

LA TENENCIA DE LOS HIJOS EN EL PERÚ

HILARIO FERRER, JESÚS RAÚL*

HILARIO FERRER, Jesús Raúl: La tenencia de hijos en el Perú.
En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios
Forenses, Año XIII N° 76. Diciembre 2017, pps. del 81 al 93.

Print ISSN: 2308- 5401
La revista indexada en LATINDEX (folio 22495) www.
latindex.org.unam.mx

RESUMEN

La familia se manifiesta a través de múltiples formas siendo necesario adaptar el régimen legal a toda esa variedad de situaciones a fin de garantizar el ejercicio de los derechos de todos. La tenencia y el régimen de visitas son instituciones del Derecho de Familia encaminadas a la protección del hijo menor y a su educación y tienden al logro de su desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en la vida adulta. La necesidad de otorgar la tenencia de los hijos menores a uno de sus padres y la correlativa determinación de un régimen de visitas surge ante la necesidad que se genera por el desmembramiento de la convivencia de los progenitores (divorcio, separación, estado no convivencial del padre/madre. Este “derecho de comunicación” no se limita a padres e hijos, sino, que tiene mayor amplitud y es comprensivo también del contacto del menor con otros parientes, tales como los abuelos y demás ascendientes, descendientes, hermanos. El niño/niña tiene el derecho a gozar del cariño, del afecto y del tiempo del padre y de la madre. Siendo necesario mantener los vínculos filiales, ni impedir el desenvolvimiento de los vínculos parentales. La autoestima del menor queda averiada de por vida por el alejamiento parental. Provocando falta de confianza en sí mismo por el desafecto que ha sufrido. Esto suele generar actitudes muy individualistas, de aislamiento, de agresión, de inestabilidad y de celos atroces.

ABSTRACT

The family manifests itself in many ways, being necessary to adapt the legal regime to all this variety of situations in order to guarantee the exercise of the rights of all. The tenure and the visitation regime are institutions of Family Law aimed at the protection of the youngest child and their education and tend to achieve their physical and psychological development in such a way that they can develop in adult life. The need to grant the custody of the minor children to one of their parents and the correlative determination of a visitation regime arises from the need that is generated by the dismemberment of the coexistence of the parents (divorce, separation, non-convivial state of the father This “right of communication” is not limited to parents and children but it is broader and is also comprehensive of the child’s contact with other relatives, such as grandparents and other ascendants, descendants, siblings. the right to enjoy the affection, affection and time of the father and the mother, being necessary to maintain the filial links, or prevent the development of the parental bonds. The child’s self-esteem is damaged for life by the parental separation. Lack of self-confidence due to the disaffection he has suffered. This usually generates very individualistic attitudes, isolation, aggression, instability and and atrocious jealousy.

PALABRAS CLAVE

Padres, tenencia de los hijos, cuidado de los hijos, crianza, custodia de los hijos, tenencia compartida de los hijos, relaciones familiares, separación de sus padres, régimen de visitas.

KEY WORDS

Parenting, childcare, child care, parenting, custody of children, sharing of children, family relationships, separation of parents, visiting arrangements.

Fecha de recepción de originales: 04 de Diciembre de 2017

Fecha de aceptación de originales: 26 de Diciembre de 2017

* Socio fundador de la Firma “JH Asesores y Consultores Corporativos”.
Contador público y abogado con estudios de Maestría en Auditoría Integral por la Universidad Nacional Federico Villarreal y con estudios de Doctorado en Administración de Empresas por la misma casa de estudios; ha realizado cursos de especialización en Derecho Civil, Familia y Laboral; con estudios de Maestría en LIDERAZGO DE ALTA DIRECCIÓN por la ESCUELA DE NEGOCIOS Fundación MIGUEL ANGEL CORNEJO de la ciudad de México.
Ex Profesor de la Universidad Unión Peruana Unión (UPEU).
Especialista en Control Gubernamental y Gestión de Riesgos. Conferencista; candidato a Especialista en Derecho Digital y Nuevas Tecnologías por la Universidad del Pacífico.
Asesor Legal en la Gerencia de Registros de Identificación del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Reniec.Perú.

INTRODUCCIÓN

La asignación de la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, por la desintegración del grupo familiar, no supone para el otro una sanción, ni constituye motivo de pérdida o supresión del derecho de patria potestad, ya que el problema de la guarda ha debido resolverse a favor de uno de ellos. Por ello, es natural que el progenitor que no tiene a los hijos en su compañía, tenga derecho a visitarlos.

Visto desde el punto de vista del niño o adolescente, puede decirse que es el régimen de visitas es la forma en que se materializa el derecho que ellos tienen de mantener una relación directa y regular con su padre y con su madre. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses¹.

Bajo la mirada del padre o de la madre, se puede decir que es la forma en que se hace posible el derecho y deber que ella o él tienen de mantener una relación directa y regular con todos y cada uno de sus hijos. El cuidado o custodia de los hijos es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de los hijos².

Siendo imperativo mantener una relación permanente con ellos, para dar estabilidad al vínculo afectivo y emocional entre los progenitores y sus hijos, fortaleciendo un conocimiento personal mutuo.

Tanto la tenencia como el derecho a visitas tiene, consagración legislativa en el Perú y fuera de él. Inclusive a nivel supranacional está amparado por el inciso 3 del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita y aprobada por el Perú, los niños que estén separados de uno o ambos padres tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores de modo regular, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

De igual forma el artículo 88° de nuestro Código de los Niños y Adolescentes establece que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos y que el

Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño y el adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

Mas este derecho de los padres no es absoluto, sino que está condicionado a una conducta paterna y materna propia de dicha relación familiar, caso contrario cuando se demuestre conductas incorrectas o delictivas, será un juez el que determine entregar la patria potestad solo a uno de los progenitores para así garantizar las condiciones de desarrollo y bienestar del menor. Los padres deben ejercer la custodia o cuidado de los hijos mediante la crianza y la educación, así como el ejercicio del poder de vigilancia, corrección mediante el buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral por parte de sus padres.

