Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Pautas para hacer ejecutable la tenencia compartida

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Maria del Socorro Nayely ESPINOZA MUÑOZ

ASESOR

Dr. Manuel Alexis BERMÚDEZ TAPIA

Lima, Perú

2020



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Espinoza, M. (2020). *Pautas para hacer ejecutable la tenencia compartida*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

Información complementaria

Código ORCID del asesor (es)	0000-0003-1576-9464
Autor **DNI (Obligatorio)**	María del Socorro Nayely Espinoza Muñoz. DNI No. 43462779
Asesor **DNI (Obligatorio)**	Manuel Alexis Bermúdez Tapia DNI No. 09854795
Código ORCID del autor	“ ” –
Grupo de investigación	“ ” –
Financiamiento	“ ” –
Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación (incluirse localidades y/o coordenadas geográficas).	País; República del Perú – Provincia y Departamento de Lima. Latitud : -12.0621065 Longitud : -77.0365256
Año o rango de años que la investigación abarcó.	La investigación se realizó en el período comprendido entre el 2017 – 2019. La información recaudada comprende entre el 2014-2019.
Disciplina	Derecho http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los veintisiete días del mes de enero del año dos mil veinte, siendo las quince horas, bajo la Presidencia del Dr. Enrique Antonio Varsi Rospigliosi y con la asistencia de los Profesores: Dr. Napoleón Cabrejo Ormachea, Mg. Jorge Alberto Beltrán Pacheco, Dr. Jorge Arturo Andujar Moreno y Mg. Manuel Alexis Bermúdez Tapia y la postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller ***María del Socorro Nayely ESPINOZA MUÑOZ,*** *procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada:* ***"PAUTAS PARA HACER EJECUTABLE LA TENENCIA COMPARTIDA".***

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

APROBADA CON LA CALIFICACIÓN MUY BUENO (17)

A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial a la Bachiller en Derecho ***María del Socorro Nayely ESPINOZA MUÑOZ.***

Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. Enrique Antonio VARSI ROSPIGLIOSI
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal

Dr. Napoleón CABREJO ORMACHEA
Miembro
Profesor Auxiliar

Mg. Jorge Alberto BELTRÁN PACHECO
Jurado Informante
Profesor Auxiliar

Dr. Jorge Arturo ANDÚJAR MORENO
Miembro
Profesor Invitado

Mg. Manuel Alexis BERMÚDEZ TAPIA
Asesor
Profesor Invitado

PÁGINA DE JURADO

_____

Presidente

_____

Secretario

_____

Miembro

DEDICATORIA

Esta investigación es dedicada a Dios, a mi amada “Meme” y a mis padres por su motivación constante e inspiración. Asimismo, a todos los progenitores deseosos de ejercer su rol plenamente en la crianza de sus hijos con la esperanza que este aporte contribuya a tan nobles fines.

AGRADECIMIENTO

Reciba mi agradecimiento sincero Dr. Manuel Bermúdez Tapia, asesor de esta tesis, por constituirse en pieza medular del inicio, desarrollo y conclusión de esta investigación, por su disposición real para orientarme, absolver mis inquietudes y alentarme a continuar.

Asimismo, agradezco a todas las personas que colaboraron con la investigación sin duda fue muy valioso su aporte.

RESUMEN

La tenencia compartida es una figura jurídica de gran relevancia en el ámbito del Derecho de Familia, con alcances en el Derecho Civil, Derecho Procesal Civil y Derecho Constitucional, principalmente porque es un mecanismo de tutela de derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados en el conflicto familiar protagonizado por sus progenitores; ya que permite materializar de forma plena su derecho especifico a un contacto natural, fluido y directo con sus progenitores quienes ejecutarán su derecho a la parentalidad, generándose de ese modo, el derecho a la coparentalidad cuyos titulares son los primeros mencionados.

De este modo, se plantea el análisis de una situación que provoca dos situaciones específicas, las cuales permiten delimitar el panorama evaluativo de derechos de los sujetos involucrados en una situación familiar en crisis; resultando necesario que se diferencien a los *sujetos procesales* de los *sujetos involucrados en el conflicto familiar.*

De esta manera los progenitores pueden materializar su derecho a la corresponsabilidad que en términos objetivos no habían sido reconocidos expresamente en la Convención Sobre los Derechos del Niño, porque este Documento de valor Internacional había sido diseñado sólo desde una perspectiva: la de tutelar los derechos de las personas *menores de edad* que delimita el contexto de los “niños”, “niñas” y “adolescentes” conforme nuestra legislación.

En nuestro país la tenencia compartida fue incorporada en nuestra legislación el 17 de octubre de 2008, mediante la Ley N° 29269, a través del cual se modificó el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, iniciativa pionera en el mundo, al ser el Perú el primer país en regularla

normativamente, superando el concepto tradicional de la *Patria Potestad* con una vigencia aproximada de 25 siglos.

Sin embargo, al aplicarse la técnica de recolección de datos en la investigación de Tesis, consistente en la realización de un entrevista semi estructurada a Magistrados expertos y especializados en la materia; así como, la de análisis documental a sentencias casatorias sobre tenencia compartida, se verificó que la inicial hipótesis que se tenía sobre este *problema de investigación,* se confirmaba al generarse la referencia de que los Jueces de Familia no aplicaban esta figura legal por considerarla inejecutable; no obstante, dicha conclusión es consecuencia de una inadecuada aplicación de los principios como el interés superior, opinión de niño, entre otros, restringiendo su uso solo para los casos en que exista una relación cordial entre los progenitores, todo lo cual, aunado a la concepción civilista del proceso de familia que conservan, da como resultado una deficiente motivación de sus resoluciones judiciales.

De igual manera, planteamos en nuestra hipótesis tres elementos en los cuales se fundamenta nuestra posición:

a) La igualdad material de los progenitores, en particular por mantener una relación natural y legal sobre sus hijos.

b) La prohibición de establecer alguna situación discriminatoria en función al género del progenitor, en particular del que no tiene el derecho a mantener la tenencia física de su hijo.

El interés superior del niño, en particular para que aquél conserve una relación con sus progenitores, sin importar el contexto del conflicto de los mismos, porque se debe detallar que esta es una “relación” paralela a la que establecen los progenitores[*].

---

[*] En este punto corresponde detallar que la “relación entre los progenitores” es equivalente a los derechos y obligaciones existente entre ellos, pero que es totalmente diferente “relación

Del mismo modo, se verificó que al analizar ciertos aspectos personales y sociales importantes para resolver los casos de la materia (el nivel de relacionamiento emocional existente entre progenitores e hijo, la proximidad territorial entre ellos, sus horarios y actividades personales y otros) los juzgadores emplearon razonamientos jurídicos no concordantes con los principios y derechos que propugnan la Convención mencionada.

Una distorsión provocada por la *manera tradicional* de resolver conflictos familiares que se han judicializado que contrasta con la tendencia progresiva y tutelar de ampliar los derechos en el ámbito familiar, principalmente porque esta especialidad ha sido influenciada por una tendencia que lo ha constitucionalizado

En ese sentido, y a partir de los resultados mencionados, determinamos que los mecanismos o pautas que requieren ser implementados para hacer ejecutable a la tenencia compartida como una forma de solución a los conflictos jurídicos socio-familiares de tenencia judicializados, son los siguientes: i) Promulgación de una Ley que modifique el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes; ii) Implementación de la justicia terapéutica en los procesos judiciales sobre tenencia (compartida o monoparental); y, iii) Establecer pautas interpretativas de los criterios a evaluar para que se determine judicialmente la tenencia compartida.

Palabras clave: Tenencia, tenencia compartida, coparentalidad, corresponsabilidad, principio del interés superior del niño, derecho a la opinión, justicia terapéutica.

---

individual de un progenitor con su hijo", el cual implica una condición natural, personal y familiar totalmente distinta a la generada entre los progenitores. Por tanto surgen tres niveles de relaciones: a) Entre los mismos progenitores, b) Entre el progenitor con tenencia sobre el hijo, c) Entre el progenitor con un régimen de visitas, el cual está condicionado y limitado por el otro progenitor, que puede provocar o situaciones de Alienación Parental o Padrectomía. Estos tres niveles pueden ser limitados con la *Tenencia Compartida.*

ABSTRACT

The shared custody is a figure legal of great relevance in the ambit of family law, with reaches in the civil law, civil procedure law and constitutional law, mainly because is a mechanism of tutelage of rights of the children and teenagers involved in a familiar conflict occasioned by their progenitors, since it allows to materialize fully their specific right to a natural, fluid and direct contact with their parents, generating the right to co-parenthood, whose owners are the first mentioned.

Thereby, it poses the analysis of a situation that provoke two specific situations, which allow delimit the evaluative panorama of rights of the involved subjects in a familiar crisis, resulting necessary differentiate the *procedural subjects* and the *subjects involved in the familiar conflict.*

In this way, the progenitors can materialize their righst to coresponsibility that in objectives terms had not been expressly recognized in the Convention about the rights of the child, because in this document the international value has been designed just since a perspective: of tutelary the rights of *underage* people that delimit the context of “children” and “teenager”, according out legislation.

In our country, the shared custody was incorporated in our legislation on October 17, 2008, by means of the law Number 29269, by which it was modified the article 81 del code of Children and Teenager, pioneer initiative in the world, being Peru, the first country to regulate normatively, overcoming the traditional definition of *authority of parents* with a approximate validity of 25 centuries.

However, to applying the technique to data collection in the thesis´s research consistent in the realization of a semi structured interview to experts magistrates and specialized in the subject, as well as the documental analysis of casatory sentences about shared custody, it verified that the initial hypothesis about this *research problem,* was confirmed to generate the reference that the

judges of family did not apply this legal figure for considering it unenforceable, nonetheless, this conclusion is consequence of an inadequate application of principles, like the superior interest, opinion of the child, and more, restricting it use only for the cases, which exist a cordial relation between progenitors, joined to the civilista conception of the process of the family that preserve, give as a result a deficient motivation of their judicial resolutions.

In the same way, it poses in the hypothesis three elements, which it bases this position:

a) The material equality of the progenitors, in particular to maintain a natural and legal relationship on their children.
b) The prohibition to establish any discriminatory situation in function to the gender of progenitor, in particular, of the one who does not have the right to maintain the physical custody of the child.
c) The superior interest of the child, in particular for who conserves a relationship with their progenitors*, it does not matter the context of the conflict of them, because it is a parallel relationship in comparison which they have with the child.

Similarly, it verified that when analyzing some personal and social important aspects to solve the cases of the matter (the level of emotional relationship between the progenitors and child, the territorial proximity between them, their

---

*In this point, it corresponds to detail that the “relationship between progenitors” is equivalent to the rights and existents obligations between them, but is totally different to the “individual relationship of a progenitor with the child”, which imply a natural, personal and familiar condition totally distinct to the generated between the progenitors. So, it arises three levels of relationship: a) Between the progenitors, b) Between the progenitors with custody on the child, c) Between the progenitor with a regimen of visits, which is conditioned and limited for the other progenitor and can provoke situations like parental alienation or fatherhood. These levels can be limited with the Shared custody.

schedules and personal activities, and more), the judges employed not concordant legal arguments with the principles and rights advocated by the aforementioned convention.

A provoked distortion for the *traditional way* of solving familiar conflicts that had been judicialized, which contrasts with the progressive tendency and tutelary of extending the rights in the familiar ambit, mainly because this specialty has been influenced for a tendency that has been constitutionalized.

In this sense, and from the mentioned results, it determines that the mechanism and guidelines that require being implemented to do executable the shared custody as a way of solution in the judicial socio-familiars conflicts of judicialized custody are the following: i) Promulgation of a law that will modify the articule 81 of the Code of the children and teenager; ii) Implementation of the therapeutic justice in the judicial process about custody (shared or single parent); y, iii) Establish interpretatives guidelines of the criteria to assess, for determining judicially the shared custody.

Key words: custody, shared custody, co-parenting, co-responsibility, values of superior interest of child, right to opinion, therapeutic justice.

INDICE GENERAL

PÁGINA DE JURADO ii

AGRADECIMIENTO iv

RESUMEN v

ABSTRACT viii

CAPITULO I: 1

MARCO INTRODUCTORIO: 1

Elementos preliminares. 1

1.1. Planteamiento del problema. 5

1.2. Formulación del problema 7

1.3. Formulación de la hipótesis 8

1.4. Objetivos de la investigación. - 9

1.4.1 Objetivo general 9

1.4.2. Objetivos específicos 9

1.5 Justificación de la investigación. 10

CAPÍTULO II: 13

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO 13

2.1 Antecedentes del problema 13

2.1.1 Antecedentes históricos. 13

2.1.2 Investigaciones respecto a la tenencia compartida 18

2.1.3 Regulación de la tenencia compartida en el Perú 34

2.1.4 Desarrollo doctrinario de la tipología de la tenencia compartida.- 36

2.2 Principales corrientes teóricas jurídicas explicativas del problema. 39

2.2.1 El Principio del Interés Superior del Niño. 39

2.2.2 De la “patria potestad” hacía el nuevo paradigma de la “la responsabilidad parental”..... 55

2.2.3 Los principios de coparentabilidad y corresponsabilidad como aspecto fundamental de la tenencia compartida..... 61

2.2.4 Los derechos en dinámica entre los sujetos de derechos que involucran el establecimiento de la tenencia compartida. 65

2.2.5 Consideraciones relevantes sobre la tutela del vínculo familiar. (Inc. 3 del Artículo 9° de la convención sobre los derechos del niño)..... 117

2.2.6 Estudios realizados por la psicología jurídica o forense u otros sobre el impacto de la tenencia compartida..... 140

2.2.7 La Justicia terapéutica en el ámbito del derecho de familia. 149

CAPITULO III: METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN. 154

3.1. Tipo de investigación: 154

3.2 Diseño de investigación. 154

3.3 Método de investigación..... 154

3.4. Método de muestra. 154

3.4.1. Unidad de análisis 155

3.4.2 Población de estudio. 155

3.4.3. Tamaño de muestra. 155

3.4.4. Técnicas de recolección de datos 156

CAPITULO IV: CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS. 246

4.1 Análisis e interpretación del problema planteado 246

4.1.1. Consolidado de resultados de la técnica de entrevista semi-estructurada: 246

4.1.2 Interpretación de resultados de la técnica de entrevista semi estructuradas: 254

4.1.3. Consolidado de interpretación de resultados del análisis documental de las sentencias casatorias sobre tenencia compartida. 256

4.1.4. Interpretación de resultados relacionando el resultado de la t écnica de entrevista semi estructuradas y del análisis documental efectuado a las sentencias casatorias. 259

4.2. Conclusiones de las dos técnicas de recolección de datos aplicadas a la investigación. 261

4.3. Presentación de la postura personal 262

Pauta No. 1: 266

Pauta No 2: 272

Pauta No. 3: 276

4.4. Impacto social de la implementación de la propuesta 294

4.4.1 Visibiliza al niño, niña y adolescente en su calidad de sujeto de derecho.- 294

4.4.2 Contribuye a la igualdad de género desde el plano de la igualdad parental: 295

4.4.3 Reduce los casos de violencia entre progenitores e infantil. 296

CAPÍTULO V: CONSECUENCIAS 299

5.1. Costos de la implementación de la propuesta 299

5.2. Beneficios que aporta la propuesta 299

CONCLUSIONES 301

RECOMENDACIONES 305

REFERENCIAS 308

INDICE DE TABLA

Tabla 1. **Impacto psicológico de la tenencia compartida.** 143
Tabla 2. **Edad y frecuencia de contacto.** 148
Tabla 3 **Caracterización de los sujetos**..... 158
Tabla 4 **Operacionalización de categorías.**..... 162
Tabla 5 **. Respuesta a la pregunta No. 1.** 164
Tabla 6**. Respuestas a la pregunta No.1. (continuación).**..... 168
Tabla 7**. Respuestas a la pregunta No.2.** 174
Tabla 8. **Respuestas a la pregunta No. 2. (Continuación)** 178
Tabla 9**. Respuestas a la pregunta 3.**..... 183
Tabla 10**. Respuestas a la pregunta No. 3. (Continuación)** 190
Tabla 11**. Respuestas a la pregunta No. 4.** 194
Tabla 12**. Respuestas a la pregunta No.4. (continuación)**..... 196
Tabla 13**. Respuestas a la pregunta No. 5** 201
Tabla 14**. Respuestas a la pregunta No.5. (continuación)**..... 204
Tabla 15**. Respuestas a la pregunta No. 6.** 207
Tabla 16**. Respuestas a la pregunta No. 6 (continuación)**..... 210
Tabla 17. **Sentencia Casatoria No.1.** 215
Tabla 18. **Sentencia casatoria No. 2.**..... 218
Tabla 19. **Sentencia Casatoria No. 3.** 222
Tabla 20. **Sentencia Casatoria No.4.** 226
Tabla 21. **Sentencia Casatoria No. 5.** 232
Tabla 22. **Sentencia Casatoria No. 6** 235
Tabla 23. **Sentencia casatoria No.7.**..... 239
Tabla 24. **Sentencia casatoria No. 8.**..... 243
Tabla 25. **Resultado de las respuestas a la pregunta No.1.**..... 247
Tabla 26. **Resultado de las respuestas a la pregunta No.2.**..... 248
Tabla 27**. Resultado de las respuestas a la pregunta No.3.**..... 249
Tabla 28. **Resultados de las respuestas a la pregunta No. 4.**..... 251
Tabla 29. **Resultados de las respuestas a la pregunta No.5.**..... 252
Tabla 30. **Resultados de la respuestas a la pregunta No. 6.**..... 253

Tabla 31. **Consolidado de resultado del análisis de las sentencias.**. .. 256

Tabla 32. **Presentación de postura personal.**..... 262

Tabla 33. **Propuesta legislativa.** 266

. Tabla 34. **Edad y frecuencia de contacto** 279

INDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia 325

Anexo 2: Absolución de consulta del Poder Judicial referente a la tenencia " compartida" en mérito a la Ley de Transparencia. 328

Anexo 3: CD c que contiene la entrevista efectuada a la magistrada Rosa Yanina Solano Jaime 333

Anexo 4: CD que contiene la entrevista efectuada al magistrado Erick Veramendi Flores 334

Anexo 5: CD que contiene la entrevista efectuada a la magistrada Nancy Elizabeth Eyzaguirre Garate..... 335

Anexo 6: CD que contiene la entrevista efectuada al magistrado Jorge Antonio Plascencia Cruz 336

Anexo 7: CD que contiene la entrevista efectuada a la magistrada María Isabel del Rosario Sokolich 337

Anexo 8: CD que contiene la entrevista efectuada a la magistrada Rita Arleny Figueroa Vásquez. 338

Anexo 9: CD que contiene la entrevista efectuada a la magistrada Bethy María Espinoza Rivas..... 339

Anexo 10 : CD que contiene la entrevista efectuada a la magistrada Cecilia Gabriela Gonzales Fuentes. 340

CAPITULO I:
MARCO INTRODUCTORIO:

Elementos preliminares.

La investigación para optar el grado académico de Magíster en Derecho Civil: “pautas para hacer ejecutable la tenencia compartida”, permite detallar de forma expresa nuestro objetivo central y general en la Tesis, sobre todo porque permite evaluar un “problema específico” a través de una hipótesis y el análisis de un marco teórico.

Es preciso indicar que para desarrollar esta investigación tendremos presente la definición de la tenencia compartida esbozada por el profesor (Bermúdez, La evaluación constitucional de derecho en el derecho de familia., 2019, pág. 63) , quien señala “La ‘tenencia compartida’… puede ser definida como el ejercicio equitativo, complementario y compartida de la autoridad parental respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos”. Dado que, la consideramos más exacta y adecuada a la real naturaleza de aquella figura jurídica; además que, es compatible con las definiciones brindadas por otros juristas como son: Lathrop, Herrera, Cataldi, Acuña entre otros.

En este sentido, consideramos especialmente relevante e importante el tema elegido; ya que, es a través de la tenencia compartida que se logra materializar plenamente el derecho a la coparentalidad, el cual es un derecho dualmente reconocido y protegido, porque permite en forma específica la tutela de derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocido en el Artículo 9° de la Convención Sobre los Derechos del Niño; así como también protege los derechos de los progenitores (principalmente de aquellos que no tienen un

contacto fluido y constante con sus hijos), también hace una mejor definición del derecho a la corresponsabilidad parental el que se encuentra recogido en el Artículo 18° de la citada Convención. Cabe precisar que esta figura jurídica fue incorporada legislativamente en nuestro País, de forma muy discreta y sucinta, en el artículo 81° Código de los Niños y Adolescentes en el año 2008.

Sin embargo, conforme lo formulamos como hipótesis, esta figura jurídica no ha tenido el realce que le corresponde dada su importancia para las familias en crisis (divorcio, separación de hecho, conclusión de la unión de hecho o relación libre, u otro); ya que, aún es una figura jurídica escasamente peticionada por los justiciables; y en los casos demandados, los Jueces de la Especialidad de Familia (en su defecto civiles o mixtos) difícilmente la conceden pese a que nuestra legislación vigente posibilita su uso (incluso de oficio) y en su momento su ejecución.

En ese sentido, se evidencia que, nuestro marco normativo existente es insuficiente para lograr que los Jueces Especializados apliquen y en su oportunidad ejecuten la tenencia compartida, contexto al que debe sumarse otros factores como la inaplicación, o aplicación deficiente, de los principios y derechos que contiene la Convención Sobre los Derechos del Niño lo que les hace incurrir en una motivación aparente.

Es precisamente, esa problemática la que nos ha llevado a proponernos como objetivo central el lograr determinar o identificar las más eficaces y mejores mecanismos o pautas que requieren ser implementado para hacer ejecutable la tenencia compartida en el marco de un proceso judicial sobre tenencia (compartida o monoparental) pero principalmente en la vida diaria de un niño, niña y adolescente involucrado en esta clase de conflictos jurídicos socio familiares.

Para alcanzar el objetivo central trazado, la investigación que se efectúa es del tipo cualitativo, con diseño fenomenológico, y el método

utilizado es el inductivo y deductivo; además que, el método de muestreo utilizado es no probabilístico.

Ahora bien, también se cuenta con ocho Magistrados expertos en derecho de familia como unidad de análisis sobre los que se aplicará la técnica de recolección de datos consistente en una entrevista semi estructurada, obteniendo de esa forma su valiosa perspectiva o visión respecto al tema de investigación.

Del mismo modo, contamos con ocho sentencias casatorias sobre tenencia compartida como unidad de análisis sobre las cuales se aplicara la técnica de recolección de datos consistente en el análisis documental, la que nos permitirá conocer el razonamiento jurídico que elaboran los jueces supremos para resolver los casos de tenencia compartida.

A partir de la confrontación y contraste que se efectué de los dos resultados obtenidos por las técnicas de recolección de datos obtenidos se determinará las pautas que brindaremos como contribución a la comunidad jurídica y sociedad para lograr el objetivo de que la tenencia compartida sea una opción real con la que cuenten los niños, niñas y adolescentes miembros de una familia en crisis que se encuentren involucrados en un proceso judicial sobre tenencia.

Finalmente, el estudio se realiza bajo la siguiente estructura: el Capítulo I: Marco introductorio: A través del cual se expone el planteamiento del problema, para luego formular el problema a través de una interrogante; y después postular la hipótesis de la investigación, detallando los objetivos que persigue esta investigación; y finalmente, se procede a exponer los principales motivos por los cuales se justifica la realización de esta investigación científica.

El capítulo II : Marco Teórico; lo atractivo de este capítulo radica en la subtítulo 1.2 , a través del cual se desarrolla porqué es un anacronismo

el seguir utilizando la término patria potestad, la importancia de adecuarnos al nuevo paradigma de responsabilidad parental; las diferencias de los principios-derecho entre coparentalidad y corresponsabilidad, argumentando lo fundamental que resultan para la tenencia compartida.

Del mismo modo, en este capítulo se desarrolló una sección en la que se analizó los derechos de los que son titulares cada uno de los progenitores frente al otro progenitor, el progenitor frente a su hijo, y principalmente, el hijo frente al progenitor; este aporte es importante, pues pone en evidencia que el niño, niña y adolescente es un sujeto de derecho pleno. En este caso, cuando se encuentra involucrado en un proceso judicial sobre tenencia (compartida o monoparental); razón por la cual, el juez especializado debe tratarlo de esa forma e incluso protegerlo frente a las pretensiones propias que puede tener sus progenitores pues sus intereses pueden colisionar

Asimismo, se creó una sección en la que se explicó cuál es la importancia de tutelar el vínculo familiar; para lograr esa comprensión incluso se utilizó jurisprudencia internacional; del mismo modo, se trató sobre las consecuencias de la obstrucción del vínculo familiar; asimismo, se dio énfasis al “síndrome” de alienación parental pues es la práctica más usual y más severa que tienen los progenitores para obstruir el vínculo familiar de su hijo con el otro padre.

De otro lado, a efecto de darle un enfoque interdisciplinario a la investigación científica sobre tenencia compartida, se desarrolla en este capítulo una sección donde se detalla los estudios hallados sobre el mismos desde el campo de la psicológica jurídica la que nos permite contar con información científica respecto al impacto positivo o negativo que produce aquella figura jurídica en los niños, niñas y adolescentes. Finalmente, también se abordó y desarrolló el tema de la justicia terapéutica en el ámbito del derecho de familia.

Ahora bien, de otro lado, en el Capítulo III, se aborda pormenorizadamente la metodología y técnicas que se emplean al desarrollar la investigación; en el Capítulo IV, se analiza e interpreta los resultados obtenidos de las técnicas de recolección de datos usadas para corroborar nuestra hipótesis; para finalmente presentar nuestra postura personal (aporte de solución al problema planteado). Finalmente, en el capítulo V, se desarrolla sucintamente los costos que implicaría implementar las pautas propuestas y los beneficios que generará su aplicación.

1.1. Planteamiento del problema.

El derecho de familia y más específicamente el derecho de la infancia sufrió una gran cambio a nivel mundial desde la promulgación de la Convención Sobre los Derechos del Niño en el 20 de noviembre de 1989; pues trae consigo la ***doctrina de la protección integral*** por el cual se otorga al niño, niña y adolescente la calidad de sujeto de derecho pleno y se les reconoce como titulares de todos los derechos humanos, más los derechos específicos que le corresponde por su singular condición; del mismo modo, incorporó el Principio del Interés Superior del Niño .

Nuestro País se comprometió a observar y adaptar nuestra legislación interna con los postulados de aquel Instrumento Internacional cuando fue suscrita en **1990**, conjuntamente con otros 20 países. A la fecha la Convención Sobre los Derechos del Niño fue prácticamente aceptada por todos los países del mundo con excepción de Somalia y los Estados Unidos de Norteamérica.

Uno de los principales derechos específicos que reconoce la mencionada Convención es el derecho a la coparentalidad que tiene todos los niños, niñas y adolescentes (Art. 9); y desde la perspectiva de los progenitores su derecho a la corresponsabilidad (Art. 18) como expresión de su Igualdad Parental, derechos que son materializados de forma plena a través del uso o aplicación de la figura jurídica de la tenencia compartida, también denominadas: custodia compartida o joint custody.

En nuestro País, la tenencia compartida fue incorporada en nuestra legislación, el 17 de octubre de 2008 (18 años después a la suscripción de la Convención) a través de la promulgación de la Ley N° 29269 la que modificó el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; es decir, hace más de diez años aproximadamente los niños, niñas y adolescentes cuentan con esta opción para que se aplique a su vida familiar en crisis (por divorcio, separación de unión de hecho o cuerpos o unión libre, entre otros) además de la tenencia exclusiva o monoparental.

En este punto corresponde detallar que la Convención y la Ley Nº 29269 tenían objetivos diferentes, principalmente por los *sujetos a ser protegidos* pero que al tener una complementación en cuanto a niveles de tutela se pueden desarrollar en forma conjunta, derivada y secundaria porque la premisa de *tutelar derechos* se había establecido primero para *niños, niñas y adolescentes* considerados un grupo vulnerable en el ámbito de la Convención, factor equivalente al de los progenitores sin tenencia (sin identificación de ser o varón o mujer) en el ámbito de la vigencia del Código Civil de 1984.

Sin embargo, a la fecha no se advierte preocupación alguna por darle mayor desarrollo legislativo a la tenencia compartida de lo ya efectuado a través de artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes; tampoco se aprecia que sea empleada en el ámbito jurisdiccional por los Jueces especializados en los procesos judiciales de tenencia (monoparental o compartida), advirtiéndose ello debido a la escasa jurisprudencia obtenida sobre esta figura jurídica frente a la abundante existente sobre tenencia monoparental o exclusiva[2]; se evidencia ello también; dado que, la Gerencia

[2] Jurisprudencia obtenida del buscador de casaciones que ofrece el portal Web del Diario Oficial “El peruano”.

de Informática del Poder Judicial informó que la base de datos de expedientes del Sistema Integrado Judicial – SIJ implementado en la Sede Principal de la Corte Superior de Justicia de Lima carece de un indicador de tenencia "compartida" que permita conocer con exactitud los casos en que se dictó o estimó este tipo de pretensión (ver Anexo 1, Pág. 327); sin embargo, es evidente que son casos muy excepcionales en los que se aplica o dicta esta figura jurídica.

Es precisamente el conocer esta realidad, lo que motiva a efectuar la presente de investigación científica, pues consideramos que la principal lucha que libran las familias que se encuentran atravesando alguna clase de crisis es precisamente no ser desintegradas, mantenerse en la medida de lo posible intactas para sus hijos (niños, niñas y adolescentes) o al menos esa debe ser la aspiración ideal que deben tener los progenitores; siendo la tenencia compartida la que coadyuva a materializar ese objetivo.

Por tanto, es nuestra finalidad que a través de la implementación de las pautas o mecanismos idóneos que serán identificados al culminar nuestra investigación científica, se lograr que la tenencia compartida sea aplicada por los Jueces de la especialidad de forma muy preferencial en los procesos judiciales sobre tenencia (monoparental o compartida); y en su momento, sean ejecutadas sin mayores inconvenientes, pues de ese modo es que realmente se brinda la protección integral que propugna la Convención antes citada.

1.2. Formulación del problema

El problema a ser resuelto en la presente investigación científica consiste en dar respuesta a la interrogante: ¿Cuáles son las pautas que deben implementarse para hacer ejecutable a la tenencia compartida como una forma de solución a los conflictos jurídicos sociofamiliares de tenencia judicializados?

1.3. Formulación de la hipótesis

El marco normativo nacional y supranacional (Convención sobre los Derechos de Niño) sobre tenencia es insuficiente para que en el plano material o real los Jueces especializados de Familia apliquen, y en su momento ejecuten, la tenencia compartida; otros factores determinantes para ello, radican en que los Jueces especializados conservan una concepción civilista del proceso de familia, efectúan una motivación aparente de sus resoluciones judiciales (sentencias) al inaplicar o aplicar deficientemente los principios y derechos que contiene la Convención antes mencionada.

Complementamos nuestra hipótesis, sobre la base metodológica de plantear una "solución" al problema material observado en el ámbito judicial, con la determinación de tres elementos, en los cuales se fundamenta nuestra posición:

a) La tutela de la igualdad material de los progenitores, en particular por mantener una relación natural y legal sobre sus hijos, elemento que proviene de los fundamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fornerón e hija vs. Argentina (2012)

b) La prohibición de establecer alguna situación discriminatoria en función al género del progenitor, en particular del que no tiene el derecho a mantener la tenencia física de su hijo, tomando en cuenta el contenido del caso Tudela Van Breugel Douglas contenida en la STC Nº 1317-2008-PHC/TC.

c) El interés superior del niño, en particular para que este conserve una relación con sus progenitores, sin importar el contexto del conflicto de los mismos porque se debe detallar que esta es una "relación" paralela a la que establecen los progenitores, conforme al caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, donde se establece que ningún hijo puede verse

limitado por alguna condición o situación del progenitor, porque no se puede quebrar una relación natural.

1.4. Objetivos de la investigación. -

1.4.1 Objetivo general

Determinar, a partir del estudio efectuado, las pautas o mecanismos que son necesarios implementar, para que la tenencia compartida sea usada y ejecutada, en el plano real o material, por los Jueces Especializados de Familia cuando resuelvan los conflictos jurídicos sociofamiliares sobre tenencia.

1.4.2. Objetivos específicos

- Conocer la doctrina jurídica y de otras disciplinas en la que se sustenta o respalda la tenencia compartida.
- Dar a conocer el derecho que tienen los hijos a mantener las relaciones con sus progenitores (coparentalidad) y de éstos últimos a ejercer su rol en igualdad de condiciones (corresponsabilidad).
- Conocer la concepción que tienen los Magistrados (jueces y fiscales) especializados en derecho de familia en el Distrito Judicial de Lima, en ejercicio del cargo, respecto al uso y ejecución de la tenencia compartida.
- Conocer el razonamiento jurídico que utiliza los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú para resolver los casos que conoce sobre tenencia compartida.

1.5 Justificación de la investigación.

El tema materia de investigación científica es relevante, necesario y urgente estudiarlo, conocerlo y aplicarlo pues la familia como tradicionalmente la conocimos sufrió grandes trasformaciones afectando a su composición, organización y funcionamiento de aquellas; principalmente por qué lo usual en nuestros tiempos es que las familias afronten crisis de diversas naturalezas (ruptura matrimonial, de la unión de hecho o fueron únicamente una unión libre) generando también consecuencias en los niños, niñas y adolescentes que la integran.

Es precisamente ese, el grupo etario olvidado, en este tipo de conflicto jurídico socio familiar; pues la justicia no ha sabido brindarle la protección integral que propugna la Convención Sobre el Derecho del Niño. Nuestro Sistema Jurídico, pone en evidencia nuestra afirmación; dado que, ya pasó más de diez años desde que la tenencia compartida fue incorporada en nuestra legislación especializada.

Sin embargo, a la fecha su uso es muy limitado por los Jueces especializados en los procesos judiciales de tenencia (monoparental o compartida), advirtiéndose ello debido a la escasa jurisprudencia obtenida sobre tenencia compartida frente a la abundante existente sobre tenencia monoparental o exclusiva [3.]

Además se pone de manifiesto algún grado de despreocupación por parte de las autoridades del Poder Judicial respecto al estudio, uso o aplicación la tenencia compartida; dado que, la Gerencia de Informática del Poder Judicial informó que la base de datos de

---

3 Jurisprudencia obtenida del buscador de casaciones que ofrece el portal Web del Diario Oficial “El peruano”.

expedientes del Sistema Integrado Judicial – SIJ implementado en la Sede Principal de la Corte Superior de Justicia de Lima carece de un indicador de tenencia “compartida” lo que impide conocer con certeza el número de casos en que fueron concedidas.

Como consecuencia manifiesta que se deriva de la no concesión de la tenencia compartida en los procesos judiciales sobre tenencia (monoparental o compartida) es que origina que a un gran porcentaje de niños, niñas y adolescentes (cuyas familias se encuentra en crisis) se les prive de su derecho a la coparentalidad; y de la otra cara de la moneda, a sus progenitores su derecho a la corresponsabilidad cuyo sustento radica en el derecho a la igualdad parental.

Una familia desintegrada, vencida por la crisis y que se rige por una tenencia monoparental o exclusiva, genera, por lo menos, un progenitor indiferente a las necesidades emocionales de su hijo al no ejercer su rol parental plenamente más allá de su obligación alimentaria y de visitas; y de otro lado; también genera niños, niñas o adolescentes desvinculados o debilitados afectivamente hacía uno de sus progenitores y familiares de aquél poniéndole en una situación de semi orfandad.

Los desacuerdos sobre la tenencia, visitas o alimentos de los hijos en muchos casos generan manifestaciones de violencia entre los progenitores e inclusive que los padres ejerzan violencia hacía sus propios hijos (obstrucción del vínculo parental o actos de manipulación, alienación o coacción) para lograr sus fines de obtener la tenencia monoparental o exclusiva. Siendo esas las razones que nos motivó a escoger este tema para nuestra tesis.

La presente investigación científica cuenta con el aporte valioso de ocho Magistrados expertos en familia (4 del Poder Judicial y 4 Ministerio Público), en el ejercicio del cargo y de diferentes instancias judiciales, quienes nos permitirán conocer la concepción que tienen los jueces y fiscales sobre la tenencia compartida.

Asimismo, se cuenta con ocho sentencias casatorias sobre tenencia compartida cuyo aporte significativo radica en que nos permitiría identificar la línea de razonamiento jurídico que practican los jueces supremos en los casos sobre tenencia compartida.

De los resultados que se obtenga de las técnicas de recolección de datos aplicadas, estos resultados serán contrastados entre sí para que de forma conjunta nos permita determinar las mejores y más pertinentes pautas que se requieren implementar para que la tenencia compartida se dictada y en su momento ejecutada por los Jueces Especializados; convirtiéndose en una realidad aplicada a la vida diarias de los niños, niñas y adolescentes integrantes de una familia en crisis.

Estimamos que el impacto que tendrá nuestra investigación científica será de alcance nacional, en todas las familias independientes de su nivel socioeconómico; ya que, como es reconocida la familia es la célula básica de la sociedad; en ese sentido, la tenencia compartida protegerá a la familia en crisis; y en especial a los niños, niñas y adolescentes que la integran pues a través de su uso se les protege de la vulneración de sus derechos conforme lo exige el principio de interés superior del niño y la doctrina de la protección integral recogida en la Convención Sobre los Derechos del Niño.

CAPÍTULO II:

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes del problema

2.1.1 Antecedentes históricos.

A efecto de conocer el origen histórico legal de la figura jurídica de la tenencia compartida, consideramos necesario referirnos a lo afirmado por la autora (Lathrop, 2008) quien señala que esta institución se gestó inicialmente en el Derecho anglosajón en el año 1925, cuando se promulgó en Inglaterra la norma: ***The guardianship of Infants Act***, siendo el primer documento juridico que reconoce a la madre los mismos derechos respecto a sus hijos que ostentaba históricamente el progenitor a través de una potestad suprema, exclusiva y excluyente.

Agrega además que, aquel instrumento legal consagró, que en los casos de guarda y custodia debe velarse por la consideración suprema del bienestar de los niños, principio que en los diez subsiguientes años fue incorporado en la legislación australiana; y además, en la Section 1 de la The Children Act de 1989 (Inglaterra).

La autora (Lathrop, 2008) indicó que aquella incorporación legislativa tuvo como objetivo concretar la igualdad material entre el hombre y la mujer en el núcleo familiar, conforme lo demandaban las ideologías feministas en el marco de la revolución social que brotaba fuertemente en Estados Unidos. De ese modo, se sentaron las bases jurídicas para que se defienda una nueva estructura de la familia en caso de divorcio de los progenitores.

La acotada autora también manifestó que es el Derecho estadounidense la que tiene la legislación más avanzada sobre la custodia compartida, ésta en su desarrollo histórico - jurídico se acogió a distintas doctrinas como son "*los años tiernos";* el "criterio del mejor interés de los hijos"; la "custodia compartida *per sé",* el "dador de cuidados básicos"; la "regla de la dualidad paterna/dual responsabilidad"; y la "regla de la aproximación". Sobre aquellas doctrinas (Lathrop, 2008), señaló:

- *La doctrina de los "años tiernos" o de la "preferencia materna" (tender years o maternal preference).*

Germinó por el año 1880 en Inglaterra, fue aplicada hasta la década de los '70 en los Estados Unidos, su apogeo se dio en el Siglo XX. Su fundamento radica en la presunción de que toda mujer *per sé* goza de todas las cualidades para atender a sus hijos; debido a ello, las custodias de los niños de corta edad eran otorgadas a sus madres salvo los casos en que se evidenciaba de forma manifiesta alguna incapacidad.

La indicada autora precisó que culminando el Siglo XX, los movimientos feministas exigieron que se abandone la presunción legal que propugnaba esta doctrina; dado que, consideraban que reforzaba los estereotipos de género atribuidas a las mujeres respecto a sus funciones de madre. Siendo California el primer Estado en abandonar la doctrina que nos ocupa para instaurar un modelo neutral de género, a través de la reforma legislativa introducida la ley de 17 de agosto de 1972, por el cual se suprimió la preferencia de la madre para que ejerza la custodia de los hijos de escasa edad.

Es necesario resaltar que en nuestro País, se encuentra aún presente esta doctrina en el literal b) del artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes al indicar que la persona menor de tres años de edad permanecerá con su madre.

- *Doctrina de la custodia conjunta o custodia compartida (joint custody)*

(Lathrop G., 2008.) Refiere que la doctrina mayoritaria señaló que el sistema de custodia conjunta en Estados Unidos fue introducido por primera vez en California en 1979; sin embargo, precisa que en 1967 se aprobó en Carolina del Norte un estatuto en la que se permitía que luego de divorcio se podía optar por el joint custody en caso de esa manera se garantizaba mejor el interés del hijo.

A través de esta figura jurídica los hijos pueden convivir con sus progenitores, por períodos alternos o sucesivos, en cuyo lapso de tiempo ejercen sin exclusión los derechos y funciones que deriven de su autoridad parental. Agrega que bajo esta doctrina, únicamente se encuentra en discusión con qué progenitor residirá el hijo y cuál de ellos le brindará de forma cotidiana o diaria los cuidados personales.

Agrega que la denominada *joint custody* debe ser comprendida atendiendo a que en el derecho anglosajón no se contempla la figura jurídica de la patria potestad, por ello en aquel sistema jurídico, únicamente se refieren a la guarda y custodia de los hijos. En tal orden de ideas, ese sistema jurídico contempla la sole custody (custodia individual) en la que se establece que uno de los progenitores tiene la guarda y custodia del hijo; y el otro progenitor, solo ostenta un régimen comunicacional ; y, la otra tipología es la joint custody la que se debe comprender de la siguiente manera: (a) Joint legal custody: A través de este instituto ambos progenitores en condiciones de plena igualdad pueden adoptar respecto a su hijo decisiones relativas a todos los aspectos de su vida como su desarrollo físico, psicológico, social, intelectual, emocional; entre otros. (b) Joint physical custoy: Este aspecto se encuentra a la residencia del hijo; ya que, en este en esta

modalidad cada uno de los progenitores vive con su hijo en períodos sucesivos en lo posible por tiempos similares, las cuales se pueden efectuar en diversas modalidades según sus propias necesidades.

- La doctrina del dador de cuidados básicos *(primacy caretaker presumption o primary caregiver).*

Sobre el particular (Lathrop G., 2008.), señaló que ésta germinó en Estados Unidos finalizando la década de los ’80, en las legislaciones de los estados de Minnesota y West Virginia con la meta de establecer nuevos criterios relativos al cuidado de los hijos como una alternativa a los conceptos de *favor filii* y la custodia compartida.

Es necesario señalar, que ésta doctrina exige se evalué cómo era la vida familiar del hijo previo al divorcio de sus progenitores a efecto de determinarse con cuál de ellos construyó un vínculo afectivo más fuerte y le brindó un mayor cuidado personal hasta antes de la crisis matrimonial. Todo ello, sin desdeñar la labor irremplazable que efectúa el otro padre, en cuyo favor se fija un régimen comunicacional. En otras palabras, lo esencial para esta doctrina radica en conservar o preservar las relaciones que sostuvieron los niños, niñas y adolescentes con el progenitor que ejerció la crianza y cuidado primario en el transcurso de la vigencia del matrimonio, independientemente del sexo de aquellos.

En nuestra legislación esta doctrina es aprecia en el literal a) del artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes cuando preceptúa que “el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo en caso le haya sido favorable”

- Doctrina de la dualidad paterna/dual responsabilidad *(dual parent/dual responsability).*

(Lathrop G., 2008.) , respecto a ésta doctrina manifestó que es creación de K. Czapanskiy, quien partió de la premisa de que se debe conservar el régimen comunicacional y el sostenimiento del hijo aun cuando la familia de aquél se encuentre en crisis. En ese sentido, no sólo enfatiza en el número de horas que el progenitor e hijo comparten; sino también, en la frecuencia y normalidad en que aquél participa en la vida de sus hijos. Indica también que, esta doctrina tiene como meta que los dos progenitores brinden todas prestaciones que puedan ofrecer a su hijo, sin perjuicio de, cuenten con un espacio para las necesidades legítimas que como progenitores puedan requerir durante la minoría de edad del hijo

- Regla de la aproximación *(approximation rule).*

La autora (Lathrop, 2008), refiere que esta teoría fue gestada por Elizabeth Scott, en la década de los ’90, siendo su objetivo que la custodia proporcione a los hijos, en la mayor medida posible, la vida familiar que sostenían antes de la separación o divorcio de los progenitores. Es debido a ello, que no se encuentran de acuerdo con la existencia de un padre “custodio” y otro “no custodio” y de las “visitas”.

