior del niño ¿no? Salvo que sea evidente que falte algún padre o se evidencie este algún este estado de protección, maltrato que se venga ejerciendo contra el menor se tenga que llevar adelante algún o dictar alguna medida de esa medida entregando la custodia a algún abuelo, ojo que los abuelos que ellos pueden ejercitar es una acción de tutela pero como medida cautelar tal vez entregarle la custodia del menor temporalmente pero tal vez, hay que analizar caso por caso el juez no puede pegarse textualmente al texto de la norma si no tiene

que razonar esto y evaluar todo lo que hace ha aportado dentro del proceso para poder decidir al final ¿no?

Entrevistador: claro, la siguiente pregunta ¿en función de su análisis de interpretación jurídica considera usted que la norma referente podría hacerte una modificatoria más clara?

Entrevistado: claro cómo te dije existe la salvedad la que mencionaste, sin embargo, podría hacerse una precisión ¿no? Que en lugar decir que el demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de tenencia debería de decir que la persona que quiere demandar la tenencia de su menor hijo que no acredite con prueba idónea el incumplimiento de la obligación alimentaria podría iniciar un proceso posterior de tenencia ósea debería haber una precisión.

Entrevistador: ósea una precisión que proteja más el interés superior del niño.

Entrevistado: que proteja más el interés superior del niño ósea pero a rajatabla este no puede uno ósea por mucho que la norma te lo diga textualmente yo no puedo pegarme ahí y no admitir la demanda, ósea donde está la tutela jurisdiccional donde esta el criterio del juez que al final tenga que resolver un conflicto de interés.

Entrevistador: claro por que esta norma a veces también puede dejar por ejemplo que el demandado alimentista se quiera librar de su obligación.

Entrevistado: exacto,

Entrevistador: No quiero pagara alimentos demandado la variación de tenencia presenta algunas causas y a veces lo usan con este fin para poder evitar la obligación obligado alimentista.

Entrevistado: y que pasa por ejemplo tu que haz tocado ese tema, mira que pasa si el demandado el que ha sido demandado por alimentos el venga en el proceso venga cumpliendo con la pensión de alimentos y la madre este destinando los alimentos dándole un uso distinto del que se le está otorgando de que es para los alimentos llevar al médico, ósea para mi ahí resulta ehh prudente que esa demanda de tenencia este podría hasta ampararse porque ahí la madre no estaría cautelando el interés superior del menor, de su hijo porque no le estaría dando el dinero que el padre le da

para solventar las necesidades del menor me parece por ahí en esa parte de la norma y en ese caso concreto que esto sería importante ¿no?

Entrevistador: en la siguiente pregunta ¿en su amplia experiencia jurisdiccional en proceso de tenencia o variación de tenencia entregar a un menor a sus abuelos como medida cautelar garantizaría siempre su protección?

Entrevistado: haber la tenencia es un atributo de la patria potestad que solo puede ser ejercida por los padres, sin embargo ante la falta de uno de ellos o falta de idoneidad del otro padre por ejercer la tenencia y bueno por el interés superior del niño podría tomarse una medida inmediata urgente de esa naturaleza para evitar el desamparo de un menor de edad, considero que de ese modo se garantizaría la protección del menor, bueno tal vez uno podría flexibilizar las normas procesales y poder otorgar una medida de esa naturaleza como te digo ahí a lo mejor, bueno ahí y los abuelos lo que tienen el ejercicio de la tutela ósea porque a ellos no les asiste la patria potestad, por el hecho del parentesco que existe y podrían ejercitar la acción de la tutela.

Entrevistador: claro, pero se estaría protegiendo la integridad del menor.

Entrevistado: se le estaría protegiendo, se le estaría protegiendo si está en un evidente estado de desamparo.

Entrevistador: en lo que yo he revisado doctor en un expediente es que a veces hay sentencias o unos expedientes que dan como medida cautelar, pero estos no revisan que los abuelos viven con la madre, entonces esto sería un ambiente sano y no se garantizaría una protección a un cien por ciento.