El ejercicio de la custodia o tenencia de los hijos recae de igual forma en el padre y en la madre, no existiendo preferencias en atención al sexo o la edad, en virtud al plano de igualdad que se predica tanto de los progenitores, como de los hombres y las mujeres.

Cuando los padres de un menor se encuentran separados solo uno de ellos debe quedarse al cuidado de los niños o adolescentes a eso se llama tenencia. Este estado se complica cuando no hay acuerdo. No lográndose una conciliación, será el juez de familia quien decida la tenencia.

1. LA FAMILIA

Está conformada además de los padres y por los hijos. Quienes tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. La familia, es un instituto natural y fundamental de la sociedad, que tiene su origen en el matrimonio, en la unión de hecho reconocida o no de un varón y una mujer quienes tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades, obligaciones mutuas para alimentar, educar y dar seguridad a los hijos.

La Constitución peruana de 1993 (art. 4) establece: "La comunidad y el Estado protegen a

1 MOLLEJA DE LA ROSA, Jesús; El derecho de visitas, su incumplimiento por parte del progenitor custodio y la imposición de multas coercitivas, <http://www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/26/el-derecho-de-visitas-su-incumplimiento-por-parte-.aspx>

2 Ley N° 30403, prohíbe expresamente el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes.

3 ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson; Vida familiar, vida laboral y políticas públicas: ¿conciliación posible? nzicavo@ubiobio.cl

la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.”

Desempeña un rol fundamental para la cohesión social; ya que es el primer lugar de socialización de las personas desde que nacen. Es en ella donde se construye a través de la educación el capital humano, la persona humana. Es donde se suministran a las personas los valores que serán trasladados luego a la sociedad, convirtiéndose luego en normas y valores morales³.

En la actualidad surge la necesidad de replantear las definiciones familiares, tal como lo plantea GARCÍARUBIO. Con la existencia de «otras familias» de composición distinta y con otro tipo de lazos afectivos. Dichas realidades merecen la pena ser reguladas a fin salvaguardar derechos inherentes⁴.

Hoy en día existen formas familiares como la convivencia de hecho, la que a menudo es un preludio del matrimonio o incluso un interludio entre varios matrimonios sucesivos, lo mismo que sucede con las situaciones de monoparentalidad o de recomposición familiar. Por ello la temporalidad se hace más popular en las parejas, siendo las uniones hoy menos definitivas, menos inamovibles y más igualitarias que nunca antes lo fue la institución familiar⁵. Que se dan en ejercicio del derecho a la libertad personal, libre de ataduras sociales) y el resultado de las elecciones individuales.

2. UNIÓN DE HECHO

Para nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio y las uniones de hecho, tienen una regulación jurídica distinta, y la elección entre una de ellas recae en las personas, y dicha elección por ser libre y voluntaria obedece a las opciones y perspectivas personales, las que requieren el respeto a la diferencia (tolerancia) en las diversas esferas de la vida en sociedad.

Siendo la unión de hecho una situación de facto derivada de la convivencia de un hombre y una mujer no unida por matrimonio, pero si para cumplir finalidades semejantes al matrimonio y que comparten un proyecto de vida común basada en relaciones afectivas de carácter singular y dotado de estabilidad y permanencia.

El Concubinato se utiliza precisamente para hacer notar que no se ajusta a la familia matrimonial y que, por ende, se trata de un hecho que se encuentra fuera del orden social, fuera del derecho, al estrellarse con los valores por todos reconocidos: es lo ilícito, lo anormal, lo reprochable.

Otras denominaciones en el Derecho Comparado son “pareja estable” (vocablo “pareja” alude a dos personas unidas, sin necesidad de la presencia de hijos y la calificación de “estable” tiene como propósito atacar el mito de la precariedad); también se suele utilizar el término “cohabitación legal” como una forma de legalizar la cohabitación no matrimonial (en Estados Unidos de América).

A la sombra de esta va surgiendo la familia “democrática” en la que las opiniones de todos los integrantes cuentan, expresión de derechos individuales.

3. ROL FAMILIAR

Son funciones tradicionales de la familia la educación, la integración de sus miembros al seno social, cooperación entre los consortes y entre ellos para la crianza de los hijos, la asistencia y solidaridad. Dichas atribuciones vienen sufriendo serios cuestionamientos, como es el crecimiento de los índices de violencia familiar, debido a su estructura de familia autoritaria, destinada a mantener una unidad intrafamiliar a todo costo, caracterizada por la imposición de las decisiones del marido y padre.

4. PATRIA POTESTAD

La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Tal como lo señala AGUILAR la institución de la Patria Potestad no debe entenderse exclusivamente como derechos propios de los padres respecto de sus hijos, sino como una mezcla o conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos⁶.

El mismo que se desarrolla en un entorno de buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no

4 GARCÍARUBIO, María Paz; Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica, http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/113_138%20GARCIA.pdf

5 GARCÍA RUBIO, ob.cit.

6 AGUILAR, Benjamín, La Familia en el Código Civil Peruano, Ediciones legales, Lima, 2008, p. 298.

violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores, responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquier otra persona. Encontrándose integrada por diversos derechos-deberes, tales como la educación, la corrección, la vigilancia, la asistencia espiritual y material y la representación legal.

El Código de los Niños y Adolescentes regula este derecho en su artículo 74: "Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer su sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil.