2.1.2 Investigaciones respecto a la tenencia compartida

2.1.2.1. Investigaciones internacionales: (Duarte, 2015) en su tesis titulada "Custodia compartida en Colombia, análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado", presentada en la Universidad Nacional de Colombia, para la obtención del grado académico de Magister en Derecho de Familia, cuya investigación se estableció como tipo descriptiva, diseño documental, enfoque cualitativo, nivel descriptivo, concluye:

> "Desde una perspectiva amplia la participación de ambos padres, aún después de la separación o el divorcio, en el cuidado de los hijos menores es una práctica sujeta a factores culturales, étnicos y religiosos, con desarrollo legislativo y jurisprudencial en varios Estados de la Unión Europea y de Norteamérica, señalando que falta de definición expresa en países como Argentina, Colombia, México y Portugal. En cada ordenamiento jurídico, esta institución del derecho de familia se ha vinculado de manera diferente a las nociones de patria potestad y de autoridad parental, superando poco a poco la mera definición de la responsabilidad civil del padre en el cuidado – costo y cuotas de custodia – para adentrarse en la definición de periodos de convivencia y en la competencia para ordenar pautas de crianza, atención, educación e instrucción". ***(Duarte, 2015, pág. 65)***

(Fernández E. , 2017) en su tesis titulada “Custodia compartida y protección del menor”, presentada en la Universidad Complutense de Madrid, para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho Civil, investigación que se estableció como tipo descriptiva, diseño documental, enfoque cualitativo, nivel descriptivo, en la que se concluyó :

> “Con la finalidad de preservar el principio de igualdad de los progenitores en un contexto de separación o divorcio se recomienda que la titularidad de la patria potestad y su ejercicio permanezcan de manera compartida en beneficio de los hijos menores de edad. Agrega que, de esa manera se propugna que los progenitores asuman con éxito su corresponsabilidad parental, perfilándose como el régimen más idóneo para la ejecución de todas las funciones inherentes a las relaciones paterno - filiales; paralelamente también, privilegia la satisfacción del *bonus filii*, y ello sin perjuicio, de la necesaria adecuación a las especiales circunstancias de cada situación de separación o divorcio”. ***(Fernández E. , 2017, pág. 333)*.**

(Quintana, 2015) en su tesis titulada “Guarda y Custodia compartida”, presentada en la Universidad de La Laguna, Tenerife, España, para la obtención del título de Abogada, cuya tesis se estableció como tipo descriptiva, diseño documental, enfoque cualitativo, nivel descriptivo, refiere en su conclusión:

> “A la vista de todo lo analizado, bajo mi personal punto de vista, como consecuencia de la enorme trascendencia jurídica de sustituir el sistema tradicional de custodia monoparental por el modelo de la custodia compartida, que requiere sobre todo un cambio de mentalidad entre los jueces así como en la propia sociedad en lo que se refiere al reparto tradicional de las potestades domésticas en el seno de la unidad familiar, considero que el legislador español a la hora de introducir esta figura lo hace de una forma escasa e insuficiente, con una regulación que plantea, por su difícil interpretación, más problemas que soluciones prácticas, y que no logra resolver uno de los conflictos más importantes dentro del ámbito civil por consistir el litigio precisamente en la toma de decisiones que afectarán directamente a la esfera personal de los menores”**. *(Quintana, 2015, pág. 65)***

(Alonso, 2016) en su investigación del máster de acceso a la Abogacía “Guarda y Custodia Compartida”, en la Escuela de Práctica Jurídica Salamanca, España, cuya tesina se estableció como tipo descriptiva, diseño documental, enfoque cualitativo, nivel descriptivo, refiere en su conclusión :

> “El menor tiene el derecho superior a desarrollarse en compañía de un padre y una madre, en un mismo hogar tras la separación, la custodia compartida debe parecerse a esto, debe ser una prolongación de convivencia real y efectiva para los cual los dos progenitores tienen que cooperar y colaborar dejando de lado sus diferencias, centrándose en el interés del menor. El inconveniente lo encontramos cuando la colaboración o cooperación es imposible y los progenitores someten al menor a dos modelos alternos de vida y de educación o incluso, lo instrumentalizan para hacer daño al otro progenitor, en estos casos no se aconseja la adopción de la custodia compartida pues adoptarla supondría vulnerar el interés superior del menor. Por ello, es de suma importancia matizar que, aunque considere que la custodia compartida es la solución más propicia en los casos de separación o divorcio, siempre se debe atender al caso concreto y analizarlo minuciosamente pues el Derecho de Familia así lo requiere debido a que es una materia muy sensible y no todos los casos son iguales”***. (Alonso, 2016, págs. 47-48)***

(Águeda, 2016)*,* en su Investigación para optar al grado de Doctor en Derecho con la tesis “El Interés del menor en la guarda conjunta, con especial atención a los supuestos de violencia” en la Universidad de Sevilla, cuya investigación se estableció como tipo descriptiva, diseño documental, enfoque cualitativo, nivel descriptivo, refiere en su conclusión:

> “En Derecho de familia, se requiere que las diferentes normas estén orientadas hacia los menores, pero también hacia las mujeres y los hombres en pie de igualdad. Por ello. Se hace preciso que legalmente se promueva el bienestar de la familia como unidad y al mismo tiempo, el de sus componentes de forma individual, para lo que es necesaria una ambiciosa propuesta normativa integral y trasversal”. ***(Águeda, 2016, pág. 381)***.

(Ramos, 2014), en su tesis para obtener el título de Abogado, nominada como “Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres” en la Universidad Central de Ecuador, Quito, Ecuador, la investigación se estableció como tipo deductivo, enfoque cualitativo, nivel descriptivo, en la presente investigación se llegó a la conclusión:

> “La tenencia compartida es la mejor opción para los niños y adolescentes no emancipados y para el padre ausente, situación legal que permite a ambos progenitores ejercer la tenencia legal de sus vástagos en igualdad de condiciones y derechos sobre aquellos, aún en un contexto de separación o divorcio, evitándoles a sus hijos de esa manera los efectos nocivos de aquellas circunstancias. Precisa que, no debe confundirse la patria potestad con la tenencia, pues la primera aún en circunstancias de divorcio o separación ambos progenitores la conservan pero no sucede igual con la tenencia; dado que, esta última usualmente en un 98% es otorgada judicialmente a las madres. Finalmente, señala también que, en los casos de tenencia no debe establecerse criterios generales, pues la conveniencia y eficacia de un régimen de tenencia compartida dependerá cada caso en particular”***. (Ramos, 2014, pág. 132)***

(Bones & Moncerrate, 2014) En la investigación para optar por el título de Abogado con la tesis “Custodia compartida del Menor, una alternativa exigida por la nueva realidad social” en la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador. Esta investigación se desarrolló como de tipo descriptiva, diseño documental, enfoque cualitativo, nivel descriptivo. En su conclusión señaló:

> “La tenencia compartida es una opción más, no es buena ni mala, posee ventajas (frente a tenencia monoparental), las que dependen exclusivamente de la voluntad de los progenitores de adoptar acuerdos en interés de sus hijos, sino fuese así, será perjudicial para aquellos menores, al recaer sobre ellos las consecuencias. Agrega que, es un acierto que la Ley haya preceptuado que se escuche a los menores; sin embargo, ello no significa que sobre ellos recaerá las responsabilidad de decidir ni en sentido positivo (dominando la decisión) o negativo (obstaculizando las custodia compartida o visitas respecto a la progenitor sobre quien no tomó partido)”***. (Bones & Moncerrate, 2014, pág. 82)***

(Zambrano, 2017) en su investigación para optar el título de Abogada con la tesis “Tenencia Compartida: Una reforma en igualdad de condiciones para los padres y legislación comparada”, en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Sanborondón, Ecuador, la desarrolló como de tipo descriptiva, diseño documental, enfoque cualitativo, nivel descriptivo, refiere en su conclusión que: “La figura jurídica de tenencia compartida es una herramienta para la prevención de conflictos familiares generados por temas de visitas y ejercicio de derechos y obligaciones en la relación paterno - filial”***. (Zambrano, 2017, pág. 20)***

(Echevarría, 2012) En su investigación para optar el grado de Doctor en Derecho con la tesis “Guarda y Custodia Compartida de los hijos”, en la Universidad de Granada, Granada, España; la que la elaboró como de tipo descriptiva, diseño documental, enfoque cualitativo, nivel descriptivo, refiere en su conclusión:

> “En un contexto de crisis familiar la guarda y custodia se escinde de la patria potestad. Dado que, la primera mencionada significa el cuidado directo de los hijos mientras que la patria potestad comprende los deberes y derechos que tienen los progenitores respecto de sus hijos (educarlos, alimentarlos, representarlos legalmente, administrar sus bienes, etc.) en una situación legal de custodia compartida. Esta última figura debe ser comprendida como un sistema que surge por el cese de la convivencia o el divorcio, el cual posibilita que los progenitores se alternen y sucedan en el cuidado de sus hijos, ejerciendo los deberes y derechos que la ley les confiere en condiciones de igualdad conforme al principio de corresponsabilidad parental, encontrándose facultados a adoptar decisiones relacionadas a la crianza, educación, etc. mientras ejercen el cuidado directo de sus hijos. Agrega que, la custodia compartida se destaca en los beneficiosos efectos que produce en las relaciones paterno-filiales, pues a través de ellos los hijos se adaptan de mejor manera a la nueva realidad familiar y a las consecuencias acaecidas tras la separación de sus progenitores, coadyuvando con ello a evitar el divorcio parental”. ***(Echevarría, 2012, pág. 336)***

(Lathrop, 2008) para la autora en su libro sobre Custodia Compartida de los Hijos, Editorial la Ley, España, en lo respectivo a la tenencia compartida incide y desataca que se debería enfocar como una estrategia preventiva y de solución a un conflicto existente entre los padres, que denota un problema actual, jurídicamente y de índole que afecta a toda la Sociedad, se cita como referencia lo acontecido en los países de Francia, Estados Unidos, España, Suecia y Suiza, y que, en la medida de lo posible busca prevenir que los niños, niñas adolescentes atraviesen o desarrollen trastornos psicológicos a consecuencia de la separación o divorcio de los padres.

2.1.2.2. Investigaciones nacionales: (Noblecilla, 2014) en su tesis “Factores determinantes de la tenencia de menores en los Juzgados de Familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño”, para optar el título de Abogada, en la Universidad Privada del Norte, Trujillo, la investigación se estableció como tipo descriptiva, diseño documental, enfoque cualitativo, nivel descriptivo.

En aquella investigación científica ***(Noblecilla, 2014)***, indicó que : su objetivo general fue “establecer cuáles son los factores determinantes a favor de la tenencia de menores que contravienen el Interés Superior del Niño” *(pág. 16)***,** llegando a concluir que aquellos factores son los siguientes: “la edad del menor, el mayor tiempo de convivencia, la opinión de niño, el sexo del progenitor, los informes sociales y psicológicos, existencia de otras demandas contra el progenitor” *(pág. 102)*

Aquella autora señaló también que, la tenencia monoparental es una figura que descompone la relación paterno-filial pues causa una situación de semiorfanda respecto a los niños; y en el caso, de los progenitores fomentan que ejerzan su rol de forma casual. Señaló el estudio de las sentencias evidenció que la madre ostenta un poder hegemónico, basados en diversos atributos que desdibuja la paternidad.

Respecto a la tenencia compartida, ***(Noblecilla, 2014)*** concluyó que aquella armoniza el rol paternal en un clima de equilibrio, interacción y dinamismo, sustentándose en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, fomentando una crianza cooperativa de tutela interparental orientándolo a la práctica recíproca de los roles socioafectivos y coparentales los que se constituyen en el espacio adecuado para su vinculación, estableciéndolos como el soporte emocional de sus hijos.

.

(Chong, 2015) en su tesis “Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur, 2013”, para optar el título de Abogada, en la Universidad Autónoma del Perú, Lima, la investigación se estableció como tipo explicativa, diseño descriptivo correlacional, enfoque cuantitativo, nivel descriptivo. En dicha investigación se estableció como objetivo general : “el determinar si existe una relación directa y significativa entre la Tenencia Compartida y el desarrollo integral del niño, niña o adolescente a nivel de las resoluciones sentenciales del juzgado transitorio de familia del distrito de San Juan de Miraflores, lima sur en el año 2013” ***(Chong, 2015, pág. 16)*** . Finalmente concluyó la investigación lo siguiente: “Se determinó que, existe una relación directa y significativa entre la tenencia compartida y el desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel de resoluciones sentenciales del Juzgado transitorio de Familia de Lima Sur en el año 2013”***. (p.113)***

(Vicuña, 2017) en su tesis para obtener el Grado de Doctor en Derecho, con la tesis “El divorcio vincular y sus implicancias en la tenencia compartida de hijos menores de edad en la normativa vigente” en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, la investigación se estableció como tipo interpretativa, enfoque cuantitativo, nivel descriptivo, refiere en su conclusión que: Se garantiza adecuadamente la protección integral de los derechos de los hijos menores de edad incluso cuando hubiese concluido la relación jurídica establecida de los cónyuges; así también que, el cambio del estado civil de los progenitores no repercute en que aquellos puedan consensuar en determinar la tenencia compartida de sus hijos. Finalmente, se concluye, la pensión de alimentos de hijos menores de edad repercute en el régimen de visitas cuando se estableció la tenencia compartida.

(Chávez, 2017) En su tesis para obtener el título de Abogado, con la tesis “Criterios que determinan la Tenencia Compartida en el Juzgado de Familia – Chimbote – 2017: Interés Superior del Niño” en la Universidad César Vallejo, Nuevo Chimbote, Perú, la investigación es estableció de enfoque cuantitativo y de diseño no experimental de nivel descriptivo. Cabe señalar que la autora señaló que el objetivo de su investigación fue determinar si los criterios que utilizan los jueces de la especialidad de familia del Distrito Judicial de Chimbote se encuentran destinados a velar por el interés superior del niño o existe alguna probabilidad de que lo afecten de alguna manera para lograr dicha finalidad realizó encuestas a 20 servidores judiciales de aquella Corte.

Finalmente el mencionado autor concluyó sustancialmente lo siguiente:

"1. Que la tenencia compartida es fructuosa para los niños, niñas y adolescentes y que los jueces especializados sí analizan el interés superior de aquellos para otorgar la tenencia compartida y que ésta última prevalece frente a los derechos de los progenitores. En el punto 4. Se determinó que el progenitor es renuente a solicitar la tenencia compartida. Agregó en el punto 5*. En la presente investigación se llegó a determinar los criterios utilizados por el Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Chimbote para conceder o no la tenencia compartida, usan los siguientes criterios: a) La proximidad de los domicilios de los progenitores; b) La capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común; c) La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad; d) La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente. En el punto 6. Asimismo, se llega a la conclusión la tenencia compartida es una opción beneficiosa sólo cuando los padres estén de acuerdo y manifiesten mediante acuerdos, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño, pues si no, ya no se estaría percibiendo los buenos resultados y todo cambiaria a consecuencias que afectaría directamente al niño*" ***(Chávez, 2017, págs. 100-101)***.

Es preciso indicar que el presente trabajo de investigación tiene un enfoque distinto pues su nivel no es descriptivo más bien pretende aportar las pautas interpretativas referente a los criterios que se examinan para determinar la tenencia compartida con la finalidad que aquella sentencia logre ser ejecutada; además de, proponer una iniciativa legislativa utilizando para ello el uso de entrevistas semi estructuradas a expertos magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público; así también, partiendo del análisis de sentencias casatorias sobre la materia a efecto que la información obtenida sea sometidas a contrastes.

(Paredes & Yovera, 2018), investigadores que optaron al título de Abogado bajo la tesis *"La tenencia compartida y su influencia en la defensa del interés superior de los niños y adolescentes desde la perspectiva de expertos en el distrito de San Juan de Miraflores*", en la Universidad Autónoma del Perú, la investigación se estableció como tipo descriptiva, diseño exploratoria, enfoque cualitativo, nivel descriptivo, en la tesis se determinó :

"que la tenencia compartida permite defender el interés superior del niño y adolescente desde la vista a de expertos en el distrito de San Juan de Miraflores, al asentar a los padres en un ambiente más equilibrado y equitativo mostrándolos más comprometidos con el cuidado de sus hijos y su desarrollo; convirtiendo así, las metas de sus hijos en sus propias metas, por lo cual la defensa del interés superior de los hijos es reflejo del compromiso adoptado por sus padres; asimismo, asegurando la más loable calidad de vida para el niño y adolescente, en aras de satisfacer su cabal desarrollo. Asimismo, se estableció que la tenencia compartida influye en la defensa del interés superior del niño y adolescente, teniendo como base la perspectiva de expertos en el distrito de San Juan de Miraflores, toda vez que, este modelo de tenencia permite el aseguramiento de los derechos que se encuentran destinados a salvaguardar la correcta formación del niño y adolescente, siendo que permite la organización de las funciones entre los progenitores de manera coparental, lo cual establece el ejercicio equitativo de las responsabilidades y derechos que tienen los padres respecto de sus hijos, y cuya finalidad es la protección y defensa de los aspectos que responden a su desarrollo, lo cual se ve reflejado en la adecuada formación y desarrollo de estos" ***(pág. 63)***.

(López V. , 2016) en su tesis para obtener el título de Abogada, con la tesis “Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los Juzgados de Familia de Lima: Principio de Interés Superior del Niño” en la Universidad de Huánuco, Huánuco, Perú, la investigación se estableció como tipo interpretativa, enfoque cuantitativo, nivel descriptivo, la que tuvo como objetivo “establecer cuáles son los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los Juzgados de Familia de Lima”, para finalmente concluir que aquellos son:

> ***"1***. La Tenencia Monoparental, es una figura que disgrega la relación paterno-filial provocando una semiorfandad artificial sobre los hijos y el ejercicio casual del rol parental. 2. Señaló que el estudio de las sentencias evidenció que en la Tenencia Monoparental la madre ostenta un poder hegemónico, basados en diversos atributos que desdibuja la paternidad. 3. La Tenencia Compartida regula la función paternal en un clima de equilibrio interaccional dinámico, basándose en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, siendo una estilo cooperacional que reforma y potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socio afectivos y como alianza co parental constituye el espacio vincular que opera como soporte mutuo en la trama emocional con los hijos. 4. El Principio del Interés Superior del Niño es sumamente importante en la medida que, en el ámbito de su aplicación, considera al niño como sujeto de derechos, garantizándole un desarrollo integral, promoviendo su participación en los procesos familiares de responsabilidad compartida, permitiéndole la integración con sus padres, quienes deben garantizar su colaboración en actos que puedan afectar a sus hijos. 5. Se determinó que, de 10 sentencias analizadas, 7 otorgaron la Tenencia Monoparental, exclusivamente a favor de la madre, quien fue la demandante". ***(López V. , 2016, págs. 52-53)***

Es preciso indicar que, en las conclusiones existe un alto nivel de similitud con las conclusiones vertidas por la autora Sandra Patricia Noblecilla Ulloa en su tesis antes citada.

2.1.3 Regulación de la tenencia compartida en el Perú.

En setiembre del 2006, la Congresista Luisa María Cuculiza, presentó el "Proyecto de Ley N° 199/2006-CR" en la que inicialmente proponía que el artículo 81 ° del Código de los Niños y Adolescentes establezca lo siguiente:

> "Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinada de común acuerdo entre ellos. De no existir acuerdo, el juez especializado, quien será el que resuelva, optará en primer lugar por la tenencia compartida, salvo que advierta que sea perjudicial para aquellos."

Del mismo modo, propuso que el artículo 84° del mismo corpus iuris quede redactado de la siguiente manera:

"En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia y advirtiendo que la tenencia compartida no es lo más beneficioso para el niño, 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 años permanecerá con la madre, siempre que le sea favorable. Sin perjuicio de ello, se priorizará en el otorgamiento de la tenencia al progenitor que mejor asegure el derecho del niño a mantener contacto con el otro progenitor, para el que no obtenga la tenencia del niño o del adolescente debe señalarse un régimen de visitas".

Ahora bien, es preciso indicar que la redacción actual a los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes obedeció a que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú, en su dictamen con fecha de presentación 29 de mayo de 2008 (Recuperado en: http://www.congreso.gob.pe/), pese recomendar por unanimidad la aprobación del Proyecto de Ley que nos ocupa, propuso un texto sustitutorio el que fue finalmente promulgado y se encuentra vigente a la fecha; aduciendo

a que pese a que las modificaciones legislativas propuestas guardaban relación con las políticas de Estado respecto al menor, como la establecida en el literal c) del artículo 2 de la Ley N° 28542, Ley de Fortalecimiento de la Familia en la que se promueve las responsabilidades familiares compartidas entre el padre y la madre, consideraron que la propuesta inicialmente presentada, limitaba el criterio discrecional del Magistrado, pues imponía el que se disponga en primer término la tenencia compartida del hijo; en ese sentido, con la finalidad de salvaguardar los derechos de niño, niña y adolescentes, lo reformularon para que el juez pueda optar por esa alternativa luego de evaluar lo más beneficioso para el menor, considerando de esa manera, tendrían un criterio más amplio para administrar justicia.

En la mencionada propuesta legislativa se determinaron un conjunto de problemas socio familiares de la legislación nacional en materia de Derecho de Familia, como son: la obstrucción del vínculo paterno filial, el síndrome de alienación parental, violencia familiar.

La propuesta legislativa recibió un dictamen favorable de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social en aquella época; para luego con fecha 24 de setiembre del 2008, ser aprobado el Dictamen por el Pleno del Congreso de la República, dispensándosele de la segunda votación, quedando así promulgada la Ley N° 29269, Ley que modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la Tenencia Compartida.

Cabe señalar que, esta modificación únicamente se limitó a incorporar legalmente esta figura jurídica de la “tenencia compartida”; sin embargo, no desarrolló su definición, los criterios para usarla, tampoco planteó o explicó cómo se llevaría a cabo su ejecución en la práctica. En suma, su indeterminación dejó un amplio espectro creativo tanto a los jueces como a los justiciables, la cual proyectó que redundaría en lograr que jurisprudencialmente aquella figura jurídica se robustezca tanto a nivel teórico como práctico; sin embargo, como se desarrollará más adelante, jurisprudencialmente su desarrolló muy exiguo aún.

2.1.4 Desarrollo doctrinario de la tipología de la tenencia compartida.-

Los autores Catalán, et.al. (2007), citando a Folberg refieren que tras la ruptura de la relación de los progenitores, aquellos pueden obtener los siguientes tipos de custodia:

- *Custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores:* Es el tipo de custodia más usada adoptada por los jueces en los procesos judiciales en la que los progenitores no logran adoptar un mutuo acuerdo. Por lo que, es sólo a un progenitor a quien se le concede la custodia mientras al otro se le otorga sólo un régimen de visitas. Consideramos que se puede equiparar a lo que denominamos como tenencia monoparental o exclusiva.

- *Custodia repartida o alterna:* Bajo este tipo se permite a cada progenitor tener a su hijo consigo durante un período de tiempo en el año, tiempo en el cual goza plenamente de los derechos de custodia, en el período restante sólo tiene el derecho a un régimen de visitas.

- *Custodia partida***:** Es tipo exige que a un progenitor se le conceda la custodia de uno o más hijos mientras al otro progenitor los otros hijos restantes.

- *Custodia conjunta o compartida:* Por esta clase de custodia ambos progenitores ejercen la responsabilidad legal y la autoridad respecto al cuidado y control de su hijo, como si la familia se mantuviere intacta; ya que se le garantiza a los progenitores el acceso continuo y permanente a sus hijos; dado que, ambos mantienen la custodia legal o física de aquellos

Ahora bien, a nivel de doctrina nacional, tenemos al autor (Varsi, Tratado de Derecho de Familia, 2012), quien en forma genérica afirmó que existen varias modalidades de tenencia compartida, las cuales deben atender al caso en concreto , en la que además debe considerarse diferentes factores; sin embargo, refiere que existen una subclasificación que logra en alguna medida englobar muchas otras:

- *Guarda compartida***:** en este tipo ambos progenitores de forma permanente comparten el cuidado de sus hijos.
- *Guarda alternativa:* En este caso los hijos residen de forma periódica en la casa de cada progenitor.
- *Sistema de anidación:* Bajo esta tipa es el hijo quien reside en una única vivienda correspondiendo a los progenitores trasladarse periódicamente a la casa de su menor hijo (a).

De otro lado, la autora nacional, (Canales, 2014) Efectuó una clasificación de la tenencia siguiendo dos criterios: (a) según la forma de ejercer la tenencia y (b) tiempo de uso de la tenencia.

(a) Según la forma de ejercer la tenencia: Bajo este criterio se tiene las siguientes clases de ejercer la tenencia:

(1) tenencia conjunta: Independientemente el vínculo que uno a los progenitores lo esencial para ejercer esta clase de tenencia; es que ambos padres residan en el mismo domicilio que el hijo; ya que, esa circunstancia permite que los dos progenitores ejerzan de forma conjunta la tenencia de su hijo en común.

(2) *Tenencia compartida*. - "…se da en aquellos supuestos en que no existiendo dicha convivencia entre los progenitores, estos deciden compartir el tiempo de tenencia de los hijos. Así pues, se da cuando los padres comparten el tiempo d**e convivencia con los hijos. (…)"** (Canales, 2014, pág. 53).

(*3) Tenencia Exclusiva o separada*. - Se da en casos en que donde los progenitores se encuentran separados de hecho independientemente del vínculo que los una, sólo uno de ellos ejerce la tenencia de sus hijos, refiere que también se puede llegar a usar este tipo de tenencia a consecuencia de la pérdida, extinción o suspensión de la patria potestad por uno de los progenitores.

(b) Tiempo de uso de la tenencia:

(1) Tenencia definitiva: Esta clase de tenencia se origina cuando existe una sentencia judicial firme concediéndola o un título de ejecución; deben tener ambos instrumentos la calidad de cosa juzgada. Por lo tanto, requerirá para que sea variada y/o modificada un nueva sentencia judicial o acuerdo conciliatorio que la determine previo a un proceso judicial o acuerdo conciliatorio extrajudicial.

(2) Tenencia provisional. **-** Esta clase de tenencia es de carácter temporal pues su naturaleza es ser una medida cautelar; por tanto, su vigencia finaliza cuando en el proceso principal de tenencia se expida la sentencia judicial respectiva. Se encuentra prevista en el artículo 87° del Código de los Niños y Adolescentes.

2.2 Principales corrientes teóricas jurídicas explicativas del problema.

2.2.1 El Principio del Interés Superior del Niño.

2.2.1.1 El interés superior del niño como pauta interpretativa. Aquel principio es considerado un criterio interpretativo sumamente relevante para brindar solución a los conflictos jurídicos en las que se encuentren involucrados, de algún modo, niños, niñas y adolescentes.

Sobre el particular, se señala que “los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente pues en conjunto brindan una adecuada protección a sus derechos; asimismo, aquel principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos, pero en la que también es posible que el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en las normas jurídicas nacionales e internacionales puedan resultar incompatibles entre sí”. (Plácido, 2015, pág. 198)

2.2.1.2 Regulación y desarrollo jurisprudencial a nivel supranacional.

De modo preliminar, consideramos necesario delimitar la distinción entre niño y adolescente, lo que regirá en toda la investigación. Es así, que la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN) precisa en su artículo I que: "para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes (CNA) prescribe en su artículo I que, "se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad". Frente a ello, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha compatibilizado las normas precitadas, señalando que;

"[…] entendemos que cuando los instrumentos internacionales aluden al niño como sujeto de derechos […], para nuestra legislación nacional comprende tanto a los niños como a los adolescentes" (subrayado nuestro), lo que se deberá considerar al revisar la legislación y jurisprudencia supranacional. (S.T.C. EXP. N° 02079-2009-PHC/TC, 2009)".

Ahora bien, el principio del interés superior del niño, conforme lo prescrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), tiene fundamento "en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades" ***(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, pág. 61)***. Es así, que la Declaración de los Derechos del Niño establece en su Principio 2 que:

“Los niños, niñas y adolescentes gozan de una protección especial, razón por la cual, contarán con oportunidades y servicios que les permita desarrollarse de forma holística en condiciones de libertad y dignidad. Finalmente, también preceptúa que cuando se promulgue leyes con aquella finalidad debe brindarse una consideración fundamental al interés superior del niño.”

De igual modo, el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN) prescribe que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. (Subrayado nuestro). Cabe precisar que el principio de interés superior del niño, niña y adolescente se encuentra reconocido en el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 19º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 16° del Protocolo de San Salvador.

En este orden de ideas, el principio en mención tuvo un importante desarrollo a nivel de la Corte IDH. Al respecto, la Corte ha establecido que “para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño […] es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño” ***(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, pág. 62)***.

La Corte IDH, en el Caso Vélez Restrepo y familiares Vs Colombia, señaló:

"Los niños, niñas y adolescentes ostentan derechos especiales que generan en la familia, sociedad y Estado deberes específicos. Precisándose que, la condición de aquel grupo etario les hace merecedores de recibir una protección especial la cual debe ser comprendida como derechos adicionales y complementarios a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona." (p. 71).

De igual modo, la Corte Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, prescribe que:

"La predominancia del interés superior del niño debe ser comprendida como la necesidad de que se satisfaga todos los derechos de los niños, lo que obliga al Estado y exige esa interpretación en todos los demás derechos cuando el caso involucre menores de edad. Del mismo modo, propugna que el Estado brinde especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad". (págs. 103-104).

En lo que corresponde a casos de tenencia y custodia de niños, la Corte IDH, en el caso, (Atala Riffo y niñas Vs. Chile, 2012), ha sentado como criterio que:

"A efecto de determinar el interés superior del niño en los casos de tenencia y custodia inicialmente debe evaluarse los comportamientos específicos de cada progenitor y el impacto negativo causado en el bienestar y desarrollo de su hijo, los cuales deben ser daños o riesgos reales y probados. En ese sentido, prohíbe ser considerados como tales a las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características o preferencias culturales de los padres respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia". (pág. 39)

Conforme lo expuesto, podemos inferir que, si bien la jurisprudencia de la Corte IDH “ha dejado en evidencia la relevancia en la aplicación de este principio respecto de todos los derechos humanos de los niños, pareciera que aún es necesario contar con mayores precisiones respecto a su contenido” (Ibañez, 2010, pág. 27)**.**

Comentario y análisis aparte merece el desarrollo del interés superior del niño por parte del Comité de los Derechos del Niño, habida cuenta que su propio concepto “es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso” (Observación General N° 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”., 2013, pág. 9)

Para tal efecto, es que el Comité ha establecido en (Comité de los Derechos del Niño Naciones Unidas, 2013) “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, que el interés superior del niño constituye un triple concepto; como derecho sustantivo, como principio jurídico y como norma procedimental, que se desarrolla a continuación:

> “*Un derecho sustantivo: Los niños, niñas y adolescentes al ser titulares de aquél derecho (principio del interés superior del niño) se encuentran facultados a exigir que lo apliquen de forma directa e inmediata en cualquier conflicto jurídico en la que se encuentren inmersos. Asimismo, podrán reclamar que su interés superior sea evaluado adecuadamente y prevalezca frente a intereses de otras personas, por merecer una consideración primordial para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Del mismo modo, podrán demandar que se les garantice que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición legal permite más de una interpretación, se preferirá*

> *la interpretación que satisfaga o proteja de manera más efectiva el interés superior del niño conforme a los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos, pues aquellos instrumentos establecen el marco interpretativo mínimo. Una norma de procedimiento: En virtud de este carácter, el principio que nos ocupa, exige que la evaluación y determinación del interés superior del niño cumpla con todas las garantías procesales; pero además, preceptúa que en el proceso de adopción de decisiones debe contemplarse una proyección de las posibles repercusiones (positivas o negativas) que aquella decisión ocasionará, ya sea en un determinado niño o en un grupo de niños. En ese mismo sentido, demanda que, la motivación o justificación de la decisión, explicite que se consideró el interés superior del niño para ello deberá señalar cómo respetó aquél derecho, en qué criterios o elementos basó su decisión, y cómo fueron ponderados frente a los intereses de otras personas o consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos*." (Observación General N° 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial"., 2013, pág. 4).

En efecto, conforme a los parámetros establecidos por el Comité de los Derechos del Niño en la referida Observación General, al evaluar y determinar el interés superior del niño que fundamente la decisión a adoptar respecto a un caso en concreto, se deberían seguir los siguientes pasos:

- "Determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás". (Observación General N° 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial"., 2013, pág. 12);

- “Seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho”. (Observación General N° 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”., 2013, pág. 12)

De igual modo, el Comité, interpretando la Convención sobre los Derechos del Niño, ha establecido en la Observación General N° 14, que el interés superior del niño establece tres obligaciones a cumplir por los Estados parte, incluyendo al Perú definitivamente:

> *“- La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños;*
>
> *- Velar para que en todas las decisiones, ya sean judiciales, administrativas, políticas y legislativas que se encuentren vinculadas con los niños dejen en manifiesto que el interés superior de aquellos fueron considerados de forma esencial; lo que implica que expliquen cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y el nivel de importancia que se le ha atribuido en la decisión.*
>
> *-Garantizar que el interés del niño sea evaluado y considerado de forma primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, comprendiendo a los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño.”* (Observación General N° 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”., 2013, pág. 5)

En este orden de ideas, hemos expuesto los parámetros de interpretación que deben adoptar los Estados parte en cuanto sus dimensiones sustantivas y adjetivas, que deben guiar no sólo las políticas

públicas con un enfoque de derechos, sino también en los procedimientos administrativos y judiciales, conforme se sustentará posteriormente.

2.2.1.3 Regulación y desarrollo jurisprudencial a nivel nacional. Conforme lo hemos expuesto, el principio del interés superior del niño, regulado por diversos tratados internacionales conforme se tiene anotado, así como su desarrollo jurisprudencial, impone una seria de obligaciones al Estado peruano. Ello, habida cuenta que, "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional", conforme al artículo 55° de nuestra Constitución, lo que fue ratificado por el TC, al señalar que dichos tratados "son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado" ***(Colegio de Abogados de Arequipa y otros, 2006)***, además que "no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional". ***(Colegio de Abogados de Arequipa y otros, 2006)***,. En lo que respecta a la Convención sobre los Derechos del Niño, el TC ha prescrito que "constituye parámetro interpretativo de todos los derechos constitucionales de los menores" ***(C F.A P Representado(a) por Juan García Cordova, 2015)***. En lo que respecta a las Sentencias expedidas por la Corte IDH, el TC prescribe que éstas son vinculantes para las entidades públicas y que "esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso". ***(Colegio de Abogados del Callao, 2007)***.

Ahora bien, a nivel constitucional, el principio de interés superior de niño se encuentra reconocido en el artículo 4° de nuestra Carta Política, que prescribe que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente […]". El principio en mención fue desarrollado por el TC en los siguientes términos:

> “El principio constitucional de protección del interés superior del niño se erige como un valor superior y especial por el cual los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes; así como, su dignidad ostentan fuerza normativa superior, tanto en el momento de la producción de normas, como en el momento de su interpretación; por lo que, su materialización es imperiosa para el Estado, la sociedad y la propia familia, en esta última se comprende de forma evidente al padre, madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales.” (Silvia Patricia López Falcón, 2014)

De igual modo, el TC prescribe que:

Aquél principio tiene efectos transversales; por lo que, tanto las instituciones privadas como públicas tienen el deber de considerarlas cuando adopten decisiones en las que se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes; exigiéndoles una actuación ‘garantista’ en atención a que tienen la calidad de sujetos de derechos; por lo que, es necesario que se le garantice la satisfacción integral de sus derechos. (C F.A P Representado(a) por Juan García Cordova, 2015)

En efecto, y en lo que respecta al tema de la presente investigación, el principio en mención contiene “una obligación de atención especial y prioritaria de los asuntos que les concierne, lo que, desde luego, también se extiende al ejercicio de la función jurisdiccional” (C F.A P Representado(a) por Juan García Cordova, 2015), a lo que se suma “su condición de norma sobre la interpretación y aplicación de otras normas” (C F.A P Representado(a) por Juan García Cordova, 2015).

A nivel legal, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes prescribe que “[e]n toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial – entre otras entidades - se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”,

norma que debe interpretarse de conformidad a la Constitución y los tratados internacionales antes descritos, conforme se tiene anotado.

El principio del interés superior del niño también fue materia de desarrollo por parte de la Corte Suprema de Justicia a través de sendas resoluciones, las cuales se expondrán a continuación. En principio la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha señalado que “las normas tutelares y los efectos de las sentencias, en donde se discutan los intereses y derechos de los niños deben […] interpretarse de la manera en que mejor se adecue a la protección del menor” (Sala Civil Transitoria. Casación N° 870-2007-Lima, de fecha 01 de abril de 2008., 2008). Posteriormente, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha prescrito que el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes se trata de una norma principista y debe interpretarse de conformidad con los tratados internacionales, teniendo en cuenta que considera a los niños como sujetos de derechos (Casación N° 1961-2012-Lima, 2013). Asimismo, la referida Sala indica que en todo proceso que involucre a un niño, “debe velarse por el principio de su **interés superior**, que se yergue en la cúspide a la que deben apuntar todos los derechos de los cuales el niño es titular en la doctrina de la protección integral” (Casación N° 2340-2015-Moquegua, 2016). Adicionalmente, la Sala en mención prescribe que el principio de interés superior del niño es “aquel principio rector que impone al Estado no solo la obligación de adoptar todas las medidas positivas [que] asegure[n] rápida y eficazmente la protección de los niños, sino que además debe ser el factor de inspiración en las decisiones [judiciales que se adopten]” (Casación N° 3590-2015-Lima, 2016)

2.2.1.4 De la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. En cumplimiento de la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, la Convención de los Derechos del Niño así como lo regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, es que el Poder Legislativo el 17 de junio de 2016, promulgó en el Diario Oficial "El peruano" la "Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior de niño" (Ley No. 30466); y el 01 de junio de 2018 se promulgó en el citado Diario su respectivo Reglamento a través del D.S Nº 002-2018-MIMP.

Cabe indicar que la Ley N° 30466, "tiene por objeto establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes" (artículo 1°), considerando que "[e]l interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos" (artículo 2°).

Si bien la norme en mención se adhiere a los parámetros de aplicación del interés superior del niño establecidos en la Observación General N° 14 (artículo 3) así como las subsecuentes garantías procesales (artículo 4°), especial atención nos merece el artículo 5°, el cual prescribe que "los organismos públicos en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes".

Al respecto, de la revisión de la reciente Sentencia expedida por el TC y que declaró fundado el hábeas corpus interpuesto a favor de Ollanta Moisés

Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, se advierte que el Magistrado **Eloy Espinosa-Saldaña Barrera** fundamentó su voto (a favor) indicando que:

> "54. De otro lado, considero que los jueces emplazados, al dictar y confirmar la prisión preventiva a los investigados, no tomaron en cuenta cómo dicha medida impactaría de manera negativa, directa, concreta y sin justificación razonable en la situación de los hijos menores de edad de ambos". (Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, 2018)

Conforme a lo expuesto, el referido magistrado concluye que las resoluciones judiciales que impusieron la medida de prisión preventiva contra los investigados "vulneraron su derecho a la debida motivación, así como el interés superior del niño, dado que no fundamentaron cómo dicha medida no tendría una incidencia negativa, directa, concreta y sin justificación razonable, en sus hijos menores de edad". (Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, 2018)4. Es decir, se hizo una ponderación y evaluación de los parámetros internacionales y nacionales que vinculan a los magistrados en la fundamentación de sus decisiones en los casos que involucren o afecten a niños ya sea de forma directa o indirecta, poniéndose en evidencia la real trascendencia de este principio que alcanza su aplicación incluso a materias de otras especialidades como es el derecho penal.

---

4 STC Exp. N° 00502-2018-HC/TC. Fundamento de voto del Magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera.

2.2.1.5 Desarrollo doctrinario sobre el interés superior del niño, en relación a la figura jurídica tenencia. (Rentería, 1997), señala en su publicación: "Código de Niños y Adolescente, título preliminar" en la Revista Vox Juris N° 7, que: "el interés del niño implica que se respeten sus derechos (…) y que muchas veces significa anteponer su bienestar (del menor) aún contra los intereses de sus padres". (p.271)

En ese mismo sentido, el autor ***(O'Donnell, 2001)***, en su publicación "La Convención sobre los derechos del niño" en el Boletín del Instituto Interamericano del Niño N° 230, determina sobre el principio rector que aquel " esencialmente preceptúa que cuando se presenta algún tipo de conflicto de interés entre una persona menor de edad y un adulto, se debe preferir los intereses del niño sobre los de otras personas o instituciones para favorecer la protección de sus derechos"***.*** *(pág. 22).*

En tal orden de ideas, debido al carácter mutable que exhibe el Principio del Interés Superior de Niño al adaptarse a cada circunstancia particular de cada persona menor de edad es que se le considera un *principio* de difícil definición; dado que, cobra diversos significados, según cada caso en concreto, tal como ya se evidenció jurisprudencialmente; en la que ha tomado mayor realce su componente sociológico, es por ello su complejidad y constante modificación.

Para aplicar efectivamente este principio, es preciso que se tenga claro que su naturaleza es *mutable*, de esa manera su contenido debe adaptarse a los cambios sociales, las singulares circunstancias socio familiares, emocionales, económicas, culturales, entre otros, de cada persona menor edad. Asimismo, para definirlo es imperante también que se haga prevalecer la importancia de la participación de los niños, niñas y adolescentes en cada decisión que los afecte directa o indirectamente pues su rol es protagónico, sin olvidar que ese grupo etario conforme al transcurso

del tiempo experimentan cambios constantemente, de modo que el "interés del niño" exige sea interpretado en función de cada caso particular. En suma, es importante reconocer la importancia del principio que nos ocupa, pues es tanta su relevancia que en palabra de (Ortega, 2002) es considerado un *bien jurídico protegido por el ordenamiento*.

Para concretar esta protección, debemos indicar que, este principio se configura como el elemento prioritario a la hora de tomar decisiones que traigan consigo alguna consecuencia en los niños, niñas y adolescentes; sin embargo, aquél criterio no sólo debe ser conforme a su interés superior en abstracto; sino y principalmente para su específica y particular realidad de cada niño, niña y adolescente; dado que, sus intereses se encuentran estrechamente en juego con otros derechos e intereses de otros sujetos.

En algunos procesos judiciales iniciados por alguno de los progenitores referente a la tenencia del hijo(a), se comprobó cómo refiere (Hollweck & Medina, s.f.) , que ninguno de los progenitores es más idóneo que el otro para ejercer la tenencia de su hijo, lo que implica un fracaso del sistema de tenencia monoparental usualmente ejercida por la madre, siendo imperioso, hallar o crear un régimen que permita eliminar el ambiente conflictivo en el que se encuentra el hijo(a) en disputa, pues es indispensable para que alcance un adecuado desarrollo.

En este ámbito, considerar al niño como sujeto de derechos implica “generar una dinámica familiar donde se cuente con la participación del menor en los actos relativos a su persona, participación ésta que tendrá una forma distinta en cada etapa de su vida. Este aprendizaje dentro del proceso de socialización contribuye a cimentar la responsabilidad familiar y social del niño, a través de su cooperación en los actos que lo afectan”. (Melzi, 2019)

(Plácido, 2006) en su artículo “El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional” publicado en Cuadernos Jurisprudenciales de Gaceta Jurídica concluye que el citado principio “… es

el conjunto de circunstancias que determina las más correctas condiciones de vida del niño, permitiendo optar por la mejor alternativa para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, privilegiando lo espiritual sobre lo material y el futuro sobre lo inmediato".(p.5)

(Plácido, 2008) En su artículo "El derecho a cuidar y ser cuidado: la coparentalidad o tenencia compartida" publicado en Actualidad Jurídica Nº180 concluye que "el interés superior del niño es la pieza clave en cualquier régimen de divorcio o tenencia, para garantizar el contacto frecuente y continuo del niño con ambos padres tras la separación de éstos, ello en base al numeral 3 del Artículo 9 de la Convención del Niño o Adolescente."

Se destaca lo expresado por (Chunga, Chunga, & Chunga, 2012) quienes aclaran que "a partir de que el niño puede expresarse tiene el derecho a manifestar su propia opinión, y desde que, es adolescente cuenta con un razonamiento cabal, por lo que, su opinión debe ser forzosamente tomada en cuenta por los operadores judiciales que tengan competencia sobre un proceso en el que estén involucrados menores de edad". (pág.399)

Adicionalmente, resaltaremos que la promulgación de la Ley N° 30466, estableció "Los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de las niñas, niños y adolescentes".

En tal orden de ideas, indicaremos que a nivel de un proceso judicial u similar, el Artículo 4° de la Ley N° 30466, señala que "para cumplir con la finalidad de otorgar una consideración primordial al interés superior del niño, los operadores de jurisdiccionales deben observar como *garantías procesales*, los siguiente: garantizar el derecho del niño a expresar su propia opinión; determinar adecuadamente los hechos, contar con la participación de profesionales capacitados y cualificados para evaluar el interés superior del niño; evaluar la percepción del tiempo; la representación letrada del niño con

la autorización respectiva de los padres, según corresponda; que la argumentación jurídica efectuada para emitir su decisión hubiese brindado una consideración primordial al interés superior del niño; contar mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños; y la evaluación del impacto de la decisión tomada en función de los derechos humanos del niño".

(Bermúdez, 2018) En su artículo: "El conflicto familiar como problema humano y el vínculo familiar a ser tutelado" publicado en la Revista de Derecho de la UCB Law Review N° 3 llega a las siguientes conclusiones:

> "Frente a lo expuesto, los niños, niñas y adolescentes involucrados en un conflicto familiar, sea judicializado o no, por lo general son personas invisibles sobre las cuales se debaten sus derechos y las obligaciones que recaen sobre ellos. Por este motivo es que el manejo jurisdiccional del conflicto humano es sumamente importante, por cuanto la evaluación de los expedientes no contiene el elemento humano que resulta el factor desatendido en el ámbito jurisdiccional, generándose el quiebre del vínculo familiar con la aparición de obstrucción de vinculo y padrectomia, generalmente. Panorama sumamente complejo de admitir, pero en el cual los procesos judiciales desarrollados en un plazo sumamente prolongado, donde no se determinan en forma efectiva ciertas condiciones y derechos, provoca la trivialización de la categoría de sujetos de derechos." (pág. 43)

En suma el "Principio de interés superior de niño" en su triple concepto no sólo ha sido promovido por las normas supranacionales; sino también, nuestros juristas han coincidido en su transcendencia; sin embargo, fue evidente su escaso uso y comprensión por su abstracción por parte de los operadores jurídicos; por lo que, a nuestro legisladores les resulto insuficiente el que se encuentre regulado en el título preliminar del código de los Niños y Adolescentes, para que se interiorice su correcta aplicación y comprensión

se promulgó la Ley No. 30466, ya antes mencionada; sin embargo, debemos preguntarnos *¿esa medida legislativa es suficiente para que por los menos los jueces de la especialidad de familia apliquen correctamente el principio del interés superior del niño*?.