Entrevistado: ósea pero el tema es que como te digo, ósea no se evalúa así como uno lo plantea sino tiene que evaluarse todo un contexto, ósea para eso está el equipo multidisciplinarios, para eso está lo psicólogos, los asistentes sociales, los psicológicos le aplican las evaluaciones a todo y la visita social se, especialista el profesional acude a los domicilios tanto del padre y dela madre y ve el contexto en el que ve desarrollando en menor como viene desarrollando como son los ambientes, si en un ambiente adecuado cual es el medio que se desarrolla todo eso se evalúa y al final uno sentencia, todos eso medios probatorios uno los evalúa al final para decidir

si otorgar la tenencia si o no, todo se evalúa caso por caso y no exclusivamente a raja tabla uno como dice la norma.

Entrevistador: entonces como última pregunta doctor, ¿en su análisis usted considera que la figura de violencia familiar es determinante en un proceso de tenencia?

Entrevistado: haber muchos este existen muchos proceso que de violencia ahorita que existe la ley de violencia que protege a la mujer y a los que forman parte del entorno familiar, es una ley que está vigente yo diría que es determinante si la violencia familiar se dirigía hacia el menor de edad, hay muchas veces que la violencia se suscita entre el padre por la tenencia del menor, entre el padre y la madre y por otra causa ajena que puede suscitarse a veces por celos que se yo yd e por medio esta el menor ¿no? Ehh donde cada uno de los padres que le asiste el derecho ellos dicen ven a los hijos como si fueran propiedad dice y yo quiero el derecho y se pelean por la tenencia del menor ¿no? También puede darse un caso donde la valoración bueno a veces en esos casos por ejemplo se demandad la tenencia, por violación y se dice exista una sentencia de violencia familiar donde se le abstiene al demandado de todo tipo de agresión de maltrato contra el menor sin embargo ese proceso de violencia familiar es derivada al juez penal, y que pasa en muchos casos que el juez considera no ha lugar al proceso penal y lo absuelven al demandado, por un dado tenemos la resolución del juez de familia donde dice que se abstenga la padre o agresor de todo tipo de maltrato de acercarse al hijo, sin embargo llega al juez penal y dice oye este proceso no da merito para abrir proceso o no ha lugar contra el denunciado por lo tanto se le absuelve, ósea que absenta de toda responsabilidad en ese caso por ejemplo el solo hecho de denunciar violencia familiar no es suficiente y mira por ejemplo hay casos donde los hijos son alineados, existe la figura de la alienación parental donde el.

Entrevistador: donde el padre manipula al hijo.

Entrevistado: donde la persona que lo tiene al hijo este lo concientiza de tal modo que le hace tener cierto que te digo cierta animación, cierto rechazo al otro padre, y eso como se determina, eso no se determina a través de una evaluación psicológica eso se determina a través de evaluaciones de profesionales de una evaluación este no soy profesional en la materia de psicología, pero son evaluaciones muy minuciosas que determinan ese tipo de daño ¿no? Pero ósea no basta con que, ahora lo

psicólogos dictan a todo dicen afectación psicológica pero no es suficiente contexto que tiene que hacer en todo el contexto que se desarrollo de todo lo que se aporta para poder determinar si existe violación al menos o no hay casos donde los padres cometen violencia entre ellos, y y eso por ejemplo no le alcanza al menor y por eso no le vas a decir oye esta demanda no procede por que la violencia, es violento contra la madre, me parece que tiene que evaluarse todos los medios probatorios en ese caso.

Entrevistador: muy bien doctor eso sería toda para la entrevista, quisiera agradecerle por su tiempo brindado y la información y aporte que me ha dado

Entrevistado: de nada, nos vemos mi querido dennys.

Transcripción de la entrevista N° 03

Título: Percepción De La Afectación Del Interés Superior Del Niño Y Adolescente Y Violencia Familiar Respecto Al Artículo 97 código De Los Niños Y Adolescentes

Entrevistador: Dennys Christian Mallma Huaman

Entrevistado: Dr. Isaías Sánchez Ramos

Cargo: Abogado litigante y docente universitario

Institución: Corte Superior De Lima Sur

Fecha: Lima, 02 de julio de 2020 Hora: 19:15 Duración: 26 minutos

Inicio de la Entrevista:

Entrevistador: buenas noches Dr. Gordillo.

Entrevistado: buenas noches dennys.