Pudiendo este deber-derecho ser suspendido (Artículo 75 del CNA) en los siguientes casos:

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;
- b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
- e) Por maltratarlos física o mentalmente;
- f) Por negarse a prestarles alimentos;
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282 y 340 de Código Civil.
- h) Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por delito en agravio de sus hijos o

en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 125, 148-A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183-B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

i) Por declaración de desprotección familiar provisional de un niño o adolescente.

En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad.

Además la Patria Potestad se extingue o pierde: Por muerte de los padres o del hijo; porque el adolescente adquiere la mayoría de edad; por declaración judicial de desprotección familiar; por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en la ley; por reincidir en las causales de suspensión de la patria potestad; y, por cesar la incapacidad de hijo, conforme al Artículo 46 del Código Civil.

Asimismo, también los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva.

5. DERECHO-DEBER DE GUARDA O TENENCIA

El ejercicio de la custodia o tenencia de los hijos no ofrece dificultades cuando ambos progenitores conviven, pues ejercen ambos la titularidad de la autoridad parental. Sin embargo, cuando la situación familiar se deteriora, ya sea por la interrupción de la convivencia parental o por la difícil relación entre padres e hijos, y éstos quedan bajo el cuidado de solo uno de ellos⁷, se produce lo que se ha dado en llamar "el desmembramiento de la guarda".⁸

En este contexto el derecho-deber de guarda o tenencia aparece como uno de los contenidos de la patria potestad. Se advierte, entonces, que el ejercicio de estas potestades y el cumplimiento

7 CNYA: Artículo 83.- Petición.- El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

8 BERTOLDI y FERREYRA, ob. cit., p. 335.

de los deberes señalados a los padres con relación a los hijos menores presupone su custodia permanente y que han de convivir con ellos, ya que dicha atribución solo puede ser materializada de manera cercana y directa por el padre o la madre atentos a las diversas circunstancias que surgen en el acontecer diario.

La tenencia de menores se define como una institución que tiene como finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar, esto es, teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente.⁹

La normativa familiar incluye a la guarda o tenencia¹⁰ y al régimen de visitas en su competencia material. Se trata de instituciones del Derecho de Familia encaminadas a la protección del hijo menor y a su educación, y tienden al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta.

6. CONFLICTO DE PAREJA TRASLADADO AL ÁMBITO FILIAL

Los efectos negativos en los niños derivados de la exposición al conflicto interparental (e.g. depresión) se han observado hasta la edad adulta¹¹.

En el extremo de la conflictividad interparental se encuentran las situaciones de violencia familiar, la exposición de los niños a estas situaciones abusivas es altamente nociva pudiendo provocarles diferentes consecuencias físicas y psicológicas, y

propiciar ciertos aprendizajes vicarios por parte de los menores en relación a los roles que están percibiendo en su entorno más próximo¹². Los deterioros derivados del daño en las relaciones paterno-filiales, persisten en la edad adulta.¹³

En los divorcios conflictivos es frecuente que las disputas interparentales se mantengan durante diversos años, permaneciendo los integrantes de la familia en una situación traumática durante un espacio de tiempo considerable. Una de las razones por las que el divorcio puede ser particularmente estresante para los niños es la probabilidad de que sea precedida y seguida por un período de conflicto interparental.¹⁴

El problema se agrava cuando el conflicto de pareja se traslada al ámbito filial, esto impide a los padres actuar de forma madura y responsable, obstaculizándose la posibilidad de conciliar la custodia de los hijos. Surge así la pugna judicial ante un juez de familia. Sin embargo, aunque se ha constatado que la hostilidad entre los padres disminuye significativamente en los tres años posteriores al divorcio.¹⁵

En relación a los temas concretos conflictivos tras el divorcio, las investigaciones realizadas con padres y madres divorciados indican como principales motivos: los desacuerdos referidos a las pautas educativas y de crianza, enfrentamientos por el uso por parte de un progenitor del niño como mensajero, problemas por la forma en que el progenitor se relaciona con el niño, personalidad difícil de la ex pareja, que el menor conviva con la nueva pareja de sus progenitores y la falta de competencia parental.¹⁶

9 RODRÍGUEZ REY, Tayli, "Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución..." p.109.

10 Código de los Niños y Adolescentes (CNYA):

"Artículo 81º.- Tenencia

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente."

"Artículo 84º.- Facultad del juez

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y

c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor."

11 Schmidtgal, K., King, A., Zarski, J. & Cooper, J. (2000). Los efectos de conflicto paternal sobre desarrollo posterior infantil. *Diario de divorcio y nuevo matrimonio*, 33 (1/2), 149-157

12 McDonald, R. y Jouriles, E.N. (1991). Agresión matrimonial y problemas de comportamientos infantiles. *El Terapeuta de Comportamiento*, 14, 189-192.

13 Furstenberg, E. F., Jr., Hoffman, S. D., & Shrestha, L. (1995). Los efectos de divorcio sobre transferencias de intergeneracional: Nuevas pruebas. *Demografía*, 32, 319-333.

14 Amato, P. R., & Keith, B. (1991). Divorcio paternal y el bienestar de niños: Un meta-análisis. *Boletín Psicológico*, 110 (1), 26-46.

15 Bacon, B. L., & McKenzie, B. (2004). Educación paternal después de impacto de divorcio de separación del nivel de conflicto paternal sobre resultados. *Revisión de Tribunal de Familia*, 41 (1), 85-98

16 Bonach, K. (2005). Factores que contribuyen a calidad coparenting: Implicaciones para política de familia. *Diario de Di-orce y Nuevo matrimonio*, 43 (3-4), 79-103.