2.2.2 De la "patria potestad" hacía el nuevo paradigma de la "la responsabilidad parental"

Es necesario para desarrollar esta *sección* hacer referencia al vocablo *patria potestas*, locución latina de la denominada *patria potestad*; en ese sentido, el jurista (Cabanellas, 1981) En su obra, "Diccionario Enciclopédico de derecho usual", indica que "es una figura jurídica propia del Derecho Romano, otorgado al *pater familias*, a través del cual le concedía una autentica potestad o autoridad sobre los hijos, que contenía solo *derechos*, pero no deberes; pues en aquella época, los hijos eran considerados propiedad absoluta de los padres, potestad que alcanzaba a su cónyuge, esposas de sus hijos, nietos, adoptados y esclavos; además que, la *patria potestas* duraba mientras viviera el *pater familias*. Agrega que los hijos, aún ganándolos por sí mismo los bienes no eran dueños de aquellos; además que, tampoco podrían otorgar testamento mientras viviera su padre". (pág. 150)

Ahora bien (Cabanellas, 1981) define a la *patria potestad* como un "conjunto de derechos y deberes que al padre, y en su caso la madre, corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados./ El poder de fijar y señalar el domicilio de una familia, regir las personas que la integran o conviven en la casa, así como mantener y defender el patrimonio de la familia y el nombre de la casa, en una adaptación paternalista, de inspiración romanista indudable…" (pág. 148).

Del mismo modo, el autor peruano, (Plácido, 2003) señala que " la patria potestad no es sólo un conjunto de derechos que se ejercen en interés exclusivo de sus titulares (padre y madre) pues se trata del ejercicio de un derecho - deber que se deriva de las relaciones ordinarias entre padres e hijos,

así como, de la estructura del grupo familiar y su inserción en el medio social, siendo ejercida no sólo en interés de sus titulares como son los padres sino también en interés del hijo y en última instancia en interés del grupo familiar los que no se encuentran delimitados exclusivamente por los intereses particulares de cada uno de sus miembros" (pág. 436)

Por su parte, nuestro compatriota, (Varsi, 2012) señala que, "La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derecho y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad ." (pág. 294)

La autora (Herrera M. , 2011) señala que "la *patria potestad* de forma tradicional fue comprendida como la relación establecida entre los progenitores y sus hijos, la que se centraba en los derechos de los progenitores sobre los hijos y en gran mayoría de los derechos que titularizan éstos últimos. De otro lado indica, que sucede lo contrario, cuando se habla de "responsabilidad parental", pues la indicada responsabilidad, se extenderá, estrictamente, en atención al grado de madurez y discernimiento que alcanzaron los hijos" (pág. 45).

La jueza argentina (Cataldi, 2015), explicando los cambios legislativo efectuados en el código civil y comercial de su País, respecto a la derogación de la "patria potestad" para la incorporación legislativa por la "responsabilidad parental". Aquella autora, señala que aquél cambio legislativo significa dotarle de un gran valor interpretativo y axiológico aun cuando a nivel doctrinario y jurisprudencialmente ya era acogida de forma mayoritaria la figura jurídica de la "responsabilidad parental". Agrega que la "responsabilidad parental" cumple una función social la cual tiene como finalidad: "la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo". Señala también que, para alcanzar aquella finalidad se requiere consagrar la "cláusula de beneficio de los hijos", que impone el que se ejerza aquél rol parental en función al interés del hijo.

A mayor detalle la citada autora refiere:

> “la responsabilidad parental es un conjunto de deberes y derechos, y no un poder sobre los hijos comprensivo de deberes y derechos. El contenido de esos derechos y deberes paternos significa una ponderación del legislador acerca de las funciones y roles de los progenitores del siglo XXI, desde la mirada de los derechos humanos. Para el cumplimiento de las funciones, la ley impone a los progenitores deberes, reconociéndoles derechos o facultades correlativos para facilitar y hacer posible la relación plena con el hijo.” (pág. s/n)(Sic).

Del mismo modo, (Herrera & Lathrop, 2017) , eefectuaron un análisis jurídico comparado a nivel de Latinoamérica sobre las relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos, concluyendo que, inspirados en la Convención, algunos países incorporaron y desarrollaron conceptos e instituciones que fuesen más inclusivos y democráticos, de ese modo, abandonaron el tradicional modelo románico de la “patria potestad” la que se centra en el poder del varón sobre la mujer y los hijos. Agrega que, pese a que transcurrieron ya casi tres décadas de la Convención, aún existen reminiscencias de esta figura que impiden o dificultan interpretaciones acordes a aquella. (pág. 149).

Aquellas autoras nos indican que el único ordenamiento legal donde se efectuó reformas legislativas integrales respecto a las relaciones familiares acordes a la Convención Sobre los Derechos del Niño, es en el Código Civil y Comercial de Argentina, vigente desde el 1° de agosto de 2015, donde además se ha incorporado la figura jurídica de la “responsabilidad parental”.

Las referidas autoras, más detalladamente señalan:

> Las legislaciones latinoamericanas usan diversas denominaciones para nombrar el régimen jurídico que regula las relaciones paterno - filiales. Indican que sucede lo contrario en el contexto europeo donde es generalizado el uso del concepto de "responsabilidad parental" –proveniente de la Children Act de 1989 del derecho inglés–. Agregan que, si bien es cierto en algunos países replicaron el uso del término "responsabilidad parental" –como Colombia y Argentina –, también lo es que, en general los códigos civiles o de familia latinoamericanos permanecen usando el vocablo "patria potestad" –Uruguay, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela y Chile – o "autoridad parental" –Bolivia y El Salvador. Si bien hay legislaciones en las que se introdujeron principios modernos como el de igualdad parental o corresponsabilidad parental, sin embargo, no modificaron la denominación de algunas instituciones. Ello es el caso del código de la niñez y adolescencia ecuatoriano y el código civil chileno reformado en 2013. De esta forma, aún hay países en las que persiste la "patria potestad" y otras instituciones del derecho de familia que no han sido derogadas o "re-leídas" a la luz de la Convención, con las consiguientes antinomias que ello produce. (págs. 151-152)

> Las autoras nombradas, manifiestan que "la *responsabilidad parental* se rige por el principio del interés superior del niño y el principio de la autonomía progresiva, esta última según el nivel de desarrollo alcanzado por el hijo; dado que, a mayor autonomía de aquél, la representación de los progenitores disminuye respecto al ejercicio de los derechos de los hijos; y como correlato el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez aumenta conforme lo estableció el Código Civil y Comercial de Argentina en su artículo 639". (pág. 154).

En suma, se concluye de lo expuesto que el cambió de *nome iuris* implica mucho más que un simple cambio de denominación; ya que, en realidad significa un cambio de visión o concepción en el tratamiento de las

relaciones jurídicos paterno/materno filiales al poner en igual grado de posiciones en las relaciones jurídicas familiares al padre, madre e hijo, por ello, se señala que la la Convención sobre los Derechos del Niño exige que las familias dejen de ser patriarcales, verticales o jerarquizadas para que se transformen en familias democráticas; pues a partir de este instrumento internacional a los niños, niñas y adolescentes se les reconoce como sujetos de derechos.

Consideramos, además que, al utilizarse el término *responsabilidad* el mensaje que brinda a la sociedad es más directo y contundente que cuando se utilizaba el término jurídico *patria potestad*. Dado que, cando se habla de *responsabilidad* inmediatamente ese término lo relaciona con *obligaciones*; en ese sentido, consideramos que con el nuevo *nome iuris* será más fácil que nuestros ciudadanos internalicen que el ejercicio de su *responsabilidad parental* exige que esta sea cumplida tanto por el madre como la madre, bajo el estricta observancia del *principio del interés superior del niño* ; y que su nivel de participación en el ejercicio de su *responsabilidad parental* será en función- inversamente proporcional- a la capacidad o autonomía progresiva del niño, niña o adolescente. Este nuevo enfoque que trae consigo el uso del término jurídico de la *responsabilidad parental* exige también un cambio en el razonamiento jurídico que deben realizar los jueces especializados en familia cuando resolver conflictos jurídicos familiares; el cual aún en el estado actual de nuestra legislación se encontrarían obligados a efectuarlo en atención a que suscribimos y ratificamos la Convención Sobre los Derechos de Niño.

Estimamos necesario señalar, que en nuestro País pese a que legislativamente no se ha reformado legalmente el código civil (Título III: *Patria Potestad*, Sección III*: Sociedad paterno -filial*, libro III: Derecho de familia) ni el Código de los Niños y Adolescentes, respecto a la *patria potestad*; sin embargo, se introdujeron principios jurídicos modernos que sustentan a la figura jurídica de la *responsabilidad parental* a través del (Decreto Legislativo

No. 1408, 2018)[5], como son: el *principio de igualdad y no discriminación* y *principio corresponsabilidad familiar*; además que, se reiteró el reconocimiento legal al *principio del interés superior del niño*.

A mayor detalle, con fecha 22 de noviembre de 2016, la congresista, Gloria Montenegro Figueroa (Grupo parlamentario Alianza para el Progreso), a través del Proyecto de Ley No. 663/2016-CR, presentó el "proyecto de ley que propone el nuevo código de los niñas, niños y adolescente", en la que ya se incorpora la figura de la *responsabilidad parental* reemplazando a la *patria potestad*, apreciándose que, el capítulo I versa sobre: *Ejercicio de la responsabilidad parental*, el cual forma parte del título I, intitulado *responsabilidad parental* las que forman parte del libro III, denominado: *Instituciones familiares*.

Ahora bien, como se advierte las bases para reformar legalmente la figura de la *patria potestad* por el de *responsabilidad parental* están dadas e incluso en base a una interpretación constitucional del derecho de familia se le podría otorgar el contenido de la *responsabilidad parental* a nuestra actual figura jurídica de la *patria potestad*; sin embargo, no es suficiente para alcanzar un real, integral y estructural cambio en las relaciones jurídicas familiares actuales a efecto que logren su democratización no sólo a nivel de leyes sino y principalmente en la vida diaria de cada familia.

[5] "Decreto Legislativo para el Fortalecimiento y la Prevención de la Violencia en las Familias", publicado en el Diario Oficial "El peruano" el 12 de septiembre de 2018.

2.2.3 Los principios de coparentabilidad y corresponsabilidad como aspecto fundamental de la tenencia compartida.

Los principios que desarrollaremos en esta sección son conjuntamente con el principio del interés superior del niño la base fundamental en la que se sostiene la responsabilidad parental; debiéndose enfatizar que, estos principios se materializan o concretiza de forma plena con el uso de la tenencia compartida, es en razón a ello que, consideramos importante el que se comprenda adecuadamente el contenido de cada uno de esos principios.

Respecto al principio de corresponsabilidad la autora ***(Lathrop, 2008)*** de forma concisa señala que, "consiste en un reparto equitativo de los derecho y deberes que los progenitores ejercen frente a sus hijos"***.***

Por su parte (Acuña, 2013) refiere que aquél principio contiene un "complejo entramado de deberes, derechos, funciones e incluso actitudes éticas relacionados a la crianza y educación de los hijos cuyo ejercicio corresponde a ambos progenitores". Aquella autora, refiere que la corresponsabilidad no significa en esencia un reparto, distribución o atribución de funciones, derechos o deberes; sino que, fundamentalmente implica que ambos padres - independientemente que hagan vida en común o no - compartan y participen en la responsabilidad de la crianza y formación educativa de los hijos, cuya participación debe efectuarse de forma activa, equitativa y permanente.

Finalmente, agrega la citada autora que, el principio de corresponsabilidad se encuentra consagrada en el artículo 18.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la que no realiza distinción alguna en torno a la existencia o no de una relación jurídica familiar entre los padres.

De otro lado, haciendo una distinción entre el principio de corresponsabilidad parental y el principio de coparentalidad, la autora (Acuña, 2013) afirma:

> "*El principio de coparentalidad (arts. 9.3 y 7.1 CDN) se erige desde la perspectiva del hijo como el derecho que ostenta a relacionarse con sus padres y a ser cuidado por ellos; ahora bien, el principio de corresponsabilidad parental (art. 18 CDN), se encuentra referido a las obligaciones comunes que tienen los progenitores respecto de sus hijos, desde la perspectiva de los padres se consagra como un deber de ellos de participar en la crianza y educación de los hijos (art. 24 Código Civil chileno).*
>
> *Estas dos perspectivas, en opinión de la autora son distintas aunque complementarias, y coexisten jurídicamente, en la configuración de la relación paterno-filial como un derecho que hijos y padres tienen recíprocamente. Las que además responden teleológicamente a una misma idea: es beneficioso para los niños la relación con su padre y con su madre. En suma, la referida autora concluye que, preservando ambos principios su autonomía son dos caras de una misma moneda: la materialización inicial de cuál es el interés del menor en las relaciones de familia en los supuestos de no convivencia entre sus padres*
>
> *En el caso concreto de la vida separada de los padres será un reto armonizar el derecho que tiene los niños a la coparentalidad y la adecuada y efectiva de la corresponsabilidad parental en condiciones equitativas, preservando la estabilidad física y emocional de los niños y velando por su interés superior".* (pág. 40)

En ese mismo orden de ideas, la autora (Lathrop, 2008) señaló en relación al principio de coparentalidad que éste implica el derecho del hijo a que se le garantice la continuación de las relaciones afectivas que sostiene con sus dos progenitores aún en una situación de crisis familiar como es la ruptura conyugal o de pareja.

Por su parte, (Barcia, 2012), indicó: "… El principio de la coparentalidad hace frente a la crisis que ha generado en la familia la asignación unilateral de la guarda y custodia. El moderno Derecho de la infancia trata de dejar atrás un sistema donde un padre no custodio se aleja del mundo cotidiano del hijo. Como señala LATHROP '… El modelo de custodia individual está siendo fuertemente reprobado en diversos ámbitos de la vida social.'". (págs. 463-464)

Siguiendo aquella línea, (Beltrán, 2009), refirió que, "la Coparentabilidad tiene ventajas no solo para los hijos, sino también para la familia en tanto refuerza la relación paterno filial, persigue reconocer la igualdad de los cónyuges o convivientes desde su aspecto personal y familiar, lo que favorece a la pareja y por ende a la familia pues ninguno se sentirá sacrificado debido a la crianza de los hijos".

A nivel nacional, debemos indicar que a través del (Decreto Legislativo No. 1408, 2018)[6] se incorporó el principio de corresponsabilidad familiar, la que propugna que en el interior de las familias se distribuyan de manera igualitaria las tareas domésticas y de cuidado, al ser consideradas un elemento sumamente valioso para que las personas y las familias logren su desarrollo conforme a sus capacidades, edad, madurez y el nivel de dificultad de las tareas, al posibilitar que aquellos logren desarrollar su autonomía y mejoren la calidad de interacción en su medio familiar. Finalmente, se preceptúa que la corresponsabilidad familiar implica también que la responsabilidad del sostenimiento del hogar recae de forma igualitaria tanto el hombre como la mujer. (p.10)

En suma, podemos señalar que, el Principio de Coparentalidad, encuentra su centro en el derecho del niño, niña o adolescente a que se le

[6] Intitulado como: "Fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familia", publicado en el diario oficial "El peruano" el 12 de septiembre de 2018.

garantice la continuación de las relaciones personales, materiales y afectivas con sus dos progenitores, aun cuando aquellos hayan concluido su relación de pareja; este principio se complementa con el Principio de Corresponsabilidad Parental, el cual sitúa su centro en los progenitores quienes desde la perspectiva de género propugna por la igualdad parental; en el sentido, de que tanto la madre como el padre, tienen el derecho de ejercer sus funciones parentales de forma plena, activa, complementaria y permanente a efecto de que sus hijos logren su desarrollo integral; en consecuencia, el uso o aplicación de ambos principios en el plano material es el contenido esencial de la Responsabilidad Parental la cual ante un contexto de crisis familiar aspira a mantenerse bajo la figura jurídica de la tenencia compartida.

En ese sentido, se concluye que la tenencia compartida es la figura jurídica que materializa y potencia de forma plena ambos Principios repercutiendo positivamente en la vida familiar diaria de los niños, niñas y adolescentes; ya que, de esa forma el vínculo afectivo existente entre padres e hijos seguirá fortalecida; dando lugar a que, cada progenitor cumpla su función (con todo el espectro amplio de derechos y deberes que ello significa) de forma positiva y en un margen de respeto frente al otro; desterrándose de esa forma, la idea tradicional, estereotipada y restrictiva de que mientras un progenitor cumpla su obligación alimentaría será acreedor a “horas” de visitas y que allí culmina sus derechos; y que, el progenitor con quien reside el hijo (a), es la única persona encargada de la crianza y formación de aquella persona menor de edad, y que es el único quien tiene el derecho de tomar las decisiones relevantes respecto a la vida de su hijo (a); dado que, en las familias en crisis (hijos con progenitores separados) es la tenencia compartida, la que realza el Principio de Corresponsabilidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que aun cuando no se opte por la tenencia compartida, sino por una tenencia exclusiva o monoparental, aquellos principios deben ser observados y cumplidos en la mayor medida posible; ya que, como hemos señalado en la parte introductoria ambos principios junto con el Principio del Interés Superior del Niño, rigen y son los

cimientos en la que se sostiene la *Responsabilidad Parental* o como nuestro ordenamiento jurídico aún lo denomina *Patria Potestad.*

2.2.4 Los derechos en dinámica entre los sujetos de derechos que involucran el establecimiento de la tenencia compartida.

El proceso judicial que se inicia ante una falta de acuerdo por los progenitores respecto de la persona o forma en que se ejercerá la tenencia de su menor hijo es la que se sigue en la vía procesal del *proceso único* cuyo íter procesal se encuentra regulada en el Código de los Niños y Adolescentes.

Ahora bien, cuando un progenitor formula demanda ante el Juez especializado de familia solicitando se le conceda la tenencia de su hijo, pretensión que la dirige contra el otro progenitor. Nos hace preguntarnos ¿El progenitor que formula la demanda lo hace por derecho propio o en representación de su hijo?; en aquellos proceso judiciales, no se nombra curador procesal para la persona menor de edad, únicamente se vela por los derechos de aquél al haberse establecido la participación del Fiscal de Familia. Consideramos que la respuesta a esa pregunta nos permitiría determinar cuán técnico es la propuesta de la vía procesal establecido para este tipo de materias y si es una garantía eficaz para la protección de los derechos de todos los sujetos procesales que participan en ella.

Es necesario señalar que nuestro País ratificó la suscripción a la Convención Sobre los Derechos de Niño y Adolescente en el año 1990, asumiendo de esta manera la obligación de aplicarla. (*Pacta sunt servanda*), dicho instrumento contiene el catalogo mínimo de derechos específicos de la infancia y adolescencia. En tal sentido, (Beloff, 1999) sostiene que aquél instrumento internacional significó la sustitución de la *doctrina de la situación irregular* por el de la *protección integral*.

En forma breve, la *doctrina de la situación irregular* partía del enfoque del niño como objeto de control (tutela) mientras la doctrina de *protección*

integral propugna que el niño, niña o adolescente es *sujeto de derecho* con capacidad progresiva de ejercicio, son sujetos titulares de derechos que merecen una protección reforzada del Estado, comunidad y familia. Es decir, la intervención estatal se justifica y se orienta a proteger de forma integral sus derechos respetando todas sus garantías legales y procesales.

Bajo la doctrina de la "protección integral" se efectuará el análisis de los derechos que surgen en la relaciones que surgen entre, hijo(a) – Progenitor (a), Padre – Madre, y Progenitor(a) – hijo(a); ya que, esas tres relaciones jurídicas requieren ser estudiadas para lograr una eficaz identificación de los derechos que requieren ser protegidos ante el establecimiento de una tenencia compartida por ser ésta la materia de investigación; ya que, debemos enfatizar se encuentran en igualdad de posiciones jurídicas tanto el padre, madre e hijo, por ser los tres *sujetos de derechos.*

2.2.4.1 Los derechos de los que el hijo(a) es titular frente a cada uno de sus progenitores. Consideramos que los principales derechos que inciden en el tema materia de investigación son los siguientes:

2.2.4.1.1 Derecho a la identidad.

Este derecho fundamental se encuentra recogido en nuestra Carta Magna, en su inciso 1 del artículo 1°, siendo desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional en el caso *(Karen Mañuca Quiróz Cabanillas, 2006)*, en la que señaló que, el derecho a la identidad ocupa un lugar valioso entre los atributos esenciales que tiene las personas conforme se encuentra reconocido como tal en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna; refiere que debe ser comprendido como "el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido rigurosamente por lo que es y por el modo cómo es". Es decir, será individualizado según específicos caracteres particulares, esencialmente de carácter objetivo, como son: los nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.; y otros de carácter subjetivo que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, como: la ideología, identidad cultural, valores, reputación, y etc.

En la Convención Sobre los Derechos del Niño se encuentra regulada en el artículo 8° que a la letra señala

> “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.” (Sic)

En igual sentido, dicho dispositivo legal guarda coherencia con lo prescrito en dicho cuerpo normativo, en el artículo 7° que señala:

> “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”.(Sic)

En el Código de los Niños y Adolescentes, el derecho a la identidad de los niños, se encuentra recogido en el Artículo 6°, el cual prescribe lo siguiente:

“6.1 El niño, niña y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. 6.2 Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. 6.3 En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.6.4 Cuando un niño, niña o adolescente se encuentren involucrados como autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito o sean víctimas de los mismos, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación. La prohibición se extiende al padre, madre, tutor/a o a las personas que vivan con él/ella. Los medios de comunicación tienen la obligación de garantizar la reserva de los datos personales y cualquier información que permita identificarlos, salvo que, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, exista una autorización escrita de los padres o representantes legales, y siempre que no se atente contra su interés superior.” (Sic).

Ahora bien, los niños, niñas y adolescentes son titulares del derecho a la identidad; sin embargo, al ser sujetos de derechos en autonomía progresiva, ellos desde el momento de su nacimiento pueden ejercer por sí mismos sus derechos y preservarlos en la medida de su madurez. En caso, se verifique que aquellos tienen una escasa maduración son sus progenitores los llamados únicamente a ***apoyarlos*** para que ellos puedan ejercer su derecho de forma adecuada, lo que en modo alguno implica una suplantación o sustitución en la titularidad del derecho; por ello los primeros obligados a velar por el respeto a su derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes son sus progenitores.

Máxime si se considera que son los progenitores al momento del nacimiento del hijo quienes deben otorgar los pre nombres de sus hijos y regístralos con sus apellidos ***(derecho al nombre)*** ante el Reniec; además que, con el reconocimiento de paternidad/maternidad (en caso sea hijo/a extramatrimonial) se establece el vínculo de parentesco ***(derecho de filiación),*** sí es hijo/a matrimonial bastará que uno de los progenitores los inscriba ante el Reniec más la partida de matrimonio para que la filiación se constituya de pleno derecho.

Del mismo modo, conforme lo señala el jurista nacional ***(Varsi, 2010)*** forma parte del derecho a la identidad precisamente el “derecho a conocer nuestra identidad” cuyo sustento es el conocer nuestro “origen biológico”, nuestra “verdad biológica”, esto a raíz del uso más común y frecuente de las técnicas de reproducción asistida como una forma de lograr la procreación, debemos indicar que conocer esta información es nuestro derecho independientemente que pueda o no determinar nuestra filiación. Asimismo, con el acto de inscripción en el Reniec el hijo/a adquirirá una ***nacionalidad*** el cual también es un componente del derecho a la identidad. .

Es suma, la preservación de la dimensión estática del derecho a la identidad de los niños se encuentra por su incipiente *autonomía progresiva* en manos de los progenitores; sin embargo, eso no significa que las personas menores de edad a través del otro progenitor (quien actúará en su representación) puedan exigir que el padre/ madre cumpla con preservar su derecho a la identidad; ya sea en su manifestación del derecho al nombre, filiación, conocer su identidad, nacionalidad u otro.

Un claro ejemplo de ello, se da en el caso del *derecho de filiación*; ya que, nuestro código civil reconoce al hijo/a (menor de edad) como titular del derecho; y por ende, titular del derecho de acción para demandar que se declare su filiación extramatrimonial, conforme se aprecia en el artículo 407° del código civil, que prescribe lo siguiente:

"La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia. (…)".

2.2.4.1.2 Derecho a vivir en una familia.- No es la intención de este trabajo hacer un análisis crítico y jurídico sobre la evolución de la "familia" a través del tiempo sobre su forma de constitución, sostenimiento y dinámica bajo los cambios que sigue atravesando. El objetivo de éste trabajo, en esta sección, se enfoca en el sujeto de derecho niño, niña y adolescente como titular del "derecho a vivir en una familia" frente a sus progenitores, para ello se desarrollará algunos temas o definiciones básicas que coadyuvaran a tal finalidad.

La convención sobre los Derechos del Niño, en el inciso 1) de su artículo 9°, establece lo siguiente:

"1. Los Estados Partes velarán por que el niño ***no sea separado de sus padres*** *contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán ***el derecho del niño que esté separado e uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño****.*

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la para la persona o personas interesadas. " (Énfasis nuestro)

Ahora bien, en nuestra Constitución Política, el artículo 4°, señala lo siguiente

"*La comunidad y el Estado…protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad".*

Como se advierte nuestra carta magna no reconoce de forma expresa el derecho de las personas a vivir en una familia; sin embargo, debemos recordar los Tratados celebrados por nuestro País vigentes forman parte del derecho nacional conforme lo preceptúa el artículo 55° de nuestra carta magna.

En ese entendido, nuestro Código de los Niños y Adolescente, estableció en su *artículo 8*, lo siguiente:

"El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de **familia natural** tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar

porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.” (Subrayado y énfasis nuestro).

Bajo el marco normativo desarrollado debemos preguntarnos en principio *¿cuál es la “familia” que el cual el niño, niña y adolescente tiene derecho de vivir, crecer y desarrollarse?.*

Sobre el particular, es preciso indicar que el segundo párrafo de la redacción del dispositivo legal antes citado, nos brinda luces sobre ello; dado que, hace referencia a la “familia natural”.

Ahora bien, concordamos en que toda persona menor de edad al momento de nacer tiene como primer derecho el vivir con sus los progenitores que le concibieron (coincidencia de la filiación biológica y legal); independientemente, de que aquella familia se hubiese originado dentro del matrimonio o una unión de hecho; bajo esas circunstancias, estimamos que no existiría mayores disquisiciones jurídicas pues prácticamente responden al modelo de familia tradicional; puesto que, los tres integrantes residirán en un mismo domicilio, el hijo (a) recibirá los cuidados y formación de sus dos progenitores y éstos últimos cumplirán su roles frente a su hijo (a) sin mayores inconvenientes. (Gómez & Berástegui, 2013) Señalan que los niños, niñas y adolescentes tiene como prioridad el vivir con su familia original; es decir, aquellos que le procrearon.

Ahora bien, cuando se trata de niños, niña o adolescentes que nacieron en un matrimonio o una unión hecho que llegó a su fin; o en su caso, fueron producto de una unión pasajera de sus padres que nunca siquiera intentaron formar un matrimonio o una unión de hecho. En este último supuesto ¿existe alguna familia que ofrecer al niño, niña o adolescente?, y en el primer y segundo supuesto ¿aún existe alguna familia que preservar para los niños, niñas o adolescentes?

En ese orden de ideas, consideramos que desde la perspectiva del hijo(a) la disolución del vínculo conyugal o de la unión de hecho de sus progenitores no alcanza a su vínculo de parentesco que sostienen con cada progenitor; por lo que, el cambio más significativo que vivirán consistirá en que su padre o madre ya no residirá con ellos, o al menos no lo harán de forma simultánea con su otro progenitor.

Ahora bien, en el caso de que el niño, niña o adolescente nazca producto una relación esporádica o libre en la que nunca se haya tenido como finalidad consolidarse en un matrimonio o una unión de hecho; lo que primero se evidencia es que, bajo esa circunstancias, nunca vivirán los tres en una sola vivienda, aun así, aquél niño, niña o adolescente ¿tendrá una familia?

A efecto de esclarecer las interrogantes planteadas consideramos importante lo señalado por la autora (Rivas, 2008), quien señala que el término *hoga*r alude a un grupo de personas que residen en el mismo lugar independientemente que cuenten o no con un vínculo de parentesco, mientras que el término *familia* hace referencia a un grupo de personas entre las cuales existe vínculo de parentesco (consanguíneo, por afinidad o civil) que pueden o no vivir juntos, pero que necesariamente comparten una identidad moral y simbólica que los lleva a ser percibirse y ser percibidos por los demás como una familia.

En ese sentido, debemos enfatizar que el vivir en un mismo lugar (padre/madre- hijo(a)) no determina la constitución o disolución de una familia; ya que la familia tiene como su origen o sustento en el vínculos de parentesco (consanguíneo, afinidad o civil); la cual trasciende a una práctica principal de convivencia, comunicación, relaciones de afectividad, asistencia material, publicidad y estabilidad en el tiempo; en ese sentido, los hijos tienen el derecho de exigir a sus progenitores conservar la relación o dinámica familiar sostenida con cada uno de sus padres (integrantes de su familia) antes del divorcio

o culminación de la unión de hecho la cual únicamente debe adaptarse a que ambos progenitores no residirán con ellos de forma simultánea; siendo ellos mismos los primeros llamados a velar por la conservación de la familia de sus menores hijos.

Ahora bien, en el caso de niños, niñas o adolescentes nacidos de una relación esporádica aquellos tienen como su familia tanto al padre y madre que los concibieron en el caso los hubiesen reconocimiento voluntariamente ante el Reniec o hubiese sido por declaración judicial de la filiación extramatrimonial, independientemente de que entre los progenitores no exista la voluntad de establecer entre ellos una relación de pareja o familiar y que nunca hubiese residido los tres en una vivienda. En ese sentido, la primera obligación que tiene los progenitores es que su hijo(a) construya, sostenga y preserve a su familia, finalidad que únicamente se logra a través de la convivencia y comunicación frecuente; en ese sentido, los niños, niñas y adolescentes tiene el derecho de exigir que sus progenitores les permitan disfrutar y conservar a su familia.

La convención sobre el derecho del niño, entendiendo que la familia es una unidad natural sostenida en los vínculos de parentesco de sus integrantes, independientemente que sus miembros residan en un mismo domicilio, sostiene de forma más clara y enfática en el numeral 2 de su artículo 9°, en que para preservar esa unidad familiar los niños, niñas y adolescentes tiene el derecho - en el caso que no se encuentren residiendo con sus dos progenitores o lo haga sólo con uno – a mantener las relaciones personales y el contacto directo de forma regular con cada uno de sus padres salvo que ello sea contrario a su Interés Superior.

Continuando con el orden de ideas, debemos decir que éste último derecho es conocido en nuestra doctrina nacional como “derecho de visitas” la cual se traduce en que establecimiento de un

régimen de visitas sea judicial o por consenso entre los progenitores; sin embargo, el contacto físico directo no dota de contenido pleno a aquél derecho; ya que, excluye el derecho a sostener las relaciones personales de forma regular el que no sólo se materializa en el contacto físico directo sino a través de otras formas de comunicación ; sumándose a ello, de que pierde de vista el objetivo de ese derecho el cual es que el niño no sólo trate como una visita ocasional al progenitor con el cual no reside, sino que éste sea visto como un integrante de su familia por ello aquél nome iuris no es el más apropiado al no abarcar todos los aspectos del derecho a vivir en una familia de niño, niña y adolescente en su manifestación del derecho a mantener las relaciones personales y el contacto directo de forma regular con cada uno de sus padres.

A mayor detalle, debemos indicar que el Tribunal Constitucional peruano, en el caso: (J.A.R.R.A Y V.R.R.A, 2009)[7], señala:

> "El derecho del diño a tener una familia y no ser separado de ella es reconocido como un derecho fundamental implícito que se sostiene en el principio-derecho de dignidad de la persona humana, en el derecho a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar; la finalidad de aquel derecho es satisfacer las necesidades materiales, afectivas y psicológicas, por ser el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, principalmente los niños. En ese sentido, el disfrute mutuo de la convivencia entre progenitores e hijos se erige en un elemento clave en la vida de familia y una manifestación del

[7] Recuperado el 08 de marzo de 2019, visto en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf.

> derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, puesto que, aun cuando los progenitores se encuentren separados de sus hijos preceptúa que la convivencia familiar debe ser garantizada, exceptuándose el caso de que no exista un clima familiar de estabilidad y bienestar."

Este derecho que tiene los niños, niñas y adolescentes de vivir en un familia y a no ser separada de ella no ha sido internalizado por los progenitores; en el sentido, que ellos no distinguen la relación conyugal, convivencia o simplemente sentimental que establecieron y que en su caso llegó a su fin con el otro progenitor; del vínculo de parentesco establecido entre su hijo (a) con el otro progenitor el cual será perenne en el tiempo al ser integrante de la familia de aquél, no advirtiendo que su primera obligación como padres es asegurarle a su hijo el que pueda gozar y disfrutar de su derecho a tener una familia para ello deben permitirles la convivencia y comunicación con cada integrante de su familia la cual , en muchos casos, es distinta a la que cada progenitor mantiene.

Consideramos que es la institución jurídica de la tenencia compartida la que concretiza mejor el derecho a vivir, crecer y desarrollarse en una familia que tiene los niños, niñas y adolescentes pues de esa forma aquellos podrán mantener las relaciones personales y el contacto directo de forma regular con cada uno de sus padres; y es por ello, que éstos tiene el derecho de acción ya sea por derecho propio o a través de otras personas que actúen en su representación a sus progenitores que se encuentren separados que establezcan la tenencia compartida la cual debe ser estimada salvo que sea contrario y comprobadamente contrario a su Interés Superior.

2.2.4.1.3 Derecho a los alimentos.

El análisis que se realizará de este derecho fundamental realiza desde la perspectiva de los niños, niñas y adolescentes frente a sus progenitores.

En principio debemos señalar que la Convención Sobre los Derechos del Niño, - la cual forma parte de nuestro derecho nacional en mérito al artículo 55° de nuestra Carta Magna, - en su artículo 27° señala que, los niños son titulares del derecho de gozar de un nivel de vida adecuado para que logren su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En ese orden de ideas, se preceptúa que son los progenitores o las personas encargadas de aquellos quienes son los responsables primordiales de brindarles según sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarios para que los niños se desarrollen. Del mismo modo, impone que los Estados Partes, de acuerdo a su realidad socioeconómica proporcionen ayuda a los padres u a las personas responsables de los niños a cumplir con este derecho, incluso brindándoles asistencia material y programas de apoyo en caso de ser necesario. En ese mismo sentido, también se les exige que tomen todas las medidas pertinentes que les permita asegurar que **los progenitores o personas encargadas de los niños cumplan con su obligación alimentaria** tanto en el territorio nacional como si radicasen en el extranjero.

En ese mismo sentido, el derecho a los alimentos de los niños, niñas y adolescentes, es considerado fundamental al encontrarse reconocido en el segundo párrafo del artículo 6° en nuestra Constitución Política peruana como un derecho social y económico, aquél dispositivo legal a la indica: “Es deber y derecho de los padres **alimentar**, educar y dar seguridad a sus hijos. (…)” (énfasis nuestro). Si bien la redacción de ese derecho se realiza desde la perspectiva de los padres se infiere razonadamente que el titular de aquél derecho son los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, en el Código de los Niños y Adolescentes, no regula de forma expresa y autónoma éste derecho al considerarlo implícito dentro del

último párrafo de su artículo 8°; es decir, el derecho “vivir en una familia “es considerado como un derecho civil, de aquél grupo etario, señalando que: “(…) Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral”. Sin embargo, en el artículo 93° del mismo cuerpo normativo se señala que “es obligación de los padres el brindar alimentos a sus hijos”.

Desde la perspectiva del marco normativo detallado al igual que el jurista (Plácido, 2015) se advierte que el derecho a los alimentos se encuentra contenido dentro del derecho a un nivel de vida adecuado; advirtiéndose que éste derecho que surge a favor de los niños, niñas y adolescentes de la relación de vínculo de parentesco determinada con dada uno de sus progenitores; es decir, tanto el padre como la madre son los primeros obligados a brindarle los *alimentos* a sus hijos la cual incluso puede traducirse en una *pensión de alimentos* ; sin embargo, ese derecho también puede ser exigido por aquél grupo etario a otras personas distintas a sus progenitores que hayan asumido algún grado de responsabilidad con aquellos; pues a través de del derecho de alimento se asegura que el niño(a) pueda lograr un desarrollo integral; es decir, físico, mental, espiritual, moral y social; en realidad, éste derecho repercute y coadyuva a la satisfacción de otros derechos como es la salud, educación, recreación y etc.

> De otro lado, hemos advertido un escaso desarrollo teórico sobre el *derecho a los alimentos* de los niños, niñas y adolescentes por parte de nuestro Tribunal Constitucional; sin embargo, se halló la siguiente jurisprudencia sobre la materia el Caso: (Carmen Nancy Zeballos Vargas, 2010)[8], en el fundamente del voto del magistrado Cesar Landa Arroyo, en su fundamento 9, señala explicando acerca de la finalidad que persigue la pensión de alimentos, aquél refiere que aquél derecho tiene como fundamento subyacente el

[8] http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03162-2008-AA.pdf

> deber de asistencia o auxilio; en ese sentido, lo esencial para determinarlo no radica en establecer la naturaleza remunerativa o no de los ingresos de la persona obligada sino esencialmente en brindar una adecuada alimentación (vestido, educación, etc.) a quienes disfrutan de un derecho de alimentación en virtud de un vínculo familiar establecido por la Ley, y específicamente por el Código Civil..

Para el autor (Reyes, 1999) Concluye respecto al derecho alimentario lo siguiente:

> "En consecuencia, los alimentos constituyen un factor indispensable para la vida, sin los cuales el individuo perecerá indefectiblemente, y en el caso de que no sean suficientes, se verá limitado en su desarrollo integral, físico mental y psicológico, por cuya razón considero que toda omisión en su cumplimiento es un verdadero atentado contra los Derechos Humanos". (pág. 775).

Ahora bien, al ser los alimentos un derecho fundamental del niño, niña y adolescente aquellos tendría el derecho de acción para exigirlo inicialmente a sus progenitores mediante las acciones judiciales correspondientes; sin embargo, es usual al menos en nuestro País que ellos actúen a través de sus representantes legales (progenitores) contra aquél otro progenitor que incumple con su obligación alimentaria; sin embargo, nada obsta que también lo podría efectuar por derecho propio en mérito al principio de autonomía progresiva

2.2.4.1.4 Derecho a la integridad personal.

En principio debemos indicar que éste derecho fundamental se encuentra regulado en la Constitución Política peruana en el inciso 1) del artículo 2° la cual señala de forma textual: " Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, **a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (…)".**

En ese sentido, El Tribunal Constitucional como supremo de interprete constitucional en el caso: (Natalia Foronda Crespo y otras., 2004)[9] **,** en relación a éste derecho fundamental señaló lo siguiente:

> La defensa del derecho a la integridad personal cuenta con una singular importancia en nuestro país, pues no sólo fue reconocido de esa manera en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política vigente, sino también fue ratificado tuitivamente en el apartado h) del numeral 23 del artículo en mención, prohibiendo el que se ejerza toda forma de violencia física, psíquica y moral sobre las personas; así también, la tortura o tratos inhumanos o humillantes. Agrega que, en esencia dicho derecho: "…es un atributo íntimamente vinculado con la dignidad de la persona, con el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar. En ese sentido, el ser humano es, per se, portador de estima, custodia y apoyo diversos para que logre su realización acorde con su condición humana; en consecuencia, la defensa de su integridad forme parte de la dimensión vital de la persona y, que, por ende, la Constitución le reserve una considerada tutela con vocación tuitiva".

---

[9] Visto el 09.03.2018, recuperado: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02333-2004-HC%20Resolucion.html.

Ahora bien, es necesario enfatizar que los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos que cualquier otra persona pero adicionalmente por su condición de personas en proceso de desarrollo cuentan con algunos derechos específicos que atienden aquella especial condición; ya que, en muchos casos significa encontrarse en una situación de vulnerabilidad. Ahora bien, es preciso indicar que la Convención Sobre los Derechos de Niño no señala de forma expresa que aquél grupo etario sea titular del derecho a la integridad personal; sin embargo, proscribe conductas que menoscaben su integridad personal reconociéndoseles tácitamente aquél derecho fundamental.

En ese orden de ideas, la Convención Sobre los Derechos del Niño, en su artículo 19, señala lo siguiente:

> "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño **se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.**
>
> 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".

Continuando con el orden de ideas de la redacción de aquél dispositivo legal se infiere que el primer obligado a cumplir con preservar la integridad personal de los niños, niñas y adolescentes son sus progenitores; por lo cual, son ellos los primeros llamados a evitar que su prole sea sometido a cualquier grado y tipo de violencia sea en cualquier entorno en que se desarrolle y por parte de cualquier persona; evidentemente, existe una mayor obligación y exigencia de que sean los progenitores quienes no ejerzan esos actos de violencia por ser su fuente de seguridad y formación de sus menores hijos.

Ahora bien, en el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 4° reconoce el derecho a la integridad personal de los niños, niñas y adolescentes; asimismo, el 30 de diciembre de 2015 promulgó la Ley N.º 30403, intitulada “Ley que Prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes”, a través del cual el legislador peruano incorporó en el código de la especialidad el artículo 3-A en la que se reguló el “derecho al buen trato”; el cual entendemos forma parte del derecho fundamental a la integridad personal en el sentido de que el “derecho al buen trato” implica el que los niños, niñas y adolescentes reciban cuidados, afecto, protección, socialización y educación **no violentas**; es decir, exige que los niños, niñas y adolescentes tengan una vida libre de violencia.

En tal orden de ideas, consideramos importante señalar que el legislador con la promulgación de la Ley No. 30403, tuvo como finalidad establecer a los progenitores (incluso otras autoridades) los límites para la formación de sus hijos. Ello obedece a que en nuestra sociedad se encontraba arraigado principalmente el castigo físico como una forma de corrección y control de las conductas rebeldes o desobedientes de las personas menores de edad e incluso eran tolerados por ese grupo etario entendiendo que era justificado recibir esa forma de trato pues era por su propio bien. Es ante esa necesidad que aquella Ley de forma expresa prohibió el uso del castigo físico y humillante contra los niños,

niñas y adolescentes en cualquier ámbito, procediendo a efectuar las definiciones de lo significa “castigo físico” y “castigo humillante”.

(López B. , 2015), en su Informe De Investigación N°146/2014-2015, titulada “Regulación del castigo corporal en países de Latinoamérica**”,** citando a la Defensoría del Pueblo, indicó que**:**

“En Perú, según la Encuesta Nacional de Hogares 2013 a nivel nacional un 18% de mujeres considera necesario emplear el castigo físico en la educación de sus hijos, en tanto que el 32.2% de las madres, y el 29% de los padres, utilizan los golpes como medida disciplinaria, siendo ello más frecuente en la región de la selva.” (pág. 9)

En suma el niño, niña y adolescente como titular del derecho a la integridad personal (el cual comprende al buen trato) puede por mutuo propio o a través de cualquiera persona que actué en su representación e interés exigir en primer orden a sus progenitores que cumplan con la obligación de brindarles un buen trato a efecto de preservar su integridad personal; lo que incluye sus progenitores también tienen la obligación de protegerlos cuando se encuentren siendo afectos en el derecho fundamental que nos ocupa, por parte de cualquier persona y en cualquier escenario.

2.2.4.1.5 A vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.-

Este derecho fundamental se encuentra reconocido en nuestra Carta Magna en el numeral 22 del artículo 2° prescribiendo que toda persona tiene:

> *"*(…) derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida". Ahora bien, este derecho fue recogido de forma más específica en el artículo 3° de nuestro Código de los Niños y Adolescentes, el cual de forma literal señala "El niño y adolescente tiene derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado*"* (Sic).

El Tribunal Constitucional Peruano, señaló en el caso *(Máximo Medrano Mass López, 2017)*, fundamento 5, lo siguiente:

Manifiesta que, *"*el derecho al ambiente equilibrado cuenta con una doble dimensión. En su dimensión negativa impone al Estado la obligación de abstenerse de realizar cualquier clase de actos que signifiquen una afectación al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la salud humana. En la dimensión positiva, le atribuye al Estado deberes y obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las que no se agotan en tareas de conservación, sino también incluyen tareas de prevención de que se afecte a ese ambiente equilibrado*»*. Esclarece el Tribunal Constitucional que *«*la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo implica una reparación frente a los daños ocasionados, sino primordialmente, implica la prevención de que ellos sucedan*"*.

Ahora bien, el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sus efectos son erga omnes; sin embargo, consideramos que como titulares del derecho los niños, niñas y adolescentes pueden y deben exigir que sus progenitores cumplan con velar para que en todo momento su hijo (a) se desenvuelva o realice cualquier aspecto de su vida en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Con la finalidad de graficar mejor la funcionalidad práctica de éste derecho podemos ejemplificar que una niña Noelia de seis años se encuentra estudiando en una Institución Educativa que colinda con una fábrica de llantas que emana gases tóxicos afectándole en su saludad. En ese sentido, la Institución Educativa no brinda un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a Noelia quien cómo titular de ese derecho puede exigir a uno de sus progenitores o a ambos que le cambien de Institución Educativa e incluso aquella podría iniciar las acciones judiciales (a través de un curador procesal, Fiscal de Familia u otro Órgano de apoyo) correspondientes para lograr dicho cometido o en su caso los progenitores pueden cumplir con su obligación frente a su hijo(a) de brindarle un ambiente sano y equilibrado para dicha finalidad pueden optar por cambiarles de Institución Educativa.