Entrevistador: quisiera hacerle una breve entrevista ara el desarrollo de mi tesis pero antes de eso quisiera agradecerle por el tiempo que me está brindando, igualmente quiero mencionarle que os comentarios e información serán valiosos para para formación de mi tesis

Entrevistado: De acuerdo dennys.

Entrevistador: iniciando la pregunta ¿de acuerdo a su entender y análisis jurídico calificaría usted el artículo 97 del código del niño y del adolescente que estipula “el demandado alimentista no puede iniciar un proceso posterior de tenencia, salvo causa debidamente justificada” como un artículo por así decirlo impreciso dejando a la interpretación este errónea o acertada de cada juez? Por qué podemos ver que hay jueces interpretan bien la norma, pero hay jueces que se apegan más a otros artículos y de alguna manera están afectando el interés superior del niño y adolescente por ejemplo en los casos de violencia familiar la tenedora le esta haciendo a su menor hijo o su pareja y el demandado alimentista al ver a su hijo desnutrido, maltratado y descuidado deja de por una forma de no querer darle el favor tenedora le deja de pasar alimentos pero a la vez en ese proceso de tenencia para poder tener al menor y lo que sucede en estos casos doctor es que el juez a cargo puede decidir admitirlo o no pero tienen en cuenta algo es que se fijan al ser demandado alimentista es estar



al día en los pagos, ósea tienen más en cuenta la morosidad, al momento de calificar si no está acreditada la violencia familiar por así decirlo lo pueden declarar improcedente, pero al estar afectado o integrado el interés superior del niño esta demanda debe ser admitida a mi interpretación y sucede en algunos casos donde el demandado deja de pasar alimentos por que no tienen la tenencia legal pero si la de hecho, que sucede en varios casos que he conocido y observado pero aun así los jueces se basan en el artículo 565-A del código procesal civil, que dice para poder solicitar la exoneración o variación de una demanda se necesita estar al día con la pensión de alimentos entonces teniendo como así decirlo como base este artículo los jueces este artículo deciden rechazar la demanda o cuando la admiten en el momento de la sentencia dan como medida cautelar a la abuela pero que sucede si la abuela vive en el mismo entonces familiar donde el menor sufría maltrato que así ahí, la consecuencia de la decisión del juez puede terminar en lesiones o hasta la muerte del menor si es que la madre o el padre tiene algún afecto psicológico y mi pregunta es si usted cree si el artículo 97 es un artículo impreciso donde debería precisarse más dando la oportunidad al demandado alimentista como una ruta segura para poder obtener la tenencia.

Entrevistado: ¡juro bien, ante todo Dennis agradecerle por la gentileza que ha tenido de invitarme a estar entrevista para mí es un gusto compartir con todos ustedes mi conocimiento que tengo en la práctica de esta hermosa profesión antes tu pregunta yo quiero poner dos cosas clarísimas porque en viendo concretamente a lo que quiero decirte como respuesta como bien dijiste también depende de la interpretación que le de el magistrado en este caso el juez, mira si leemos detenidamente ese artículo 97 señala el demandado alimentista no puede demandar la tenencia salvo causa justificada, en la práctica si yo he visto casos que por diversas razones el juez ha interpretado como causa justificada le ha dado la tenencia al demandado alimentista, en este caso vamos a llamarlo la esposa, conviviente en este había incurrido en causas de inmoralidad por llevar pues una vida alegre, eh se dedicaba a oficios como la prostitución clandestina por ejemplo obviamente lo que hace es dar un mal ejemplo al niño ¿no? O niña según sea el caso y eso por ejemplo ha sido cuando se ha acreditado debidamente el juez lo ha interpretado como una causa justificada, si decimos que es ambiguo yo también diría que si por que en todo caso el legislador debió ser más preciso que son las causas justificadas cuales son,