El magistrado realizará un previo análisis de la situación y de las partes, mediante el contacto directo con los involucrados a través de la recepción de testimonios y actuación de las pruebas pertinentes. Concluyendo con la asignación de la custodia o tenencia a uno de los padres. Esto es lógico debido a que no viven juntos, o existe entre ellos una declaración de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación de cuerpos; y, entre ellos no pudieron alcanzar un consenso coordinado respecto a la relación paterno-filial.

Los efectos que puede suponer a los niños verse inmersos en la experiencia del divorcio altamente conflictivo de sus padres, se han determinado como de impacto devastador, traumático y extremadamente estresante¹⁷, asociándose a una mayor presencia de problemas de salud mental.¹⁸ A ello, se une la evidencia de que estos conflictos erosionan con facilidad la relación entre los hijos y uno o ambos progenitores¹⁹.

Siendo la instancia judicial la que resuelva afectando a alguno de los padres, limitando los derechos de uno de ellos, restringiendo su participación en el cuidado, la educación, orientación y corrección de sus hijos, limitando el ejercicio de la patria potestad.

Este tipo de desacuerdo interparental conlleva el posicionamiento de los menores en el centro mismo del conflicto, encontrándose documentado el efecto negativo que les supone a los niños su exposición a las controversias sobre la custodia²⁰. De hecho, autores como Camara y Resnick (1988) informaron que los hijos de padres divorciados que no se encuentran expuestos a conflictividad presentan mejores niveles de ajuste a largo plazo que los niños cuyos padres permanecen juntos en una convivencia con alto nivel de conflictividad²¹.

Dicha situación no exonera a dicho padre-madre de sus responsabilidades, de colaborar con la crianza, y principalmente en el cumplimiento de la obligación alimentaria.

7. SITUACIONES DE MALTRATO

Sólo en caso extremo cuando la conducta de uno de los padres afecte la salud física o mental de los menores (por ejemplo: en casos de maltrato o el incumplimiento en el aporte de los alimentos), un juez de familia puede privarlo de la custodia y negarle el derecho correlativo de las visitas. Inclusive, puede suspenderse o privársele del ejercicio de la patria potestad, lo que sucede en casos extremos.

8. CUIDADO DE LOS HIJOS POR AMBOS LOS PADRES

La guarda común entonces implica la cohabitación de padres e hijos. La desmembración de la convivencia de los padres supone la atribución de la tenencia a uno de los cónyuges y el correspondiente establecimiento de un régimen de visitas para el otro. Siendo a su vez un derecho correlativo, ya que a la par del derecho subjetivo de los padres, aparece el de los hijos de estar junto a sus padres, o mantener contacto, lo que constituye un deber para aquéllos.

Ante el hecho de la separación surge el planteamiento de determinación de quién de los padres ha de asumir la tenencia de los menores, entonces, situación que sólo se plantea cuando los padres pasan al estado de no convivientes o se encuentran separados o divorciados. Siendo indudable que en caso de divorcio, o separación de los convivientes, un niño necesita continuar el contacto que tenía con ambos padres²².

9. IMPORTANCIA LA CRIANZA DE LOS HIJOS POR LOS PADRES

Un papá presente y cercano a la crianza de sus hijos es necesario en dos dimensiones. La primera tiene que ver con su relación directa con el hijo o hija. Cuando el padre participa en los controles prenatales, puede mirar el desarrollo de su hijo en las ecografías o escuchar su corazón,

-
- 17 Boyan, S. B., & Termini, A. M. (1999). Educación cooperativa y divorcio. Atlanta, GA: Editores de Educación Activos.
- 18 Davies, P. T., & Cummings, E. M. (1994). Conflicto matrimonial y ajuste infantil: Una hipótesis de seguridad emocional. *Boletín Psicológico*, 116, 387-411.
- 19 Ramsey, S. H. (2001). El informe de envergadura y plan de acción: Highconflict casos de custodia: Reformar el sistema para niños. *Revisión de Tribunal de Familia*, 39, 146-152.
- 20 Johnston, J.R. (1993). Los niños de divorcio que rechazan la visita. En C.E. Depner y J.H. Rebuszo (Editores). *Educación no residente: nuevas vistas en familia viviendo* (pp.109-135). Thousand Oaks, CA: Sage. Johnston, J.R. (1994). Alto. *Divorcio de conflicto. Futuro de niños*, 4 (1), 165-182.
- 21 Camara, K.A. & Resnick, G.(1988). Conflicto interparental y cooperación: factores en moderación de ajuste de postdivorcio de niños. En E.M. Hetherington y J.D. Arasteh (Editores).. *Impacto de divorcio stepparenting, arena stepparenting sobre niños* (pp. 169-195). Hillsdale, MJ: Erlbaum.
- 22 ALLES MONASTERIO, Ana M., Secretaria de la Comisión de Minoridad del CPACF, De la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal

tiene más posibilidades de ir desarrollando una relación afectiva con él desde antes de que nazca.

Por muchos años los especialistas de la psicología y otras disciplinas enfatizaron lo importante que era para un niño o niña en sus primeros años de vida tener una relación cercana y segura con la madre. Sin embargo, esta mirada se ha ampliado, reconociendo que el padre es también una figura central para el desarrollo físico y emocional de un niño o niña.

En cada momento de la vida del niño, el padre tiene su aporte que hacer, en tanto que persona y en tanto que hombre²³.

Esta relación que para las madres es tan obvia porque sienten los cambios en su cuerpo y el movimiento del niño dentro de ellas, para el hombre no lo es. Su experiencia del embarazo es a través de lo que vive la mujer, y por lo tanto toda experiencia "directa" con el hijo le va haciendo más real su presencia en su vida.

Hoy se sabe que un niño con más de una figura de apego, con más de una persona que lo cuida y le hace sentir querible, es un niño que crece con una base más sólida para enfrentar la vida.