2.2.4.1.6 Derecho a la educación.-

En relación a éste derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes el artículo 29° de la Convención sobre los Derechos de los Niños preceptúa que la educación de aquel grupo etario debe encaminarse a que desarrollen su personalidad hasta el máximo de sus posibilidades según sus aptitudes y capacidades. Inculcándoles el respeto a sus padres, a la identidad cultural, al idioma y sus valores, preparándoles para que asuman una vida responsable en una sociedad libre, en un clima de respeto del medio ambiente natural.

En nuestra Carta Magna aquel derecho se encuentra reconocido en el artículo 13° que prescribe "La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. **Los padres de familia tiene el deber de educar a sus hijos,** el **derecho de escoger** los centros de educación y de **participar en el proceso educativo**". Y en el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 14° preceptúa que el niño y adolescente tiene el derecho a la educación.

> El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución Política peruana en relación al derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes frente a sus progenitores señaló en el caso (J.J.C.C, 2004)[10], fundamento 03, que "conforme al artículo 13° de la Constitución se impuso a los progenitores la obligación de educar a los hijos lo que guarda correlato con el derecho de éstos últimos a ser educados. En ese sentido, indica que no sólo debe ser considerado como un deber de los padres respecto a sus hijos sino también como un derecho – el de educación- por lo que, cabe

[10] Visto el 10 de marzo de 2019, recuperado: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00052-2004-AA.html

oponerlo y exigirlo al Estado. En ese contexto, se señala que, es obligación del Estado el brindar una protección especial al niño y adolescente lo que implica en primer orden el permitirle ingresar a un centro educativo, el que se tomen todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a evitar a que ninguna persona se vea impedido de recibir educación adecuada por motivos económica o de limitaciones mentales o físicas."

Por tanto, del marco normativo y jurisprudencial se desprende que todo niño, niña y adolescente tiene el derecho a ser educados, por lo que, -independiente de las obligaciones que tiene el Estado para garantizar la instrucción de ese grupo etario- , son los padres quienes en primer lugar se encuentra obligados a matricularles en alguna Institución Educativa para que reciban formación intelectual; así como, deben velar para que no opten por la deserción escolar injustificadamente; en ese sentido, aquellas personas menores de edad de mutuo propio o a través de otras personas que lo representen, tienen el derecho de acción para evitar se le vulnere aquél derecho fundamental.

2.2.4.1.7 El principio del interés Superior del Niño.

Este principio es de suma trascendencia en el actual derecho de la infancia, es por ello que fue desarrollada ampliamente en la sección 2.2.1 "Principio del Interés Superior del Niño" perteneciente al sub capitulo intitulado "Principales corrientes teóricas jurídicas explicativas del problema", del presente trabajo de investigación.

Siendo ello así, de forma sucinta indicaremos que este principio tiene también la naturaleza de derecho sustantivo cuyos titulares son todos los niños, niñas y adolescentes; por tanto, su uso y debida aplicación puede ser exigida no sólo a sus progenitores sino a cualquier persona y en cualquier ámbito sea público o privado.

2.2.4.1.8 Derecho a la libertad de expresión y opinión.

Nuestra Constitución Política del Perú en el inciso 4 del artículo 2°, señala que toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y expresión. Sobre los mencionados derechos el Tribunal Constitucional en el caso (Oliver Jersey Iparraguirre Carrasco, 2017), Fundamento 16, afirmó que, en esencia el derecho a la opinión es sólo el bien jurídico que se tutela a través del derecho a la expresión.

La Convención sobre los Derechos de Niño en los artículos 12° y 13° versa sobre el derecho a la opinión y expresión de los niños y adolescentes como si tratase de derechos distintos, los cuales fueron regulados en el Código de la especialidad en los artículos 9° y 10° efectuando la misma distinción entre el derecho a la opinión y a la expresión.

La importancia de reconocer a los niños y adolescentes el derecho a la libertad de expresión y opinión es que esos derechos causaron una trascendental transformación en el derecho de la infancia; dado que, son los pilares en la que se sustenta la *doctrina de la protección integral,* la cual a diferencia de la *doctrina de la situación irregular*, reconoce al niño, niña y adolescente como "sujeto de derecho" en la misma medida que la población adulta; bajo es lógica, son titulares del derecho a la expresión y opinión atributo que antes no tenían.

En ese mismo sentido, la jurista (Beloff, 1999) señaló:

> "(…) De ahí que de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta (…)" (pág. 19).
>
> Por su parte (Plácido, 2015) señala que el derecho del niño a expresar libremente sus opiniones no admite ninguna clase de restricciones; es decir, que no existe ningún sector en el cual la opinión

del niño no tenga asidero como se podría pensar que sucede frente a sus padres o responsables, en su hogar, escuela o cualquier otro entorno. Asimismo, manifiesta que la opinión que debe verter el niño debe efectuarlo de forma libre; es decir, sin que medie coacción, influencia o presión por parte de alguna persona a efecto que emita una opinión que no exprese su real sentir o se abstenga de expresarlo; agrega que, si aquella opinión es expresada bajo esas circunstancias evidentemente no debe ser considerada al no ser espontanea.

En ese sentido, consideramos importante que en los procesos judiciales ya sea de tenencia compartida o monoparental se garantice no sólo que el niño, niña y adolescente emita su opinión sobre ese tema; sino también que se verifique que dicha opinión se haya formado de forma espontánea y que responde a su real sentir. Para alcanzar esa finalidad es importante que en aquellos procesos judiciales se solicite expresamente que en la pericia psicológica que se le practique al niño, niña o adolescente, se detecte la existencia o no de algún grado de manipulación o lo que algunos denominan “alienación parental” por parte de algunos de los progenitores u otras personas encargadas de su cuidado.

De esa manera, también se evaluaría el grado de responsabilidad en el cumplimiento de su rol por parte de los progenitores, quienes tienen la obligación de velar que sus hijos no sean vulnerados en sus derechos (como es el derecho a su opinión o expresión) comenzando por respetarlos ellos en primer lugar.

En suma todo niño, niña y adolescente tiene derecho a expresar libremente su opinión y a que esa opinión sea especialmente considerada en todos los asuntos que lo afecten directa o indirectamente. En ese sentido, garantizar, respetar y no vulnerar ese derecho también alcanza a sus progenitores; por lo que, podría exigir su cumplimiento y su consideración especial mediante la acción judicial

correspondiente de mutuo propio o través de otras personas que lo representen.

2.2.4.1.9 Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

La Convención sobre los Derechos del Niño preceptúa en su artículo 14°, respecto al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de la que son titulares aquel grupo etario que éste debe ser respetado por los Estos Partes; así como también, «los derechos y deberes que ostentan los progenitores, o los representantes legales, de **guiar** al niño en el **ejercicio de aquel derecho acorde a la evolución de sus facultades**». Precisando además que, « la libertad de profesar la propia religión o sus propias creencias se sujetaran a las limitaciones que prescriba la ley con la finalidad de proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás. »

Ahora bien, en el inciso 3 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho de todas las personas a la libertad de conciencia y religión; y, en el Código de los niños y adolescentes aquél derecho se encuentra recogido en el artículo 11° prácticamente en los mismos términos planteados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, en relación al contenido de aquél derecho fundamental la autora (Díaz, Diana, 2014) Señala lo siguiente:

“El derecho a la libertad religiosa de las personas menores de edad implica desarrollar la libertad religiosa conforme a la evolución de las capacidades de niñas y niños, de manera participativa y muy vinculado al derecho a ser escuchado establecido en el artículo 12 de la Convención, 16 y con la evolución de sus facultades reconocida en el artículo 5o. de este instrumento del derecho internacional de los derechos humanos.” (pág. 428).

En ese mismo sentido, lo entiende el autor (Plácido, 2015), quien señala que son los niños, niñas y adolescentes los que ejercen esos derechos. Agrega que son los padres quienes únicamente tienen la posibilidad de guiarlos en el ejercicio de esos derechos pero conforme al grado de la evolución de sus facultades que aquellos alcanzaron. Señalando que la facultad que ostentan los progenitores de “guiar” debe excluir el uso de cualquier clase de violencia y debe atender también el derecho de que su opinión merezca una consideración especial.

Como se observa el ejercicio de este derecho que tiene todo niño, niña y adolescente se va fortaleciendo conforme aquellos evolucionen en sus capacidades mientras más edad y maduración alcancen podrán también exigir el respeto a sus convicciones religiosas, de pensamiento o conciencia oponiéndoles frente a cualquier intento de imposición inclusive por parte de sus propios progenitores.

2.2.4.2 Los derechos de los que es titular cada progenitor frente al otro padre/madre.

En esta sección se va desarrollar los principales derechos de los que son titulares los padres frente al otro progenitor:

2.2.4.2.1 El derecho a la igualdad.-

Consideramos que este principio -derecho es la columna vertebral sobre la cual se sustenta todos los otros derechos que le asiste a cada padre/madre frente al otro progenitor, el cual además garantiza el ejercicio de todos sus otros derechos derivados de su paternidad/maternidad. Cabe precisar que ese es el enfoque de estudio de aquél principio – derecho al tener vinculación directa y al ser uno de los principios - derechos rectores sobre la cual se respalda la institución jurídica de la tenencia compartida el cual es materia de estudio en la presente investigación.Ahora bien, es preciso indicar que aquél principio – derecho fundamental se encuentra reconocido en nuestra Carta Magna en el inciso 2 del artículo 2°. A mayor detalle, nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular indicó, en el expediente (Rosa Bethzabé Gambini Vidal, 2008), fundamento 13, que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe una cláusula general que preceptúa la igualdad de derechos de hombres y mujeres, además de una cláusula que prohíbe la discriminación en base a motivos concretos lo que se constituye de forma expresa en una interdicción de determinadas diferencias históricamente enraizadas por medio de las cuales se situaron a grupos poblaciones en posiciones desventajosas pero también inversas a la dignidad de la persona humana.

> Siguiendo con la línea de pensamiento se infiere razonadamente que por el principio – derecho a la igualdad, tanto al hombre como la mujer se le deberá garantizar que ejerzan su paternidad/maternidad con las mismas facultades y obligaciones. En ese sentido, también lo estableció la Convención Sobre los Derechos del Niño en su artículo 18° impone a los Estados Partes a que *"*despliegue**n** su máximo esfuerzo para garantizar el principio por el cual a**mbos progenitores tienen obligaciones comunes relacionadas a la crianza y el desarrollo del niño**, **lo cual es su responsabilidad primordial y su preocupación fundamental será el interés superior del niño".** Para tal finalidad, los Estados Partes deben brindar la asistencia adecuada a los progenitores; y además, velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. También deben tomar medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan el derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda que cumplan con las condiciones exigidas.

Debemos señalar que nuestra Constitución Política también lo regula en ese sentido en el segundo párrafo del artículo 6° indicando que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos no haciendo ningún distingo en función del género ni sexo. Cabe precisar que ese conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores respecto a sus hijos en nuestro país aún conserva la denominación desfasada de "patria potestad" las cuales se encuentran detalladas en el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes.

En ese sentido, nuestra legislación reconoció esa igualdad formal existente entre los hombres y las mujeres en su rol como padre o madre en el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes, en

la que se estableció criterios para que el Juez determine cuál de los progenitores ejercería la tenencia de su menor hijo; en ella se advierte que la redacción establecida no proscribe que al padre se le puede otorgar la tenencia monoparental de su menor hijo (a); sin embargo, en el artículo 84°, existe aún la preferencia para conceder la tenencia a la madre cuando el hijo (a) es menor de tres años de edad (doctrina de los años tiernos) en el sentido que por su escasa edad y necesidad biológica la madre es la más apta para convivir y brindarle los cuidados a sus hijos, criterio que debe ceder frente al " Principio del Interés Superior del Niño".

Posteriormente, en el año 2005, se modificó el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes por Ley No. 29269 incorporando la figura jurídica de la tenencia compartida la que permitiría una mayor igualdad entre los progenitores para el desempeño de sus roles.

> La autora (Cataldi, 2015) señala que la igualdad de derechos entre hombre y mujer respecto a la crianza y educación de los hijos se encuentra consagrada en el art. 16 de la Convención para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, la que tiene como objetivo el respeto del derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes preservar el vínculo con ambos progenitores tras la ruptura de la unión de aquellos. Agrega que, en mérito a aquél dispositivo legal se derogó en Argentina la favoritismo materna para la tenencia de las personas menores de 5 años de edad, por atentar contra el principio de igualdad, y ser contraria a la regla de la práctica de la responsabilidad parental compartida (en nuestro país denominada tenencia compartida) y además por ser incompatible con el matrimonio Igualitario regulado en aquél País.

> La jurista (Lathrop, 2008) señaló que una de las ventajas de la custodia compartida frente a la custodia unilateral (en nuestro país se le denomina tenencia) radica en que fortifica la igualdad entre los hombres y mujeres como padres y madres para que sea equitativa la responsabilidad que asumen en la formación educativa de sus hijos quienes al desarrollarse en un clima familiar donde prime los valores de igualdad y respeto gozaran de una mejor protección que la que tienen en el sistema tradicional, patriarca y sexista existente.

Por su parte, el autor Hernández, citada por la jurista (Herrera M. , 2011), en relación a la estrecha relación existente entre el derecho a la igualdad en sus vertientes entre la igualdad parental y la igualdad de género señaló lo siguiente:

> "La doctrina jurídica fundante del Estado Democrático de Derecho es el 'pluralismo jurídico'; destaca que, no obstante todas las reformas que han mejorado la situación de las mujeres, permanece inmodificado, en lo sustantivo, el dispositivo ideológico del patriarcado por lo menos en lo que respecta a su enclave más potente en términos simbólicos: la asignación de roles en base a la distinción público/privado. Dentro de este contexto, resalta que, tras la ruptura de la unión, la esfera patrimonial sobre la relación padres e hijos que en el derecho chileno se desarrolla bajo la figura de la 'patria potestad' está reservada al padre (artículo 244 del Código Civil) y en cambio, el ámbito personal relativo al cuidado, a la madre, a través de la mencionada 'preferencia'. Sobre este punto, asevera que, no cabe menos que tomar conciencia que tal proceder legislativo es una opción en favor de una determinada ideología (la de las diferenciaciones de género elevadas a la categoría de naturales: ´nadie mejor que las mujeres para cuidar a los hijos y nadie mejor que los hombres para

> administrar los bienes´), que históricamente se ha traducido en la subyugación de las mujeres. Y agrega que, este proceder, a su vez, trae aparejadas otras nefastas consecuencias, como por ejemplo, que en relación con algunas materias el acento esté puesto en la supuesta mejor aptitud natural de las mujeres para desempeñar ciertos roles y de los hombres para asumir otros; y no en el interés superior del niño, niña y adolescente; principio rector del derecho de familia contemporáneo" (p.23-24).

Ahora bien, en esa misma línea de idea, el autor, chileno (Barcia, 2013) manifiesta que la más importante aplicación del Principio del Interés Superior del Niño recae en la igualdad parental (paternidad/maternidad); ya que de esa forma se asegura que los niños recibirán la formación y apoyo de ambos progenitores. Agregando que, en el derecho comparado, durante el último tiempo, los sistemas jurídicos han sufrido cambios dirigidos hacia una igualdad de facultades y derechos de los padres, dejando definitivamente atrás los sistemas de asignación exclusiva de derechos de filiación.

En nuestro País, estos últimos años, los movimientos feministas han cobrado un gran protagonismo exigiendo cambios en las legislaciones en relación a la despenalización de aborto, las sanciones más severas para los delitos derivados de la violencia de género, la aplicación del enfoque de género en la curricular educativa e incluso han sumado a sus causas el matrimonio igualitario.

En ese contexto se promulgó el 12 de septiembre de 2018, el Decreto Legislativo No. 1408, intitulado "Decreto Legislativo para el fortalecimiento y la prevención de la Violencia en las Familias" en la que en el literal b) de su artículo 4, se señala como un principio rector para lograr aquella finalidad a la igualdad y no discriminación indicando que es se trata de un "Principio y derecho fundamental que reconoce a

las/los integrantes de las familias el respeto de sus derechos en condiciones de igualdad, en el ejercicio de sus obligaciones, así como en la participación, gestión y cuidado de los/las integrantes más vulnerables" (énfasis nuestro) .

Como se aprecia aquel dispositivo guarda coherencia y se complementa también con principio regulado en el inciso d) de la misma Ley, denominada como *corresponsabilidad familiar*, la que propugna que en el interior de las familias se distribuyan de manera igualitaria las tareas domésticas y de cuidado, al ser consideradas un elemento sumamente valioso para que las personas y las familias logren su desarrollo conforme a sus capacidades, edad, madurez y el nivel de dificultad de las tareas, al posibilitar que aquellos logren desarrollar su autonomía y mejoren la calidad de interacción en su medio familiar. Finalmente, se preceptúa que la corresponsabilidad familiar implica también que la responsabilidad del sostenimiento del hogar recae de forma igualitaria tanto el hombre como la mujer

En ese sentido, y recientemente nuestro máxime interprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, en el caso (Duberlis Nina Cáceres Ramos, 2019), en el fundamento 16, señaló lo siguiente:

"Este Tribunal Considera que en aras de promover la igualdad de oportunidades entre sexos, **debe desecharse la idea de que son prioritariamente las mujeres quienes deben de ocuparse de los hijos y de las tareas del hogar**. Ello genera efectos negativos en su derecho de acceder a una profesión, a la educación o a un trabajo fuera del hogar. De lo que se trata es de garantizar que las funciones biológicas propias de las mujeres no acarreen perjuicios en su situación educativa, laboral y profesional, y que el Estado otorgue toda la protección que resulte necesaria para combatir la situación de desigualdad estructural en nuestro país. Este problema se agudiza aún

> más si las mujeres sólo ven sobre el papel sus derechos sociales fundamentales. “ (énfasis nuestro)

En suma de lo desarrollado se advierte que se cuenta con una base normativa nacional y supranacional; así como, jurisprudencia constitucional, que reconoce a ambos progenitores su derecho a la igualdad parental (como uno de los contenidos de su derecho a la igualdad); en virtud del cual se exige que entre ellos se traten como pares; y además, se les exige que ejerza sus roles en condiciones de igualdad. Derecho que los legitima para ejercer las acciones legales correspondientes cuando sufran discriminación en el ejercicio de su rol materno/materno por razón de su sexo, orientación sexual, condición económica, religión u otro.

Ahora toca, preguntarnos ¿Qué tanto se ha avanzado en la igualdad material o real de los hombres y mujeres en su rol de padre o madre?, ¿Qué tanto los progenitores reconocen y se han concientizado de que el ejercicio en condiciones de igualdad de la paternidad/maternidad materializa el Principio del Interés Superior del Niño?

La respuesta es que nuestro Sistema de Justicia sólo se ha preocupado por la igualdad en el plano formal más no en el plano material o real lo que se evidencia en que la Corte Superior de Justicia de Lima no ha incorporado, en su base de datos del Sistema Integrado Judicial, un indicador que permita identificar los procesos judiciales e tenencia que hayan concluido con sentencia (fundadas, infundadas, autos de improcedencia) sobre tenencia compartida; ya que, sólo se utiliza un ítem general de tenencia” (ver anexo 2, Pág. 327); lo que hace difícil medir en cifras el avance logrado; ya que dicha institución jurídica es la máxima expresión del logro de la igualdad parental de forma material de los progenitores; sin embargo, debemos indicar que los expertos entrevistados fueron coincidentes al indicar que era muy pocos los casos en que los progenitores hayan demandado la tenencia compartida.

2.2.4.2.2 Derecho a la identidad.-

Es necesario señalar que en la anterior sección se analizó el derecho a la identidad que tiene el niño, niña o adolescente frente a su progenitor, en ese sentido, es claro que debe prevalecer el preferirse proteger el derecho a la identidad de ese grupo etario frente al de sus progenitores. Sin embargo, en esta sección se analiza el derecho a la identidad que tiene el progenitor frente al otro en un plano o condición de igualdad.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso (Forneron e hija Vs. Argentina, 2012), en relación al derecho a la identidad, en su fundamento 123, indicó que "aquél derecho puede ser definido en general, como el conjunto de atributos y características que posibilitan la individualización de la persona en sociedad, por lo que, **comprende también otros derechos conforme al sujeto de derechos de que se trate** y las **circunstancias especiales de cada caso** (Gelman Vs. Uruguay)". Agrega que, la identidad personal está estrechamente relacionada a la individualidad específica de la persona y su vida privada, las que se sostienen en la experiencia histórica y biológica de aquél, en su forma de sostener relaciones personales con los demás creando vínculos a nivel familiar y social. En ese sentido, manifiesta que este derecho no es exclusivo de los niños y adolescentes pero tiene una primordial importancia en aquella etapa. Finalmente, señala que, la imposibilidad de M (hija menor de edad) de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionarla con su padre conculcó su derecho a la identidad, además de su derecho a la protección familiar.

En tal orden de ideas, como sabemos la identidad de una persona se construye en el tiempo y sobre la base de su dimensión estática (nombre, nacionalidad, origen biológico y filiación), en ese sentido, una persona adulta cimienta una aspecto de su identidad sobre la base de ser padre/ madre de otra, el gozar de esa posesión de estado, de ese trato, el ser reconocido públicamente como " padre/madre de" es un aspecto que sólo se logra

proteger cuando se le garantiza el ejercicio de su “derecho de filiación” a través de permitírseles el reconocimiento voluntario de su hijo sea por filiación extramatrimonial o dentro del matrimonio.

Bajo ese ángulo de análisis, los progenitores tienen respecto al otro la obligación de exigir se le informe sobre su calidad de padre/madre respecto a su hijo (a) con la finalidad que pueda a acceder a efectuar el respectivo reconocimiento sobre aquellos y construir su identidad de padre/madre sobre la base de su filiación biológica de la que son titulares en virtud de su derecho a la identidad; en consecuencia, también se encuentra proscrito el atribuirse una filiación que no le corresponde o atribuírsele falsamente a otra persona.

En nuestro Código Penal en el artículo 145° se regula el tipo penal denominado “alteración o supresión de la filiación de menor; a través del cual se protege el derecho a la identidad derivado de la filiación. Resulta sumamente claro comprender que se encuentra ligado íntimamente la filiación de las personas menores de edad con la de sus progenitores, pues la protección o alteración de aquél derecho en los niños, niñas y adolescentes repercute positiva o negativamente también en la protección de ese derecho en sus progenitores.

Ahora bien, el derecho de filiación se materializa, se determina y se registra en el documento público denominado: partida de nacimiento, se visualiza y se publicita específicamente en los prenombres y nombres (comúnmente conocido como nombres y apellidos) la cual nos indicará el entroncamiento familiar existente entre el titular del nombre con su familia paterna y materna, luego a efecto de la facilidad de identificación se plasmara también en el Documento Nacional de Identidad, ambos instrumentos públicos son expedidos por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

El **derecho al nombre,** este es un elemento del derecho a la identidad de toda persona, en ese sentido, la autora (Villanueva, 2015) señaló lo siguiente:

Volviendo al año 1993, cuando el Pleno del Congreso debatió el proyecto de reforma consideró pertinente modificar su redacción reemplazando 'Toda persona tiene derecho a un nombre' por 'Toda persona tiene derecho a la identidad', debido a que la teoría jurídica moderna postula que el nombre constituye uno de los elementos de la identidad, esto es, un atributo de la personalidad (Congreso Constituyente Democrático - Pleno [Congreso - Pleno], tomo I, 1993, p.60). (pág. 199)

A mayor detalle, consideramos necesario señalar que discrepamos con la referida autora cuando señala lo siguiente:

"Es cierto que como consecuencia del reconocimiento de filiación, el Registrador Civil extiende un acta de nacimiento donde asienta el o los prenombres elegidos por los padres, sin embargo ello no tiene su razón de ser en el ejercicio de un derecho por parte de los progenitores, sino más bien en el resguardo del derecho a la identidad del hijo e inclusive en su derecho a ser inscrito en el Registro del Estado Civil inmediatamente después de su nacimiento". (pág. 201)

Sobre el particular debemos indicar que, cuando el derecho a la identidad de los progenitores colisiona con el derecho a la identidad de sus menores hijos evidentemente éste último prevalece en aplicación del Principio del Interés Superior. Además que, en una situación regular o normal la preservación del derecho a la identidad del hijo (en su manifestación del derecho a la filiación y nombre) generará como consecuencia directa el respeto y la preservación del derecho a la identidad de sus progenitores.

Continuando con el orden de ideas, debemos indicar que lo antes señalado no significa que los progenitores no sean titulares del derecho a la identidad y que tenga el derecho de que sus hijos lleven sus apellidos, pues conforme a lo indicado, cuando los progenitores sufren una privación ilegal de su derecho a la identidad, se le estaría vulnerado ese

derecho en su vertiente dinámica; ya que se les impide el construir su identidad como padre o madre de una determinada persona, no gozarán de esa posesión de estado, no serán reconocidos públicamente en aquél rol.

En ese sentido, se hace aún manifiesto esta vulneración cuando se origina por acción del otro progenitor; no negamos que esas consecuencias alcanzan al niño, niña o adolescente pero no debemos perder de vista que también los progenitores son víctimas menos vulnerables que sus hijos pero no por ello pierden su condición de víctimas. En ese sentido, el artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes, reconoce aunque débilmente el derecho que tiene los progenitores de que sus hijos sean registrados con sus apellidos el cual debe ser respetado en principio por el otro progenitor; así como, por cualquier otra persona.

2.2.4.2.3 Derecho a vivir en una familia.-

Recordamos que el análisis de este derecho que se efectúa en esta sección se realiza desde el ángulo de un progenitor frente al otro. En ese sentido, debemos señalar que, en el artículo 4° de nuestra Carta Magna se señala que el Estado protege a la familia el cual es una institución natural.

> Como se advierte no se establece cuál es el tipo de familia que protege; sin embargo, en su labor pedagógica, el Tribunal Constitucional, respecto a la familia en el caso (Reynaldo Armando Shols Pérez, 2007)[11], fundamento 6 y 7, señaló que desde una perspectiva constitucional la familia al ser un instituto natural se encuentra susceptible a los nuevos contextos sociales y jurídicos como es la inclusión social y laboral de la mujer, la alta incidencia de divorcios, la migración hacia las ciudades, las que originaron una trasformación de la estructura familiar tradicional nuclear para generar familias con nuevas estructuras surgidas a partir de las uniones de hecho, monoparentales o las denominadas doctrinariamente como reconstituidas.

En tal orden de ideas, consideramos adecuado la interpretación efectuada por el nuestro Tribunal Constitucional en ese mismo sentido el autor, señala que sí la interpretación constitucional observa la proscripción de la discriminación y la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, en consecuencia; se debe concluir con claridad que se protege a toda clase de familia aunque su origen se hubiese dado por causa ilícita e inmoral.

Por su parte, la autora (Puentes, 2014), respecto a las familias latinoamericanas señaló lo siguiente:

---

[11] Visto el 13 de marzo de 2019, recuperado de: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf.

> “Una de las características básicas de la composición familiar latinoamericana contemporánea radica en su gran diversidad pues, junto a las formas tipológicas más tradicionales representadas, sobre todo por las familias nucleares, han ido tomando fuerza otros tipos de arreglos familiares —hablándose así en nuestros días de familias y no de ‘familia’ como resultado del surgimiento de estructuras monoparentales, unipersonales, extendidas, compuestas y reconstituidas. Las familias ‘reconstituidas’ no son más que aquellas generadas a partir de la convivencia de una pareja con posterioridad a la disolución de un vínculo conyugal anterior y del cual nacieron hijos que deberán ser protegidos y educados dentro del nuevo contexto familiar” (pág. 61)

En ese sentido, y atendiendo a la figura jurídica materia de investigación tenencia compartida; se infiere razonadamente que ante el fracaso matrimonial o convivencial de los progenitores; o incluso, simplemente aquellos nunca se proyectaron consolidarse en un matrimonio o convivencia; pese a esa situación, permanece una familia, en crisis y debilitada, pero existente donde únicamente se excluye para el cónyuge o conviviente a la expareja; la cual es integrada por los hijos, uno de progenitores y la familia de la cual desciende aquél;. En ese sentido, esa es la familia que ese progenitor tiene derecho a que se proteja, se conserve y cumpla con sus finalidades; pudiendo incluso exigir al otro progenitor que no le obstruya en ese afán de proteger, conservar y mantener a su familia utilizando para ello todos los mecanismos legales para lograrlo. Considerando que la institución que protege de forma más eficaz a esa familia debilitada, es la figura jurídica de la “tenencia compartida”.

Asimismo, consideramos que ante esas adversas circunstancias que atraviesan los progenitores es muy difícil que ellos mismos se reconozcan como familia pues consideran que la familia que fundaron se disolvió con la

disolución de su vínculo matrimonial o de convivencia o simplemente nunca lo fundaron.

Ahora bien, en ese contexto aquél progenitor tiene el derecho de lograr el pleno desarrollo de su personalidad, al optar nuevamente por consolidarse en un nuevo matrimonio/convivencia la que creará una nueva estructura familiar; ya que se incorporaran a su existente familia otros nuevos integrantes (cónyuge/conviviente e hijos afines), está clase de familia fue denominada por nuestro Tribunal Constitucional como familias ensambladas; la cual también merece una protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, aún existe un vacío normativo sobre los roles de cada integrante, sus derechos y obligaciones que surgen de aquél; ya que sólo fue reconocido a nivel de la jurisprudencia constitucional.

Continuando con el orden de ideas, este progenitor tiene el derecho de exigir frente a su ex cónyuge/ ex conviviente que su hijo(a) en común se relacione, convivan, se forjen lazos de afectividad, solidaridad, etc, con los nuevos integrantes de su familia a efecto de que formen una nueva identidad familiar, salvo que sea contrario al Interés Superior de su hijo. Derecho que fue reconocido el literal e) del artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes, en la que se señaló que," los padres tienen derecho respecto a sus hijos a tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuera necesario para recuperarlos".

Esta clase de familia ensamblada, al no contar con una regulación legal, no goza de un reconocimiento social; generando en sus propios integrantes, incertidumbre sobre el rol de cada integrante, los vínculos de parentesco que se forman entre ellos, las obligaciones y derechos que tienen entre sí.

En ese contexto, se promulgó el 12 de setiembre de 2018, el Decreto Legislativo No. 1408: Decreto Legislativo para el Fortalecimiento y la Prevención de la Violencia en las Familias; efectivamente, consideramos que

dicho cuerpo legal significó un cambio positivo en la institución de la familia pues tuvo como objetivo el compatibilizarlas a las nuevas exigencias sociales; en ese sentido, se indicó que la finalidad del mencionado Decreto Legislativo es fortalecer a las familias democráticas para que consideren, al momento de adoptar decisiones, los interés y necesidades de todos los que la integran; de esa forma, se propicia que entre ellos exista relaciones igualitarias, inclusivas, respetuosas y libres de violencia. A mayor detalle, el artículo 6 del mencionado Decreto Legislativo, reconoce el derecho que tiene toda persona a vivir, crecer, envejecer y desarrollarse integralmente en el seno de una familia, siempre que no se afecte su dignidad e integridad personal o vulnere sus derechos fundamentales.

En su artículo 7, se señala que, las familias tiene como meta el que sus integrantes alcancen su desarrollo integral para arribar a ese objetivo aquellas cumplen con las funciones formadora, socializadora, de cuidados y protección, seguridad y protección económica y afectiva.

2.2.4.2.4 Derecho a los alimentos.

En este acápite se va analizar el derecho de los alimentos de los que es titular cada progenitor frente al otro padre/madre.

Ahora bien, en relación a este derecho debemos indicar que nuestro país con fecha 15 de diciembre de 1959 aprobó la Declaración de los Derechos Humanos, la que en su artículo 3°:

«Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

El cual debe concordarse con el artículo 25°, inciso 1, del mismo cuerpo legal, a través del se reconoce que, toda persona tiene derecho a gozar de un nivel de vida adecuado que le garantice tanto a él como a su familia, primordialmente la alimentación; además de la salud y el bienestar, la ropa, la vivienda, asistencia médica, los servicios sociales necesarios; así también, seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, y otras circunstancias ajenas a su voluntad que le impliquen la pérdida de sus medios de subsistencia.

En ese sentido, se advierte que nuestro ordenamiento jurídico reconoce que toda persona tiene el derecho de alimentos que le asegure un nivel de vida adecuado; ya que, este derecho coadyuva a la realización de otros derechos fundamentales como a la vida, la salud, la integridad personal, la educación, el desarrollo libre de la personalidad, entre otros.

En el caso de los progenitores que además son cónyuges el derecho de alimentos surgen por el vínculo de parentesco de matrimonio civil existente entre aquellos, así lo prescribe, el artículo 474° del Código Civil, al señalar que aquellos se deben recíprocamente alimentos, lo cual se extiende también a los concubinos, ya que las uniones de hecho cumple los fines y origina

deberes semejante al matrimonio civil, conforme lo prescribe el artículo 326° del Código Civil.

Ahora bien, en el caso que la pareja ha concebido un hijo/a en común sin mediar entre ellos un matrimonio civil o una unión de hecho, en nuestra legislación se ha reconocido un derecho de alimentos para la madre embarazada la que abarca desde la gestación hasta la etapa post parto, en ese sentido, en este caso es la madre gestante la titular de aquél derecho en igual medida que el concebido; sin embargo, en relación a este último el ejercicio de aquél derecho será también ejercido por la madre.

Finalmente, debemos indicar que el literal b) del artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes, establece que no sólo es una obligación del padre/madre el proveer el sostenimiento de su hijo/a sino también es su ***derecho*** ; aquella disposición guarda coherencia con lo establecido en artículo 6° de nuestra Carta Magna que indica que, “Es deber y **derecho** de los padres **alimentar**, educar y dar seguridad a sus hijos. (…)”.

En tal orden de ideas, el progenitor que no reside con su hijo al no tener la tenencia exclusiva; o , inclusive pese a estar sujeto a un régimen de tenencia compartida; aun cuando el otro padre o madre, no le haya exigido (en representación de su menor hijo/a) que cumpla con su obligación alimentaria o se niega a recibirlos al considerar que él /ella sola cuenta con los ingresos económicos suficientes para brindar las condiciones de vida adecuadas a su hijo/a, tiene el derecho de ejercer su derecho de acción a efecto de que se le respeten su derecho de proveer los alimentos a sus hijo/a; normalmente, ante ésta clases de circunstancias los progenitores optan por hacer respetar ese derecho de proveer los alimentos de sus hijos efectuando una consignación judicial.

2.2.4.2.5 Derecho a proveer su educación, dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.-

El derecho a la educación es un derecho fundamental humano básico, encontrándose reconocida como tal en nuestra Constitución Política de Perú en su artículo 13°, a través del cual se indica que aquél tiene como objetivo el lograr el desarrollo integral de las personas; señalando también que, "el Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Precisando además que, los padres de familia tiene el **deber de educar a sus hijos**, el **derecho** de **escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo".**

Si bien cierto que la redacción de aquél dispositivo estableció que los padres tienen la obligación de educar a sus hijos; sin embargo, se infiere razonadamente que también tiene la naturaleza de derecho subjetivo al señalar que los padres tiene el derecho de escoger los centros de educativos y participar en el proceso educativo.

En ese sentido, se estableció en el literal b) y c) del artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes al señalar que "son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad el proveer la educación, dirigir su proceso educativo, capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes".

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional en relación al derecho a la educación que tiene los padres respecto a sus hijos menores de edad, en el fundamento 3, del caso (Florencio Jesús Navarro Sánchez, 2006), indicó que "el artículo 13º de la Constitución Política del Perú reconoce explícitamente el derecho de los padres (tanto progenitora como progenitor) a escoger los centros de educación y a participar en el proceso educativo de sus hijos. Atributo que no neutraliza a los derechos de carácter legal que puedan existir entre el demandante y la demandada que hubiesen sido

determinados en los procesos judiciales ordinarios, por tratarse de dos niveles distintos que no pueden ser usados de forma contradictoria, sino por el contrario, debe ser coherente o compatible con los principios y valores constitucionales, especialmente, los relacionados con la protección de la familia, la niñez y la adolescencia".

El autor (Silveira, 2016), señala el contenido del derecho a la educación que tienen los progenitores respecto a sus hijos, interpretación que alcanza a nuestro Sistema Jurídico, por lo que, consideramos importante aquél aporte, en ese sentido el acotado manifiesta que:

> "En el sistema educativo español los progenitores (padre y madre) cuentan con derechos y obligaciones específicos. Precisando que, los derechos individuales que aquellos ostentan radican esencialmente en el derecho que tienen a escoger la entidad educativa de sus hijos; el estar informado en todo lo relacionado con la educación de aquellos menores de edad incluyendo el funcionamiento y organización del sistema educativo al igual como del centro educativo; y finalmente, el derecho a impugnar las decisiones tomadas por las autoridades en caso de desacuerdo. Respecto a los derechos colectivos, el autor citando a (Eurydice, 2007), señala que, comprende el derecho de los progenitores a participar en las estructuras formales de gobierno de la entidad educativa y del sistema educativo". (pág. 18).

Con el marco jurídico y doctrinario desarrollado, es importante señalar que tanto el padre como la madre, ya sean residan juntos o no, dentro del marco del matrimonio civil, unión de hecho u otro tipo de relación sentimental, o simplemente por tener un hijo (a) en común; ambos (padre y madre) en igualdad de condiciones, tienen el derecho a participar en el proceso educativo de su hijo/a el cual implica el exigir al otro progenitor decidir de forma conjunta la Institución Educativa en la que recibirá instrucción su hijo/a; así como, tutelar y exigir que se le informe (la Institución Educativa y/o el otro progenitor) todo lo concerniente con la educación de su hija/o; lo que

comprende también el funcionamiento y organización de la Institución educativa y de la currícula educativa; incluyendo también las actividades escolares programadas en la que pueden participar los dos progenitores. Finalmente, ambos progenitores, pueden impugnar las decisiones adoptadas por las autoridades escolares en caso de estar en desacuerdo.

En suma que uno de los progenitores no permita o excluya al otro de participar en el proceso educativo de su hijo/a o esta exclusión sea proveniente de la propia Institución Educativa no sólo atenta con el derecho a la igualdad parental pues también vulnera el derecho a la educación que tiene los padres respecto a sus hijos.

Cabe indicar que el único límite que puede permitirse a este derecho de los progenitores puede establecerlo el propio hijo/a en el ejercicio de su autonomía progresiva y sea además conforme a su Interés Superior; es claro que, mientras más maduración alcance el menor de edad este derecho de los padres pierde eficacia y vigencia; recordemos que la persona menor de edad es sujeto de derecho pleno conforme lo son sus progenitores.

2.2.4.2.6 Representación legal.

El literal f) del artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes señala que es derecho de los padres respecto a sus hijos “representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil”, la cual implica también el administrar y usufructuar sus bienes cuando lo tuviera conforme lo establece el literal g) del artículo antes acotado. Del mismo modo, el Código Civil en su Artículo 419°**,** señaló que “la a patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo”.

De forma concordante el Código civil (inc. 1 del art. 43) señala que los menores de 16 años son absolutamente incapaces; señalando que tiene

capacidad de ejercicio restringida los mayores de dieciséis y menos de dieciocho años de edad (inc. 1 del artículo 44).

Consideramos que el marco normativo nacional que regula el derecho de representación legal que tienen los progenitores respecto a sus menores hijos, no es coherente con los principios y disposiciones que contiene la Convención Sobre los Derechos del Niño; ya que dicho instrumento internacional en su artículo 5, impone a los Estados Partes el que respeten las responsabilidades, obligaciones y derechos que tienen los progenitores, o en su caso, los integrantes de la familia ampliada o de la comunidad, acorde a la costumbre local, o de otras personas que se encuentren legalmente encargas del niño para que le brinden dirección y orientación adecuadas con la finalidad de que aquellos ejerzan los derechos reconocidos en la presente Convención en estricta consonancia con la evolución alcanzada de sus facultades.

Respecto al dispositivo legal citado, la autora (Viola, 2012) Citando a Minyersky señala que la interpretación de los dispositivos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce que los niños son titulares de derechos completos; es decir, sus derechos no se encuentran condicionados a que alcance la madurez adulta para que recién puedan ejercerlos. Refiere que esos derechos aquél grupo etario los ejercerán de acuerdo a la etapa de evolución y desarrollo en la que se encuentren.

El autor (Plácido, 2015) Señala que, la doctrina de la protección integral exige que se contemple la figura de la asistencia y cooperación además de la representación las cuales se aplicarán en relación a la mayor o menor autonomía, madurez y juicio propio con la que cuenten los niños, niñas y adolescentes. Precisar que la representación estaría reservada para los niños que cuenten con una mínima autodeterminación; cuando se desarrollen un poco más, se utilizaría la figura de asistencia; y de manera amplia, todo otro supuesto en la que no se acredite la incapacidad dará lugar a la figura de la cooperación.

El citado autor concluye:

> “En definitiva, y de manera inversamente proporcional, a medida que los niños adquieren mayor autonomía, menor es la intensidad de la participación de un tercero. Siendo así, las responsabilidades parentales va desde la total subrogación en las decisiones hasta una mera facultad de supervisión. Este es el único camino para lograr el objetivo primordial: capacitar a los hijos para lograr su autodeterminación” (pág. 283)

En suma el aún llamada derecho de representación legal que tiene el padre/madre respecto a su hijo/a puede ser exigida frente al otro progenitor, y su ejercicio debe ser en condiciones de igualdad; pudiendo ser lícitamente restringidos en función a la evolución del niño pues la representación legal cederá frente al derecho del niño de ejercer su capacidad o autonomía progresiva.

2.2.4.3 Los derechos de los que los progenitores son titular frente a su hijo (a).

En esta sección se analizará los derecho de los que es titular los progenitores y que puede oponerlos frente a sus hijos menores de edad.

En ese sentido, debemos señalar que solo se han contemplado dos supuestos de hecho relacionados a la materia de estudio de esta sesión, los cuales se encuentra regulados, uno de ellos establecido en el literal g) del artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes, que se señaló, que es derecho de los padres que ejercen la patria potestad, " Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención" ; y el regulado en el literal h) de mismo artículo, en el que se prescribió "Administrar y usufructurar sus bienes cuando los tuvieran".

Sobre el particular debemos indicar que, aquellos derechos, podrán ser exigidos por cada uno de los progenitores a sus hijos, únicamente en la medida exacta a su capacidad o autonomía progresiva alcanzada, en atención a su calidad de sujetos de derechos plenos, lo que tiene alcance para el resto de las relaciones que podrían establecer o celebrarlos.

2.2.5 Consideraciones relevantes sobre la tutela del vínculo familiar. (Inc. 3 del Artículo 9° de la convención sobre los derechos del niño).

2.2.5.1 La afectividad como sustrato del vínculo familiar. En principio debemos señalar que en la sección que intitulamos como: "Los derechos en dinámica entre los sujetos de derechos que involucran el establecimiento de la tenencia compartida", se efectuó un análisis pormenorizado, desde la visión de cada sujeto de derecho, respecto al "derecho a vivir en una familia", explicándose que contiene "el derecho del niño que éste separado con uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si es contrario al interés superior del niño." (Énfasis y cursiva nuestra); derecho que se encuentra previsto en el inciso 3 del artículo 9° de la Convención Sobre los Derechos de Niño, al cual denominaremos como "derecho al vínculo familiar" debido a su facilidad de uso y porqué ya es conocida de esa forma por un sector de la doctrina; otros autores lo denominan como: "derecho de relación"; ahora bien, debemos enfatizar que no consideramos adecuado el uso del término *derecho de visitas* al no comprender totalmente su real dimensión.

Ahora bien, corresponde responder cuáles son los elementos que constituye a una familia, unidad o estructura familiar o constelación familiar, tradicionalmente la respuesta hubiese dada en función las vínculo consanguíneo (filiación biológica); sin embargo, esa ya no es una respuesta absoluta pues una familia puede gestarse mediando vínculo consanguíneo o no, a partir del reciente uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida o de la ya muy antigua figura de la adopción. De otro lado, otra de las respuestas tradicionales, hubiese sido que la familia surge del matrimonio civil; sin embargo, aquella interpretación fue evolucionando desde el ámbito del derecho constitucional, al admitirse que también la familia puede surgir a partir de la unión de hecho propia (convivencia) como son el caso de las familias ensambladas.