seguramente hubiera sido un poco difícil abarcar todas porque tu sabes siempre el legislador trata de ponerse en todos los supuestos de ehc o que se puedan dar pero creo yo que se hubieran mencionado dos o cuatro unos muy minuciosamente que se den comúnmente en la práctica o cotidiano indudablemente que a la redacción de este artículo hubiera sido mejor lo mismo estamos de tiempo como bien tu sabes las normas son factibles de ser modificadas y mejoradas por tanto no, así como está la norma le deja al juez la libertad como siempre aplicando su buen criterio su conciencia eh determinan si el hecho que se le presenta, si la demanda que le presenta realmente exige una causa justificada el lo va interpretar de repente para otros juez no, acá el demandante alimentista no puede porque esto no está justificando nada y de ninguna manera y de hecho lo que va ser es rechazar al demanda y lo poner improcedente ¿no? pero como te repito he incluso hay fallos en el sentido opuesto ¿no? hay casos en la que el juez ha admitido la demanda señalando que cosa es una causa justificada y otros que no, no esa no es una causa justificada como el ejemplo que te he contado, y indudablemente quien que sale perjudicado al final es el menor ¿no? Por que así como el ejemplo que te he explicado con que autoridad moral una señora puede crear a un niño bajo ese techo, esa circunstancia a la criatura ¿no? Indudablemente es un riesgo para la misma criatura, entonces esta la interpretación que el artículo como tal es ambiguo si lo es, que mere una mejora legislativa, si si lo merece sobre todo para que especifique que son causas justificadas y si no se diera como en su momento no se ha dado quedara en el criterio del juez con su buen criterio determinar que cosa es para la una causa justificada obviamente que siempre este dentro del contexto legal.

Entrevistador: especialmente creo que se debería hacer una modificatorios donde se precise por los casos de violencia familiar donde se afecte al menor de violencia psicológica que es este una manera de violencia muy difícil de detectar, no es como la violencia física donde tu ves al menor y observas que tiene moretones y algún otro tipo de maltrato físico y decimos uy que sucede ahí pero la violencia psicológica es otro punto opuesto.

Entrevistado: así es, exactamente.

Entrevistador: por no poder verlo, la única forma de hallarlo es a través de los exámenes psicológicos y puede que el juez diga que hay niveles de afectación

psicológicas hasta llegar al punto de afectación psíquica que son los leves, medio y riesgosos que puede que para un juez que el nivel medio no sea suficiente causa justificada pero para el otro juez que para el otro juez el tan solo la mínima afectación psicológica sea suficiente pero el que sabe de violencia sabe si deja que la madre permite eso es por que eso, es porque algo no esta bien ella y puede que se afectación mental empeore y si no toman en cuenta eso este puede terminar afectando de manera psicótica y moralmente al menor hasta el punto de poder desviarlo de su desarrollo social dándole por ejemplo una afectación social y futura que le impida integrarse adecuadamente a la sociedad por ejemplo en algunos casos, los que vemos en la calle los ladrones, o los que consumen sustancias ilícitas no podemos decir que ellos han sido creados en un buen entorno social.

Entrevistado: así es, estoy de acuerdo contigo, definitivamente por ejemplo podría ser una causa justificada podríamos doctor podríamos incluirlo como un causa justificada si le damos una interpretación extensiva a este artículo que estas mencionando que es el 97 entonces de finitamente como te repito los jueces tienen diferentes interpretación aplican diferente criterio y no, bueno para existe el tema jurídica el legislador a previsto esto y por eso pues es que tenemos la doble instancia que es la pluralidad de instancia por que los jueces también se pueden equivocar, pero al margen de eso ehh lo que te he respondido a tu pregunta si yo insiste de todas maneras hay ambigüedad y es bueno precisarlo, a que se refiere el legislador con causa justificada seria muy bueno y sería más perceptible al juzgador para poder sentenciar un caso no para poder resolverlo.

Entrevistador: doctor ya que acaba de mencionar la pluralidad de instancia eso tampoco es un factor que no ayuda mucho porque qué pasa si en primera instancia el juez dicta a infundada la demanda del demandado alimentista de tenencia y en el proceso de apelación que puede durar hasta dos años hasta cinco años que va pasar en ese tiempo con el menor, ¿va seguir en el mismo estado mental como inicio el proceso?, capaz de violencia psicológica aumento a violencia física

Entrevistado: desprotegido totalmente, totalmente desprotegida eso es una realidad y mas aun con el como bien señalas con el tema de la carga procesal y la demora en el proceso al final el perjudicado es el niño adolescente, si es totalmente cierto, pero es una realidad nuestra no tiene ninguna justificación pero seria idóneo que se mejore

los mecanismos en el tiempo sobre todo en este tipo de proceso en los cuales esta de por medio el menor de edad de repente los otros proceso pueden esperar, indemnizaciones, resoluciones contractuales, mejor derecho de propiedad eso puede esperar pero pienso que el tema familiar, el tema de familia los proceso tienen que ser rápidos.