10. PRESENCIA DEL PADRE EN LA CRIANZA DEL HIJO

Jean Le Camus²⁴, Psicólogo y Psiquiatra de niños y de adultos, nos dice que desde hace tiempo los profesionales de la psiquis plantean que el padre representa la autoridad, permite la interiorización de la ley, de los límites a respetar y tiene también un rol en la construcción de la identidad sexual del niño.

Le Camus nos dice que está demostrado que si el padre está bien presente junto al niño, su rol es ser un abridor de caminos, un catalizador para la toma de riesgos. Si es capaz de jugar con él, de luchar, si se coloca en rival, si gentilmente lo desestabiliza, el padre puede ser un acicate sumamente importante, para ir más allá de sus límites conocidos. Lo prepara así para enfrentar y superar las dificultades, los obstáculos y los

conflictos, para la edad escolar y también para la vida²⁵.

Diversos autores (Amato y Keith, 1991; Emery, 1999; Hetherington, 1999) han afirmado que los niños que más sufren son los que además de enfrentarse a la ruptura familiar, se ven sometidos a estos conflictos interparentales que perduran tras el divorcio.²⁶ El peor efecto del mantenimiento de esta situación es el que sufren los menores al verse posicionados de forma continuada en el centro de los enfrentamientos entre sus padres²⁷.

La relación paterno filial le da equilibrio al niño, sin restar importancia al aporte materno. La construcción mental del niño depende tanto del padre como de la madre y depende también de lo que suceda entre ellos, de cómo ellos se comprometen en su crianza, más allá de cuales sean sus lazos maritales.

Un padre ausente suele significar una sobre presencia materna. El rol de la madre, que ha comenzado con el embarazo, es dar satisfacción a todas las necesidades del niño. Lo cual es absolutamente necesario en los primeros meses de vida donde el niño no tiene ninguna autonomía, pero que se torna nocivo en el largo plazo.

Es el padre quién lo ayuda a dejar el refugio, que prepara al niño al mundo y lo apremia para avanzar, el padre es el muro donde este niño apoya la escalera para saltar hacia la vida²⁸.

11. DERECHO DE LOS NIÑOS A GOZAR DE LA PROTECCIÓN PATERNA – MATERNA

Establecido en la Declaración de los Derechos del Niño, promulgada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo mandato es que los niños tienen derecho a preservar sus relaciones familiares y a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos; pero, si hay alguna separación, tienen derecho a "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular".

23 ¿PARA QUÉ NECESITA UN NIÑO A SU PADRE?, <http://www.serpapadre.org.ar/>

24 LE CAMUS, Jean: La práctica psicomotriz en el niño poco hábil, EDITORIAL MARFIL, S.A., 1987.

25 LE CAMUS, Jean: ob.cit.

26 Amato, P. R., & Keith, B. (1991). Divorcio paterno y el bienestar de niños: Un meta-análisis. *Boletín Psicológico*, 110 (1), 26-46.

27 Kelly, J. B. (2002). Intervenciones psicológicas y legales para padres y niños en custodia y discusiones de acceso: Investigación corriente y práctica. *Virginia Journal de Política Social y el Derecho*, 10 (1), 129-163.

28 Revista: *Femme acuelle* N 684

12. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO / NIÑA

El interés superior es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Es entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

El concepto del interés superior del niño tendría las siguientes funciones:

A. Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.

B. Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.

C. Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.

D. Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto "la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo.

13. DERECHO A VISITAS

El derecho a visitas está regulado en el Perú de conformidad con lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño. En concordancia con este precepto, el artículo 88° de nuestro Código de los Niños y Adolescentes establece que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos y que el Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño y el adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

Para ejercer el derecho de visitas el padre / madre deberá acreditar con prueba suficiente el cumplimiento de la obligación alimentaria. Inclusive cuando exista imposibilidad de cumplimiento de la obligación alimentaria los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos.

14. VISITAS DE LOS PARIENTES

Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

15. JUSTICIA ESPECIALIZADA DE FAMILIA EN LA DETERMINACIÓN DE LOS ROLES DE CRIANZA DE LOS HIJOS

Un gran número de parejas que entran en un ciclo perpetuo de alto conflicto y que utilizan los juzgados como medio para el mantenimiento de sus controversias, entrando en un círculo vicioso que satura los tribunales, supone una enorme carga económica a los progenitores y contribuye al mantenimiento de la percepción de la pareja como un enemigo, dificultando la posibilidad de establecer una comunicación positiva²⁹.

Estos tribunales especializados y técnicamente asesorados contribuyen a garantizar y consolidar la convivencia, y resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares.

El trámite judicial de tenencia se inicia con la petición por el padre / madre del niño / adolescente. A tenor del artículo 84° inciso c) del Código de los Niños y Adolescentes, surge la necesidad de fijar el régimen de visitas para el padre que no ejerza la tenencia o custodia del niño o adolescente.

El funcionamiento de estos órganos jurisdiccionales supone la existencia de procesos especiales y diferentes de los implementados para la solución de conflictos puramente patrimoniales. Los tribunales de familia modernos son diseñados como organismos idóneos para la solución de conflictos familiares.

Los tribunales especiales son auxiliados por equipos técnicos, estructurados con similares características, e integrados por profesionales médicos, psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales. Siendo su característica principal

29 Mitcham-Smith, M. & Henry, W.J. (2007) Soluciones de divorcio de conflicto alto: coordinación de educación como una intervención de co-educación innovadora. *La familia Diario*.15 (4), 368-373.

la exclusividad en su competencia, su extra patrimonialidad y la necesidad de imponer la especialización de sus operadores³⁰.

16. TENENCIA JUDICIALIZADA

La tenencia judicializada, es un litigio complejo del derecho de familia, cuya solución por la ley se basa en ciertas premisas como son:

El niño (a) permanecerá con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.