Continuando su línea jurisprudencial el Tribunal Constitucional, en el caso: (Manuel Andrés Medina Méndez, 2018), en su considerando 28, citó el caso "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala" para indicar que la Corte Internacional de Derechos Humanos señaló que:

> "No existe una definición única de familia, así que, la misma no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan **lazos cercanos personales"**

Más adelante el Tribunal Constitucional, en su fundamento 29, 30 y 35, indicó:

> "**29.** Es importante señalar que inicialmente la familia ha sido entendida como la formada por vínculos jurídicos familiares que encuentran su origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Sin embargo, este Tribunal ha establecido que nuestra Constitución debe reconocer un concepto amplio de familia a la luz de los nuevos contextos sociales, por lo que debe

> otorgarse especial protección a las denominadas *familias ensambladas* (Sentencia 09332- 2006- PA/TC, fundamentos 7 y 8). **30.** En esta misma línea de pensamiento, este Tribunal ha definido a las familias ensambladas como : *la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa*. De este modo, ha considerado que el hijastro forma esta nueva estructura familiar, siempre que esta relación guarde características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con estabilidad, publicidad y reconocimiento.
>
> (…) **35.** Se debe tomar en cuenta que la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que *'(...) una familia ensamblada debe demostrar la existencia de sus lazos filiales, lo cual, si bien no puede convertirse en una carga desproporcionada que redunde en su discriminación, sí debe ser mínima. Por lo general, en las familias ensambladas se ha verificado, para proceder a su protección, la existencia de lazos de solidaridad, afecto y respeto, la convivencia conjunta de los miembros y la dependencia afectiva y económica de sus integrantes respecto al núcleo familiar.*'(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-292/16)"

Es preciso indicar que, sigue esta línea jurisprudencial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme al estudio jurisprudencial efectuado por el autor Ramiro Sánchez Correa respecto a la protección de la familia a través de su vida familiar; en ese sentido, (Sánchez, 2013), señala que, la indeterminación de la definición de familia llevó al Tribunal a asumir una noción amplia y flexible en la que no sólo se comprende, los ya usuales ejemplos de parejas o uniones de hecho, de igual o distinto sexo; sino y principalmente otros modelos de convivencia como son: parejas de amigos, hermanos u otros parientes, en las cuales pese a no ser de naturaleza conyugal se rige por los principios de **solidaridad y**

dependencia recíproca. Agrega el citado autor que en la STC 222/92, el Tribunal Europeo elaboró el concepto constitucional de familia concibiéndolo como un "**marco de solidaridades y dependencias"**.

Otra idea importante que, (Sánchez, 2013) desarrolla es que, es un elemento fundamental de la vida familiar para un progenitor y su hijo el estar juntos la cual no necesariamente implica la cohabitación pero sí como mínimo el sostener un **contacto fluido y regular con la suficiente continuidad para la creación de vínculos entre ellos**. Agrega que, el Estado tiene como obligación promover la vida familiar a través de acciones para que de forma efectiva se pueda sostener o llevar adelante la referida vida familiar. De otro lado, otra obligación primaria que tiene el Estado es el de no interferencia en la realización de la vida familiar salvo circunstancias excepcionales.

Por su parte, (Montagna, 2016), perito psiquiátrico brasilero, efectuó un estudio respecto a los cambios sufridos en las relaciones familiares en la segunda mitad del siglo XX, por el incremento del índice de los divorcios que dieron lugar a la parentalidad y multiparentalidad socioafectiva.

Aquél autor señala que, cada momento histórico propuso un determinado modelo histórico de familia socialmente construido; en ese sentido, en los últimos tiempos las nuevas configuraciones familiares han optado por des-sexualizar y desbiologizar las funciones familiares, pues lo que, se valoriza es a la pareja de educadores, lo que da lugar a la parentalidad o funciones parentales, la que implica el ejercicio de diferentes funciones pero sin jerarquizaciones; de esa manera, comprendería también a la homoparentalidad y multiparentalidad.

A mayor detalle, (Montagna, 2016) manifiesta en relación a la multiparentalidad que aquel es reconocido como un parentesco constituido por padres múltiples, la que surge cuando un hijo entabla una relación de paternidad/maternidad con más de un padre y/o más de una madre (Pereira.

R, 2014). Agrega que, es la desbiologización la que posibilita el camino hacia la parentalidad socioafectiva, ésta última encuentra su sustento en los lazos afectivos, independientemente de que haya o no vínculo biológico.

> En ese sentido, aquél autor explica que la filiación socioafectiva es aquella que únicamente resulta del vínculo afectivo, de ser tratado como hijo, incluso en lo relacionado a las obligaciones de cara a la sociedad. **En ese sentido, enfatiza que la afectividad comienza a cumplir una función clave a nivel jurídico respecto a la composición familiar pues incluso puede fundar una relación de parentesco**. Señala también que, no debe confundirse al amor con la afectividad. Asimismo, indica que el sistema jurídico brasilero adopta aquella posición (filiación sociafectiva) la que se encuentra estrechamente vinculada con el desarrollo logrado por el psicoanálisis y con las investigaciones y observaciones efectuadas por la psicología. Del mismo modo, manifiesta que fueron las publicaciones efectuadas por Anna Freud en conjunto con Albert Solnit y Joseph Goldstein, profesor de Derecho de la Universidad de Yale las que inspiraron el debate psicojurídico respecto a la valorización del afecto y de los aspectos psicológicos en la relación padres-hijos, (pág. 225)

De lo expuesto, se advierte que lo que se ha mantenido incólume en la evolución y transformación de la familia, es la: afectividad existente entre los miembros que lo integran - al margen de sus vínculos de consanguíneos o no, incluso de su parentesco legal o civil que pueda existir entre ellos, o su origen matrimonial o de hecho - siendo reconocido, a nuestro entender, indirectamente su importancia por la jurisprudencia nacional e internacional cuando se señala que se tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, que las características de las familias son las de habitar y compartir vida de familia con estabilidad, publicidad y reconocimient**o**; o los lazos de solidaridad, afecto y respeto, la convivencia conjunta de los miembros y la dependencia afectiva y económica de sus integrantes respecto al núcleo familiar, o son un marco de solidaridades y

dependencias, o presentan un contacto fluido y regular con la suficiente continuidad para la creación de vínculos entre ellos.

Continuando con el orden lógico, se puede concluir que bajo el contexto social actual, cuando se pretenda proteger a la familia; en realidad, lo que sustancialmente se busca proteger es la afectividad existente entre cada uno de los miembros que la integran. Ello es así, en razón de que, a partir a partir de la comunicación, el mantener o sostener relaciones personales , el contacto directo entre sus miembros, por lo menos de forma regular va generar afectividad entre los integrantes de la familia haciendo que surja entre ellos lazos de solidaridad, afecto, respeto y dependencia emocional e incluso económica.

Entonces, a efecto de responder la interrogante planteada consideramos que lo que actualmente ha cobrado una importancia preponderante e imperecedero como un elemento que constituye u origina una familia es la afectividad, que existe entre sus miembros; por ello, cuando se habla de tutela del vínculo familiar nos referimos a aquél importante componente, que exige para su permanencia en el tiempo, que se garantice a sus miembros el que de forma libre se comuniquen, mantengan o sostenga relaciones personales a través del contacto u otras formas, el que puedan compartir su vida entre ellos; por lo menos de manera regular; al margen que entre sus miembros medie o no vínculo consanguíneo, que su origen sea matrimonial o de facto, y siendo aún, más flexibles, o que su origen sea a consecuencia del trato sexual o no. Por ello consideramos que utilizar el nome iuris de derecho de visitas o régimen de visitas es un término insuficiente para comunicar su real contenido e importancia.

En suma, cuando se tutela el vínculo familiar se protege de forma eficaz a la familia, por ser la afectividad (existente entre sus integrantes), la que la sostiene y mantiene como tal.

2.2.5.2 Obstrucción al vínculo familiar. Comenzaremos, este acápite, reiterando que, cuando se tutela el vínculo familiar se protege de forma eficaz a la familia, por ser la afectividad (existente entre sus integrantes), la que la sostiene y mantiene como tal.

El jurista (Bermúdez, 2019), en relación a la obstrucción del vínculo, señala:

Partiremos por definir en mejores términos la figura procesal en análisis, para señalar que la **obstrucción del vínculo** es una mejor definición conceptual que la **limitación al régimen de visitas,** el cual parte con la percepción de que entre el progenitor y el sujeto con el cual solo tiene un "visita", únicamente existe una cuestión legal, sin tomar en cuenta el elemento personal, familiar y social que involucra **el vínculo familiar"** (pág. 135)

Sobre el particular, consideramos que las relaciones jurídicos familiares (paternos filiales y entre progenitores) llevan impregnados persé contenidos metajurídicos como son los sentimientos (al margen que sea una familia tradicional o no) las cuales son en muchas casos detonantes para su sostenimiento o no en el tiempo de la familia, pues guardan una relación estrecha con el grado de madurez emocional que ostenten los progenitores.

En ese sentido, mientras menos madurez emocional tengan los progenitores, la conducta que adoptarán ante una ruptura sentimental (matrimonio civil, unión de hecho, u noviazgo, etc.) será más obstaculizadora del vínculo al no poder diferenciar entre su rol de pareja de su rol de progenitores.

En tal orden de ideas, esta obstrucción del vínculo, aun cuando se realice no mediando una sentencia judicial que haya determinado la tenencia del niño, niña o adolescente o no exista un acuerdo conciliatorio al respecto; así tampoco, aun cuando no se haya

determinado régimen de visitas, sigue siendo ilícita e ilegal pues se infringe el inciso 3 del artículo 9° de la Convención Sobre los Derechos de Niño, entre otros derechos según el contexto en que se desarrolle.

Ahora bien, ante aquella situación irregular cualquiera o ambos progenitores, acuden al Poder Judicial (aun cuando previamente acudieron a un Centro de Conciliación Extrajudicial) con la esperanza de que de esa forma se restablecerá, respetará y ejecutará su derecho derivado de la patria potestad **como** son: tenencia (exclusiva o compartida) y el régimen de visitas.

Sin embargo, esta práctica ilegal de la obstrucción del vínculo, no sólo se da a nivel pre judicial, sino también en el desarrollo del proceso judicial y aunque es muy frustrante admitirlo incluso ya existiendo sentencia judicial firme, en la etapa de *ejecución de sentencia*. En ese sentido, resulta pertinente preguntarnos, ¿Los jueces de familia garantizan el derecho a la ejecución de las resoluciones como manifestación del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva?, sólo considerando nuestra experiencia profesional podríamos responder que no la garantizan adecuadamente pues consideran que su función culmina cuando expiden la sentencia respectiva.

Respecto a las formas en que, los progenitores obstruyen el vínculo, se puede decir que son muy diversos, van desde actos muy sutiles hasta formas evidentes; los ejemplos son variados como: el cambio de domicilio sin motivo justificado y sin comunicación previa, el aducir sueño, enfermedad o tareas de su hijo (a) para no cumplir con el "´régimen de visitas", el influir en la voluntad del niño(a) para que adopte el discurso de no querer ver a su progenitor sin motivo justificado, el hostilizar las visitas al imponer la presencia de una persona o un determinado ambiente u modo, sin causa justificada, incluyéndose dentro de ello el "síndrome" de alienación parental; entre

otros. Estas situaciones irregulares, no pueden ni deben ser dejadas de ser atendidas a nivel jurisdiccional, aduciendo que son hechos aislados y de poca relevancia por su naturaleza intrafamiliar; dado que, mientras más frecuencia tenga esta práctica y menos edad tenga el niño, niña y adolescente a quien se le obstruye el vínculo con el padre/madre las consecuencias son más devastadoras pues puede incluso dejar de considerar familia al progenitor obstruido; corriéndose el riesgo de que no se construya o restablezca aquella relación, por ello la actuación del juez especializado debe ser inmediata, oportuna y eficaz.

Un ejemplo de cómo se afronta la obstrucción del vínculo en nuestro sistema judicial se da en el, caso: (M.C.S.S , representada por Carlos Alberto Sam Samanamud (Padre), 2017), en la que el Tribunal Constitucional del Perú, estimó fundada en parte la demanda de habeas corpus al haberse corroborado la infracción de los derechos a no ser separada de la familia y de las relaciones armónicas, continuas y solidarias entre la favorecida M. C. S. S. y su padre.

El recurrente, Carlos Alberto Sam Samanamud refirió que en el año 2012, la demandada con su nueva pareja sentimental y su hija, huyeron de su residencia habitual, tiempo después él se enteró que se encontraban en una provincia de Trujillo, viajando al lugar donde pudo compartir con su hija por quince minutos en el recreo de su Centro Educativo. En el año 2013, don Carlos Alberto Sam Samanamud interpuso una demanda de tenencia y custodia de su menor hija, luego, el Juzgado Mixto de Carabayllo emitió las resoluciones de fechas 19 de marzo y 7 de agosto de 2014, a través de las cuales le concedieron la tenencia provisional de aquella menor de edad y ordenó su entrega en el plazo de tres días; sin embargo, la emplazada no cumplió con lo ordenado, en lugar de ello persiste su conducta dirigida a impedir que el actor pueda interactuar con su hija al haber adoptado una conducta evasiva y obstruccionista, ofreciendo diversas direcciones donde no

habita y ha evitado que la orden judicial de tenencia provisional se efectivice, lo cual vulnera los derechos de la menor favorecida.

Frente al caso, el Tribunal Constitucional en su fundamento 5 y 9 señaló que, si bien es cierto en "la sentencia emitida en el Expediente 1384-2008-PHC/TC, se manifestó que el proceso constitucional de habeas corpus, fue concebido tradicionalmente como un mecanismo procesal orientado fundamentalmente a tutelar el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal; también es cierto que, aquel derecho evolucionó positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinariamente en su propósito garantista trascendiendo en el objetivo descrito para convertirse en un verdadero mecanismo de protección de lo que se denominaría como **la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, la que comprende no solo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que guarden vinculación directa con la salvaguarda del referido equilibrio."**

En suma, "las restricciones de las relaciones familiares que **impiden el vínculo afectivo** en un clima armónico, continuo y solidario **que el vínculo de parentesco estrecho reclama, trasgrede no solo el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, reconocida por el artículo 2.1 de la Constitución y el artículo 25.1 del Código Procesal Constitucional, pues también vulnera la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, a tenor del artículo 4 de la Constitución".**

De lo expuesto, se advierte que fueron siete años que la menor de edad M.C.S.S. y el señor Carlos Alberto Sam Samanamud padecieron la obstrucción del vínculo familiar no encontrando tutela jurisdiccional efectiva por parte del juez de familia que le concedió la

tenencia provisional, viéndose obligado a acudir a la justicia constitucional para que se le restablezca sus derechos conculcados; criterio que no es mantenido por el citado Tribunal Constitucional, pues en otros casos, por lo general declaran improcedente la demanda de habeas corpus cuando se encuentran relacionados a la tenencia y régimen de visitas. La jurisprudencia citada, sólo es uno de los innumerables casos de obstrucción del vínculo que existen, procesos judiciales que desbordan a los jueces especializados de familia.

Continuando con el orden de ideas, este tipo de situaciones son generalizadas en las realidades latinoamericanas, eso ha llevado a considerar seguir la línea legislativa adoptada en la República de Argentina quienes promulgaron la (Ley 24.270)[12] intitulada: Configurase delito al padre o tercero que impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

El autor, (Bermúdez, 2019) En relación a la criminalización de la obstrucción del vínculo es de la postura que la mejor alternativa criminológica en el caso de su tipificación penal, es que se señale como una medida punitiva la imposición de la **variación de la tenencia.** Dado que, las penas en el caso de la judicialización de conflictos familiares en el ámbito penal deben tener una **funcionalización**.

En ese sentido, y comprendiendo la importancia que tiene la protección del vínculo familiar, están surgiendo también en nuestro País, propuestas para criminalizar la obstrucción del vínculo familiar, así se halló la tesis de pregrado elaborado por (Mendoza, 2018), quien propuso atendiendo a lo regulado en los códigos penales de Argentina,

[12] Visto el 20.04.2019, Recuperado: http://www.cooperacion-penal.gov.ar/userfiles/impedimentodecontactoley24m270_0.pdf

Colombia y España, que se incorpore un artículo en nuestro Código Penal a efecto que proteja el derecho a los menores a relacionarse y mantener contacto con ambos progenitores; en ese sentido, en los casos en que se obstruya o impida al otro progenitor que tiene un régimen de visitas establecido por mandato judicial, sea reprimido con pena privativa de libertad, no mayor de dos años o con prestación de servicios a la comunidad de 50 a 90 jornadas.

En suma la obstrucción del vínculo familiar es un factor que resquebraja, deteriora, contaminada y enferma a los integrantes de las familias peruanas siendo sus principales víctimas los niños, niñas y adolescentes pues vulnera sus principales derechos, es urgente, que se adopte medidas efectivas para impedir y reprimir que esa práctica sea banalizada, se extienda hasta convertirla en una práctica normalizada por nuestra sociedad sin considerar sus efectos nocivos para los niños, niñas y adolescentes que en un futuro próximo también serán padres/madres.

2.2.5.3 El "síndrome" de alienación parental: forma de obstrucción al vínculo familiar.- La expresión conocida como: Síndrome de Alienación Parental - SAP, se empleó por vez primera en la especialidad del *derecho de familia;* y más puntualmente, en la legislación que versa sobre *infancia y adolescencia* por parte del psiquiatra norteamericano Richard Gardner en el año de 1985, quien lo define como: *"el trastorno que surge en el contexto de conflictos por la guarda y custodia de los niños, y cuya primera manifestación es una operación de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, la cual no tiene justificación"*. Agrega que, *"es un fenómeno que resulta del sistemático adoctrinamiento (a lo cual denominó "lavado de cerebro") de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigido a la deshonra del progenitor objetivo de la operación alienadora".* ***(Gardner, Parental Alienation Syndrome., 2002).***

Este autor señala que "los niños, niñas y adolescentes se encuentran estimulados a ingresar dentro del *procedimiento alienador* debido a diversos factores como son: la necesidad de apego de sus progenitores, su temor a la soledad, su aspiración a ganarse el aprecio de su progenitor con quien reside asegurándose de ese modo la permanencia con aquél evitando también el experimentar una nueva pérdida. Los niños que se encuentran atravesando dicho *proceso* alienador presentan sentimientos de odio, culpa y rechazo contra su progenitor y en presencia del padre amado". (Gardner, 1990)

El referido *proceso* se traduce en diversas conductas adoptas por el progenitor alienante; por ejemplo: obstaculizar que sostenga comunicación con su hijo; así también, impedir que se relacionen físicamente organizando actividades con sus hijos durante el régimen de visitas que le corresponde con el otro progenitor, menospreciar e insultar al otro progenitor en presencia del menor de edad; dirigirse descortésmente, revisar y/o borrar los mensajes o correos electrónicos

que el progenitor envía a sus hijos, responsabilizar al otro progenitor de la separación, evitar que su hijo use la ropa, juguetes, obsequios que el otro progenitor le compró, incluso evita que ingiera la comida y/o golosinas que le proporciona con el pretexto de que no se encuentran en buen estado y otras conductas que persigan que el niño internalice la inquina y los deseos de no querer tener contacto con el otro progenitor.

En síntesis, este síndrome tiene su origen en la disputa producida entre los progenitores después de su separación en un contexto de disensos; la cual surge principalmente, cuando aquellos tienen que tratar los temas relacionados a sus hijos, como el querer hacerse de la tenencia, razón por la cual el otro, opta por utilizar a su propio hijo para manipularlo a su favor y en perjuicio del otro, también se da, cuando ya determinó la tenencia y el progenitor victorioso desea quebrar cualquier vínculo que su hijo sostiene con el otro progenitor.

Otro de los exponentes del síndrome de alienación parental es (Aguilar A. , 2019) quien la definió como un trastorno en la que se evidencia un conjunto de síntomas que se originan por el proceso por el cual uno de los padres cambia la conciencia de sus hijos, a través de diversas estrategias con la finalidad de impedir, obstaculizar o destruir los vínculos que sostiene con el otro progenitor, lo que es contrario a lo esperado para un niño, niña o adolescente.

Agrega la autora que dicho síndrome no solo es “un simple proceso por el que tienen que pasar los niños víctimas, pues es un mecanismo utilizado por uno de los padres para desacreditar al otro, causando que el niño crezca repudiando al otro progenitor al cual le atribuido la responsabilidad de la separación conforme lo indicado por el padre alienante. Sugiere que ello ocurre por cuanto lo utilizan como un instrumento para vengarse de la ex pareja por la destrucción de la vida conyugal o convivencial”. (Aguilar A. , 2019)

Determinar las fases del síndrome de alienación parental es meridianamente complicado debido a que cada caso es diferente, varia la intensidad y la frecuencia con la que se presenta, razón por el cual no existe un único criterio o método que determine cuando una familia se encuentra afectada por dicho síndrome. Berrocal citando a (Alascio, 2007) señala que "*recién cuando el mencionado síndrome entra en contacto con el sistema legal y se convierte en un problema jurídico-familiar, los jueces, abogados, peritos y otros especialistas adquieren responsabilidad para su diagnóstico y posterior remedio*". (Berrocal, 2012)

Por otro lado, para (Ros, Domingo, & Beltrán, 2005) la presencia del síndrome de alienación parental se puede evidenciar con el conjunto de comportamientos de los menores como son:

> *"(1) el niño hipermaduro que aparenta una madurez superior a la de su misma edad y que esconde un sufrimiento por tener que reprimir la tristeza que siente al ser parte de los conflictos entre sus padres, (2) el niño espía que entra en conflicto de lealtad al tener que ser interrogado y obligado a contestar cada vez que se dé el régimen de visitas, (3) el niño dividido cuando aprende a reprimir los sentimientos de uno frente al otro por temor a la represalia como no llevar o dejar un juguete en casa del otro, (4) el niño colchón que tiene que amortiguar el conflicto de sus padres (descalificaciones y desvalorizaciones), (5) el niño confidente utilizado como tal para vigilar, sintiéndose culpable por tener que ocultar la información que recibió y que lo afecta, y (6) el niño víctima del sacrificio de sus padres que siente ser una carga para quien lo cuida, dado que, siempre le han repetido que han dejado y sacrificado todo para estar con él*". (págs. 4-6)

Por su parte, Darmall define el síndrome de alienación parental como: “aquél despliegue de comportamientos, conscientes o no, que causan una perturbación en la relación del niño con el otro progenitor. Aquél autor precisa que, en el referido síndrome el progenitor que tiene la tenencia y custodia del menor tiene como voluntad expresa el enfrentar a su hijo con el otro progenitor, de modo que aquél niño distorsione totalmente la imagen que tenía de su padre, originando un enfrentamiento injustificado que anula su derecho a mantener el vínculo afectivo con el otro progenitor y el derecho de éste último de mantener contacto con su hijo”. (Darmall, 1998)

Bolaños, asocia al síndrome de alienación parental como el contexto familiar en el sus integrantes, cada uno de ellos, tiene una responsabilidad relacional en su construcción y en su transformación; considerándose como el elemento principal al rechazo más o menos intenso de los hijos hacia los progenitores; el autor propone que se modifique la nomenclatura establecida por Gardner, de progenitor alienante por el de progenitor aceptado; y la de progenitor alienado por la de progenitor rechazado. (Boñalos, 2002)

En el plano nacional, el jurista Manuel señala que el síndrome de alienación parental consiste en el proceso practicado por el progenitor “a” quien programa una conducta de rechazo en su hijo contra el progenitor “b” sin mediar una causa objetiva. (Bermúdez, 2009).

Continuando con el orden de ideas, el citado autor, señala tres elementos importantes para el análisis de este síndrome:

“a) La denominación de ‘progenitor’ antes que ‘padre’ o ‘madre’ para superar la creencia de que solo la ‘madre’ es la responsable de inducir al síndrome por cuanto en su mayoría es ella la que goza de la tenencia; b) La existencia de dos tipos de progenitores ‘el alienante’ y el ‘débil’, donde ambos pueden intercambiar roles, dependiendo del

grado y momento de vinculación con el hijo, el 'alienante' cuando esté con el hijo y 'débil' cuando no lo tenga, y c) La consideración de que el síndrome inicia con el divorcio, no siendo el único ya que no todas las parejas se casan otras conviven y esa disolución de la convivencia también lo generaría" (Bermúdez, 2009).

Por su parte, el autor Plácido explica que "el síndrome de alienación parental es un fenómeno que inicia uno de los padres (generalmente la madre) en contra del otro progenitor (generalmente el padre) y que surge habitualmente en el contexto de las disputas por la tenencia y custodia de un hijo, con una campaña de denigración de este último que se despliega sobre el niño, llevada a cabo por el adoctrinamiento y la propia del niño en el vilipendio de la imagen parental afectada". (Plácido, 2011)

En ese mismo sentido, el autor Aguilar Llanos, señala que este síndrome es una forma de inducir al menor en contra del progenitor con el que no cohabita, atribuyéndole comportamientos inapropiados y nocivos para los niños, al extremo de convertirlo en su adversario. (Aguilar B. , 2011)

Por tanto, de lo expuesto podemos a concluir que el síndrome de alienación parental es una de las formas más utilizadas y efectivas que tienen los progenitores, de forma consciente o no, para lograr obstruir el vínculo de su hija(o) con el otro progenitor. Es pertinente indicar que el síndrome de alienación parental no solo es reconocido como tal en nuestros tribunales; sino también, a nivel supranacional, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que lo tomó en consideración con esa denominación en el caso Koudelka vs. Chequia S. 20 junio 2006.

2.2.5.3.1 La alienación parental ¿es un síndrome o no?

Previamente, consideramos necesario señalar que nuestra investigación es jurídica; sin embargo, el término “Síndrome de Alienación Parental” como ya lo indicamos fue introducido por un psicólogo ; en ese sentido, sabemos que en el campo de la psicología existe mucha controversia respecto a este término pues hay actualmente corrientes en la que indican que éste fue incorporado y reconocido como tal por el Manual de Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM-V) e incluso en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE -11) ; y otra corriente sostiene lo contrario al señalar que aquél término no es reconocido en la psicología de forma oficial.

En tal orden de ideas, con la finalidad de aclararnos el panorama sobre el reconocimiento científico del “Síndrome de Alienación Parental” en el campo de la psicología (Jarne & Arch, DSM, Salud Mental y Síndrome de Alienación Parental., 2009) Señalan que “el DSM es un sistema de clasificación de enfermedades y los trastornos que presentan síntomas de tipo fundamentalmente mental y comportamental aunque no exclusivamente”.

Más adelante aquellos autores afirman:

> “Cuando se opta por una revisión de sistema o una nueva edición, se crean comités de especialistas para las diversas categorías, quienes previo estudio de las distintas propuestas planteadas por las instituciones y recibiendo la ayuda profesional especializada y necesaria, formulan propuestas que pueden o no ser aceptadas por el Comité de revisión” (pág. 86)

Posteriormente, (Jarne & Arch, DSM, Salud Mental y Síndrome de Alienación Parental., 2009), evocaron el principio establecido por la OMS de que " La salud no es la simple ausencia de enfermedad, sino un estado de bienestar físico, social y psicológico …" (http://www.who.int/classifications/en/), para luego concluir que se puede no estar enfermo y/o padecer ninguna enfermedad mental, aun cuando las condiciones físicas, sociales psicológicas de la persona no son las propias de una situación de saludad mental; ser simplemente neutras o favorecedoras de una mala salud mental que en el futuro puede convertirse en enfermedad mental." (pág. 88)

Seguidamente, (Jarne & Arch, DSM, Salud Mental y Síndrome de Alienación Parental., 2009, pág. 90) aseveraron,- la cual enfatizaos porqué nos aclarara cómo se considera al "Síndrome de Alienación Parental" en este instrumento - lo siguiente:

> *"El DSM no abarca, por definición, la plenitud de las circunstancias en la que la salud mental de una persona, puede verse comprometida. Incluso el mismo sistema aceptó que tuvo que buscar un truco que le posibilitó salvar la situación; siendo aquella la categoría nominada 'otros focos de interés que pueden ser objeto de atención clínica'. Comprendiendo en aquella* 'a otros estados o problemas que pueden ser objeto de atención clínica y que se relacionan con trastornos mentales descritos previamente en este manual en una de las siguientes formas 1) El problema está centrado en el diagnóstico o tratamiento y la persona no tiene un trastorno mental…*'* (APA., 1195, pág. 691) *. En tal sentido, se aprecia como aquella definición se centra respecto a situaciones que tienen interés clínico, al ser situaciones conflictivas reales, en las que las personas sufren; por lo que, pueden y deben recibir apoyo, aunque no son estados de enfermedad mental.*
>
> *Ahora bien, en esta sección se describe un subapartado nominado como 'problemas de relación', la que es conceptualizada como 'patrones de interacción entre miembros de una unidad relacional que están asociados a un deterioro de la actividad*

clínicamente significativo, o a síntomas de uno o más miembros de una unidad relacional, o a deterioro de la unidad relacional misma. Se incluyen los siguientes problemas de relación, porque con frecuencia son objeto de atención clínica por parte de los profesionales de la salud. Estos problemas pueden exacerbar o complicar el tratamiento de un trastorno mental o de una enfermedad médica en uno o más miembros de la unidad relacional, pueden ser el resultado de un trastorno mental o de una enfermedad médica, pueden ser independientes de otros trastornos presentes o pueden aparecer en ausencia de cualquier otro trastorno' (APA., 1195, pág. 696).

Resulta manifiesto que desde una mirada descriptiva el SAP comprenda un modelo de interacción de una unidad relacional (padres e hijos), que cause un menoscabo en la actividad clínicamente significativo (marcada presencia de dolor psíquico y riesgo en la evolución psicosocial del menor en tanto la ausencia absoluta de uno de los padres), la cual puede ser vinculado con la patología de uno/s miembros de la unidad relacional o en ausencia de cualquier otro trastorno. Y, por descontado, son subsidiarios de recibir atención clínica; por lo que no parece que haya ningún clínico del mundo que ante la situación de 'el niño no quiere ver en absoluto a su padre, no quiere relacionarse con él de ninguna forma' lo despache con un simple 'eso no tiene importancia, que no lo vea; ya pasará'. Esto simplemente no sucede. Al menos se preocupará de averiguar qué es lo que sucede o de formular algunas hipótesis al respecto. Finalmente, dentro de la categoría 'problemas de relación' se incluye 'Problemas paterno-fíliales' caracterizados porque 'El objeto de atención clínica es el patrón de interacción entre padres e hijos (p. ej., deterioro de la comunicación, sobreprotección, disciplina inadecuada) que está asociado a un deterioro clínicamente significativo de la actividad individual o familiar o a la aparición de síntomas clínicamente significativos en los padres o hijos' (APA., 1195, pág. 696) *. Una vez más pensamos que, de nuevo desde una perspectiva descriptiva, el SAP encaja en esta categoría ya que existe un evidente deterioro de la comunicación entre padres e hijos, asociado a la posibilidad de un deterioro de la actividad individual, y, sin ningún tipo de duda, a un*

deterioro de la actividad familiar y de nuevo la posibilidad de aparición de síntomas clínicamente significativos en los padres o hijos (…)si por algún motivo fuera necesaria su adscripción a una categoría diagnostica del DSM.

De hecho, en esta categoría estarían todas las situaciones en que existe una conflictividad paterno/filial bajo las condiciones que el sistema establece y que hemos comentado, con independencia de su causalidad y origen; abuso y/o maltrato por parte de los padres, problemas generacionales, etc., y por supuesto, boicoteo de la relación por parte de un padre".

Finalmente, los autores manifiestan:

"*Como propuesta el que se considere la presencia de un síndrome que vaya más allá de lo estrictamente clínico y judicial, pero que reúne aquellas características, independientemente del nombre que se le brinde, no siendo preciso que fuese Síndrome de Alienación Parental. Manifiestan que ello guardaría coherencia con la propuesta de (Kupfer. D & First. M & Regier. D, 2004) quienes en su escrito sobre la agenda de investigación para el desarrollo del DSM-V vislumbraron la posibilidad de que se comprenda en el mismo nivel de los trastornos de personalidad a un grupo de* ***trastornos de la relación*** *en las cuales se acogerían aquellas patologías cuyo centro consista en la dinámica relacional con relación evidente con las consecuencias psicopatológicas para las personas atrapadas en dicha relación. Ponían como ejemplo, el caso del* ***maltrato conyugal continuado***." (Jarne & Arch, DSM, Salud Mental y Síndrome de Alienación Parental., 2009, pág. 91).

En suma el DSM-V, publicado el 18 de mayo de 2013, no reconoce al "síndrome de alienación parental" con la categoría de enfermedad mental, trastorno ni síndrome; sin embargo, se advierte que por las características identificadas por numerosos autores como los citados en este trabajo de investigación, pueden incorporarse

dentro de la sub categorías problemas paternos – filiales como un factor que perjudica la "salud mental" de los niños, niñas y adolescentes que pueden ser detonante para que adquieran enfermedades mentales, síndromes o trastornos; esa misma, perspectiva fue recogido por la CIE -11 encontrándose ubicado "24: Factors influencing health status or contact with health services Factors influencing health status Problems associated with relationship. QE52 Problem associated with interpersonal interactions in childhood QE52.0 Caregiver-child relationship problema: Substantial and sustained dissatisfaction within a caregiver-child relationship associated with significant disturbance in functioning." (Sic). La misma que traducida al idioma español (Traducción)[13] indica lo siguiente "Capítulo 24. Factores que influencia el estado de salud o contacto con servicios de salud/Factores que influyen con el estado de salud/Problemas asociados a la relación/ Qe52. Problemas asociados con la interacción interpersonal en la niñez/**Qe52.0 problemas en la relación niño-cuidador: Insatisfacción substancial y sostenida en una relación entre niño y su cuidador asociado con una alteración significativa en la funcionalidad**" (énfasis nuestro).

Continuando con el orden de ideas, es importante enfatizar que si bien el término síndrome de alienación parental no fue reconocido técnicamente en los principales instrumentos psicológicos como un síndrome, enfermedad o trastorno, sin embargo, sí lo reconocen como un "problema de relación" que afecta gravemente la salud mental del niño, niña y adolescente, la cual exige que reciban ayuda psicológica para que recobren su estado de

[13] Traducción realizada por el licenciado Enver Luis Terrazas Núñez con CPsP.24884.

bienestar de forma integral (salud mental); de esa forma se busca evitar que desencadene en otros diagnósticos psicológicos mayores

En tal orden de ideas, podemos concluir que la forma de relacionamiento, identificado, detallado y caracterizado por los autores antes citados cobran relevancia jurídica pues no sólo son una práctica contaminada de relacionamiento que vulneran su “derecho a la salud mental”, de los niños, niñas y adolescentes; sino también, el “derecho a relacionarse y sostener contacto directo con sus dos progenitores”.

En ese sentido, ante tal escenario resulta evidente la necesaria intervención de los operadores jurídicos (jueces especializados en familia) para restituir los vínculos con el progenitor alienado y buscar que recobre la salud mental el niño, niña o adolescente alienado; en dicho contexto debe efectuarse la revisión de la tenencia del padre alienante; y, ordenarse el que se les brinden atención psicológica acorde al estado de salud mental que presenten.

Es preciso indicar que “*Sala Civil Permanente de la Corte Suprema sostuvieron que el síndrome de alienación parental propiciado por uno de los progenitores (padre en el caso sublitis) y su familia paterna implica una crianza y control arbitrario de la persona menor de edad al atentar contra sus derechos fundamentales conforme lo señaló Tribunal Constitucional, es por ello que declaró infundado el recurso planteado por el padre alienante y justifica la variación inmediata a favor de la madre a fin de restablecer los vínculos que gracias a la intervención de padre alienante se había destruido”.* (Rodriguez A. , 2017, págs. 17-18)

2.2.6 Estudios realizados por la psicología jurídica o forense u otros sobre el impacto de la tenencia compartida.

Consideramos importante que nuestra investigación cuente con información relevante sobre la tenencia compartida desde el campo de la psicología jurídica, pues no permite contar con información científica respecto al impacto positivo o negativo que produce aquella figura jurídica en los niños, niñas y adolescentes

Es preciso indicar que en nuestro país no se han efectuado estudios científicos sobre la materia; dado que, aquella especialidad de psicológica forense o jurídica se encuentra gestándose recientemente; sin embargo, la información obtenida de otros países es orientadora y necesaria para validar nuestras propuestas formuladas como aportes en la presente investigación científica.

En ese sentido, (Fariña, Seijo, Arce, & Vásquez, 2017) manifestaron que (Bauserman. R, 2002) Concluyó luego de efectuar un metaanálisis que "no existía diferencias entre los hijos de progenitores no separados con los hijos de progenitores separados pero que se rigen por la custodia compartida".

A mayor detalle, (Fariña, Seijo, Arce, & Vásquez, 2017), manifestaron que el estudio efectuado por (Bauserman. R, 2002), entre otras cuestiones constató:

> "[…] que los progenitores con custodia compartida frente con los que tienen custodia exclusiva, presentan un mayor nivel de satisfacción respecto a relación que sostienen con sus hijos, dado que, experimentan menos conflicto interparental y litigan menos; en ese sentido, se indica que los padres se hallan más conformen con aquel tipo de custodia, mientras las madres sienten menos estrés y sobrecarga respecto a las labores de crianza; y ambos progenitores manifiestan que la relación que

> sostienen les genera más sentimientos positivos y de apoyo emocional” . (págs. 109-110).

Agregaron los mencionados autores también en relación al estudio Bauserman. (2002), lo siguiente:

> “[…] Los resultados que obtuvo lo llevó a concluir que los hijos que tenían custodia compartida, tanto física como legal, se encontraban mejor adaptados que aquellos que tenían custodia exclusiva y no de forma diferente a aquellos cuyos progenitores vivían juntos. Concretamente, quienes vivían con ambos progenitores, en contraposición a los que estaban bajo custodia exclusiva, manifestaban un ajuste general más positivo en las relaciones familiares, en autoestima, en adaptación emocional y conductual y en el ámbito académico. Enfatizándose que los progenitores con custodia compartida indicaban de menos conflicto en el pasado y en el presente que aquellos con custodia en exclusiva. Bauserman (2002) decretó que su investigación es sólida con la hipótesis de que la custodia compartida puede ser beneficiosa para los niños, no presentando ninguna desventaja clara en relación a la custodia exclusiva (Bauserman. R, 2002p. 99)”. (Fariña, Seijo, Arce, & Vásquez, 2017, pág. 110)

Del mismo modo, (Fariña, Seijo, Arce, & Vásquez, 2017), hicieron mención al estudio efectuado por (Nielsen. L, 2011), relacionado a las secuelas de la custodia compartida y la custodia materna, en base a sus publicaciones realizadas en el *social science indez*, obtenidos según el criterio de búsqueda empleado para la selección de los trabajos, además del tipo de custodia, el tiempo que los hijos pasaban con cada progenitor, concluyendo la acotada autora:

> “La mayoría de los hijos que tiene custodia compartida presentan una situación tan buena o mejor que aquellos que tienen custodia materna, principalmente respecto a los vínculos y la calidad de las relaciones que sostienen con sus padres. Igualmente, obtuvo

como resultado que para que los hijos se favorezcan de la custodia compartida los progenitores no tienen que ser indispensablemente ricos, bien educados, especialmente cooperativos, sin conflicto, ni encontrarse motivados por compartir la custodia en beneficio de sus hijos. De esta forma matiza los planteamientos y limitaciones que otros autores sostienen en relación a que los progenitores con custodia compartida presentan niveles más altos de formación y de recursos económicos (Bauserman. R, 2002); (Cancian. M. & Meyer. D., 1988); (Fox. G. & Kelly. R., 1995); (Shiller. V. M., 1986); (McIntosh et al , 2009). También estableció que los jóvenes que se beneficiaron de la custodia compartida, en contraposición a los que vivían con sus madres, consideraban que era por su mejor interés" (pág. 110)

Del mismo modo, (Marín, Dujo, & Horcajo, 2017), señalaron que, ante las diversas opiniones vertidas por diversos autores a lo largo de los años sobre la custodia compartida realizaron una investigación cuya finalidad fue analizar las investigaciones relacionadas sobre la guarda y custodia compartida; así como, de los efectos derivados sobre los menores en este tipo de régimen de custodia, elaborando la siguiente tabla:

Tabla 1. **Impacto psicológico de la tenencia compartida.**

Tabla 4
Comparativa de estudios relacionados con diferentes tipos de guarda y custodia, incluyendo la relevancia de la guarda y custodia compartida relacionada con las consecuencias psicológicas en menores; análisis de la tendencia actual

Autor/es (Año/s)	País	Muestra comparada	Resultados	Tendencia hacia CC
PARTE 1: ESTUDIOS EMPÍRICOS				
Artis y Krebs (2015)	EE.UU. (Indiana)	Estudio longitudinal sobre dictámenes en jueces (N = 252) de 25 jurisdicciones entre 1998- 2011.	Custodia física compartida [*Joint physical custody*] como acuerdo preferente en el 92% en los grupos de de 0-4 años y 5-12 años.	Favorable
Turunen (2014)	Suecia	Análisis logístico de regresión basado en *Swedish Survey Living Conditions*. Niños entre 10-18 años comparando 50/50 *shared physical custody* u otros tipos de custodia (n = 850).	Menor percepción de estrés comparado con custodia materna o paterna. El nivel de conflicto no se relaciona con el nivel de estrés.	Favorable
Sodermans y Matthijs (2014)	Bélgica (Flandes)	Estudio multifactor a través de *Computer Assisted Personal Interviews* en una muestra de progenitores alguna vez casados (n = 6.470) y sus hijos (n = 1.257) en edades entre 14-21 años.	Asociación negativa entre conflicto parental y custodia física compartida. Parejas que cooperan y con acuerdo en la ruptura tienden a custodia física compartida.	Favorable
Wadsby et al. (2014)	Suecia	Adolescentes de 119 institutos en 3 grupos (n = 3.498): alternan vivienda (n = 324), residencia con un padre (n = 736), con ambos (n = 2016).	Los adolescentes que residentes con un progenitor tienen síntomas psiquiátricos. El sentido de la coherencia es más bajo en el grupo monoparental.	Favorable
(Bjarnason et al., 2012).	36 países occidentales industrializados.	HBSC llevado a cabo por la OMS. Alumnos de 11, 13 y 15 años de edad (n = 184.496) de familias intactas, monoparentales y custodia física compartida.	Niños en custodia física compartida declararon niveles de satisfacción vital significativamente más altos que los niños en otro tipo de régimen.	Favorable
Carlsund et al. (2012)	Suecia	Adolescentes de 15 años de edad (n = 3699), donde el 61% (n = 2.256) viven con familias intactas y el 29% restante (n = 1.071) en familias separadas.	CC como factor de protección a conductas de riesgo y problemas de comportamiento Siendo la custodia exclusiva el régimen menos recomendable.	Favorable
McIntosh et al. (2010)	Australia	Reclutados al azar niños y familias del LSAC (n = 1000). Agrupados en: < 2 años (n = 258), 2–4 años (n = 500) y 4-5 años (n = 1.292). Grupos: familia intacta, pocas noches lejos, alterna residencia y principal.	Grupo< 2 años: Trastornos del sueño y esfera afectiva. Grupo 2-3 años con residencia alterna: Niveles bajos de la perseverancia en el pensamiento y actividad, signos de hiperactividad con trastornos de la atención, problemas de conducta. En< de 5 años el alojamiento nocturno perturba gravemente el desarrollo.	Desfavorable
Campana et al. (2008)	EE.UU. (Virginia)	Niños entre 10 y 18 años (n = 518) comparados según familias: residencia materna (n = 272), residencia paterna (n = 37) y compartida (n = 207).	Si ambos padres autoritativos: menor agresividad, menos depresivo y mayor autoestima, y altas posibilidades de tener residencia compartida.	Indistinta
Melli y Brown (2008)	EE.UU. (Wisconsin)	Muestra aleatoria tras 3 años del divorcio, en familias con custodia materna (n = 590) y con parentalidad compartida (n = 598).	Los menores en parentalidad compartida [*shared parenting*] están menos deprimidos, con menores problemas de salud y más satisfechos con su acuerdo de custodia.	Favorable
Pruett et al. (2004)	EE.UU. (Connec ticut)	Estudio longitudinal con familias voluntarias en proceso legal (N= 132) con niños entre 0-6 años y seguimiento entre 15-18 meses.	En niñas menos problemas sociales, problemas internalizantes y externalizantes (vs. niños) si hay pernoctas. Son negativos los horarios inconsistentes.	Favorable
Bauserman (2002)		Metaanálisis de 33 estudios comparando 140 tamaños de efecto de niños en CC (legal y/o física) (n = 814) y custodia exclusiva (n = 1.846).	Los niños en *Joint custody* legal y física están mejor ajustados (vs. custodia materna), sin variaciones en la edad.	Favorable
Amato y Keith (1991); Amato (2001)	EE.UU. (Pennsyl-vania)	Metaanálisis con 92 estudios de menores (N= 13.000) evaluando el bienestar, tanto en familias monoparentales como intactas.	El bienestar del menor es inversamente proporcional al nivel de conflicto postdivorcio en los padres	No procede
Solomon y George (1999)		Se comparan 2 grupos con edades entre 0-2 años (n = 44) con pernocta de 2-4 veces al mes y sin pernocta (n = 49).	No hay diferencias en apego e interacción con la madre entre ambos grupos, pero la pernocta provoca apegos "desorganizados" (vs. familias intactas)	Indistinta
Maccoby et al. (1990)	EE.UU. (California)	Estudio longitudinal (*Standford Custody Project*) con familias divorciadas (n = 1.100), donde 150 compartían parentalidad, con niños (n = 1.386) divididos en: Bebés (n = 25), 2 años (n = 20) 3-5 años (n = 80), 5-7 años (n = 38) y 8-16 años (n = 163).	El ajuste es menor en las familias con parentalidad compartida (vs. custodia exclusiva) tras 4 años del divorcio. En niños hay mayores sentimientos de cercanía con padres y menor estrés, aunque la probabilidad de conflicto es mayor.	Favorable
PARTE 2: OTROS ESTUDIOS: DE REVISIÓN				
Nielsen (2014a)	EE.UU. y otros	Revisión de 11 estudios empíricos sobre planes de parentalidad y pernoctas alejadas de la madre en la tierna infancia.	La pernocta no se asocia a resultados negativos en niños y bebés, y con resultados positivos en niños preescolares. No aparecen apegos inseguros. Los resultados negativos se asocian a disfunción parental, inconsistencia horaria o negligencia.	Favorable

Tabla 4 (continuación)

Autor/es (Año/s)	País	Muestra comparada	Resultados	Tendencia hacia CC
Nielsen (2014b)	EE.UU. y otros	Revisión de 40 estudios de custodia física compartida y/o parentalidad compartida en 5 categorías: académica, emocional, problemas de comportamiento, salud física y tabaquismo y, calidad de las relaciones paternofiliales.	1) En parentalidad compartida: mejores resultados en todas las edades en todas las categorías, 2) la pernocta no se evidencia como negativa en menores y bebes, 3) Historia de violencia o mala relación con el progenitor es negativo, 4) parentalidad compartida: menor conflicto verbal.	Favorable
Nielsen (2013a) Parte I-II	EE.UU. y otros	Revisión de 24 estudios relacionados con la custodia residencial compartida en la perspectiva de los menores, el conflicto parental y la cooperación.	La CC no evita la aparición de conflicto, incluso es mayor por mayor implicación en la crianza (vs. custodia exclusiva). No se debe limitar el contacto parental. Hay mayor satisfacción si: hay coparentalidad, los horarios flexibles y menor conflicto.	Favorable
Nielsen (2013b) Parte II - II	EE.UU. y otros	Se evalúan: características de los padres, resultados de los niños (conductual, psicológico, físico y académico) y estabilidad de la parentalidad compartida.	Es relevante la calidad y duración de las relaciones con padres. Los países industrializados tienden a la CC.	Favorable
Berger (2013)	Francia	Valoraciones de 22 estudios con datos contrarios a los beneficios de la residencia alterna [*résidence alternée*].	En niños pequeños: trastornos de ansiedad de separación aparecen rápida y extensamente, al establecer residencia alterna. En< de 5-12 años: centrado en las necesidades del niño, no se calma la nostalgia de un niño para el progenitor no custodio, un contacto más frecuente con el padre no está asociado con una mejor salud mental del niño, conflicto abierto interparental no es beneficioso, riesgo de un abuso de poder.	Desfavorable
Paradise (2012)	EE.UU.	Aproximación al concepto de *joint custody* y efectos en los menores.	No se determina el arreglo de custodia más favorable. Favorable: mayor autoestima, menor culpa, mayor satisfacción, mayor contacto con ambos padres, lazos estrechos paternofiliales, piden consejo y comparten vivencias. Desfavorable: incrementa la hostilidad, control y poder de ambos, confusión de seguridad y estabilidad.	Indistinta
Nielsen (2011)	EE.UU. y otros	Revisión de 20 estudios en menores que residen un 35% del tiempo con parentalidad compartida.	Los acuerdos de parentalidad compartida tienen resultados iguales o superiores en las medidas emocionales, de comportamiento, físicas, académicas y de bienestar.	Indistinta
Smyth (2009) Parte II	Australia	Revisión de 6 estudios empíricos sobre *joint pshysical custody* (*shared care*) durante 5 años.	No se acuerda el mínimo de condiciones para el *shared care*. Es importante la calidad en las relaciones paternofiliales.	Indistinta
Ibáñez-Valverde (2004)	España	Análisis del concepto de CC según Ley 15/2005, modificando Código Civil español. Revisión de estudios de otros países que analizan los efectos de CC.	La CC puede ser igual de beneficiosa que la custodia exclusiva por el contacto permanente y la calidad de las relaciones. El nivel elevado de conflicto es perjudicial, pero a nivel bajo es recomendable.	Indistinta
Kelly (2000)	EE.UU. (California)	Revisión de estudios entre 1990-1999 que evalúan el impacto del conflicto parental y el ajuste psicológico en niños.	La CC aporta mejores resultados en: el desarrollo, grado de satisfacción de los niños y la adaptación de los niños y parental. El conflicto interparental no disminuye ni incrementa el conflicto.	Indistinta

Fuente. Datos tomados de (Marín, Dujo, & Horcajo, 2017)

En ese sentido, (Marín, Dujo, & Horcajo, 2017), explicaron los resultados obtenidos de la tabla 4 antes detallada, señalando lo siguiente:

> "*La tabla 4 presenta la selección de artículos relacionados con los efectos de la custodia compartida en diferentes países. Se especifica: autor/es, país, tipo de muestra comparada, resultados y tendencia hacia la guarda y custodia compartida. En la tabla comparativa se puede observar la división en dos partes: 1) 14 estudios empíricos relativos a los estudios llevados a cabo en EE.UU. (California, Connecticut, Indiana, Pennsylvania, Virginia y Wisconsin), Suecia, Bélgica y Australia y 2) 10 artículos de revisión de EE.UU., Francia, Australia y España, constituyendo un total de 24 estudios que aportan información sobre la tendencia internacional y nacional de la guarda y custodia compartida o régimen similar en cada país/Estado.*
>
> *De los estudios empíricos, 10 resultan favorables a la custodia compartida (Artis y Krebs, 2015; Bauserman, 2002; Bjarnason et al., 2012; Carlsund, Eriksson, Löfstedt y Sellström, 2012; Maccoby, Depner y Mnookin, 1990; Melli y Brown, 2008; Pruett, Ebling e Insabella, 2004; Sodermans y Matthijs, 2014; Turunen, 2014; Wadsby, Priebe y Svedin, 2014), 2 no recogen diferencias con respecto a otro tipo de custodia (Campana, Henderson y Stolberg, 2008; Solomon y George (1999) y 1 está en contra (McIntosh, Smyth y Kelaher, 2010). En el caso de los artículos de revisión, 4 presentan conclusiones favorables (Nielsen, 2013a; Nielsen, 2013b; Nielsen, 2014a; Nielsen, 2014b), 1 está en contra (Berger, 2013) y 5 no muestran diferencias relevantes con respecto a otros regímenes de custodia (Ibáñez-Valverde, 2004; Kelly, 2000; Nielsen, 2011; Paradise, 2012; Smyth, 2009)*" . (pág. 120)

Del mismo modo, se corrobora la información obtenida de los estudios de la psicológica forense con el informe elaborado por la (Bibilioteca Nacional

del Congreso de Chile), titulado: "Efectos de la custodia compartida en niños y adolescentes, experiencia extranjera" donde se arribaron a numerosas conclusiones, de las cuales consideramos las más importantes las siguientes:

- Cuando se trata de conflicto medio a leve, la custodia compartida posibilita el que se reduzca el nivel de conflicto entre los progenitores con el transcurso del tiempo. Los estudios demuestran que pasado tres años aquellos reducen su nivel de hostilidad haciéndose viable una cooperación interparental en beneficio de sus hijos.