Entrevistador: como por ejemplo los procesos de alimentos, en cuatro o cinco, seis meses tienen una sentencia a favor.

Entrevistado: claro y si lo que tu mencionas es cierto aunque después el tema viene para que pague el demandado ya no son seis meses, la sentencia sale rápido estamos todos contentos todo pero para después para hacerlo pagar ese es el tema hacer liquidación tras liquidación y pericia y liquidación yo te digo por la practica por que yo tengo casos del dos mil diecisiete el cual el demandado que ya esta sentenciado uno de ellos ha pagado setenta y dos soles, ya la deuda la liquidación esta por objetable de cinco soles jajjaa del dos mil diecisiete ah.

Entrevistador: supuestamente se dice que la norma, el estado tiene como base el interés superior del niño pero analizando la realidad, la práctica se puede percibir y ver otra cosa muy distinta:

Entrevistado: así es, no podemos ir contra la realidad lo vemos todos lo días porque estamos en el tema este, no son como en realidad es o como queremos que sea, bueno hay que seguir adelante en algún momento esto se solucionará.

Entrevistador: ¿en función de su análisis e interpretación jurídica considera usted que dicho artículo referente es factible de una modificatoria?

Entrevistado: si es factible para mi que si, y más que factible necesario yo creo que se debería mejorar ese artículo, hay artículos que se merecen una mejora en redacción ¿no? En claridad ara justamente no dejarlo al libre vicio del juzgador para decir que cosa es causa justificada ¿no? Seria mejor e indudablemente que los fallos serian mejores para proteger el interés superior del menor.

Entrevistador: ¿ en su amplio conocimiento jurisdiccional en un proceso de tenencia o variación de tenencia entregar a un menor a los abuelo o a un familiar de la tenedora que vive en el mismo entorno social o cerca usted cree que aseguraría la integridad del menor tanto de manera física y psicológica de manera temporal?

Entrevistado: no, yo ahí tengo mis dudas eh se pueda dar las dos situaciones, es probable que hablemos de abuelos que si tengan calidad moral tienen tiempo, tienen esa entrega para poder cuidar, hay muchos abuelitos que llevan a sus nietos al colegio ¿no? Y tienen ese espíritu de protegerlos como si fueran sus hijos, en realidad si pero si hablamos en un entorno estos abuelos por ejemplo son los padres del cónyuge o concubino digamos que esta por el mal camino por llamarlo así no te garantiza nada, la temporalidad, no es ambiente adecuado creo yo para el ambiente del niño, no estoy generalizando ojo, si he este caso donde mis respetos los abuelos han asumido la tenencia de hecho no legal donde a veces la mamá ha fallecido el papá se ha desentendido por completo y son los abuelos donde has tenido ese rol y lo han hecho muy bien con toda la capacidad, con toda la entrega y sobre con toda la responsabilidad como si hubieran sido sus padres tenemos en ese ámbito diferentes situaciones ¿no? El otro tema es que hay situaciones contradictorias en diferentes aspectos he visto y justo estaba viendo un pleno casatorio para determinar en que termino esto, esto sucedió en la corte de lima este aplicando el artículo 89 del código del niño y del adolescente no le quisieron dar la tenencia de un nieto, no le quisieron dar porque, según el artículo 89 los abuelos no tienen el interés moral, no tienen legitimidad para demandar tenencia, mira hay otro caso donde otro juez de la corte de lima este admitió la demanda entre sus cosas, cual fue su argumento dijo que según el artículo VI del título preliminar del código civil si, los abuelos como familiares, lo dice textualmente los abuelos si están legitimados para demandar la tenencia del nieto además también invoca lo que tu has mencionado el interés superior del niño, y también invoca este juez un tratado referido al interés superior del niño y muy bien, y mira los criterios diferentes ¿no?