El menor de tres años permanecerá necesariamente con la madre.

El juez escuchara la opinión del niño y tomara en cuenta la decisión del adolescente.

La ley prefiere siempre que los menores se queden con la madre.

El juez puede resolver según las circunstancias particulares del caso otorgando la tenencia compartida por los padres.

17. OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS

El consenso se presenta así como la mejor de las soluciones, pero no exime al tribunal de revisar lo acordado antes de su homologación a fin de verificar si consulta adecuadamente el interés de los menores. En orden prioritario la tenencia de un hijo se fija en función del convenio celebrado entre los padres determinando quién va a detentar su ejercicio. Ello ha de ser resultado de un acuerdo de los progenitores, quienes habrán tenido en cuenta la experiencia previa en la convivencia y el interés del menor o menores.

La solución contenciosa en sede judicial se presenta como subsidiaria y sólo debe acudir a ella cuando existe discrepancia entre los progenitores. Siendo en este caso el órgano judicial el que decidirá a quién atribuir la guarda provisoria o definitiva.

En el caso de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos progenitores el ejercicio

de la patria potestad corresponderá a ambos padres en forma compartida si conviven, pero si se interrumpió la cohabitación, debe resolverse quién ejercerá la tenencia con similares pautas que si se tratara de hijos matrimoniales, aunque en esta alternativa la reclamación de la guarda será siempre acción principal.

18. VARIACIÓN DE TENENCIA

Una vez asignada la tenencia a uno de los padres, mediante sentencia, el otro podrá iniciar otro proceso pidiendo la variación de la tenencia³¹, este proceso solo es recomendable si Ud. estima que hay nuevos elementos o hechos que acrediten que el menor se encuentra mal con el padre o madre a quien se le dio la tenencia, solo se puede iniciar a los 6 meses luego de concluido el anterior.

19. FORMAS DE CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Respecto de la forma de cumplimiento efectivo de las visitas, el juez podrá establecerlas utilizando reglas más o menos elásticas o más o menos rígidas, según las características del caso, y teniendo en cuenta como dato preponderante lo expresado por los progenitores y el interés del menor, quien puede ser escuchado. El régimen de visitas podrá, al igual que el régimen de tenencia, ser acordado entre los padres. Siendo ellos los más idóneos para proponer sus modalidades aprovechando a tal fin pautas que la experiencia de convivencia previa les ha otorgado. Sólo ante la falta de acuerdo procede su determinación por vía judicial. No se limita a padres e hijos sino que tiene mayor amplitud y es comprensivo también del contacto del menor con otros parientes, tales como los abuelos y demás ascendientes, descendientes, hermanos.

El que solo uno de los padres ejerza la tenencia implica un desgaste emocional para el otro padre/madre que, habiendo realizado desde que nacieron sus hijos todas y cada una de las funciones inherentes a tal condición, necesitan el consentimiento de la ex-mujer/marido para consolidar algo tan esencial como es la alternancia en el cuidado y vigilancia de sus hijos y representa una especie de atentado a la dignidad personal.

30 BERTOLDI DE FOURCADE, María V. y FERREYRA DE LA RÚA, Angelina, Régimen procesal del fuero de familia, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 5.

31 CNYA: Artículo 82.- Variación de la Tenencia.- Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

Es otorgarle el derecho de veto a quién se sabe que lo puede ejercer.³²

El régimen de visitas debe resultar favorecedor y enriquecedor de la relación padres hijos a través de un trato fluido, constante y armónico entre todos ellos. Pudiendo a veces ser necesario comenzar con un régimen de visitas estructurado rígidamente para luego, conforme a su evolución y experiencia, establecerlo en forma más elástica³³.

A). RÉGIMEN AMPLIO

Significa que no hay días, ni horas limitantes para el ejercicio del mismo, surge espontáneamente, mediante un dialogo entre las partes, de una colaboración entre los progenitores.

B). RÉGIMEN DE VISITAS AMPLIO CON DÍAS Y HORAS PREFIJADOS

Se fijan días y horas para ejercer el vínculo paterno-filial, fijados en detalle y forma y el resto del tiempo se puede dialogar. Este formato deja abierta a una ampliación vincular negociada espontánea entre los Progenitores.

C). NO ESTA PROHIBIDO EL VÍNCULO POR FUERA DEL TIEMPO PRE FIJADO

Si no existe ningún régimen de visitas homologado judicialmente, y no existiendo prohibición o restricción de acercamiento, es lícito ver y estar con los hijos en cualquier lugar, lo que a falta de acuerdos entre los progenitores genera enfrentamientos, por lo que se aconseja en caso de conflicto recurrir a la justicia.

D). RÉGIMEN CON DÍAS Y HORAS FIJOS

Existe un señalamiento estricto de horarios y turnos para ejercer el derecho de visitas. No está vedado el vínculo por fuera del tiempo pre-fijado. Se entiende como un vínculo blindado, pero la no mención de "amplio", no significa que no se pueda acceder a los hijos fuera de esa banda horaria, ya sea por negociación, o por espontaneidad, como el ir a verlos a la Escuela, al club, o en la calle. Se suele construir en base al rencor, la rabia y la venganza, con base en el desquite y tal vez los

celos de personas que aún continúan vinculadas emocionalmente (aunque el vínculo conyugal haya espirado antes), son ingredientes fundamentales de la ruta de la sugestión maliciosa³⁴.