- La evidencia concluye que los niños con custodia compartida o con residencia materna y contacto frecuente con el padre tienen una tendencia a presentar un mejor ajuste emocional, conductual y escolar post divorcio, siendo el factor clave para ello, la cercanía del padre con los hijos y que aquél sea considerado como una figura legítima en el ejercicio de la paternidad.

- La etapa actual de la investigación es sólida con la idea de que la custodia compartida podría ser beneficiosa para los niños, pero yerra en exponer alguna desventaja clara respecto de la custodia uniparental (materna) con participación activa del padre.

- Los estudios realizados evidencian que el divorcio menoscaba el bienestar de los progenitores, en el contexto de que la residencia del hijo lo conserva el otro progenitor. En tal orden de ideas, las madres disminuyen en su nivel de bienestar independientemente del nivel de contacto que sostenga con su hijo. Mientras que el nivel de bienestar de los padres mejora notablemente en función al mayor contacto que sostenga con su hijo. Asimismo, ambos progenitores aumentan en su nivel de bienestar en el caso de que tengan custodia compartida (con alternancia de residencia). (págs. 14-16)

> *"Al margen del sexo del hijo es indiscutible que aquél requiere de la presencia de ambos progenitores para que tenga una educación eficaz. En el caso de la relación hija - padre, existe un estudio interesante –'Clinical Observacions Father Absence on Interferences of Early in the Achievement of Femininity' (Observaciones clínicas sobre las repercusiones de la ausencia temprana del padre en el desarrollo femenino)- la cual mostró cómo niñas que padecieron la separación de sus padres durante su etapa edípico evidenciaron trastornos subjetivos (fobias, depresión, ansiedad) en un 63% de los 150 casos estudiados (Lohr, Mendell y Riemer)". "El que la niña se sienta continuamente valorada y amada es un elemento de primordial importancia para consolidar su autoestima como mujer. Todo indica que sin esa fuente permanente de afecto, la autovaloración femenina de una niña no prospera" (Kalter), "este es un elemento persistente en el cumulo de investigaciones que avalan la necesidad de un eficiente contacto parental entre el progenitor y su hija*"; según apunta. (Rodriguez T. , 2008).

En suma, de lo expuesto se pone en evidencia que resulta siendo un temor infundado el asumir que tenencia compartida genere inestabilidad emocional en los niños, niñas y adolescentes pues en la mayoría de estudios realizados se observa que genera un igual o mayor grado de bienestar; siendo pocos los estudios cuyo resultado son desfavorables a la tenencia compartidas las cuales son estudios realizados a niños muy pequeños.

Sobre el particular, indicaremos que, (Rodriguez T. , 2008), manifiesta que distintos especialistas califican como nociva la custodia compartida, debido a la doctrina que ha gobernado y sustentado el derecho de custodia de los menores por mucho tiempo, nominado como "*tender years doctrine"* (Principio de la corta edad), en la que destaca el rol de la madre como insustituible en los primeros años de vida, estimando al padre como una figura secundaria y superflua; la investigación denominada *"Joint Custody and the Preschool Child"* (Custodia compartida y el niño en edad preescolar), concluyó

defendiendo la necesidad de determinar una edad mínima como límite para ser alcanzado por la custodia compartida.

Sin embargo, estudios recientes lo contradicen, argumentando que el interrelación habitual, incluso por tiempos cortos, es sumamente imperioso en edades tempranas, pues aquellos tienen menos desarrollados la memoria a largo plazo, lo que significa un peligro de que se genere un retroceso en las relaciones interpersonales entre padre/madre e hijo; aun cuando es absurdo negar la necesidad biológica que une al hijo con su madre (ello en caso de tenencia exclusiva de la madre). Atendiendo a lo señalado, la *Institución estadounidense Children's Rights Council* (Consejo de los Derechos del Niños) desarrolló el siguiente patrón orientador que establece la frecuencia de contacto con los padres en función de la edad:

Tabla 2. **Edad y frecuencia de contacto.**

CUADRO Nº 01

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

Fuente. Datos tomados de (Rodriguez T. , 2008).

En suma, podemos señalar que, las conclusiones de las investigaciones citadas en este acápite son uniformes en señalar que la tenencia compartida en general es beneficiosa para los niños, niñas y adolescentes alcanzando incluso ese bienestar a los progenitores. Si bien es

cierto, en niños muy pequeños sometidos a esta figura jurídica existen algunos estudios que determinaron que fue desfavorable para ellos; también lo es que, quedó claro que desde el punto de psicología ellos requieren un contacto frecuente con sus dos padres, disminuyendo esa necesidad, mientras adquieren más edad.

En ese sentido, una tenencia compartida con residencia alterna a una corta edad puede ser objeto de controversia; sin embargo, lo que no puede dar lugar a controversia es que ellos necesitan un contacto físico frecuente con sus dos progenitores; conforme al cuadro antes detallado; dejando en claro como única excepcionalidad a ese contacto es que les resulte perjudicial lo que debe acreditarse previamente.

2.2.7 La Justicia terapéutica en el ámbito del derecho de familia.

La justicia terapéutica propugna una nueva forma de administrar justicia cuyo objetivo no sólo es resolver un conflicto jurídico de intereses; sino principalmente, busca eliminar las causas que originaron ese conflicto; de esa manera, se corta de raíz el surgimiento de otros conflictos jurídicos iguales o que se deriven de aquel, para alcanzar aquél objetivo el derecho requiere la intervención de otras disciplinas como son la psicología, trabajo social, criminología, educación; entre otros, buscando de esa forma brindar una solución integral al problema jurídico.

Sobre el origen de este nuevo paradigma las autoras (Fariña, Ramón, Novo, & Seijo, 2014), afirmaron:

> "El origen de la *therapeutic jurisprudence* (TJ) (traducido como justicia terapéutica) se determinó que fue en 1987, en un trabajo de David Wexler para *el National Institute of Mental Health* de los Estados Unidos, aunque oficialmente el concepto se funda en 1996, con la publicación de *The development of Therapeutic Jurisprudence de David Wexler y Bruce Winick* (1996). La TJ fue catalogada como una orientación importante

> dentro del movimiento denominado *Comprehensive Law*, originado a partir de la crisis del sistema de justicia de corte punitivo. En tal orden de ideas, las autoras indican que (Daicoff. S, 2006) aseveraba que la TJ era uno de las columnas de un movimiento humanista, integrador y de intervención psicológica del manejo de la ley. No obstante, actualmente la TJ es más que una corriente; al ser reconocido como un nuevo paradigma. Como señala (Stobbs. N, 2013) 'existen indicios razonables para respaldar las afirmaciones de que la justicia terapéutica puede constituir un paradigma de Kuhn, en cualquiera de las tres categorías ontológicas'(p. 281)". (pág. 11).

Ahora bien, en relación a la justicia terapéutica en el ámbito del derecho de familia, (Fariña, Seijo, Arce, & Vásquez, 2017) manifestaron citando (Babb, 1997; Wexler, 2015) que su aplicación en aquél campo cobra una especial relevancia; dado que, en casos como separación de parejas los tribunales deben centrarse en proteger a la familia y a los niños de los efectos negativos que origina una ruptura matrimonial ya sea actual o futura**.** Agregan citando a (Town, 1994) que aquella forma de administrar justicia tiene como objetivo el que se reduzca el caos o desorden emocional, para preservar o fomentar un contexto familiar armonioso, a efecto de que alcancen un funcionamiento normalizado. Del mismo modo, manifestaron que se requiere que todos los operadores jurisdiccionales realicen sus funciones con sensibilidad acorde al estado psicomocional en la que se hallen los progenitores; pues de aquel modo, se lograría que el proceso judicial fuese lo más terapéutico posible para los integrantes de esa familia; dado que, las separaciones de los progenitores se efectuarían en un contexto amistoso y de colaboración lo que permitiría preservar y potenciar el bienestar de todos los involucrados, conservando además, la relaciones de coparentalidad positivamente. Afirman también que, ese modelo de administrar justicia se encuentra ampliamente establecido y usado en Estados Unidos y Canadá,

inclusive en los procesos sobre custodias donde otorgan una gran valoración a la capacidad de los progenitores de cumplir su rol de forma positiva conforme lo instituyen las guías internacionales.

Por su parte el magistrado (Ortuño, 2014), respecto a la justicia terapéutica señaló que su introducción se viene realizando de forma lenta pero satisfactoria lo que se evidencia en el uso de la figura jurídica de la *mediación*, la incorporación de profesionales de otras especialidades en los procesos judiciales como del campo de la psicología o la educación social; así como, en el uso de dispositivos que permitan orientar y determinar el grado de ejecución de las sentencias de la especialidad principalmente cuando afectan a los hijos y a las personas que tienen la condición de discapacitadas; dado que, el modelo de coordinación de parentalidad, es expresión de esta nueva forma de administrar justicia .

De otro lado, las autoras, (Fariña, Ramón, Novo, & Seijo, 2014) Manifestaron que en países como Estados Unidos, Canadá y Australia existen programas de apoyo para padres e hijos que viven un divorcio, para de esa forma ayudarlos a minimizar los efectos negativos que produce el proceso de separación como es el estrés. Del mismo modo, citando a (Pedro-Carroll. J. L.; Sandler. N. & Wolchik. S. A., 2005), aquellas afirman, ya desde hace casi una década, que todas las familias que afrontan un proceso de separación o divorcio deben de disponer de recursos educativos, legales y terapéuticos acordes a sus necesidades.

Agregan, las acotadas autoras citando a (Pollett y Lombreglia, 2008), que “en 47 estados de los Estados Unidos aquellos cuentan con programas de apoyo en esta materia; en 14 de aquellos la ley exige a los progenitores a asistir de manera forzosa en caso presenten una demanda de divorcio, separación, custodia de los hijos, y/o demanda de visitas; en otros 13 estados, la ley faculta los jueces, a los condados

o distritos a que desarrollen sus propias disposiciones en relación a los programas de educación para padres; y en otros estados no es obligatorio, pero sí en algunos condados o distritos".

Sin embargo, señalan que en Latinoamérica la corriente de la Justicia Terapéutica no es predominante en la justicia especializada de familia; ya que esa clase de programas son poco conocidos, escaso o nulamente implementados. Refieren que, en España, de forma pionera, se creó en 2001 el programa "Ruptura de pareja, no de familia", el que fue elaborado y desarrollado por la Unidad de Psicología Forense de la Universidad de Santiago de Compostela en colaboración con la Universidad de Vigo logrando dicho programa resultados muy satisfactorios; siendo incluso adoptado por otros países. Cabe precisar que el acotado programa en su nueva versión exige seis sesiones con una duración de ciento veinte minutos de duración por cada sesión.

Este nuevo paradigma en la administración de justicia en el ámbito de derecho de familia en nuestra consideración es de vital importancia que se implemente de forma organizada, articulada y bien estructurada según la realidad de nuestro País.

Hemos señalado que es la afectividad es la que sostiene y mantiene a la familia como tal; sin embargo, en una época de crisis es precisamente esa afectividad la que se somete a prueba, al encontrarse alterada y/u obnubilada debido a diversos factores que repercuten negativamente en el comportamiento, postura o pensamientos de los sujetos de derechos que la integran; y en ese estado, por lo general, es que acuden al Poder Judicial, aumentando de esa manera el nivel de conflicto existente entre los progenitores; ante ello, es claro que la justicia tradicional; por sí sola, tal y como la conocemos no resolverá integralmente las causas que originaron ese conflicto jurídico familiar.

En tal orden de ideas, es evidente que para lograr una solución integral u holística se requiere la colaboración de otra especialidad como la psicología, aquel profesional debe trabajar en las competencias de los progenitores a efectos de conservar o preservar a la familia en crisis, redimensionando al cauce normal la afectividad existente en esa familia; o en su caso, dotarle de competencias a los progenitores para que puedan distinguir su rol de pareja con la de padres; sin que ello, signifique la vulneración de sus derechos, y menos aún de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que integran aquella familia en crisis.

CAPITULO III:

METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.

3.1. Tipo de investigación:

El enfoque empleado en el desarrollo de la presente investigación fue cualitativo; dado que, la investigadora utilizó como técnicas para recolectar datos a la entrevista semi estructurada y el análisis documental (sentencias casatorias sobre tenencia compartida), a partir de ambos resultados determinó cuáles son las pautas más idóneas y necesarias su implementación para hacer ejecutable la tenencia compartida.

3.2 Diseño de investigación.

El diseño será fenomenológico, en razón de que se ha descrito adecuadamente la problemática las pautas para hacer 'ejecutable' la tenencia compartida. (Hernández et al., 2010b, p.493)

3.3 Método de investigación.

El método de investigación ha sido inductivo y deductivo, de tipo jurídico- propositivo y comparativo.

3.4. Método de muestra.

La muestra utilizada es no probabilística; en ese sentido, la investigación nos determinó a buscar y encontrar información idónea relacionada directamente con el tema de investigación.

3.4.1. Unidad de análisis

Nuestro objeto de estudio está constituido, por un lado, por los individuos y sus discursos que pertenecen al Poder Judicial o Ministerio Público, y del otro, las sentencias casatorias en materia de tenencia compartida.

3.4.2 Población de estudio.

Las conclusiones a las que se arribará en la presente investigación científica serán válidas para los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público, los abogados litigantes de la especialidad de derecho de familia; así como, los integrantes de una familia en crisis que se encuentren involucradas en procesos judiciales sobre tenencia .

3.4.3. Tamaño de muestra.

La muestra seleccionada está conformada por 8 personas de las cuales cuatro magistrados que pertenecen al Poder Judicial y los otro cuatro son magistrados del Ministerio Público, de quienes se recibirá su opinión acerca del tema de investigación a través de la entrevista semi – estructurada dado su especialidad .

Del mismo modo, seleccionó 8 sentencias casatorias, publicadas en el diario oficial " El Peruano", sobre tenencia compartida, de las cuales se extraerá el razonamiento lógico - jurídico que efectúan nuestros a efectos de resolver estos conflictos jurídicos familiares

3.4.4. Técnicas de recolección de datos .

3.4.4.1 Entrevista semi estructurada.

- *Escenario de estudio:*

En principio debemos señalar que, las entrevistas semi estructurada se realizará en dos escenarios de estudios las que fueron determinados en función a la ubicación de los expertos en su ámbito de ejercicio profesional, como son: el Poder Judicial y el Ministerio Público.

- *Caracterización de sujetos*

La selección de los sujetos investigados se realizó en función a las respuestas obtenidas de las siguientes interrogantes:

¿A qué personas entrevistar?

A los especialistas en derecho de familia, personas que por razón de su cargo y experiencia profesional tienen amplio conocimiento y experiencia en la resolución de conflictos jurídicos familiares sobre tenencia compartida; como es el caso de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público de todos los niveles de jerarquía.

En el caso del Poder Judicial, 4 magistrados, que ejercen los cargos de Jueces especializados de Familia y Jueces Superiores de la misma especialidad.

Por el lado del Ministerio Público se entrevistó a 4 profesionales que ostentan los cargos de Fiscales Adjuntos Superiores, Fiscales Superiores y Adjunto Supremo de la especialidad.

¿Cuántas personas son los indicados para aportarnos información necesaria para nuestro trabajo de investigación?

Es difícil determinar cuántas personas deben entrevistarse en un estudio, sin embargo, cuando se aplica el muestreo de teórico carece de importancia el número de ‘casos’; dado que, lo realmente importante, es el ‘potencial’ que aquellos tienen para coadyuvar en la compresión del área materia de análisis.

En ese sentido, en lo que concierne a nuestro trabajo de investigación enfocaremos el muestreo desde la selección de los participantes actuantes, en este caso 4 jueces y 4 fiscales; toda vez que cuanto más enfocada este la selección más definida será la información que obtengamos.

Tabla 3 **Caracterización de los sujetos**

Magistrados	**Cargo**	**Despacho.**	**Fecha de entrevista**	**Código**
Rosa Yanina Solano Jaime	Juez especializado	11° Juzgado Especializado de Familia de Lima	11.05.2018	EXP 1
Erick Veramendi Flores	Juez especializado	1° Juzgado Especializado de Familia de Lima	04.10.2018	EXP 2
Nancy Elizabeth Eyzaguirre Garate	Juez Superior	2° Sala de Familia de Lima.	27.04.2018	EXP 3
Jorge Antonio Plascencia Cruz	Juez Superior	2° Sala de Familia de Lima.	07.05.2018	EXP 4
Maria Isabel del Rosario Sokolich Alva	Fiscal Adjunta Suprema	Fiscalía Suprema en lo civil de Lima.	26.04.2018	EXP 5
Rita Arleny Figueroa Vásquez	Fiscal Superior de Familia	2° Fiscalía Superior de Familia de Lima	02.10.2018	EXP 6
Bethy María Espinoza Rivas	Fiscal Adjunta Superior	1° Fiscalía Superior de Familia de Lima.	04.05.2018	EXP 7
Cecilia Gabriela Gonzales Fuentes	Fiscal Superior de Familia	1° Fiscalía Superior de Familia de Lima.	30.04.2018	EXP 8

Fuente: Elaboración propia.

Elaboración del guion para las entrevistas semi estructuradas.

También llamado guía de la entrevista, es el momento en el cual se identificarán los temas materia de análisis y se plantearán las posibles preguntas a efecto que los entrevistados expertos las absuelvan conformen a su amplia experiencia profesional.

Listado de temas. -

Considerando que el presente trabajo versa sobre “pautas para hacer ‘ejecutable’ la tenencia compartida”, los temas que serán abordados en la entrevista semi estructurada deben ser:

- El principio del interés superior del niño.
- Motivación de las sentencias judiciales
- La facultad de los jueces de familia para disponer de oficio la tenencia compartida conforme al artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes.
- Medidas qué deben adoptarse para hacer ejecutable la tenencia compartida.

Contenido y naturaleza de las preguntas.

De lo antes expuesto consideramos que las preguntas deben ser las siguientes**:**

(1) Una de las propuestas que se efectúa en relación a esta tesis es establecer un dispositivo legal a través del cual se determine como regla la tenencia compartida y sea excepcional la tenencia monoparental previa debida motivación y acreditación de causas que justifiquen como maltrato físico, trato negligente, ese tipo de

situaciones. ¿Usted Considera que es una solución eficiente para promover la tenencia compartida o está bien como ahora está regulada?

(2) De la revisión de la jurisprudencia nacional en materia de familia respecto a la tenencia compartida, hemos advertido que la mayoría no son cumplidas debido a diversos factores: internos (imprecisión en la parte resolutiva, fundamentación deficiente) como externos (falta de voluntad de los justiciables). Respecto a los factores internos, ¿ello derivaría en una deficiente motivación? ¿Se estaría vulnerando el derecho a la debida motivación, así como a la tutela judicial efectiva?

(3) Un amplio sector de la doctrina nacional y comparada sostienen que la tenencia compartida es una figura jurídica que satisface en mejor modo el "principio del interés superior de los niños", ¿Cuál es su opinión al respecto y cómo comprende la figura jurídica de la 'tenencia compartida'?

(4) La tenencia compartida también puede ser dictada por el Juez de oficio conforme al artículo 81° del CNA. ¿Cuáles cree que sean los motivos por los que los jueces de familia no hacen uso de esa facultad?

(5) ¿Usted considera que al amparo de artículo 81° del Código del Niño y del Adolescente, que da la facultad a los jueces de familia de poder disponer una tenencia compartida siempre y cuando sea conforme al interés superior del niño, ello facultaría que en todos los procesos judiciales de tenencia se debería establecer como un punto controvertido adicional el que se dicte una tenencia compartida; ¿es decir, como un punto controvertido de oficio?.

(6) Frente a la problemática identificada, hemos formulado una propuesta de solución, la cual consiste en establecer pautas para una adecuada motivación y fundamentación de las sentencias judiciales en materia de tenencia, las cuales serían reguladas mediante resolución u plenario. ¿Considera que es una solución eficiente?

Análisis cualitativo de datos.

Categorización:

Que las categorías son los diversos valores, es la manera de conceptuar expresiones en forma clara, de acuerdo a los elementos sujetos a estudio. (Carrasco, 2009, pág. 300)

Tabla 4 **Operacionalización de categorías.**

CONCEPTO	**CATEGORIA**	**SUB CATEGORÍA**
"El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos". (Ley No. 30466, 2016, art. 2)	El principio del "interés superior del niño"	-Derecho a no ser separado de sus padres. -Derecho a mantener sus relaciones personales y contacto directo con sus progenitores. - Derecho a vivir en una familia. -Derecho a la opinión. -Derecho a vivir a un ambiente sano.

"La custodia compartida es aquella en la que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable (…)" Varsi, E. (2012) Tratado de Derecho de Familia. Tomo III, pág. 375	-Coparentalidad -Guarda compartida -Garda conjoite -Affidamento condiviso -join custody -shared parental -guarda compartida	-Residencia alternada. -Régimen de visitas. -Principio del interés superior del niño.
"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 éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia lo 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"** (Ley No. 29269, 2008, modifica art. 81 del Código de los Niños y Adolescentes)	Facultad de Juez para disponer la tenencia compartida.	- Facultad de oficio - Jurisdicción - Competencia - Principio de Interés superior del niño
En relación a la propuesta legislativa que la investigadora formula se debe recordar que el artículo 107° de nuestra Carta Magna vigente regula la iniciativa legislativa. En tal sentido, la modificación del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes con la finalidad que se establezca como regla la tenencia compartida salvo causal decisión motivada y acreditada que justifiquen se dicte una tenencia monoparental.	Ley modificatoria del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes.	- Iniciativa legislativa -Ley modificatoria

Fuente: Elaboración propia

3.4.4.1 Resultados de las entrevistas semi estructuradas realizadas.

Tabla 5 **. Respuesta a la pregunta No. 1.**

Frente a la problemática identificada, hemos formulado una propuesta de solución, la cual consiste en establecer pautas para una adecuada motivación y fundamentación de las sentencias judiciales en materia de tenencia compartida, las cuales serían reguladas mediante resolución u plenario o ley. ¿Considera que es una solución eficiente?			
Respuestas			
EXP-1	**EXP-2**	**EXP-3**	**EXP-4**
Los beneficios de la tenencia compartida tendrían que ser publicitados en todo caso, comunicados a los justiciables, porque los justiciables no saben de la existencia de ese tipo ello porque solo piden la tenencia y listo, los abogados no les han informado en qué consiste al tenencia compartida, entonces se le tendría que propiciar como un previo al que venga al Poder Judicial a que conozcan un poco	Sí se vulnera eso (motivación) las partes deben apelar, si el juez da una sentencia incompleta, y las partes consienten no hay vulneración. Si las partes consienten, es un principio de la teoría de nulidad de acto procesal, sino reclama el agravio no habría agravio. Es una pregunta genérica no podría responder. En todo caso en ejecución podría pedir las partes ciertos actos del juez para poder ejecutar las decisiones que también no se restringen. (modificado)	Mira en primer lugar en relación a tu propuesta de dictar pautas para una debida motivación yo creo que no es necesario porqué ya el Tribunal Constitucional en la sentencia conocidísima la del Caso Llamoja, señaló las pautas que debe tener un Juez al momento de motivar una sentencia, por tanto, por allí sería innecesario ese extremo de tu propuesta. Mira lamentablemente la aplicación de la ley, si bien son cierto los Jueces de aplicar con un sentido no literal sino teleológico; es decir, cuál es la finalidad o espíritu que tiene la ley, no necesariamente va ser aplicada por todos los juzgadores de una manera idéntica. Hay	Sí en ese pleno se llevan a la luz, caso en donde los jueces se han visto como protagonistas también del problema, en hora buena porque allí salen las soluciones y los acuerdos entre los diversos jueces de todas las instancias. Pero que hagan como viene haciendo esta Sala de Familia que dote un tiempo de dos o tres hora para inmiscuirse en cada problemática familiar de cada caso y logre persuadir a la

más de la tenencia compartida y en que consiste como serían dividas en el tiempo, si el niño está bien con esa tenencia compartida porque estaría de un ambiente a otro, entonces se tendría que valorar todo eso		muchos jueces con los que yo he conversado, que opinan que es un despropósito este último párrafo el artículo 81 que faculta al juez a dictar una tenencia compartida. Hay muchos colegas que son de ese criterio que la tenencia compartida en este país dada la coyuntura de una pésima educación, desde el hogar en que se formaron estos padres, no puede prosperar. Yo soy de una opinión contraria, porque pienso que los padres, ambos tiene los mismos derechos, obligaciones y ambos se encuentran facultados, para ejercer plenamente su patria potestad. Y la tenencia, pero sé es una atributo de la patria potestad; por lo tanto, porqué no una tenencia compartida. Yo no me opongo a la tenencia compartida, por el contrario, me gustaría que se den más casos, el problema radica en que lamentablemente nos los dice la práctica durante el tiempo que estoy acá en Sala de Familia cerca de 3 años y medio, cuatro años, las parejas no tienen el mismo sentir, no	pareja que lo mejor para sus hijos es lo que ellos mismos decidan no lo que a los jueces nos parece porque cada uno puede tener en su trabajo diversas horas que puedan gozar de libertad y que mejor que ellos dispongan de su verdadero tiempo para también poder atender a ver sus hijos a tener un momento de ocio de un recreo con ellos pero todo depende de su disponibilidad de tiempo y de esa disponibilidad de tiempo los jueces desconocemos.

		tienen ese mismo espíritu de compartir una tenencia; por el contrario ya sea el demandante o demandado cada uno de ellos quiere ejercer su tenencia de forma unilateral, no quieren compartir tenencia; ya sea, porque las pautas y métodos de crianza del uno difieren del otro, o porque descalifican al otro padre sin siquiera intentar dar la oportunidad para que ambos asuman sus roles. Yo si digo soy hubiera una ley, ya tenemos la ley!!!, el último párrafo de artículo 81° que dice pudiendo disponer la tenencia compartida, de repente si se pudiera ampliar, cómo funciona la tenencia compartida, cómo es, qué requisitos, qué presupuestos, quiénes podrían estar sometidos a esa tenencia compartida o quienes podría ser factible de que se les conceda la tenencia compartida, ver doctrina internacional cómo funciona, ver casuística de cómo funciona en otros países a efectos de mejorar la normatividad porque lo	

		que tenemos es muy poco, entonces hacer un concepto una definición más amplia decir en qué casos pueden ser. De repente por allí podría prosperar pero estando a la idiosincrasia de nuestros justiciables lamentablemente es bastante difícil pero no imposible.	

Fuente: Elaboración propia

Nota:

En la tabla 3 se puede observar que los expertos 1, 2 y 3 coincidieron en señalar que no es necesario establecer pautas para una adecuada motivación y fundamentación de las sentencias judiciales en materia de tenencia compartida a través de un acuerdo plenario, debido a que la tenencia compartida no se usa debido a que los justiciables no fueron informados sobre los beneficios de aquella figura jurídica; otro motivo es por considerar que la deficiencia en la motivación es un tema procesal que da lugar al uso de un medio impugnatorio lo que tornaría inoficioso la propuesta formulada; y finalmente, se considera que el Tribunal Constitucional ya desarrolló los estándares para una debida motivación en el " Caso Llamoja"; por lo que, la propuesta sería innecesaria. Finalmente, el experto 4, señaló que estaría de acuerdo con la propuesta formulada por la investigadora en caso que los jueces sean protagonistas en las propuestas de soluciones que se brinden.

Tabla 6. **Respuestas a la pregunta No.1. (continuación).**

Frente a la problemática identificada, hemos formulado una propuesta de solución, la cual consiste en establecer pautas para una adecuada motivación y fundamentación de las sentencias judiciales en materia de tenencia compartida, las cuales serían reguladas mediante resolución u plenario o ley. ¿Considera que es una solución eficiente?			
Respuestas			
EXP-5	**EXP-6**	**EXP-7**	**EXP-8**
En realidad creo que, todo esfuerzo legislativo es saludable en aras de finalmente garantizar que los derechos de los niños sean satisfechos; sin embargo, como lo habíamos conversado, por la expresión del principio del interés superior de niño como norma de procedimiento, se entiende que los operadores jurídicos deben analizar y ponderar al momento de fallar todas las opciones que podrían ser válidas para	Por supuesto, yo creo que desde la jurisprudencia en materia de tenencia y sobre todo en materia de tenencia compartida no habido mucho desarrollo de interpretación jurisprudencial y por eso a pesar que nuestro Código data del año 1993 y la tenencia compartida la tenemos del año 2008, ya son 10 años son pocos los casos que se han dictado en ese contexto, entonces, sí es necesario que se dicten Pautas para la adecuada motivación. Ahora qué pautas, por ejemplo para mí, una de las pautas que es importante conocer el contexto socio familiar en la que se desarrolla el niño en principio, porque sobre él debe girar todo independientemente de conocer las pautas socio familiares del padre o de la madre, para estos tenemos evaluaciones psicológica	De plano no me parece que sea malo pero plantear que la tenencia compartida sea la regla no me parece, porque el problema es que cuando se da una separación no es que ambos progenitores estén en la condición o disponibilidad de tener al niño o la niña, si establecemos eso, no me parece , considero que la tenencia compartida debe ser una alternativa y que si bien debemos ir promoviendo que sea más usual en las sentencia pero no tanto así que sea la regla porque allí debe verse la	… Las pautas de una adecuada motivación ya existen, sobre motivación y debido proceso se han escrito demasiado. En materia de familia falta jurisprudencia, si a eso le llamamos pautas, una jurisprudencia sea orientadora sí sería necesario. Porque no se trata de un tecnicismo de decir cómo se debe resolver, porque quizá a ese caso no le calce esa solución. Sí es bueno que se desarrolle la jurisprudencia porque lo hace sobre la base de principios, entonces ir afirmándose sobre los derechos del niño donde aquél sea el primer lugar y no una mentalidad

favorecer los intereses del niño, entre ellos la tenencia compartida, la observación general 14 , es clara al respecto y de obligatorio cumplimiento para los Estados como el Perú ha suscrito y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, debemos recordar que cuando el Comité de los Derechos del niño expide una observación general lo que pretende es que los Estados vinculados a la convención sobre los derechos del niño, tengan una actuación homogénea al momento de interpretar y aplicar un derecho	pero también evaluaciones sociales , si bien las evaluaciones psicológicas están protocolizadas, vemos en la práctica que las evaluaciones sociales son muy chatas tienen información insuficiente y es poco confiable, porque mucha información que se vierte en un informe social proviene de la parte interesada y no existe una traslación del operador de justicia(trabajador social) al domicilio del padre o madre que tiene que visitar, lo que redacta en el informe , en virtud del principio de buena fe, diríamos que lo que se señala es lo real, pero como contrastar esa información no tenemos un imagen grabadas en video sino tenemos fotografías impresas acompañadas en el informe, pues si el informe dice A la realidad es B eso el juez no lo puede contrastar porque sólo se basa en lo que existe en el informe. De otro lado, el informe social debe estar estructurada de tal forma que se pueda conocer la dinámica, persona, educativa, social y familiar, del niño, para saber cuáles son los horarios de clases, en qué Colegio esta, que sistema educativo tiene,	disponibilidad de los padres y los hemos acostumbrado siempre debe quedar con uno de ellos, bueno todavía un poco soy conservadora, pero lo que sí me parece es ir fomentado la tenencia compartida. Quizá sea que nos falta más capacitación cuando salió la tenencia compartida, me acuerdo que hablé con una vocal que decían que no podía ser físicamente sino como una especie de decisiones ¿en qué colegio estudia? Entonces yo debía que opinar, pero no necesariamente como lo entendemos ahora con la mamá un tiempo y con el papá un tiempo, pero inicialmente cuando salió no era así, nos costó un poco entender	paternalista donde el niño siempre es un anexo de los papas como una manera de vengarte entonces que no vea al niño lo que no tiene nada que ver. Lo que yo pienso que sí sería una solución sea menos formal, prioritariamente oral, donde la cosa juzgada sea un poco flexible en el sentido que la ejecución de sentencia te permita ir tomando decisiones adecuadas a los cambios que se dan en la vida del niño. Quizá más el estilo de vida de la justicia americana. Donde las decisiones las tome al juez, pero escuchando a las partes y al niño y no tanto guiándose por un documento. Muchas veces en un proceso el simple hecho que no te admitan tu contestación porque presentaste una copia simple y no certificada te quita toda posibilidad de contradecir una

esencial del niño. Si esas pautas finalmente no van a ser satisfechas entonces tranquilamente podríamos decir que el Estado si bien es cierto está vinculado a la Convención sobre los Derechos del Niño en la práctica no garantiza la plena realización de los derechos de la infancia.	si es tradicional o alternativo. Si está en un Centro de Formación No escolarizada, qué horarios tiene a nivel curricular para actividades extracurriculares. Qué nivel de vinculación y horarios tiene para estar con los amigos de barrio, si los frecuenta o no. Qué actitudes personales tiene el niño para que en su propio espacio pueda desarrollarlas, hay niños que le gusta ser creativos a nivel de diseño gráfico o tocar algún instrumento, porque tiene que tener un espacio para sí no todo puede ser un proceso educativo diario desde las 8:00 a.m. hasta la hora que se acuesta, estos detalles que son importantes conocer que varían de niño a niño y de edad y edad no se advierte de los informes sociales, los cuales deben ser reestructurados con esos componentes mínimos que le permitan al Juez tener la máxima información para orientar su decisión a una tenencia monoparental o compartida debidamente justificada. Por otro lado, un indicador que es importante que se valore en su real dimensión es la opinión del niño, y la opinión de niño no es citarlo a una audiencia en	que era físicamente ambiente papá y mamá, yo sé me quedaría todavía con una tenencia monoparental pero si fomentando y promoviendo que en más ocasiones se establezca una tenencia compartida y no sólo en aquellas situaciones en que los papás estén en armonía en la separación, sino como una forma de imponer a través de los Órganos Jurisdiccionales imponer esta como una obligación a los padres porque yo pienso que es lo mejor para los niños dado que el contacto tanto con el papá y mamá es importante	demanda. Te limita tu defensa a un 20%.

	un ambiente tan hostil como un juzgado para efecto de preguntarle si es que quiere vivir con su papá o mamá sino para el efecto inclusive con su opinión y con su información ya el Comité de los Derechos del Niño ha desarrollado pautas mínimas que los operadores de justicia deben observar como que la declaración de niño debe ser en su propio espacio amigable y no hay mayor espacio amigable para un niño que su propio casa, debería haber un servicio por así decirlo a domicilio, para que el niño no sienta los efectos negativos de proceso siendo traslado de su hogar a la sede judicial para hacer preguntar que muchas veces resultan siendo impertinentes en la dinámica de un niño que no quiere separarse ni de padre ni de la madre o preguntas que finalmente pueden ser más traumáticas que el propio drama que vive con sus padres, la declaración debe tomarse en el lugar habitual donde el niño vive su día a día, debe preguntarse en los términos apropiados a su edad, debe recogerse su respuesta en los términos que el niño la plantea y debe		

	valorarse y ponderarse la declaración de niño en el momento en que se dicte la sentencia correspondiente y todo guarda relación con las fundamentaciones con el Derecho a la opinión que fue desarrollada con la Recomendación No. 12. No sé si sea necesario en todos los casos una evaluación psiquiátrica en todos los padres en el entendido que son evaluados psicológicamente, pero el sistema debe contar con este tipo de profesionales para el supuesto que los informes psicológicos se recomienden una evaluación psiquiátrica el gran problema que tenemos en el Perú medicina legal cuenta con un número muy insuficiente de psiquiatras para hacer este tipo de evaluaciones el poder judicial no los tiene por lo tanto si se recomiende una evaluación de este tipo el proceso se dilata hasta obtener una decisión final.		

Fuente: Elaboración propia

Nota:

En la tabla 4 se puede observar que los entrevistados identificados como EXP-6 y EXP -8 discrepan con los EXP-5, EXP-7, pues los primeros consideran que establecer pautas para una adecuada motivación y fundamentación de las sentencias judiciales en materia de tenencia

compartida, a través de un acuerdo plenario es necesario, dado al escaso desarrollo jurisprudencial en derecho de familia, pues los criterios orientadores que se establezcan permitirá afianzar y reformar el derecho de los niños, niñas o adolescentes . Mientras los otros expertos entrevistados refieren que el Principio del Interés Superior del niño y la Observación General No.14 del Comité sobre los derechos del niño establecen una exigencia de motivación donde se evalúen todos los elementos que rodea al niño lo que haría inoficiosa la propuesta.

Tabla 7. **Respuestas a la pregunta No.2.**

De la revisión de la jurisprudencia nacional en materia de familia respecto a la tenencia compartida, hemos advertido que la mayoría no son cumplidas debido a diversos factores: internos (imprecisión en la parte resolutiva, fundamentación deficiente) como externos (falta de voluntad de los justiciables). Respecto a los factores internos, ¿ello derivaría en una deficiente motivación? ¿Se estaría vulnerando el derecho a la debida motivación, así como a la tutela judicial efectiva?			
Respuestas			
EXP-1	**EXP-2**	**EXP-3**	**EXP-4**
En los juzgados de familia yo sé por ejemplo que somos renuentes, la verdad, a fijar una tenencia compartida sin que haya una conversación previa con los padres, porque de eso se trata la tenencia compartida. Ahora en realidad, yo no podría decirte a que se debe la inejecución porque hasta el momento yo no he resuelto ninguna tenencia compartida ni he visto en la	Sí se vulnera eso las partes deben apelar, si el juez da una sentencia incompleta, y las partes consienten no hay vulneración. Si la parte consienten, es un principio de la teoría de nulidad de acto procesal, sino reclama no habría agravio, Es una pregunta muy genérica no podría responder. En todo caso en ejecución podría pedir las partes ciertos actos del juez para poder ejecutar las decisiones que también no se restringen.	En primer lugar todos los jueces estamos obligados por que la Constitución Política del Perú así lo establece en el artículo 139 , a motivar las resoluciones judiciales, la cual es parte del debido proceso, la motivación de la resolución judicial permite que los justiciables conozca las razones por las cuales se ampara o se rechaza una pretensión determinada. Es obligación y ya lo ha dicho en sendas resoluciones, el Tribunal Constitucional, de que de ven ser todas las	Mientras un proceso de tenencia sea bien llevado, porque este es un área sensible, el juez no puede ser convidado de piedra, ni puede estar al margen del verdadero principio que mueve en estos casos de familia el " principio de inmediación", es necesario que los jueces tengan contacto con los directos participes, escuchar al menor es importantísimo, también tener las referencias, las declaraciones de los padres es importantísimo porque nos hace advertir con quién estamos tratando no sólo basarnos en el

sala que no se ejecute la tenencia compartida, no te podría decir.		resoluciones judiciales debidamente motivadas que no sea aparente, incompleta, la resolución debe explicar punto por punto, no necesitamos que abarque todos los puntos de la sentencia, porque el Tribunal Constitucional ha dicho en base a los fundamentos que va amparar las pretensiones pero no se requiere de una exhaustiva motivación, pero sí es importante saber cuáles son las razones y criterios del juez, cómo ha valorado de forma conjunta los medios probatorios para efectos de dar credibilidad o amparo a una de las partes procesales. Por lo tanto, si no motivamos correctamente estamos recortando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la defensa del justiciable	expediente frio en los papeles donde muchas veces obran informes psicológicos que nosotros son coadyuvantes son peritos en la materia pero eso no suple que nosotros tengan el conocimiento certero inmediato de los protagonistas de los proceso, pero mientras hablemos con el menor y con los padres nos daremos cuenta la cabalidad de la naturaleza del problema y de quien estaría más acreditado para tener la tenencia del menor ahora si nosotros advertimos en esa interacción de los padres y el menor y que sí derrepente llegando a dialogar se puedan ellos ceder a hacer concesiones reciprocas en hora buena pero independientemente de la motivación de las resoluciones judiciales en estos casos la mejor motivación es que se plasme el verdadero sentir de los directos protagonistas en el proceso y para

		derechos fundamentales debidamente garantizados por la Constitución Política; y en todo caso, el justiciable que considera que una decisión jurisdiccional no ha sido debidamente motivada se encuentra plenamente facultado para apelarla - por el derecho la pluralidad de instancias- y de esa forma poder llegar incluso a la Corte Suprema si ha habido una indebida aplicación de la norma sustantiva o no ha habido una debida motivación.	ello la opinión del menor si es que ya tiene una edad madura es importantísima.