Entrevistador: ahí vemos la libre interpretación.

Entrevistado: claro, entonces un juez legalista se ciñe al artículo 89 ah no, los abuelos de ninguna manera ellos no pueden demandar tenencia del nieto, el otro juez toma otro criterio, pero bueno esta en el título preliminar tengo la convención del niño y del adolescente y además el interés superior que siempre esta por encima por cualquier otro interés y admitió la demanda entonces mira ve que diferencia ¿no? Ambos son magistrados ambos son jueces pero su criterio son totalmente opuestos

Entrevistador: entonces ¿ en su análisis usted considera que la figura de violencia familiar es determinante en un proceso de tenencia?

Entrevistado: claro pero claro y creo que es el mas determinante ah, porque cuando en un hogar hay violencia familiar yo creo que ya se perdió todo ósea ya es de la situación se ha puesto insostenible cuando hay violencia familiar en el entorno ehh los que afectan son los niños porque ellos son los que crecen y desarrollan con esta mala imagen y esto siempre trasciende cuando estos adultos, estos son ciudadanos eso como una herida que queda en ellos y psicológicamente y es algo probado que no lo digo yo sino medicamente esto incluye mucho en la personalidad del sujeto esto esta comprado indudablemente es un factor dañino.

Entrevistador: doctor yo creo que si una madre ha sido demandado no solamente por el demandado alimentista sino por otros familiares ser denunciada por violencia familiar así como psicológica y física y si eso se anexa en el proceso de tenencia podemos ver en algunos casos los jueces al ver que el padre incumplió con los dos meses de pensión de alimentos pero teniendo la tenencia de su hija a su libre interpretación a la madre no, porque esta afectando de manera psicológica a su hija hasta llegar hasta el daño psíquico al padre no porque debe dos meses si lo tenía con el pero debe entonces no es económicamente sostenible lo interpretan así, quien queda entonces como medida tutelar mayormente es la abuela pero que pasa después ahí en un caso encontré un expediente de la niña Tello una niña de nueve años de Piura, donde sucedió esto l juzgado de Piura entrego a la niña a su abuela como medida tutelar mientras durara el proceso de apelación del demandado alimentista y el proceso inicio cuando la niña tenia 6 años y ya tenia 9 años la niña en ese tiempo tubo la medida tutelar con la abuela ero de dos años regreso con la madre porque se decía que la madre ya había pasado por tratamiento psicológico pero ese tratamiento quien lo determina quien dice que la madre esta cien por ciento sana yo creo que a mi consideración si una madre había sido sentenciada por violencia familiar debería darse la norma la norma por ejemplo de otra materia de la adopción cuando una madre decide dar en adopción a su hijo va a su casa después de dos meses se arrepiente, no puede arrepentirse regresar, pedir y decir disculpe me arrepentí quiero de regreso a mi hijo, no puede hacer eso imposible que la madre pueda volver a tener a su hijo y yo creo que si la madre tiene sentencia con riesgo grave, severo o leve tanto física y psicológica hacia su hijo yo creo que si ya está

sentenciada no debería poder volver a obtener la tenencia de su hija tal vez, si la visitas pero no la tenencia, como resultado del caso doctor la niña fu asesinada por su madre ya que el informe decía que la madre estaba psicológicamente estable pero que tan estable ha estado si asesino a su hija le cosió la boca ahí podemos ver también.

Entrevistado: si ehh las sentencias tienen que ser contundentes sobre todo también en ese extremo que tu mencionas ¿no? Tiene que decir textualmente que por ninguna razón la madre debe retomar la tenencia del menor, de ninguna manera tienen que decirlo textualmente por que ese va ser el punto de defensa en el supuesto caso de que esta señora quisiera nuevamente or muy sana que este pero ya hay un antecedente por muy sana que este que se comprobó que el perito este, esta muy bien la señora si nuevamente quiero tener la señora or que esta como nueva, eso es un error que esta faltando pues al fallo por eso digo tienen que decirlo textualmente, no pero en la sentencia no lo dice que solo lo ha privado de la tenencia no lo dice que nuevamente lo puede retomar ahí esta el problema, vamos a decir la verdad dennys que a veces a los jueces les pasa.