20. OBSTÁCULOS EN EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN

Surgen dificultades en el régimen de comunicación, produciéndose roces y malentendidos propios de un sistema poco equitativo. Produciéndose batallas legales en un sistema judicial enfermo gravemente mal preparado para ayudarlos³⁵. Se produce dentro del desbalance existente en la relación paterno – filial, en un contexto en el que se desarrolla el niño o adolescente, por un lado teniendo a uno de sus progenitores más cerca, que afianzará sus vínculos con éste, y por otro, a un progenitor en la mayoría del tiempo ausente, con poca oportunidad para relacionarse con su hijo, produciendo un distanciamiento no deseado.

Siendo esta situación perjudicial para el progenitor, deberá este realizar una o más constataciones policiales para efectivizar su régimen de visitas.

Pudiendo el tribunal ordenar, en forma reservada y cautelar, la constatación, por medio de asistentes sociales, del desarrollo de la vida familiar de cada progenitor a fin de verificar condiciones materiales del alojamiento y condiciones de vida en general.

Cuando las dificultades se plantean por la realidad de un padre incumplidor o, por el contrario, por la existencia de un obstaculizador, el tribunal de familia debe verificar y controlar su forma de cumplimiento con el fin de desactivar estas actitudes, proponer alternativas y prevenir sobre las consecuencias gravosas que la situación puede ocasionarles.

21. TENENCIA COMPARTIDA

El término "Custodia o Tenencia Compartida" (también denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta) implica "la asunción compartida de autoridad y responsabilidad

32 OGAZÓN, Cristina; A los padres, los grandes olvidados, <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Civil/Familia-y-Adopciones/A-los-padres-los-grandes-olvidados.html>

33 MAKIANICH DE BASSET, Lidia, Derecho de visitas, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 18.

34 ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson; La sugestión maliciosa y la padrectomía, nzicavo@ubiobio.cl

35 ROSENBLUM, GAIL; Un divorcio diferente, Star Tribune, julio de 2007, <http://www.serpapadre.org.ar/>

entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes. Para PLACIDO³⁶ la tenencia compartida es la solución menos mala para que se respete el derecho del hijo a crecer cerca de sus progenitores. Por ello, escoger la tenencia compartida significa reconocer que los progenitores tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del hijo. Distintas denominaciones recibe esta institución, tales como: "igualdad de derechos y responsabilidades" (EEUU: Alabama, Michigan), "contacto continuo, frecuente y significativo" (EEUU: Luisiana, Idaho, Montana), "bajo su cuidado y supervisión" (EEUU: Missouri) y "acceso material a ambos (padres)" (EEUU: Pensilvania)³⁷. Redundando todas estas definiciones en el reconocimiento de la responsabilidad de los dos padres para con sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial, ejerciéndola de igual manera sin que dicho suceso provoque transformaciones sustanciales en la formación y aproximación del niño.

El objetivo de la Crianza Compartida es que el hijo no pierda a ninguno de sus padres cuando estos se separan o divorcian. Se busca no separar al niño de uno de uno de sus padres, lo que implicaría someterlo a una semi-orfandad artificial. Surge como la mejor solución al creciente aumento de niños cuyos padres no viven juntos.³⁸

Es, además, una buena forma de recordar a los padres negligentes y a los padres excluidos (y a sus ex compañeros) cuáles son sus responsabilidades. Esto implica, por tanto, que cada uno de los progenitores tendrá que dejar al otro el lugar que le corresponde ante su hijo.

La tenencia más recomendable para el bienestar y desarrollo físico, psicológico, y emocional de todo menor, es la ejercida conjuntamente por ambos padres; en todo caso ante la separación de éstos corresponderá al Juzgador determinar si el demandante cuenta con las condiciones apropiadas para ejercer la tenencia de su menor hijo atendiendo para ello el interés superior del niño.

La legislación que reconoce a esta institución, por lo general dota a los padres de la posibilidad de elegir entre la Custodia Exclusiva y la Compartida,

aunque establece la obligación del juez de orientar y recomendar la segunda alternativa.

Según estudios sociológicos, la simple alternancia no provoca ningún trastorno en el niño, a diferencia de los serios daños que produce la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres. Siendo incontables los estudios psicosociológicos que avalan la custodia compartida pese al escepticismo inicial. Constituyendo los riesgos amenazas menores a comparación de los severos traumas que acarrea la ausencia de uno de los padres en el proceso de formación durante la infancia y la adolescencia.

La custodia compartida pretende, por ello, romper el cliché del padre periférico, que sólo se ocupa de pensiones y visitas con fechas y la falsa percepción de ser este el único modo que el niño perciba que puede contar con ese padre.

Promover una coparentalidad es permitir a los padres y a las madres el establecimiento de un equilibrio entre la vida profesional, la vida familiar y la vida social. Se crea una colaboración dinámica entre los padres, que pueden auxiliarse en sus funciones de garantes de la educación e integridad del niño, de modo que este siempre sienta su presencia.

Entre los beneficios de la custodia compartida es que, en caso de otorgarse la misma, ambos padres pueden influir sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de sus hijos, y tener un contacto permanente con los mismos, evitando de esta manera que el desarrollo del menor se vea perjudicado, y los conflictos emocionales se desarrollan en él por el resto de su vida.³⁹

22. BENEFICIOS DE LA TENENCIA COMPARTIDA

Mediante la tenencia compartida se permite que cada uno ejerza de padre a tiempo parcial, pero de adulto a tiempo completo. Esto es, seguirán ejerciendo de padres, sin descuidar la vida personal de cada uno; conllevando frecuentemente transparencia en esto último. Mediante la convivencia igualitaria no hay padres periféricos. Los hijos sienten que no han perdido a

36 Placido, Alex: Un paréntesis a propósito de la Ley 29269 que incorpora la tenencia compartida como una alternativa para la conservación de la relación parental por el hijo, <http://blog.pucp.edu.pe/item/34937>

37 Plácido V., Alex. Manual de Derecho de Familia. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima. Marzo 2003. pág. 206.