Nota

En la tabla 5 se puede observar que el Exp. 1, indica que los jueces son renuentes a otorgar una tenencia compartida, sobre la ejecutabilidad de la misma indica que no podría opinar en tanto no ha conocido casos sobre tenencia compartida.

Los Exp. 2 y 3 coinciden en señalar que se encuentran obligados a efectuar una debida motivación de las resoluciones judiciales por exigencia de la Constitución Política del Perú; y además, por sendas sentencias del Tribunal Constitucional; en caso no fuera así, los justiciables deben hacer uso los medios impugnatorios pertinentes.

El Exp. 4. Señala que para que se efectué una adecuada motivación de las resoluciones judiciales, se debe garantizar a los justiciables el “principio de inmediación”, a través del cual se podrá plasmar el verdadero sentir de los justiciables.

Tabla 8. **Respuestas a la pregunta No. 2. (Continuación)**

De la revisión de la jurisprudencia nacional en materia de familia respecto a la tenencia compartida, hemos advertido que la mayoría no son cumplidas debido a diversos factores: internos (imprecisión en la parte resolutiva, fundamentación deficiente) como externos (falta de voluntad de los justiciables). Respecto a los factores internos, ¿ello derivaría en una deficiente motivación? ¿Se estaría vulnerando el derecho a la debida motivación, así como a la tutela judicial efectiva?			
Respuestas			
EXP-5	**EXP-6**	**EXP-7**	**EXP-8**
En realidad en el caso que el operador jurídico opte por la tenencia compartida debe ser extremadamente cauteloso, para evitar cualquier tipo de diferencias, pretextos, para que alguna de las partes simplemente se valga de esta omisión para no dar cumplimiento a una decisión judicial. De la misma forma que cuando, se fija un régimen de visitas amplio en la que se precisa todas las fechas, que puedan lar lugar que el niño este con papá o mamá, e incluso se	Definitivamente, si los factores internos se refieren en la imprecisión en la parte resolutiva, fundamentación deficiente – no uso apercibimientos, se está vulnerado el derecho a la debida motivación si se aprecia en la fundamentación de la sentencia esta deficiencia técnica. Los apercibimiento de ley en materia de familia debe ser utilizada de forma ponderada porque el conflicto jurídico que se va resolver a través de la sentencia en mi modesta opinión no debería tornar más compleja la relación jurídica familiar. Es decir, a mayor número de apercibimiento que se dicten en un proceso la relación familiar se va	Yo creo que eso de los factores internos que señalas definitivamente en las resoluciones debemos justificar porque es necesario dar una tenencia compartida pero sí a veces se puede presentar alguna falta de motivación y justificación, yo creo que sí es importante, pero más importante para mí sería la actitudes de los padres la sensibilización de los padres frente al interés del niño, porque interesa el bienestar del hijo, deben desprenderse de	Sí claro, si hablamos de los factores internos que está representado por las deficiencias de la sentencia, una decisión poco clara que no cumple con todo los espacios de la vida real del niño. Pienso que allí hay dos miradas: una que posiblemente: Hay decisiones que en apariencia resuelven el problema pero no lo están resolviendo porque no están atendiendo a las vivencia de ese niño o esa familia por ejemplo el papá que vive en un distrito alejado y no se está

fijan horarios, de la misma forma, el Juez debe ser muy cauteloso en la precisión de la forma en que se va realizar la tenencia compartida, lo que tiene que hacer el juez un análisis y una expresión sumamente seria, en relación a todas los aspectos que, las partes necesariamente deben cumplir para no verse enfrentados a mediano o largo plazo, obviamente de no hacerlo de haber omisiones que, de alguna manera vulneren el derecho de alguna de las partes, tranquilamente esa decisión judicial podría ser cuestionada porque llegaríamos a la conclusión de que afecta el deber de motivación de las resoluciones judiciales.	volver más tensa y más difícil de resolver. Por eso mi idea de un proceso de familia en materia de tenencia, régimen de visitas, suspensión de patria potestad no es un modelo como el que está previsto en el Código de los Niños y Adolescentes ; es decir, un proceso sumario que está divido en partes como la demanda, contestación la audiencia el dictamen y la sentencia porque son características propias de un proceso de orden patrimonial pero no es totalmente a fin a una relación familiar en conflicto, más aún a un conflicto jurídico, porque debemos tornar hacia un modelo acusatorio civil; es decir, un proceso en el que frente a una demanda se traslade la demanda a la otra parte, y antes que la parte conteste ya debería darse las evaluaciones psicosociales técnicamente elaboradas y en la audiencia correspondiente debería darse la contestación de la demanda, pero previamente a ello, debe haber un momento en que las partes lejos de tener una interacción con el juez la tengan con una	sus interés de pareja y particulares para asumir el interés de padre que es la de su hijo.	considerando al momento de resolver el traslado que le va conllevar ir de un lugar a otro o a un niño pequeño que se le ponga un horario impracticable. Pero en cuanto al fondo mismo, si pues puede deberse a un deficiente análisis del problema o una deficiente motivación o inconsistencia en la decisión, porque los parámetros que tengo no me llevan a la decisión que estoy adoptando. Pero también puede mirarse de otro lado, de que muchas veces los jueces no son suficientemente creativos al momento de la ejecución, pues debe comprometerse el juez con la ejecución del sentencia, no hay justicia sino hay ejecución de la sentencia, sino se

	persona especialista en conflictos familiares un psicoterapeuta una persona orientada en resolución de conflictos para que posibilite un mejor dialogo entre las partes (padre y madre) y condicionen un nivel de dialogo alturado para el efecto de llegar a la audiencia, allí se contestaría la demanda de forma oral, la actuación de los medios de prueba, y antes de ello, el juez de promover una conciliación mucho más técnica, proponiendo alternativas en base a la información que el psicólogo que atendió a las partes le puede proporcionar, estamos hablando de relaciones familiares en las cuales existen conflictos personales e interpersonales las que van afectar directamente a los hijos, por eso creo, que el juez técnicamente orientado por un psicólogo(psicoterapeuta, sobretodo en técnicas de solución de conflictos) proponer salidas muchas más proactivas que las que se están planteando a la demanda y contestación, y así evitar resoluciones judiciales tardías, porque en nadie ayuda al interés superior del niño que		quiere comprometer va tomar cualquier limite que le ponga la resolución y va decir que resulta inejecutable por ese motivo. Pero si se quiere comprometer tiene que asumir que la vida del niño es una vida dinámica derrepente se decidió hace cinco años una cosa en determinadas condiciones el niño estaba en el jardín y entonces salía a una hora y a esa hora se cumplía, pero cinco años después le dicen a esa hora el niño no está en el jardín sino sigue en el Colegio en clases, entonces como juez debes tener la capacidad de adaptarte y adaptar la decisión y extraer el sentido mismo de la decisión para hacerlo ejecutable no quedarse en la formalidad de la palabras.

	tengamos una respuesta jurídica a través de una sentencia después de 4 o 5 años de proceso, en nada. Al contrario agudiza y tensiona más la relación paterno y materno filial. Por lo tanto, cuando hablamos de los factores externos como la falta de voluntad de los justiciables, precisamente la falta de voluntad posibilita la utilización de apercibimientos. A que en un determinado momento se concilie respecto a la tenencia compartida. O que una tenencia compartida dictada por un juez tenga un nivel de ejecutabilidad que sea conveniente al interés de un niño.		

Nota:

En la tabla 6 se puede observar que el Exp. 5, indica que los jueces cuando emitan una sentencia concediendo la tenencia compartida deben ser realmente minuciosos, recogiendo todos los aspectos que las partes deben cumplir para que no aleguen esa omisión como justificación a su incumplimiento.

Los Exp. 6, 7 y 8 manifiestan que efectivamente los factores internos ocasionarían una vulneración al derecho a la motivación de resoluciones judiciales

La Exp. 6, opina que la falta de voluntad de los justiciables, posibilita la utilización de apercibimientos; pero que, considera que debe ser usado con ponderación, a pues sí es continuo perjudicaría la relación familiar y haría más difícil resolver el conflicto familiar.

La exp. 7, manifiesta en relación a la falta de voluntad de los padres de cumplir con la sentencia, que lo importante es que ellos se sensibilicen frente al interés y bienestar del niño, deben desprenderse de sus interés de pareja y particulares para asumir el interés de padre que es la de su hijo.

El Exp. 8, manifiesta en relación a la falta de voluntad de los padres de cumplir con la sentencia, señala que los jueces no son creativos ni se comprometen con la ejecución de su decisión, no consideran que la vida del niño es dinámica y requiere una constante capacidad de adaptación y extraer el sentido mismo de la decisión para hacerlo ejecutable no quedarse en la formalidad de la palabra.

Tabla 9. **Respuestas a la pregunta 3.**

Un amplio sector de la doctrina nacional y comparada sostiene que la tenencia compartida es una figura jurídica que satisface en mejor modo el "principio del interés superior del niño", ¿Cuál es su opinión al respecto y cómo comprende la figura jurídica de la 'tenencia compartida'?.			
Respuestas			
EXP-1	**EXP-2**	**EXP-3**	**EXP-4**
Lo que pasa es que yo tengo la idea que la tenencia compartida debe ser establecida en un proceso donde las partes tengan una relación cordial, que puedan llegar acuerdos entre los dos, sobre los estudios, lugar donde se va atender la salud, la recreación, porque si se realiza o se fija una tenencia compartida en una pareja conflictiva los resultados de esa conciliación -porque podría ser una conciliación o una sentencia en el juzgado- no van a ser favorables, siempre va haber una discusión respecto al tiempo de que cada parte va pasar con el niño. Ahora hay una cosa que allí me pones en tu investigación…Para	Mi opinión es que en teoría tiene razón esta explicación, pero habría que concretizar en cada caso concreto. Si se va establecer que la tenencia compartida es lo mejor al interés superior de niño en un caso concreto se debe establecer con datos y medios probatorios objetivos que es lo más favorable para el niño, dado que, la pregunta es abstracta, tendría que tener una respuesta en	Buenas tardes, en cuando a lo que haz dichos de repente en una falta de conocimiento por parte del Juez para efectos de proponer una tenencia compartida yo no comparto ese criterio. En primer lugar, para mi cuál es el mayor problema. Porque la Tenencia compartida es una figura jurídica que sería bastante notable su aplicación porque permite que ambos partes puedan asumir no sólo su rol sino su derecho que la patria potestad le confiere en relación al cuidado y atención de sus hijos menores de 18 años de una manera equitativa, más justa; es decir, ambos asuman los compromisos y	Vera usted el tema de la tenencia competida está en construcción, en mi opinión personal como Juez Superior de Familia, debe verse desde el campo práctico, la tenencia compartida podría tener éxito si es que la pareja se pone de acuerdo, si se fomenta un dialogo constante en la pareja y si ambos tiene el mismo norte y preocupación por querer tener lo mejor para su hijo; que mejor que conversen se ponga de acuerdo en materias sensibles como son alimentación, educación, vivienda y efectivamente que aspiran en darle un integral desarrollo para su hijo. Si no se fomenta un dialogo alturado entre la pareja es muy improbable que la

que haya una tenencia compartida las partes deben llegar a acuerdos.	cada caso en concreto. No podría resolver en abstracto.	responsabilidad en relación a todas las tareas que puedan tener los niños de forma común ya sea en educación, vestido, recreación; etc. Que concierne a los niños y adolescentes. Sin embargo; en nuestro País, allí es donde radica el mayor problema, no estamos acostumbrados a la cultura de la paz social, no estamos acostumbrados a la cultura del consenso; por el contrario, estamos acostumbrados a la cultura del litigio tal es así que en las universidades (no sé ahora, pero en mi época) no nos enseñaban la forma cómo conciliar, ni nos daban la posibilidad de que habían métodos alternativos de solución de conflictos (conciliación, mediación y arbitraje, etc.), porque todo era el litigio; sino estabas acuerdo con algo: pleitea. En primer lugar, tenemos	tenencia compartida tenga éxito. Yo si soy consciente de promover en todo momento del proceso, inclusive en segunda instancia la conciliación, acá en esta Segunda Sala hemos fomentando varias veces en el tema de tenencia y régimen de visitas que las partes llegan a un acuerdo porque es muy difícil para nosotros llegar a interiorizarnos con la problemática de la pareja y del día a día de los hijos que quién mejor que los padres que conocen los reales requerimientos y necesidades de atenciones para cubrir sus necesidades primarias. Si nos atenemos a los expedientes eso resulta muchas veces papeles que no reflejan lo sensible que es el día a día que acontece día en un hogar de familia. Nosotros tratamos que la pareja por más distanciado que este que se da en temas que puedan ser trascendentales para el desarrollo integral del

		factores en que van incidir en que las personas no puedan ponerse de acuerdo para una tenencia compartida. Esos factores son: en primer lugar, el "machismo", que existe; o en todo caso, discriminación de género; porque no sólo atenta a la mujer sino también el varón; por el hecho de ser madre la mayoría de mujeres consideran que tienen en exclusiva el derecho de ejercer la tenencia y custodia de sus menores hijos cuando el párrafo final del artículo 81 del Código de los Niños, también posibilita a que también los padres pueden asumir la tenencia de forma compartida con la madre. Entonces tenemos la discriminación de género ya sea masculino o femenina, tenemos la costumbre de litigar, queremos resolverlo todo por medio de litigio, también tenemos la	menor. Independientemente que los abogados puedan tener en su norte que, la causa siga su trámite, porque en muchos casos a los abogados les conviene que las causas no terminen porque de allí en parte está el cobro de sus honorarios y no se ponen a pensar que el niño es sujeto de derecho y que su opinión merece tenerse en cuenta en todo momento y a veces ese menor se encuentra entre la espada y la pared porqué él quiere y desea que sus padres estén juntos. Y a su vez le parece difícil tomar partido por alguno de ellos que piensa que si toman partido por la mamá el papá se va enojar o viceversa. Entonces para que nosotros estemos comprometido para que el bienestar del niño prepondere debemos hacer un trabajo exhaustivo de que no haya un deterioro emocional que su estado psicológico este incólume y para que

		educación personal que cuando tiene un resquebrajamiento del matrimonio, convivencia o cualquier relación sentimental o extramatrimonial consideran que los hijos son un trofeo para lograr los fines que quieran las partes, entonces tenemos que no estamos preparados, el peruano no está preparado para dar y a su vez recibir y menos todavía para hacerse concesiones reciprocas; y una tenencia compartida, genera consenso genera que el padre y la madre se lleven bien, que ambos asuman su rol con responsabilidad y no que asuman el rol pensando que uno tiene más derechos sobre el otro, o que uno debe tener al hijo por una cuestión de enero más que el otro. Entonces mientras nuestra mente, nuestra idiosincrasia no cambie, mientras que nuestra	eso tenga un tránsito positivo es que los padres por más que su relación no llegue a buen norte pero siempre, por ese hijo que tienen en común deben preocuparse ambos, independiente que hayan formado una nueva familia o no pero al menos que haya un trato alturado y que haya sentir a ese niño a ese sujeto de derecho que se preocupan por él; y el dialogo alturado y constante, la comunicación entre los padres que hagan denotar que los padres se preocupan por él es más que suficiente para que este sujeto de derecho en crecimiento se sienta querido y puedan decir tengo el respaldo de mis padres que me quieren aunque no puedan ellos vivir juntos. El éxito de una tenencia compartida será así siempre que exista un dialogo muy fluido entre los padres y que ellos mismos pongan estrategia que mejor les convenga, para que el régimen de tenencia surta éxito.

		educación no permite darnos cuenta que tanto hombre como mujer podemos asumir con responsabilidad la educación y la crianza de los hijos no va prosperar la figura de la tenencia compartida. Pues sé dice que los jueces no lo proponen, yo no sé si a nivel de primera instancia cuando hay un proceso de tenencia los jueces de Lima, propongan la conciliación como un método alternativo de solución de conflicto, y, de allí a que propagan la tenencia compartida. En Sala tratamos de proponer la tenencia compartida pero siempre y cuando veamos que haya receptividad por parte del justiciable y que ambos tenga una relación bastante ponderada y equilibrada, pues lamentablemente al haber una ruptura de pareja terminan con rencor, odio, menosprecio el uno hacia el otro,	Acordémonos que si el menor ya tiene una edad en la que pueda manifestar su opinión esa opinión también debe tenerse en cuenta independientemente los que podamos pensar los Magistrados o abogados, mientras las decisiones más importantes sobre el destino del menor sean tomado en común acuerdo con sus padres eso sería lo que mejor beneficiaria a este sujeto de derecho, los hijos que están en constante formación.

		desconfianza lo que ocasiona en que no pueden desconfiar en que ambos padres estén capacitados para ejercer la tenencia compartida; y en la práctica yo he visto pocos casos en la Sala pero por ejemplo alguno en que sí hemos dado la tenencia compartida a nivel de Sala porque de repente había una conveniencia no solamente al interés superior de niño, sino también, que se había escuchado su opinión como lo dice la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también porque la pareja estaba dispuesta porque ambos tenían una educación similar, lineamientos de crianza semejanza semejantes lo que llevaba a que el niño iba tener tanto en el domicilio paterno y materno iban a tener las mismas reglas a seguir para el cumplimiento de sus deberes como niños; el problema surge	

		cuando en la casa de uno de los padres les dan uno lineamientos de una manera determinada y el casa de la madre otros totalmente contrapuestos eso en vez de beneficiar al niño lo perjudica y por tanto no próspera en esos casos una tenencia compartida.	

Fuente: Elaboración propia

Nota.

En la tabla 7 se puede observar que los entrevistados signados como Exp -1, Exp.-3 y Exp.4 coincidieron que efectivamente un amplio sector de la doctrina nacional y comparada sostiene que la tenencia compartida es una figura jurídica que satisface en mejor modo el “principio del interés superior del niño”; sin embargo, consideran el éxito y ejecución de la tenencia compartida se encuentra supeditado a la existencia de una relación cordial entre los progenitores para que ellos puedan arribar a acuerdos, estableciendo ambos pautas de crianza y educación similar. Por su parte el exp.2 indicó que en “teoría” efectivamente la tenencia compartida satisfaría mejor el interés superior del niño, pero eso debe ser corroborado en cada caso en concreto con los medios probatorios pertinentes.

Tabla 10. **Respuestas a la pregunta No. 3. (Continuación)**

Un amplio sector de la doctrina nacional y comparada sostiene que la tenencia compartida es una figura jurídica que satisface en mejor modo el "principio del interés superior del niño", ¿Cuál es su opinión al respecto y cómo comprende la figura jurídica de la 'tenencia compartida'?.			
Respuestas			
EXP-5	**EXP-6**	**EXP-7**	**EXP-8**
En un momento de la conversación previa, creo que ya nos referíamos a lo que viene ocurriendo en la realidad, la figura jurídica existe, está incorporado como una prerrogativa del juez de familia, pero no se usa, entonces la pregunta que deberíamos formularnos es: ¿La tenencia compartida resulta eficaz para la resolución de una controversia, en la cual el derecho de un niño a vivir con el papá o mamá debe ser esclarecido? La segunda pregunta que tendríamos que hacernos es: ¿Por qué los jueces no utilizan esta figura jurídica, por qué no hacen uso de esa prerrogativa	Dar una definición al concepto de la tenencia compartida es practicar una remembranza de cómo se originó el término. porque es un concepto que no es de origen latino sino que viene de Europa Occidental especialmente de los países de primer mundo hasta donde yo conozco estamos hablando de Finlandia, suiza, Suecia y Noruega aquellos países en que las condiciones económicos de las personas son óptimos y posibilitan que cuando la pareja se separan sean casados o convivientes, puedan dinamizar mejor su relación parental con sus menores hijos de tal modo que los hijos no cambien su centro de vida, permanezcan en	En mi opinión la tenencia compartida es una institución que mejor garantiza el derecho de los niños, cuando sus padres poder mantener contacto con ambos. Pero como dices en la práctica no se está reflejando o no se está aplicando en la magnitud que debería ser; porque los jueces están pensando que solo se debe aplicar cuando no exista conflicto entre los padres lo que es difícil, entonces más que ser condescendientes con lo que es el	Yo pienso que no hay fórmulas tasadas para resolver la situación de los niños, cada niño tiene su respuesta a su problema, para cada niño se debe diseñar un régimen de tenencia y de visitas en atención a lo que el niño vive, a la relación que tiene con el papá o mamá, y si bien es cierto que hay trasfondo de un pensamiento muy tradicionalista al considerar que la mamá siempre es la más apta para atender y cuidar al niño y el papá es visto como un proveedor y es verdad que eso debe cambiar. Tampoco es que cambiando la sentencias vas a cambiar a los padres, no sólo es que los magistrados tiene la idea de que la mamá es la mejor cuidadora y el papá no, sino que eso se refleja en nuestra sociedad el padre se dedica a ser el proveedor económico, el exigente, demandante y corrige y la madre es la que está más cerca del niño , le provee más afecto, digamos como un patrón no

legislativa?, entonces, en realidad con cargo a hacer un mayor análisis, una primera respuesta es la que señaláramos en algún momento. En el sentido de que, los padres llevan al proceso judicial, diferentes problemas personales, en las cuales inmiscuyen, consciente o inconsciente a sus hijos, y a partir de los cuales a los mejor sin darse cuenta, no transmiten al operador jurídico, la posibilidad de poder, si quiera e pensar en una tenencia compartida, porque a lo mejor se ve son dos personas, enfrentadas, casi rivales, que en ese momento lo que pretenden es hacer prevalecer su derecho, cuando lo correcto debería ser dejar de lado sus derechos; y hacer prevalecer el derecho de su hijo, si la mirada fuera en	el lugar donde es su habitual residencia y sean los padres los que temporalmente habiten con ellos en el lugar donde los niños normalmente hacen su vida diaria. La tenencia compartida implica que los padres separados puedan relacionarse con sus hijos sin alterar el centro de vida de sus hijos, sin que conflictos de carácter personal o interpersonal que haya tenido los padres que provocó su separación afecten de manera directa el centro de vida de sus hijos. Esa es la idea de la tenencia compartida es así como se entendió, conceptualizó y definió en Europa Occidental. También es utilizada por la jurisprudencia americana. El problema es que no se está utilizando la tenencia compartida como originariamente se definió o en la práctica y el uso diario tenemos muchas limitaciones para su aplicación e interpretación.	principio del interés superior de niño estamos siendo condescendientes con que los padres no están asumiendo su responsabilidad de padres, en mi Sala dicen hay armonía en los padres entonces vamos a fijar una tenencia compartida y si no. Yo no estoy de acuerdo con ello. Yo pienso que se debe priorizar el interés superior del niño y hacer que los padres asuman su rol, quiere decir están separado, está bien, nadie les dice que regresen, pero eso sí asuman como padre su responsabilidad, lo que significa que deben establecer una relación armoniosa para fortalecer el derecho de niño	quiere decir que todos los casos así porque hay excelentes papás y también hay mamás que pueden ser rígidas, estrictas o descuidadas. Pero cómo se relaciona el hecho que haya pocas sentencias que conceden la tenencia compartida con la falta de conciencia del principio del interés superior de niño. Yo pienso que el interés superior del niño es un principio complejo involucra la satisfacción conjunta y simultanea de todos los derechos no solo el derecho de la tenencia compartida por eso considero que por allí no va la cosa. A qué se debe que haya pocas sentencias de tenencia compartida, se debe en primer lugar es que existe un paradigma equivocado que la mamá es la más apta para cuidar el niño mientras es pequeño o que los niños deben estar con la mamá porque el papá es quien se va de la casa,, busca otra pareja, mientras que la mamá es más consistente en su rol de quedarse con sus hijos es más probable que el padre tenga otras parejas a que la madre los tengas, en la práctica las cosas ya no así porque ahora la mujer busca la manera

ese sentido, de pronto el juez podría utilizar esta figura jurídica como la mejor herramienta, como bien decías, para garantizar el derecho del niño de poder gozar de la compañía y de las pautas de crianza de ambos padres. Ahora bien, para determinar la eficacia de figura jurídica previamente deberíamos hacer una análisis, una muestra de un universo en relación al 100% de casos de tenencia y custodia resueltos en un distrito judicial "x" cuántos ha concluido en una tenencia compartida y así verificar, si en efecto, la tenencia compartida, ha sido cumplida, o en todo caso, como se está postulando qué pautas debería tener en cuenta -para que realmente esas decisiones judiciales podría ser ejecutadas tarde o temprano. A mí me	La pregunta puntual de esta primera parte de la entrevista está relacionada a mi opinión respecto a cómo comprendo la tenencia compartida. Yo la comprendo desde la definición que he brindado porque es así como se definió en Europa Occidental y es así como se aplica en Estados Unidos e Inglaterra. El problema radica en cómo se está aplicando en el Perú. Considero que aquí sí hay un déficit de entendimiento de la figura, porque el tema de la tenencia compartida parte de las necesidades que tienen los padres y de la aptitud que tengan para que ambos tengan a sus hijos en determinados tiempos alterando su centro de vida, es decir los niños se mudan al domicilio del padre o madre, particularmente esa no es la forma como fue definida inicialmente por eso también consideró que las condiciones de múltiple orden en ellas de origen	de crecer en ambiente de familia con el contacto de papá y mamá.	de ser independiente , su trabajo, independencia económica y también darse el derecho de si ha tenido un fracaso amoroso buscar otra oportunidad. Yo creo que todo parte básicamente, primero del paradigma equivocado eso haría que la gran parte de sentencia no fije la tenencia compartida sino un régimen prioritariamente concedido a la mamá de tenencia. Siguiendo con la pregunta 1, consideramos que otro motivo por la cual no se atribuye a tenencia compartida es porque no se adaptan a la situación de los niños, los psicólogos recomiendan que los niños deben tener un lugar como centro de vida que es su casa y no dos cosas e ir corriendo con su mochila un día aquí un día allá. Alguna vez tuvimos un caso de un señor que era ingeniero y pedía que el tiempo de su hijo se divida matemáticamente 8 hora para él y 8 horas para su mamá y así, definitivamente eso no puede ser parámetros para decidir. Ahora sí hay casos que se justifica, una vez conocía el caso de una mamá era aeromoza y se ausentaba temporadas del País una semana o 10 días y el padre vivía en el mismo edificio y el

parece que es una figura jurídica vigente pero que no necesariamente eficaz, y la eficacia tiene que ver con el comportamiento que tiene los padres cuando llegan a instancias judiciales.	económico lejos de hacer eficiente la aplicación de esta figura sustantivas la está haciendo deficiente y perjudicando a los hijos de una familia separada pero lógicamente su aplicación puede optimizarse y para eso está una adecuada interpretación de la norma en el contexto de la relación familiar.		padre decía: porque yo no puedo tener a mis hijos el tiempo que no está la mamá. Pero allí viene el tema del interés superior de niño porque había otro derecho no satisfecho ya que la mamá decía si el señor no pasa los alimentos porque quiere tener a los niños, allí se tiene que ponderar que es lo mejor para el niño pues puede ser que sea mejor para el niño que este acompañado por el papá a pesar que no cumple con los alimentos. Desde mi punto de vista no hay fórmulas tiene que ser la decisión adecuada para la situación de cada niño.

Fuente: Elaboración propia

Nota

En la tabla 8 se puede observar que la entrevistada identificada como EXP-7 es la única que reconoce de forma abierta que la tenencia compartida es la figura jurídica que mejor garantiza el interés superior del niño. Mientras la entrevistada identificada como EXP-8 considera que no existe una formula tasada lo que interpretamos en el sentido de que no en todos los casos la tenencia compartida va garantizar mejor el interés superior del niño pues cada uno requiere una respuesta propia a su problema. Por su parte, la entrevistada EXP-5,considera que la tenencia compartida serían la figura que mejor garantizaría el mejor interés superior del niño en un escenario de madurez emocional de los progenitores quienes diferencien su rol de padre de su relación sentimental, pues actualmente es una figura jurídica vigente pero ineficaz, coincidiendo en esta última parte con la EXP-6 quien refirió que la comprensión de la tenencia compartida distinta a como fue comprendida en su origen la está tornando deficiente perjudicando a los hijos de una familia separada; sin embargo, considera que aquella situación puede superarse.

Tabla 11. **Respuestas a la pregunta No. 4.**

La tenencia compartida también puede ser dictada por el Juez de oficio conforme al artículo 81° del CNA. ¿Cuáles cree que sean los motivos por los que los jueces de familia no hacen uso de esa facultad?			
Respuestas			
EXP-1	**EXP-2**	**EXP-3**	**EXP-4**
Como le vuelvo a decir cuando vienen acá los papás, pienso que podrían ir a un centro de conciliación allí podrían acordar, pero cuando vienen acá su ánimo no es de conciliar la mayoría de persona su ánimo es de litigio por más que se le dice puede tener la opción de la tenencia compartida y sus beneficios los padres no desean estar en ese régimen de tenencia, ellos quieren la tenencia exclusiva y dedicarse uno a las decisiones fundamentales de su hijo y el otro a un régimen de visitas, por ser la persona más litigiosa, aun cuando hay un informe.	Primero porque la información los medios probatorios que obran en el expediente no arrojan conclusión de que vaya ser en favor del interés superior del niño. **¿En todo caso en su experiencia profesional?** No he visto ningún informe psicológico ni informe social que diga que la tenencia compartida sea lo más favorable.	En primer lugar, tenemos factores en que van incidir en que las personas no puedan ponerse de acuerdo para una tenencia compartida. Esos factores son: en primer lugar, el "machismo", que existe; o en todo caso, discriminación de género; porque no sólo atenta a la mujer sino también el varón; por el hecho de ser madre la mayoría de mujeres consideran que tienen en exclusiva el derecho de ejercer la tenencia y custodia de sus menores hijos cuando el párrafo final del artículo 81 del Código de los Niños, también posibilita a que también los padres pueden asumir la tenencia	Vea usted es el "tiempo" lamentable los procesos judiciales de familia constantemente me han referido los jueces de la especialidad que tienen no menos de cinco audiencias diarias. Ellos parten de la idea de un análisis de un expediente frio pero que no refleja la verdadera sensibilidad humana; entonces, para que las decisiones jurisdiccionales sean transcendentes tiene que haber ese principio de inmediación se cumpla a cabalidad que, el juez dote de su tiempo para que llegar a que esa pareja se concilie y sensibilice con la problemática y ese sujeto de derecho

		de forma compartida con la madre.	que son los hijos propender a que depongan actitudes que no conllevan a nada que, al menos conversen entre sí, fomentar el dialogo, y de allí que puedan promover quién tiene la tenencia si es una tenencia compartida en hora buena, o sino que se fije un régimen de visitas pero que se cumpla porque es necesario que también el menor tenga una relación constante con ambos padres para su adecuado desarrollo psicoemocional.

Fuente: Elaboración propia.

Nota

En la tabla 9 se puede observar que los entrevistados dieron motivos distintos a efectos de justificar los motivos; por lo que, los jueces no hacen uso de la facultad para dictar de oficio la tenencia compartida contenida en el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes los que de forma sintetizada son las siguientes: Exp.-1 y Exp.- 3ausencia de ánimo de conciliar; es decir, el ánimo litigioso de los justiciables, Exp.-2 ausencia de medios probatorios que respalden a la tenencia compartida como lo más beneficioso para el niño, niña o adolescente, la Exp.3 también indicó " discriminación de género" las mujeres consideran que por su sexo tienen en exclusiva el derecho a ejercer la tenencia y custodia de sus hijos; impidiendo ese pensamiento el ponerse de acuerdo con el otro progenitor. Exp. 4.- Escasez de tiempo de los jueces para realizar una audiencia en la que promuevan la conciliación.

Tabla 12. **Respuestas a la pregunta No.4. (Continuación)**

4. La tenencia compartida también puede ser dictada por el Juez de oficio conforme al artículo 81° del CNA. ¿Cuáles cree que sean los motivos por los que los jueces de familia no hacen uso de esa facultad?			
Respuestas			
EXP-5	**EXP-6**	**EXP-7**	**EXP-8**
En relación al tema los padres llevan al proceso judicial, diferentes problemas personales, en las cuales inmiscuyen, consciente o inconscientemente a sus hijos, y a partir de los cuales, a lo mejor sin darse cuenta, no transmiten al operador jurídico, la posibilidad de poder, si quiera e pensar en una tenencia compartida, porque a lo mejor se ve son dos personas, enfrentadas, casi rivales, que en ese momento lo que pretenden es hacer prevalecer su derecho.	Puede ser que la carga procesal oriente que la actividad de los jueces a nivel nacional sea más reactiva que proactiva, porque si es una facultad legal el Juez en esta etapa de la conciliación debería informar a los justiciables respecto a esta posibilidad y finalmente en el supuesto que no haya podido informar, las partes no lo hubieran solicitado, ponderando la actuación probatoria finalmente dicte la tenencia compartida por considerar que es la más conveniente al Interés Superior de Niño. Porqué razón no se dictan decisiones de esta naturaleza porque creo que la tendencia en general, no de la totalidad de los jueces, es siempre limitarse a lo que las partes piden, no ir más allá de lo que las partes quieren so pretexto de que si van más allá de lo que quieren de repente estarían	… como los papás están peleados que sea lo que ellos quieren, al final estamos dejando hacer lo que ellos quieren, y no estamos pensando en el interés superior de niño esa es la idea, como ustedes decidieron, entonces cuál es nuestra intervención, para qué interviene el Estado, si el Estado interviene es para proteger los derechos de niño, entonces prácticamente no estamos protegiendo.	Yo creo que el legislador cuando lo puso como facultativo en realidad no quiso comprometerse mucho con una figura que ya llevada al terreno de la práctica no había sido probada podría ocasionar muchos problemas. Hay cuestiones formales, te dicen quien demandó, entonces la pretensión es únicamente del papá, una mirada netamente civilista, si lo ves desde el punto de vista del

	resolviendo extra petita y es una causal para plantear la nulidad de la sentencia. Si desde esa perspectiva no dictan la tenencia compartida, creo que cometen un error porque definitivamente es una facultad legal, pero debemos entrenar a los jueces en el uso de esta institución. Estamos hablando que uno de los motivos para que no lo dicten un tema de inercia en la actuación, poca pro actividad, simplemente resuelve conforme a lo que las partes quieren, otro motivo para que los jueces no resuelven una tenencia como una tenencia compartida porque no creen en sus bondades de la tenencia compartida, simplemente por eso. Otro razón podría ser es que duden que la tenencia compartida que se pueda operativizar teniendo en cuenta el contexto tan diferente del padre de la madre a nivel socioeconómica, pongamos que el niño vive con la madre en Casuarinas y el padre vive en Villa Salvador o en Collique, de qué manera se podría viabilizar la tenencia compartida en contextos sociales tan diferentes, sería	derecho de familia que genera una solución que sea positiva para la vida de la familia que les lleve a superar las diferencias que tienen, los desencuentros. Una solución que redunde en el bienestar de todos, entonces tienes un espacio para hacerlo, pero cuesta más trabajo hacerlo porque tienes que analizar todos los factores que no son solo documentados, sino que se tiene que ver muchas veces entre líneas el comportamiento de la gente para darte cuenta de la real relación que tienen. Además, que cada sentencia es una responsabilidad

	conveniente para el interés del niño que cambie del estrato social simplemente por hecho de estar con el padre o de la madre por eso digo en la práctica la tenencia compartida implica movilizar el niño al hogar del padre o de la madre, pero originariamente esta figura era no mover al niño de su centro de vida. Porque el niño tiene una casa y en esa casa tiene una habitación, y esa casa está ubicada en un barrio, y esa casa está cerca de su centro Educativo, del lugar donde practica natación, del lugar donde están compañeros del barrio, o familiares cercanos al niño y es así como se dinamiza en el extranjero el niño permanece en el hogar que es su centro de vida y son los padres que se movilizan para poder atender al niño en determinados momentos y épocas, pero aquí sucede todo lo contrario, el que objeto movible para las necesidades del padre es la criatura, pero si se desarrollan en estratos sociales diferentes el juez se pone subjetivamente en el supuesto de qué tanto va afectar al niño estos cambios y por eso no dictan la		que llevas a cuesta.

	tenencia compartida. Estoy tratando de encontrar las razones por las cuales no lo dictan, no están informados, no creen en las bondades de la institución, piensan que dictar la tenencia compartida va afectar al niño respecto de su centro de vida. Puede haber más razones.		

Fuente: Elaboración propia

Nota

En la tabla 10 se puede observar que las entrevistas identificadas con Exp. 6 y Exp 8 coinciden en señalar que uno de los motivos por los cuales los jueces no hacen uso de esa facultad es porqué tienen una concepción civilista del proceso, por su temor a incurrir en una sentencia extra petita. En ese sentido, ambas consideran que en el marco del derecho de familia se encontrarían habilitados para expedir una sentencia de tenencia compartida de oficio.

Por su parte la entrevista identificada Exp. 5 y 7 coinciden en señalar que no se hace uso de la facultad de dictar de oficio la tenencia compartida debido a la rivalidad que sostienen los progenitores, ésta última indica que bajo esa lógica se está desprotegiendo al niño, niña o adolescente.

Finalmente, la entrevista identificada como Exp. 6 agregó también que otros de los motivos por lo que los jueces no dictan de oficio una sentencia determinando la tenencia compartida es por qué los jueces no creen en las bondades de la tenencia compartida, porqué consideran que no se va poder operativizar (ejecutar); porque no se encuentra informados o porque consideran que van afectar al niño en su centro de vida.

Cabe precisar que del análisis de las respuestas brindadas por las expertas entrevistadas se infiere razonadamente que todas consideran que

los jueces se encuentran facultados para dictar una sentencia que determine de oficio la tenencia compartida pues considerando la pregunta formulada ninguna ha señalado o siquiera insinuado que el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes no establece aquella prerrogativa a los jueces de familia.

Tabla 13. **Respuestas a la pregunta No. 5**

¿Usted considera que al amparo de artículo 81° del Código del Niño y del Adolecente, que da la facultad a los jueces de familia de poder disponer una tenencia compartida siempre y cuando sea conforme al interés superior del niño ello facultaría que en todos los procesos judiciales de tenencia se debería establecer como un punto controvertido adicional el que se dicte una tenencia compartida; ¿es decir, como un punto controvertido de oficio?			
Respuestas			
EXP-1	**EXP-2**	**EXP-3**	**EXP-4**
Lo que pasa es que yo tengo la idea que la tenencia compartida debe ser establecida en un proceso donde las partes tengan una relación cordial, que puedan llegar acuerdos entre los dos, sobre los estudios, lugar donde se va atender la salud, la recreación, porque si se realiza o se fija una tenencia compartida en una pareja conflictiva los resultados de esa conciliación, porque podría ser una conciliación o una sentencia en el juzgado no van	Entiendo que los puntos controvertidos obedecen a las hipótesis del demandante y demandado de la cual se generará una controversia. Si no se fija como punto controvertido es porque no se ha pedido. Si no se pone de oficio es porque no hay ningún medio probatorio que genere la necesidad de fijar un punto controvertido. Si fuera lo contrario si lo fijaría sino las partes impugnan, seguramente la otra parte advierte esto apelaría y	Mira cuando yo me desempeñaba como Juez de familia siempre fui participe de proponer métodos alternativos de solución al conflicto planteado ante en mi juzgado y el método alternativo para mí por excelencia es la conciliación la que puede ser judicial o extrajudicial. Me gustaba siempre proponer una formula conciliatoria, pero qué ocurre proponer una forma conciliatoria e invitar a las partes a conciliar en una audiencia quita tiempo una audiencia con conciliación puede durar tres a cuatro horas eso ocasionaba que muchos jueces no compartieran mi criterio de proponer las formas conciliatorias lo que sigue ocurriendo en la mayoría de juzgados porque señalan que si bien es cierto es una facultad del juez el proponer	Mientras un proceso de tenencia sea bien llevado, porque este es un área sensible, el juez no puede ser convidado de piedra, ni puede estar al margen del verdadero principio que mueve en estos casos de familia el " principio de inmediación", es necesario que los jueces tengan contacto con los directos participes, escuchar al menor es importantísimo también tener las referencias las declaraciones de los padres es importantísimo porque nos hace advertir con quién

a ser favorables, siempre va haber una discusión respecto al tiempo de que cada parte va pasar con el niño. Ahora hay una cosa que allí me pones en tu investigación. Para que haya una tenencia compartida las partes deben llegar a acuerdos.	llegaría a todas instancias alegando que se le está afectando su derecho para que se dé una decisión más favorable.	la conciliación también existe la norma legal que obliga a las partes a acudir a una conciliación extrajudicial antes de proponer una demanda, agotar esa vía previa. Entonces en los casos de tenencia por lo general los jueces deben calificar debidamente la pretensión demandada, debe calificar los medios probatorios que sustentan esa pretensión, calificar igualmente la contestación a la demanda. Y creo que una vez que se pondera la demanda con la contestación a la demanda y creo yo que una vez que se pondera la demanda con la contestación a la demanda. Si el juez advierte que hay elementos para proponer una tenencia compartida en la audiencia de conciliación que puede convocar lo puede proponer, pero hay casos en los que realmente no se justifica la tenencia compartida porque en lugar de ser beneficiosa para los niños puede ser perjudicial en eso casos yo no aconsejaría una conciliación en la que se proponga una tenencia compartida. Por lo tanto, se puede proponer de acuerdo al caso concreto materia de investigación y juzgamiento por el Juez.	estamos tratando no sólo basarnos en el expediente frio en los papeles donde muchas veces obran informes psicológicos y los coadyuvantes son peritos en la materia pero eso no suple que nosotros tengamos el conocimiento certero inmediato de los protagonistas de los procesos.

Fuente: Elaboración propia

Nota

En la tabla 11, se advierte que todos los expertos entrevistados coincidieron que el artículo 81° del Código del Niño y Adolescente faculta a los jueces a dictar de oficio una sentencia determinando la tenencia compartida. No obstante, la EXP .1. indicó nuevamente su posición de que la tenencia compartida debe concederse en progenitores que sostengan una relación cordial. De otro lado, la entrevista EXP. 3 indicó que la oportunidad para proponer una tenencia compartida es en la audiencia luego de evaluado la demanda y la contestación de la misma, pero en los casos en que realmente se beneficioso para el niño; es decir, según el caso en concreto. Asimismo, el EXP. 4. Señaló la importancia de que los jueces tengan el contacto directo con las partes debido al principio de inmediación.

Finalmente, el entrevistado EXP.2 señaló que si no se incluye como puntos controvertidos la tenencia compartida es por qué no se demanda aquella pretensión. Así como, porque no existe medio probatorio que generé la necesidad de incorporarlo de oficio pues si fuese así las partes lo cuestionarían por no haberlo efectuado a través de los mecanismos legales correspondientes.

Tabla 14. **Respuestas a la pregunta No.5. (continuación)**

¿Usted considera que al amparo de artículo 81° del Código del Niño y del Adolescente, que da la facultad a los jueces de familia de poder disponer una tenencia compartida siempre y cuando sea conforme al interés superior del niño ello facultaría que en todos los procesos judiciales de tenencia se debería establecer como un punto controvertido adicional el que se dicte una tenencia compartida; es decir, como un punto controvertido de oficio?			
Respuestas			
EXP-5	**EXP-6**	**EXP-7**	**EXP-8**
En realidad, en el caso que el operador jurídico opte por la tenencia compartida debe ser extremadamente cauteloso, para evitar cualquier tipo de diferencias, pretextos, para que alguna de las partes simplemente se valga de esta omisión para no dar cumplimiento a una decisión judicial. De la misma forma que cuando, se fija un régimen de visitas amplio en la que se precisa todas las fechas, que puedan lar lugar que el niño este con papá o mamá, e incluso se fijan horarios, de la misma forma, el Juez debe ser muy cauteloso en la precisión de la forma en que se va realizar la tenencia compartida, lo que tiene que hacer el juez un análisis y una	Pienso sinceramente debería darse en esos términos**.** Sí claro, pero debería establecer a nivel normativo para hacerlo obligatorio; es decir, independiente de que se establezca punto controvertidos aquellos en la que no existe coincidencia en la demanda y contestación uno adicional debería ser la tenencia compartida. Sí creo que debe plantearse de oficio a efecto que se resuelva en la sentencia porque el marco de la sentencia es los puntos controvertidos que	en la práctica no se está reflejando o no se está aplicando en la magnitud que debería ser; porque los jueces están pensando que solo se debe aplicar cuando no exista conflicto entre los padres lo que es difícil, entonces más que ser condescendientes con lo que es el principio del interés superior de niño estamos siendo condescendientes con que los padres no están asumiendo su responsabilidad de padres, en mi Sala dicen hay armonía en los padres	Yo creo que el legislador cuando lo puso como facultativo en realidad no quiso comprometerse mucho con una figura que ya llevada al terreno de la práctica que no había sido probada podría ocasionar muchos problemas. Hay cuestiones formales, te dicen quien demandó, entonces la pretensión es únicamente del papá, una mirada netamente civilista, si lo ves desde el punto de vista del derecho de familia que es generan una solución que sea positiva para la vida de la familia que les

expresión sumamente seria, en relación a todas los aspectos que, las partes necesariamente deben cumplir para no verse enfrentados a mediano o largo plazo, obviamente de no hacerlo de haber omisiones que, de alguna manera vulneren el derecho de alguna de las partes, tranquilamente esa decisión judicial podría ser cuestionada porque llegaríamos a la conclusión de que afecta el deber de motivación de las resoluciones judiciales.	se determinan en la estación procesal correspondiente.	entonces vamos a fijar una tenencia compartida y si no. Yo no estoy de acuerdo con ello. Yo pienso que se debe priorizar el interés superior del niño y hacer que los padres asuman su rol, quiere decir están separado, está bien, nadie les dice que regresen, pero eso sí asuman como padre su responsabilidad, lo que significa que deben establecer una relación armoniosa para fortalecer el derecho de niño de crecer en ambiente de familia con el contacto de papá y mamá.	lleve a superar las diferencias que tienen, los desencuentros, una solución que redunde en el bienestar de todos, entonces tienes un espacio para hacerlo, pero cuesta más trabajo hacerlo porque tienes que analizar todos los factores que no son solo documentados sino se tiene que ver muchas veces entre líneas el comportamiento de la gente para darte cuenta de la real relación que tienen. Además, que cada sentencia es una responsabilidad que llevas a cuesta.