Entrevistador: Esta en la mente su producción del mes y la carga procesal y a veces omiten lo más importante el interés.

Entrevistado: si y yo le he visto es muy lamentable hay que estar pidiendo recurso de aclaración señor juez aclare la sentencia se ha omitido, ah sisi ya, caramba idalo or escrito todavía dice, pro otros caso si conversando con el juez doctor se ha incurrido en un error material porque no se ha dicho tal cosa, ah caramba vamos a poner corrección de resolución pero en ambos casos ya esta mal pues no sé, al magistrado, yo entiendo por la carga procesal le piden producción pero a veces se les pasa cosas bien elementales eso es una realidad, pero bueno estamos en el negocio y sigamos para adelante

Entrevistador: Muy bien doctor gordillo eso seria todo por la entrevista

Entrevistado: muy bien dennys nos vemos, cuídate.

Anexo 4: Tomas fotográficas de las entrevistas realizadas por el Zoom

Entrevistado: Luis Erick Sapaico Castañeda

Cargo: Juez civil

Institución: Poder judicial



Entrevistado: Isaías Sánchez Ramos

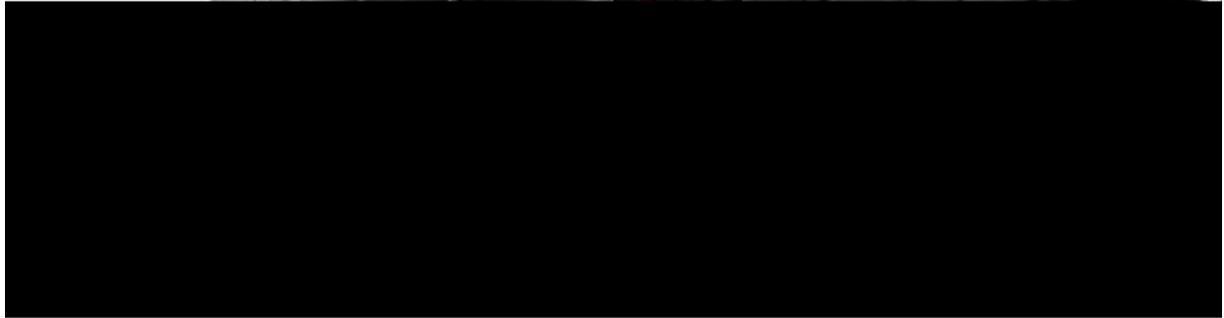
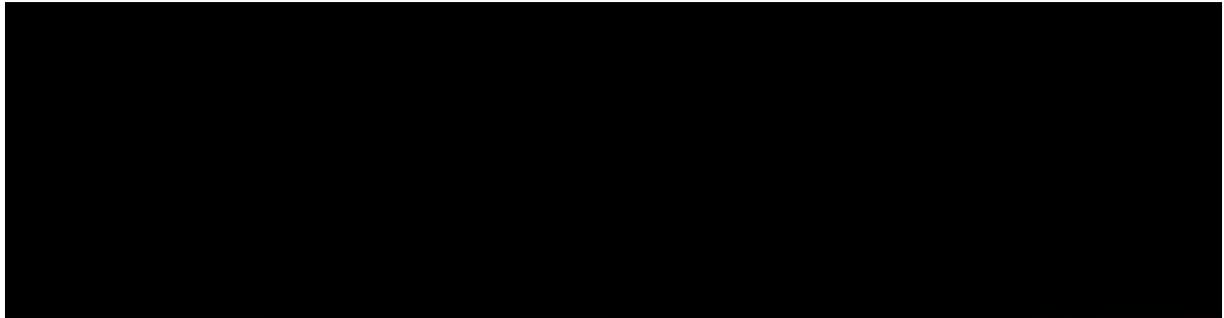
Cargo: Juez Transitorio Mixto

Institución: Corte Superior De Lima Sur



Entrevistado: Wilfredo Herber Gordillo Briseño

Cargo: Abogado Litigante



Anexo 5: Proyecto de ley

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 97 DEL CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES SOBRE EL IMPEDIMENTO EN EL CAPITULO DE ALIMENTOS.