38 FERRARI, Jorge Luis; LA FAMILIA TRAS LA SEPARACION. 1er Congreso internacional de familia "Vivir en familia es un derecho", agosto de 2006, M é x i c o, <http://www.serpapadre.org.ar/>

39 Francia: reforma del derecho de familia y custodia compartida, <http://www.anupa.com.ar/articulos/page2.html>

ninguno de los dos y se beneficia su autoestima al observar los esfuerzos de sus progenitores para estar cerca de ellos

Se produce la inclusión del menor al interior del grupo familiar de cada uno de sus padres.

La cooperación derivada de compartir la custodia entre padres, elimina o reduce los cambiantes compromisos de lealtad de los hijos hacia cada padre que provoca la custodia monoparental. Los niños aprenden a ser solidarios, a compartir, a resolver los problemas mediante acuerdos en vez de litigios, a respetarse entre géneros.

Sin embargo, tal como acota PLACIDO⁴⁰ se debe analizar concienzudamente esta alternativa, desentrañando el verdadero propósito de escoger dicha opción, determinar si se trata realmente de un proyecto común, o es una apariencia para seguir viendo con regularidad a la ex pareja, o es un simple deseo de contrariarla. La tenencia compartida sólo es viable entre padres que se lleven bien, que mantienen canales de comunicación adecuados. De esta manera, se promueve la conservación del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del hijo⁴¹.

23. DESVENTAJAS DE CUSTODIA COMPARTIDA

Mayores costos. Ambos padres deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para los hijos, con insumos repetidos tales como ropa, juguetes y útiles.

Proximidad obligada de ambos hogares. Para la mayoría de las formas de implementar este sistema resulta muy conveniente el que ambos padres residan cerca el uno del otro.

Flexibilidad laboral. Es imprescindible que la forma de sustento de cada padre permita un horario flexible que se adapte a cubrir las necesidades de tiempo para el cuidado de los hijos.

Dificultades en la adaptación del menor a dos casas a dos formas distintas de encarar la vida, a costumbres disímiles, a normas de educación diferentes. Ya que cada casa tiene sus hábitos, sus reglas, sus horarios. Surgimiento de problemas

prácticos y logísticos, tal como alteraciones en las rutinas del niño por el cambio de hogar.

CONCLUSIONES:

1. La tenencia y el régimen de visitas son instituciones del Derecho de Familia encaminadas a la protección del hijo menor y a su educación y tienden al logro de su desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en la vida adulta. La necesidad de otorgar la tenencia de los hijos menores a uno de sus padres y la correlativa determinación de un régimen de visitas surge ante la necesidad insoslayable que se genera por el desmembramiento de la convivencia de los progenitores (divorcio, separación, estado no convivencial del padre/madre.

2. Este "derecho de comunicación" no se limita a padres e hijos, sino que tiene mayor amplitud y es comprensivo, también del contacto del menor con otros parientes, tales como los abuelos y demás ascendientes, descendientes, hermanos.

3. La familia se manifiesta a través de múltiples formas siendo necesario adaptar el régimen legal a toda esa variedad de situaciones a fin de garantizar el ejercicio de los derechos de todos.

4. No debe confundirse los problemas de los padres y de los adultos ni deben afectar al niño. Quien tiene el derecho a gozar del cariño, del afecto y del tiempo del padre y de la madre. Siendo necesario mantener los vínculos filiales, ni impedir el desenvolvimiento de los vínculos parentales.

5. La autoestima del menor queda averiada de por vida por el alejamiento parental. Provocando falta de confianza en sí mismo por el desafecto que ha sufrido. Esto suele generar actitudes muy individualistas, de aislamiento, de agresión, de inestabilidad y de celos atroces.

6. La interrupción de la patria potestad solo se justifica en el caso de que uno de los padres demuestre conductas incorrectas o delictivas, siendo el juez quien la determine.

7. El régimen de visitas podrá, al igual que el de tenencia, ser acordado entre los padres. Sólo ante la falta de acuerdo procede su determinación por vía judicial.

40 Placido, Alex: Un paréntesis a propósito de la Ley 29269 que incorpora la tenencia compartida como una alternativa para la conservación de la relación parental por el hijo, <http://blog.pucp.edu.pe/item/34937>

41 Placido, Alex: Ob.cit.

8. Cuando se plantean dificultades en el régimen de comunicación es conveniente que las partes acepten sugerencias de los consejeros de familia o del órgano jurisdiccional.

9. Respecto de la forma de cumplimiento efectivo de las visitas, el juez podrá establecerlas utilizando reglas más o menos elásticas o más o menos rígidas, según las características del caso, y teniendo en cuenta como dato preponderante lo expresado por los progenitores y el interés del menor, quien puede ser escuchado.

10. No debe vincularse el incumplimiento del régimen de visitas al menor con el incumplimiento de la obligación alimentaria. Situación que mantiene la ley al establecer la “acreditación con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria...”

11. La tenencia compartida de los hijos no ofrece dificultades cuando ambos progenitores conviven pues ejercen ambos la titularidad de la autoridad parental. Se viene implementando en nuestro sistema jurídico, teniendo entre sus beneficios el permitir garantizar el equilibrio emocional y psicológico de aquellos menores que atraviesan la experiencia de presenciar la separación de sus padres.

12. El padre representa la autoridad, permite la interiorización de la ley, de los límites a respetar y tiene también un rol en la construcción de la identidad sexual del niño. El rol de la madre, que ha comenzado con el embarazo, es dar satisfacción a todas las necesidades del niño. Lo cual es absolutamente necesario en los primeros meses de vida donde el niño no tiene ninguna autonomía, pero que se torna nocivo en el largo plazo.