PROYECTO DE LEY

El ciudadano que suscribe, **DENNYS CHRISTIAN MALLMA HUAMÁN**, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que le confiere el artículo 170° de la Constitución Política del Estado, presenta la siguiente iniciativa legislativa:

FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 97 DEL CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES SOBRE EL IMPEDIMENTO EN EL CAPITULO DE ALIMENTOS.

Artículo Único. - Modificación del artículo 97 del Código de los Niños y Adolescentes.

Modifíquese el artículo 97 del Código de los Niños y Adolescentes con el siguiente texto:

“Artículo 97°. – Impedimento

El demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de tenencia, salvo que demuestre que exista riesgo de violencia familiar u otras causas justificantes dirigida hacia el menor alimentista.”

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS

Como fundamento principal, en la Legislación Peruana se protege el interés superior del niño y del adolescente como un principio general del derecho, puesto que su aplicación a los casos correspondientes es obligatorio pero este principio se deja de

aplicar o se aplica de forma errónea en algunas circunstancias vulnerando el interés superior del niño y del adolescente y haciendo prevalecer otra norma menos importante, como lo es en los casos del demandado alimentista cuando inicia un proceso de variación de tenencia y el menor también lo desea, aunque no exista una razón suficiente como se desprende del artículo a modificar, puesto que al mismo tiempo existe un contraste normativo con el artículo 565-A del código procesal civil, ya que estipula que cuando el demandado se considere como moroso debido al no pago de la pensión de alimentos o no acredite estar al día en el pago no se le admitirá la demanda de reducción, variación, prorrateo o exoneración de la pensión de alimentos, por lo que como medida se entregara al menor a un familiar cercano, que en la mayoría de los casos se refiere a la parte materna.

En marco de los fundamentos, es relevante la problemática de la violencia familiar que se ve inmersa en los casos de tenencia, por lo que está compuesta por actos violentos de forma psíquica, moral o física hacia uno o más personas que formen parte del grupo familiar, este tipo de actos no es solo agresiones del padre hacia la madre o viceversa, también hacia los hijos y mucho más grave si es hacia infantes o adolescentes, ya que en su crecimiento van a tener problemas afectando su autoestima y moral.

Entonces, referente a la necesidad de una modificatoria de la norma señalada, es muy importante precisar que existe un conflicto de la normatividad con la realidad puesto que no se protege de manera efectiva el principio del interés superior del niño y del adolescente de forma de omisión o mala aplicación de este principio general del derecho, de acuerdo al Artículo 97 del Código Del Niño Y Del Adolescente el demandado alimentista no puede iniciar un proceso de tenencia, salvo causa debidamente justificada. si este lo solicita, entonces se puede entender por justificado de acuerdo al principio del interés superior del niño y del adolescente el consentimiento del menor, el cual debería ser motivo suficiente, teniendo como finalidad la garantía de la protección del menor, ya que si hay consentimiento del menor se presume que su tenedor no está cumpliendo con el artículo 1 del título preliminar y el artículo 3 y 4 del Código Del Niño Y Del Adolescente, sin afectar el derecho a la presunción de inocencia del tenedor.

Es entonces que la modificatoria propuesta tiene como base principal proteger y aplicar debidamente el interés superior del niño y adolescente para que en todo proceso se respete y sobre todo no se vulneren los derechos de los menores, puesto que también es deber del estado protegerlos, por cuando la modificatoria presentada es netamente viable y surtirá efectos positivos para los menores.

En virtud a lo expuesto, la propuesta de modificatoria del código de los niños y adolescentes, se precisa en el siguiente texto:

Código de los Niños y Adolescentes	Propuesta de modificatoria
MODIFICACION DE ARTÍCULO	
Artículo 97°. – Impedimento El demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de Tenencia, salvo causa debidamente justificada.	Artículo 97°. – Impedimento El demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de tenencia, salvo que demuestre que exista riesgo de violencia familiar u otras causas justificantes dirigida hacia el menor alimentista

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LEGISLACION NACIONAL

Esta propuesta legislativa no contraviene ningún tipo de norma vigente

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Esta propuesta legislativa no genera costos ni gastos al erario nacional.

Lima, 14 de julio del 2020.



DENNYS CHRISTIAN MALLMA
HUAMÁN