Fuente: Elaboración propia

Nota

En la tabla 12 se puede observar que la entrevista identificada con el EXP-6 es más contundente y clara en su respuesta en relación a las entrevistadas EXP-6, EXP-7 y el EXP-8, al señalar que al amparo de artículo 81° del Código del Niño y del Adolescente, los jueces de familia se encuentran facultados para que en los procesos judiciales que versen sobre tenencia de niños, niñas y adolescentes pueda incorporar de oficio el punto controvertido

relacionado a la tenencia compartida pues aquella establece el marco sobre el cual se deberá pronunciar al momento de expedir la sentencia.

Tabla 15. **Respuestas a la pregunta No. 6.**

Una de las propuestas que se efectúa en relación a esta tesis es establecer un dispositivo legal a través del cual se determine como regla la tenencia compartida y sea excepcional la tenencia monoparental previa debida motivación y acreditación de causas que justifiquen como maltrato físico, trato negligente; entre otros ¿Usted Considera que es una solución eficiente para promover la tenencia compartida o está bien como ahora está regulada?			
Respuestas			
EXP-1	**EXP-2**	**EXP-3**	**EXP-4**
Es que con esa propuesta estarías obligando a los padres a presentar siempre la demanda de tenencia compartida, y no todos los padres están preparados para asumir esa realidad, no todos los padres están preparados, como te dije al Poder Judicial vienen las personas que tienen problemas siempre, los que no han llegado a un acuerdo, quizá en el trayecto se puede llegar a un acuerdo y a una tenencia compartida, pero la mayoría de procesos son por tenencias simples y además un régimen	No sé quién lo ha dicho que la tenencia compartida debe ser una regla porque es eficiente y mejor, desconozco estudios científicos de médicos, psicólogos, no he visto. En mi opinión debería resolver cada caso concreto, porque las partes no lo piden y si no lo piden en su vida personal y familiar e intimidad no debería ser la más adecuada. Creo que debería haber un límite del paternalismo jurídico que tú buscas está en esas cosas. Yo no puedo inventar y	…Yo sí digo si hubiera una ley. ¡Ya tenemos la ley! El último párrafo de artículo 81° que dice "pudiendo disponer la tenencia compartida". De repente si se pudiera ampliar, cómo funciona la tenencia compartida, cómo es, qué requisitos, qué presupuestos, quiénes podrían estar sometidos a esa tenencia compartida o quiénes podrían ser factible de que se les conceda la tenencia compartida. Ver doctrina internacional, cómo funciona, ver casuística de cómo funciona en otros países a efectos de mejorar la normatividad; porque lo que tenemos es muy poco, entonces hacer un concepto, una	Personalmente de acuerdo a la experiencia yo optaría a la inversa. Yo propongo que haya tenencia por uno de los progenitores y para el otro progenitor un amplio régimen de visitas muy consensuado que vendría a ser una tenencia compartida encubierto. Si nosotros otorgamos un régimen de visitas de fin de semana, para un progenitor, que pueda llevar a su hijo el día viernes en la tarde y retornarlo al hogar materno/ paterno el día lunes a primera hora, en puridad en la práctica estaríamos hablando de una tenencia compartida porque fines de semana estaría con el padre/madre y los días laborales con el otro

de visitas. La verdad que no estoy de acuerdo con la tenencia compartida como regla pues solo se puede dar como una forma excepcional.	ser un súper padre para imponer reglas que las partes que no lo piden, menos los especialistas psicólogos y trabajadores sociales tampoco lo sugieren, debe partir de estudios empíricos para yo establecer debe ser una regla general y no de abstracciones, como decir que la tenencia compartida es lo mejor, es una opción que debe partir de que las partes lo pidan y de la información que se incorpore con los medios probatorios.	definición más amplia, decir en qué casos pueden ser. De repente por allí podría prosperar, pero estando a la idiosincrasia de nuestros justiciables lamentablemente es bastante difícil pero no imposible.	progenitor. Independiente de la terminología que usemos si se plasma en un acta el derecho que le corresponde de visitar, es un derecho, del hijo que los padres interactúen constantemente con sus hijos y el derecho del hijo de ver a sus padres en cualquier momento si esto se consensua mucho mejor independiente si lo llamamos tenencia compartida o tenencia y un amplio régimen de visitas. Personalmente acá nosotros estamos siempre, viendo la posibilidad de que las parejas lleguen a un acuerdo respecto a la tenencia o tenencia compartida en buena hora; pero si se determina en la pareja que la tenencia lo va tener uno de progenitores, que la otra parte también tenga un derecho de visitas amplio y de estricto cumplimiento por el otro, que facilite también el cumplimiento del régimen de visitas pues muchas veces viene a

			ser una tenencia compartida encubierta.

Fuente: Elaboración propia

Nota

En la tabla 13 se puede observar que todos los expertos entrevistados coincidieron en no encontrarse plenamente conforme con la propuesta legislativa propuesta por la graduando; sin embargo, es preciso señalar que el entrevistado EXP-4 señaló que lo que el propondría serían una “tenencia compartida encubierta”, la que a su entender consiste en que la tenencia exclusiva la tiene un solo progenitor y al otro se le establece un amplio régimen de visitas. Mientras que la entrevista EXP.3, considera conforme actualmente está regulado la tenencia compartida es muy poco; por lo que, se debe mejorar la normatividad para que se establezca una definición, los presupuestos y requisitos para su concesión quizá de esa manera podría prosperar la tenencia compartida.

Por su parte, los entrevistados EXP-1 Y EXP-2 argumentaron su rechazo a la iniciativa legislativa en el caso de la primera mencionada indicando que la tenencia compartida no puede ser una imposición a los progenitores pues no se encuentran preparados para asumir la responsabilidad que derivaría de la tenencia compartida por que se tratan de personas que no han llegado a un acuerdo. Por su parte el entrevistado EXP-2 señala que no está de acuerdo porque desconoce estudios científicos que respalden de que la tenencia compartida sea los mejor para el niño, niña o adolescente. Refiere que es una opción que debe partir de las propias partes y de los medios probatorios que obren en los procesos judiciales.

Tabla 16. **Respuestas a la pregunta No. 6 (continuación)**

Una de las propuestas que se efectúa en relación a esta tesis es establecer un dispositivo legal a través del cual se determine como regla la tenencia compartida y sea excepcional la tenencia monoparental previa debida motivación y acreditación de causas que justifiquen como maltrato físico, trato negligente, entre otras circunstancias. ¿Usted Considera que es una solución eficiente para promover la tenencia compartida o está bien como ahora está regulada?			
Respuestas			
EXP-5	**EXP-6**	**EXP-7**	**EXP-8**
En realidad creo que, todo esfuerzo legislativo es saludable en aras de finalmente garantizar que los derechos de los niños sean satisfechos; sin embargo, como lo habíamos conversado, por la expresión del principio del interés superior de niño como norma de procedimiento, se entiende que los operadores	No está bien como este actualmente regulada, un niño debe crecer en el seno de una familia y tradicionalmente la familia ha sido concebida como la familia nuclear (padre y madre), pero sabemos que lo tradicional no es lo contemporáneo, la tendencia es a las familias monoparentales, pero en ese contexto un hijo siempre tiene un padre y una madre, y así no se relacionen a nivel familiar como familia lo cual implica publicidad, sentido de unidad, permanencia, solidaridad, la separación no debe atentar contra el derecho que tiene el niño de tener una familia y que sepa que esa familia en la que vive ya sea una familia nuclear a la que el padre abandonó o se retiró por las razones que	De plano no me parece que sea malo pero plantear que la tenencia compartida sea la regla no me parece, porque el problema es que cuando se da una separación no es que ambos progenitores estén en la condición o disponibilidad de tener al niño o la niña, si establecemos eso, no me parece, considero que la tenencia compartida debe ser una alternativa y que si bien debemos ir promoviendo que sea más usual en las sentencia pero no tanto así que sea la regla porque allí debe verse la disponibilidad de los padres y los hemos acostumbrado siempre debe quedar	Yo creo que no, no es eficiente porque a muchos problemas sociales se le quiere dar soluciones legislativas. La solución de un problema social va por otro lado, va por el lado de la formación, educación, de fomentar valores, de que por ejemplo un papá respete el espacio del otro papá con el niño, sino generas ese cambio en la sociedad, si no tienes en la sociedad, por ejemplo en las Municipalidades no tiene equipo de soporte que pueden dar asistencia social a los papas, hacer visitas en los hogares periódicos, sino tienes nada de eso, entonces una ley no te va

jurídicos deben analizar y ponderar al momento de fallar todas las opciones que podrían ser válidas para favorecer los intereses del niño, entre ellos la tenencia compartida, la observación general 14, es clara al respecto y de obligatorio cumplimiento para los Estados como el Perú ha suscrito y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, debemos recordar que cuando el Comité de los Derechos del niño cuando expide una observación general lo que pretende es que los Estados	fuere, esta situación no debe impedir que se relacione con quien forma parte de su familia aunque no vivan juntos, porque el concepto de familia es muy variable nuclear, monoparental, homoparental, ampliada, ensamblada y restructurada pero el niño tiene una familia, y la idea es que el niño sepa que tiene una familia y que esa familia tiene padre y madre como elementos básicos de su formación,. Por lo tanto, la tenencia compartida, como dispositivo legal que impongan que en principio se dicte la tenencia compartida y por excepción la tenencia monoparental me parece que es una forma legal que orienta a que el niño no rompa su estructura de familia. Por qué en la práctica hemos visto que cuando se dicta la tenencia monoparental propiamente se obliga a que tenga y que esté ligado a la familia del padre o madre, porque no hay mayor relación, pero si partiéramos del concepto de que la tenencia va ser	con uno de ellos, bueno todavía un poco soy conservadora, pero lo que sí me parece es ir fomentado la tenencia compartida. Quizá sea que nos falta más capacitación cuando salió la tenencia compartida, me acuerdo que hablé con una vocal que decían que no podía ser físicamente sino como una especie de decisiones ¿en qué colegio estudia? Entonces yo debía que opinar, pero no necesariamente como lo entendemos ahora con la mamá un tiempo y con el papá un tiempo, pero inicialmente cuando salió no era así, nos costó un poco entender que era físicamente ambiente papá y mamá, yo sé me quedaría todavía con una tenencia monoparental pero si fomentando y promoviendo que en más ocasiones se establezca una tenencia compartida y no sólo en aquellas	cambiar esa realidad. Las pautas de una adecuada motivación ya existen, sobre motivación y debido proceso se han escrito demasiado. En materia de familia falta jurisprudencia, si a eso le llamamos pautas una jurisprudencia sea orientadora sí sería necesario. Porque no se trata de un tecnicismo de decir cómo se debe resolver, porque quizá a ese caso no le calce esa solución. SI es bueno que se desarrolle la jurisprudencia porque lo hace sobre la base de principios, entonces ir afirmándose sobre los derechos del niño donde aquél sea el primer lugar y no una mentalidad paternalista donde el niño siempre es un anexo de los papas como una manera de vengarte entonces que no vea al niño lo que no tiene nada que ver. Lo que yo pienso que sí sería una solución sea menos formal, prioritariamente oral, donde la cosa juzgada

vinculados a la convención sobre los derechos del niño, tengan una actuación homogénea al momento de interpretar y aplicar un derecho esencial del niño. Si esas pautas finalmente no van a ser satisfechas entonces tranquilamente podríamos decir que el Estado si bien es cierto está vinculado a la Convención sobre los Derechos del Niño en la práctica no garantiza la plena realización de los derechos de la infancia.	compartida el niño no se desligaría de esas dos raíces de madre o padre. Si creo que es conveniente que se dé una reforma legislativa sobre el particular dado que las normas que regulan la tenencia en nuestro País son pocas y no tienen la redacción legislativa que posibilitan todo lo que hemos comentado en el desarrollo de estas preguntas.	situaciones en que los papás estén en armonía en la separación, sino como una forma de imponer a través de los Órganos Jurisdiccionales imponer esta como una obligación a los padres porque yo pienso que es lo mejor para los niños dado que el contacto tanto con el papá y mamá es importante	sea un poco flexible en el sentido que la ejecución de sentencia te permita ir tomando decisiones adecuadas a los cambios que se dan en la vida del niño. Quizá más el estilo de vida de la justicia americana. Donde las decisiones las tome al juez, pero escuchando a las partes y al niño y no tanto guiándose por un documento. Muchas veces en un proceso el simple hecho que no te admitan tu contestación porque presentaste una copia simple y no certificada te quita toda posibilidad de contradecir una demanda. Te limita tu defensa a un 20%.

Fuente: Elaboración propia

Nota.

En la tabla 14 se puede observas que la entrevista identifica como EXP-6 se encuentra plenamente de acuerdo con nuestra propuesta legislativa

pues no permitiría que el niño se desligue de ninguno de sus progenitores; además que, considera que la redacción legislativa actual sobre aquella figura jurídica es escasa. Por su parte la EXP-7 manifiesta cierto grado de agrado con la iniciativa legislativa; sin embargo, considera que su duda respecto a la propuesta legislativa es que se debe evaluar la disponibilidad de los progenitores pues se encuentran acostumbrados a que sólo uno tenga le tenencia de sus hijos; pero más adelante, señala que es importante que la tenencia compartida no sólo se conceda en los casos en que los papás estén en armonía en la separación. Asimismo, la entrevistada EXP-5 considera que la iniciativa legislativa propuesta es saludable con el fin de garantizar los derechos de los niños; sin embargo, considera que el principio del interés superior del niño y su desarrollo en la Observación General N° 14 del Comité sobre los Derechos del niño debidamente cumplidos serían suficientes para garantizar el derecho de la infancia.

Finalmente, la entrevistada identificada como EXP. 8 rechaza totalmente la propuesta legislativa al considerarla ineficiente pues es de la opinión que una ley no cambia la realidad social, que el problema social las familias separadas requieren otro tipo de solución como es una adecuada educación, formación en valores, que las Municipalidades Distritales cuenten con trabajadores sociales que le den asistencia a los progenitores.

3.4.4.2 Técnica de análisis de documentos.-

El objeto de estudio a través de esta técnica recaerá sobre ocho sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, relativa a la figura jurídica de tenencia compartida, las cuales fueron obtenidas a través del portal web del Diario Oficial " El Peruano" a través de su buscador de "casaciones"14. Utilizando como criterio de búsqueda el año, mes y la palabra "tenencia compartida"; así como, desde el año 2014 al 2017.

Ahora bien, sobre aquella sentencia casatorias se procederá analizar su contenido a efecto de descomponerlos en fragmentos significativos, denominados "unidades de análisis", para luego categorizarlas.

14 Recuperado: https://diariooficial.elperuano.pe/Casaciones

Tabla 17. **Sentencia Casatoria No.1.**

(Casación No. 4429-2014-Lima)	Corte Suprema - Sala Civil Transitoria Publicado en el Diario Oficial: *El peruano*, de fecha 30 de setiembre de 2014**.**
Recurrente: Ingrid Medalit Ferrer Obregón	Demandante : Carlos Alberto Ysla Almonacid
Pretensión: Tenencia y Custodia de Menor	Decisión: Fundado el recurso de Casación. Casaron la sentencia de vista.

DESCRIPCIÓN DEL CASO

Que, el demandante Carlos Alberto Ysla Almonacid interpone demanda contra Ingrid Ferrer Obregón a fin de que se le otorgue la tenencia y custodia de sus cuatro menores hijos, asimismo Ingrid Medalit Ferrer Obregón interpone demanda – por la misma pretensión – contra Carlos Alberto Ysla Almonacid; demandas que fueron acumuladas, siendo declarada infundada la primera y fundada la segunda por el Aquo.

Elevados los autos a segunda instancia vía recurso de apelación, la Primera Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la sentencia apelada y reformándola declara fundadas en parte las demandas acumuladas, estableciendo una tenencia compartida para los padres demandantes.

"Interpone recurso de casación Ingrid Medalit Ferrer Obregón, la Sala Suprema declara procedente el aludido recurso por las siguientes causales: 1) Infracción normativas del artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes con relación a los artículos 8° y 18° de la Convención sobre los Derechos del Nino; y, 2) Infracción normativa del último párrafo del artículo 84 del Código de Niños y Adolescente."

CONSIDERANDOS RELEVANTES

"**NOVENO.-** Resulta pertinente para lo que es materia del presente proceso la siguiente normatividad: Convención de los Derechos del Niño, en cuyo artículo 12 incisos 1) y 2) establece: Artículo 12. "1. Los Estados partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función a la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará oportunidad al niño de ser escuchado en todo el procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en concordancia con las normas de procedimientos de la ley nacional"; Ley N° 27337, Código de los Niños y el Adolescente, en sus artículos 81 y 85 establecen: Artículo 81. "Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas 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 85. "El Juez Especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente".

"DÉCIMO.- Según la mencionada normatividad nacional y supranacional sobre la materia, se advierte que el derecho del niño a ser oído resulta ser un derecho fundamental reconocido por la normatividad supranacional, es uno de los derechos más importantes que ampara a todo niño, niña y adolescente, es el poder manifestar lo que sucede y ser escuchado por quienes tomarán las decisiones que se proyectarán en su vida. Es obligación de quienes tienen el deber de escuchar, tomar precauciones necesarias para atender al marco en que el niño se manifiesta, necesariamente este derecho a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar por quienes tienen el poder y la responsabilidad de tomar decisiones respecto de las cosas que afectan al niño. Este deber recae sobre los Magistrados que tienen contacto con la historia del niño y sus necesidades. Ahora bien, la no puesta en marcha de los mecanismos que otorga la ley para que el niño pueda ejercitar sus derechos vulnera la garantía del debido proceso puesto que los niños son personas en desarrollo con capacidades progresivas. Por ello le corresponden las mismas garantías que a los adultos, propias del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio de su persona y sus derechos. De allí que los mismos deben gozar del derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos. (…)"

"DÉCIMO SEGUNDO.- Revisada la resolución de vista, se verifica que no se ha tomado en cuenta lo manifestado por los menores de edad en la diligencia de la Audiencia Única Complementaria de fojas doscientos cuarenta y nueve, no obstante que guarda concordancia con las conclusiones a las que han arribado los profesionales en los informes psicológicos practicados a los menores de edad, es más, se advierte que no se han expuesto los criterios y fundamentos que justifiquen la determinación de la tenencia compartida, así como el modo en que ha de ejecutarse, y de qué manera dicha tenencia compartida dispuesta por la Sala Ad quem favorece el interés superior de los cuatro hermanos, habida cuenta que ello implica que tienen que vivir separados por parejas, lo que podría impactar en el desarrollo de los vínculos afectivos entre todos ellos; siendo así, se arriba a la conclusión que se ha infringido el derecho de los niños a ser oídos y que se tome en cuenta su opinión, consagrado tanto en la citada normatividad nacional y supranacional, lo que podría afectar su interés superior, vulnerándose el derecho al debido proceso, así como el derecho a la debida motivación consagrada en el artículo 139° inciso 3) y 5) de la Constitución Política del Perú, lo que determina la nulidad insubsanable de la recurrida a tenor de lo dispuesto en el artículo 171° del Código Procesal Civil".

DECISIÓN "Estando a tales consideraciones y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 296°, tercer párrafo, numeral 1 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, declararon**: FUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por Ingrid Medalit Ferrer Obregón a fojas mil doscientos cincuenta y nueve, de fecha nueve de setiembre de dos mil trece, en consecuencia **NULA** la misma **ORDENARON** que la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima emita nueva sentencia teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por el Supremo Tribunal: DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial : *El Peruano*, bajo responsabilidad, en los seguidos por Carlos Alberto Ysla Almonacid con Ingrid Medalit Ferrer Obregón, sobre Tenencia y Custodia de Menor, y los devolvieron. Ponente Señora del Carpio Rodríguez, Jueza Suprema".

Fuente: Datos tomados de Diario Oficial: El peruano.

Nota:

- Se advierte nuevamente que en este caso se cumplió con sólo escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes pero no con motivar y justificar las razones por las cuales no se optaron por considerarlas al momento de resolver el caso en concreto.
- Se advierte en este caso el uso de la facultad establecida en el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes por parte de la Sala Especializada de Familia; ya que las partes procesales demandaron la tenencia monoparental a favor propio.

- No obstante se aprecia que a criterio de la Corte Suprema no se ha justificado adecuadamente la sentencia de vista, al no explicarse las razones por las cuales optó por disponer la tenencia compartida y porqué esta modalidad es mejor al *interés superior del niño* ; así como, tampoco se detalló su forma de ejecución.

Tabla 18. **Sentencia casatoria No. 2.**

(Casación No.1252-2015 Lima Norte).	Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria Publicado en el Diario Oficial: *El peruano,* de fecha 04 de mayo de 2016
Recurrente: Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes	Demandada: Olga Sayas Toro
Pretensión: Tenencia y Custodia de Menor.	Decisión: Fundado el recurso de Casación.

DESCRIPCIÓN DEL CASO:

"Que, en el Proceso sobre Tenencia y Custodia del menor de iniciales J. L. T. C. S. seguido por don Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes en la primera instancia judicial fue declarada infundada y fija a favor del demandante un régimen de visitas; que el recurrente procede a interponer el Recurso de Apelación, y con fecha 14 de noviembre de 2014 la Sala revisora la confirma y, además, la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro sea quien tenga al menor J. L. T. C. S.; en consecuencia, dispone que el demandante entregue al mismo dentro del tercer día de notificado con la sentencia; bajo apercibimiento de ejecución forzada."

"El recurrente denuncia: el recurrente alega que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, por cuanto la sentencia de vista contiene un fallo extra Petita".

CONSIDERANDOS RELEVANTES

"QUINTO.- (…). Al respecto, debe indicarse que estaremos ante un fallo de tal cualidad cuando el órgano jurisdiccional otorga un derecho que no había sido solicitado en la demanda. En el caso sub examine, el demandante Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes solicitó en su demanda que se le otorgue la tenencia y custodia de su menor hijo J. L. T. C. S.;, a fin de ejercerla en forma exclusiva. Luego, efectuado el emplazamiento de ley a la demandada, ésta en su escrito de fojas ochenta y uno, no reconvino solicitando ser ella quien ejerza la tenencia exclusiva; sin embargo, manifestó que ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo con el demandante, se dictara un régimen de tenencia compartida.

Por consiguiente, se aprecia que, efectivamente, el Ad quem ha emitido un fallo extra petita, al otorgar a la demandada la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso."

"SEXTO.- Sobre el particular debe anotarse que la tenencia compartida es factible jurídicamente, en atención a lo previsto por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; más aún, si se tiene en cuenta que el propio Ad quem ha determinado en la

recurrida que las conductas de ambos padres del menor no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del mismo, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos".

"SÉTIMO.- En consecuencia, se verifica la denuncia de vulneración del derecho al debido proceso del recurrente, en los términos antes descritos, lo cual conlleva la nulidad de la sentencia recurrida, en atención a lo dispuesto por el artículo 396, inciso 1 del Código Procesal Civil, correspondiendo al Ad quem renovar el acto procesal viciado, es decir, emitir nueva sentencia, de conformidad con las consideraciones previamente vertidas. Cabe agregar que, en atención a lo establecido en el considerando cuarto de la presente resolución carece de objeto pronunciarse sobre la denuncia de contenido material."

DECISIÓN

"Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho; por consiguiente, CASARON, la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; en consecuencia, NULA la misma; ORDENARON a la Sala Superior de su procedencia emita nueva sentencia, con arreglo a ley, y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial : *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo".

Fuente: Datos tomados de Diario Oficial: *El peruano*.

Nota:

- Que, la casación analizada se aprecia un gran problema procesal que afronta los procesos judiciales de tenencia el cual consiste en la prohibición de la reconvención en los “procesos únicos”, establecido en el artículo 171° del Código de los Niños y Adolescentes; sé es de la postura que ésta prohibición, atenta contra el Principio del Interés superior del niño; dado que, el objetivo de los procesos de tenencia incluyendo a la tenencia compartida es determinar cuál de los progenitores detenta las mejores cualidades personales y materiales para que ejerza la tenencia de sus hijos o si ambos pueden ejercerlo de forma compartida. En tal sentido, limitar el fallo sólo a quien postuló la demanda (fundada o infundada) puede significar muchas veces dejar en la misma situación jurídica de crisis familiar al niño niña o adolescente que dio origen al proceso judicial con el afán de no incurrir en la vulneración del Principio de Congruencia Procesal.
- En el caso materia de análisis se aprecia que se incurrió en una vulneración al Principio de Congruencia Procesal; dado que, el accionante demandó se le conceda la tenencia y custodia de su menor hijo; sin embargo, la Sala Superior confirmó la sentencia que declaró infundada su demanda e integró ordenando que la tenencia de su menor hijo la ejerza la progenitora, quien no formuló pretensión alguna pues como señalamos se encuentra proscrita en los procesos únicos. Sin embargo, consideramos que si la Sala hubiese justificado su decisión en base al Principio del Interés Superior del niño en su manifestación de derecho sustantivo aquella decisión no hubiese significado la vulneración de Principio de Congruencia Procesal.
- Es necesario resaltar que la demandada cuando contestó la demanda que se le interpuso indicó que ante la falta de acuerdo con el accionante debería dictarse a favor de ambos la “ tenencia compartida”; en ese sentido, tanto el juez de primera y segunda instancia omitieron efectuar una análisis jurídico probatorio sobre la

viabilidad de la *tenencia compartida* en el caso en concreto, tanto más, si conforme al artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, los jueces pueden dictarlo de oficio en tanto se determine que es conforme al Interés Superior del Niño, por lo que, no conllevaría un pronúncienlo que lo estime en la vulneración al Principio de Congruencia Procesal.

Tabla 19. **Sentencia Casatoria No. 3.**

(Casación No. 3740-2014 Cusco)	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de República. Publicado en el Diario Oficial: *El peruano* de fecha 30 de mayo de 2016.
Recurrente: Eloy Schiaffino García	Demandante: Dina Luz Ccellcaro Toledo
Pretensión: Tenencia y Custodia de Menor.	Decisión: Infundado el recurso de Casación.

DESCRIPCIÓN DEL CASO:

"Que, en el Proceso sobre Tenencia y Custodia de los menores de iniciales L.V.S.C y R.J.S.C, seguido por la progenitora contra don Eloy Schiaffino García, en la primera instancia judicial fue declarada fundada en parte; en consecuencia, dispone la tenencia compartida para los justiciables respecto de sus menores hijos L.V.S.C (09 años y 9 meses) y R.J.S.C (14 años y 4 meses) modalidad de tenencia que temporalmente será ejercida de la siguiente manera: (i) El demandado ejercerá la tenencia de sus menores hijos conforme a las disposiciones de las instituciones educativas donde ambos niños desarrollan sus actividades educativas en los niveles primarios y secundarios de ser el caso (ii) La demandante ejercerá la tenencia de sus hijos durante el tiempo de duración de las vacaciones escolares anual y de medio año. (iii) Se establece un régimen de visitas abierto a favor de ambos progenitores para que previa coordinación puedan visitar a su hijo cuando no se encuentren bajo su custodia y tenencia inmediata y directa. (iv) Se establece que previo al cumplimiento de la sentencia la familia integrada por los justiciables reciba apoyo psicológico y psicoterapéutico, terapia psicológica de grupo familiar por parte del Equipo Multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Lima. Frente aquella decisión don Eloy Schiaffino García interpuso recurso de apelación".

"La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, mediante Resolución No. 67, revocó la sentencia apelada en el extremo que declaró fundada en parte la demanda y dispuso la tenencia compartida en los términos ya detallados, reformándolo dispusieron que la tenencia será ejercida : (i) don Eloy Schiaffino García ejercerá la tenencia de su menor hijo R.J.S.C , (ii) Doña Dina Luz Ccellcaro Toledo ejercerá la tenencia de su hija L.V.S.C (09 años y 9 meses), confirmaron el extremo del régimen de visitas abierto a favor de ambos progenitores, revocaron el extremo que se dispuso que previo al cumplimiento de la sentencia la familia de los justiciables reciba apoyo psicológico y terapéutico, reformándolo dispusieron que se efectué durante el cumplimiento de la sentencia".

"El recurrente denuncia: i) La infracción del artículo 370° del Código Procesal Civil, pues se ha efectuado una "reforma en peor" al conceder la tenencia de su hija a la demandante todo el tiempo sin siquiera contemplar una tenencia compartida infringiendo la citada norma procesal. ii) La infracción normativa del literal a) del artículo 84° del Código de los Niños y

Adolescentes, alega que no se ha tenido en cuenta que en caso de desacuerdo sobre la tenencia, el juez debe resolver teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió más tiempo. iii) La infracción normativa del artículo 97° del Código de Niños y Adolescentes, que prescribe que el demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior sobre tenencia, salvo causa debidamente justificada; sin embargo, el juez ignoró las pruebas sobre el proceso de alimentos de la demandante. iv) La infracción normativa del artículo 197° del Código Procesal Civil, pues la juez no ha merituado las pruebas aportadas de oficio como la historia clínica de la demandante. V) Infracción normativa del inciso 1) del artículo 374° del Código Procesal Civil que no se valoró la nueva prueba aportada en su escrito de apelación como es la sentencia que declara fundada la demanda de alimentos que interpuso contra la madre de sus hijos" .

CONSIDERANDOS RELEVANTES

"**Cuarto.-** EL interés superior del niño, también conocido como el interés superior del menor es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar el desarrollo integral y un vida digna; así como, las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzan el máximo de bienestar posible a niñas y niños se trata de una garantía de que los niños tienen derecho a antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que lo conculquen."

"Quinto. Es bajo dicho contexto y ateniendo a la audiencia complementaria efectuada por el A quo, donde los menores expresaron querer vivir una con la mamá y el otro con el papá es que se ha establecido una tenencia indistintamente para cada uno de los padres" (…).

"Décimo: En el presente caso, conforme se ha explicado en el quinto considerando, la Sala de segundo grado, ha resuelto la controversia planteada teniendo en cuenta el denominado principio del interés superior del niño, decisión que no se puede considerar en perjuicio del apelante [demandado] teniendo en cuenta no solo lo prescrito en la norma procesal sino también en el aludido principio universal por dicha razón lo agravios planteados en los ítems (i) y (ii) deben desestimarse..."

"Décimo segundo.- Respecto del (iv) y (v) agravio donde se hace referencia que no se ha merituado la historia clínica de la demandante no puede ampararse; en tanto, las instancias de mérito de manera uniforma han concluido que la salud mental de la accionante no denota peligrosidad en el cuidado de sus menores hijos y para ello ha tenido que evaluar la documentación especializada al respecto, como la historia clínica que alude el recurrente."

"Décimo Tercero. Examinando el tercer (iii) agravio, donde se indica que un demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior por tenencia debemos señalar

que si bien el recurrente inicio a la demandante un proceso de alimentos (2013), ésta fue con data muy posterior a la demanda de tenencia (2010); por lo que, en nada puede enervar la decisión del órgano jurisdiccional.”
DECISIÓN “Declararon **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por Eloy Schiaffino García, de fojas ochocientos setenta y seis **NO CASARON** la resolución de vista de fecha diecinueve de septiembre de dos mil catorce; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial: *El Peruano*, bajo responsabilidad en los seguidos por Dina Luz Ccellcaro Toledo contra Eloy Schiaffino García, sobre Tenencia y Custodia de Menor, y los devolvieron”.

Fuente: Datos tomados de Diario Oficial: El peruano.

Nota:

- Que, se aprecia en los jueces superiores un razonamiento insuficiente en tanto revocaron y reformaron la decisión señalando que la opinión de los niños de vivir cada uno con un determinado progenitor es por sí misma suficiente para señalar que es conforme al interés superior del niño.
- Se aprecia que los jueces superiores no indicaron porqué la tenencia compartida dictada inicialmente no es conforme al interés superior del niño o en su caso es menos ventajosa que la tenencia monoparental donde cada hermano vive con un progenitor distinto.
- El sólo invocar que una decisión se toma basándose en el interés superior del niño pero sin mayor desarrollo de su razonamiento jurídico no es suficiente para dar por cumplido y aplicado aquél principio; pues en realidad se aprecia que se incurre en una motivación aparente.

Tabla 20. ***Sentencia Casatoria No.4.***

(Casación No. 3767-2015 Cusco, 2016)	Corte Suprema - Sala Civil Transitoria Publicado en el Diario Oficial: *El peruano* :30 de junio de 2016
Recurrente: Edison Vargas Estrada	Demandante: Elvira Erika Cabrera Huayllani
Pretensión: Tenencia y Custodia de Menor	Decisión: Fundado en parte el recurso de Casación de vista.

DESCRIPCIÓN DEL CASO

"Que, el proceso judicial es interpuesto por Elvira Erika Cabrera Huayllani solicitando la tenencia y custodia de su menor hijo, contra Edison Vargas Estrada, con quien mantuvo una relación complicada por motivos económicos y de manejo del consumo de alcohol, y que después de interponer la demanda de cobro de alimentos tramitado ante el Juzgado de Paz Letrado de Arequipa, el demandado solicitó visitar a su hijo con fecha 26 de diciembre del 2012, a lo cual accedió a la visita, pero el demandado aprovecho en forma adversa la oportunidad para llevar al menor a la ciudad de Cusco sin su consentimiento y el demandado se negó a devolverle a su hijo, iniciándose un conflicto por la tenencia y custodia del menor del niño.

El recurrente, contesta la demanda señalando que es empleado con trabajo estable en el Hospital de Essalud de Cusco, por quince años como personal administrativo de la Red Asistencia, y que actualmente se dedica al cuidado exclusivo de su hijo, argumentando que la madre lo ha tenido en abandono económico y moral, así como el grave peligro que corre su integridad física, psicológica y moral, debido a los problemas que mantiene aquella con el progenitor de su hijo mayor, y que su niño no puede abandonar su formación educativa ya que se encuentra matriculado en la Institución Educativa Nuestra Señora del Rosario.

En la primera instancia, se declara FUNDADA la demanda interpuesta por la Madre sobre la Tenencia y Custodia del menor, siendo apelada por el recurrente, y que en Sala Superior mediante sentencia del 30 de junio del 2015, la CONFIRMA. Y como fundamentos expone que el sistema peruano ha optado por tenencia de carácter monoparental, es decir, sólo uno de los progenitores puede gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro. Asimismo, de la revisión del expediente, colige que el menor actualmente cuenta con seis años de edad y vive con su padre, pero conforme a lo manifestado por la demandante en sus diversos escritos, el demandado no le permite ver al niño, lo que es corroborado con los resultados de las diferentes pericias psicológicas y los informes sociales antes descritos, situación que se toma mucho más grave, en tanto el A-quo concedió la tenencia provisional a favor de la Madre, conforme se desprende de la resolución 41 recaída en el incidente de Expediente 183-2013, pero sin embargo, el recurrente demostró una conducta reticente a cumplir con dichos mandatos judiciales, habiendo incluso sido pasible de detención por 24

horas, quien inclusive se rehusó a dar el nombre de la institución educativa donde el menor cursa sus estudios, señalando que lo hace por seguridad, con la finalidad de que la demandante no conozca dicha información, de otro lado a fin de lograr la ejecución de la sentencia el A quo incluso llevó a cabo una diligencia de allanamiento del domicilio del demandado, sin embargo no logró hallar al niño. Se concluye entonces que quien propicia el alejamiento del mismo de su madre es el demandado; es decir asume la conducta con predisposición para impedir que la demandante se reúna con su hijo, lo que definitivamente debe tenerse en cuenta, ya que es atentatorio al bienestar del niño por afectar su estabilidad emocional." (Sic)

CONSIDERANDOS RELEVANTES

"**QUINTO.-** Como se ha establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil, celebrado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a propósito de la Casación N° 4664-2010-Puno, la naturaleza del proceso de familia es tuitiva, y se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencia del proceso civil debido a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que se imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como última ratio, lo cual guarda relación con lo establecido en el artículo X del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual el Estado no sólo debe garantizar un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes, sino que en los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos."

(…)

"SÉTIMO.- En cuanto a la tenencia del menor, como expresión de la patria potestad por la modificatoria introducida por la Ley n° 29269, del dieciséis de octubre del dos mil ocho, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes dispone que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ello, y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, siendo que de existir acuerdo, o si éste 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."

"OCTAVO.- A partir de la modificatoria antes señalada, en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de promover la tenencia compartida o coparentalidad de los menores, en la cual ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y

facultades sobre los hijos de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (…). Los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable. En ese sentido, la figura jurídica de la tenencia compartida debe entenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resalta la importancia de que el niño no sea separado de sus padres, sino cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés."

"**NOVENO.-** Siendo ello asó, se tiene que al momento de emitir la sentencia de vista, la Sala Superior indicó en su considerando décimo que (sic) 'El sistema peruano ha optado por la tenencia de carácter monoparental, es decir sólo uno de los progenitores puede gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro, siendo que de ello se desprende que al momento de emitir su fallo, lo hizo negando la posibilidad de establecer si era lo mejor para el menor que sus padres ejerzan su tenencia en forma compartida, como estaba dispuesto en mérito de la modificatoria antes señalada, con lo cual se tiene que ha emitido una sentencia con infracción normativa del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes. Sin embargo, se tiene que el Ad quem si ha ingresado al análisis de si era conveniente o no para el interés del menor el que su padre continúe ejerciendo su tenencia, aspecto que resulta también condicionante de la tenencia compartida. En ese sentido, ha concluido que a partir de las pericias psicológicas de éste (fojas doscientos veintitrés y quinientos trece) y de su progenitor (fojas doscientos sesenta y seis y quinientos siete), se evidencia que el menor presenta un apego a la figura paterna, pero con falta de estabilidad emocional por una inadecuada estimulación afectiva. Asimismo, siendo que la tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario concederla siempre que entre éstos exista – o sea probable – una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que sólo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicha colaboración no es posible por la conducta o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que podría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres. Al tenerse de autos que la conducta reiterativa del padre del menor ha sido la de privarlo deliberadamente del contacto con su madre como se tiene de su renuencia a cumplir el mandato judicial de entregar al menor, así como su poca colaboración para informar en un primer momento en qué institución educativa seguía estudios -, habiéndose incluso encontrado indicios de alienación parental en perjuicio de aquélla, este Supremo Tribunal considera que no resulta posible conceder la tenencia compartida a favor de ambos padres, por lo que la evidente inaplicación del artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes en que se ha incurrido al expedir la recurrida, si bien afecta su motivación, no es casable por

ajustarse a su parte resolutiva a derecho, como lo dispone el artículo 397 del Código Procesal Civil."

"DÉCIMO.- En cuanto a la infracción normativa del artículo 84° del Código de los Niños y Adolescente, se tiene que a partir de la modificatoria introducida por la Ley N° 29269, en adelante, se tiene que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; que el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas, siendo además que 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. Siendo así, se tiene que no se aprecia tal infracción normativa, toda vez que los criterios establecidos en dicha disposición están sujetos a ser aplicados según el interés del menor, por lo que al haberse establecido en autos que se encuentra en riesgo la estabilidad emocional del menor por la conducta de su padre, y que a su vez, resulta que su madre sí cuenta con las condiciones necesarias para asegurar su cuidado, puede el juzgados no seguir los criterio allí señalados como determinantes para fijar la tenencia. Asimismo, dada la conducta del padre del menor, señalada en el considerando anterior, resulta evidente que no garantiza el derecho de su hijo a mantener contacto con el otro progenitor, criterio que la referida disposición normativa también establece como condicionante para otorgar la tenencia, debiendo ésta por ello recaer en la demandante."

"DÉCIMO PRIMERO.- Finalmente, respecto a la causal de infracción normativa admitida excepcionalmente, de la revisión de la regulación normativa aplicable al caso, este Supremo Tribunal aprecia que pese a que las instancia de mérito determinaron una variación de la tenencia del menor a favor de su madre, no aplicaron el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual, debía ordenarse con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno, lo cual resulta relevante para el caso de autos, tomando en cuenta la edad del menor y el apego emocional que tiene con su padre, con quien ha vivido los últimos años. Así, el extremo de la parte resolutiva de la apelada que dispone que el menor sea entregado en un plazo de cinco días después de notificada la sentencia, constituye decisión que podría perjudicarlo, debiendo ser dicha variación de forma progresiva y por periodos de alternancia, aprovechando para su inicio el siguiente periodo de vacaciones escolares del año dos mil diecisiete, a fin de no interrumpir los estudios escolares del menor. Asimismo, dado que se ha fijado un régimen de visitas para el demandado, quien continuará por ello en contacto con el menor y su madre, la terapia psicológica a la que será sometido el menor debe también ser brindada a ambos padres a fin de lograr también en ellos estabilidad psicológica y emocional para garantizar el fortalecimiento del vínculo afectivo con su hijo, así como el respeto y consideración del otro

progenitor, lo que se justifica tanto por carácter excepcional de la casación concedida, como por el interés superior del menor.”
DECISIÓN “Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con los artículos 396 y 397 del Código Procesal Civil, declararon **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco; por consiguiente, **CASARON PARCIALMENTE** la sentencia de vista de fojas mil noventa y dos, de fecha treinta de junio de dos mil quince, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, sólo en el extremo que confirma que el demandado entregue al menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada de lo dispuesto en dicha resolución y la **ANULARON** sólo en ese extremo; y actuando en sede de instancia **REVOCARON PARCIALMENTE la** sentencia apelada de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero del dos mil quince, en cuanto dispone que el demandado Edison Vargas Estrada entregue al menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada de lo dispuesto en dicha resolución; y **REFORMADO** dicho extremo, dispusieron que la variación de la tenencia ordenada se efectúe en forma progresiva y con la asesoría del equipo multidisciplinario, de manera que no le produzca daño o trastorno a dicho menor y se lleve a cabo observando las consideraciones expuestas en esta resolución. Asimismo, **INTEGRARON** la recurrida, disponiendo que los Equipos Multidisciplinarios de las Cortes Superiores de Justica de Arequipa y Cusco, a través del Juzgado competente de dichas ciudades, sometan también a terapia psicológica a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani y al demandado Edison Vargas Estrada, en el número de sesiones que resulten necesarias, debiéndose informar acerca de los avances obtenidos que propenderán a lograr la estabilidad psicológica y emociona, así como el respeto y consideración hacia el otro progenitor; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial: *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los actos seguidos por Elvira Erika Cabrera Huayllani contra Edison Vargas Estrada, sobre Tenencia y Custodia de Menor, y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo”.

Fuente: Datos tomados de Diario Oficial: El peruano.

Nota:

- Se advierte que la Sala Especializada de Familia en la sentencia de vista sostuvo que nuestro sistema optó únicamente por la "tenencia monoparental" razonamiento que considera privó a los niños inmersos en este proceso judicial de aspirar al modelo de la tenencia compartida incorporada en el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes el cual fue infringido por aquél órgano jurisdiccional.

- La Sala especializada no consideró el riesgo en la estabilidad emocional en la que se encuentra la niña al tener un marcado apego por la figura paterna, máxime si éste último ejerció alienación en perjuicio de la madre, por lo que, la concesión de la tenencia exclusiva a favor de la madre no puede ser de ejecución inmediata sino progresiva y con períodos de alternancia.

- Se advierte que la presencia de indicios alienación Parental e interferencia parentales fueron un criterio determinante para que la Corte Suprema optará por confirmar la decisión de la sentencia de vista para conceder la tenencia a la madre.
- La Sala Suprema, en esta Casación, asume la posición que para que se conceda la tenencia compartida, debe existir entre los progenitores, una relación de colaboración y coordinación permanente (o al menos debe ser probable que ello ocurra), por considerar que únicamente de esa forma se garantizara que los progenitores compartan los gastos y responsabilidades de su hijo mediando un contexto armonioso; dado que, sin ese contexto ideal, no se podría llevar a cabo la tenencia compartida, debido a la conducta conflictiva de los progenitores, que colocaría en mayor riesgo la salud emocional y física de los niños, niñas y adolescentes a causa de la conducta irresponsable de sus progenitores.

Tabla 21. **Sentencia Casatoria No. 5.**

(Casación No. 3016-2015 Tacna)	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de República. Publicado en el Diario Oficial: *El peruano*, de fecha 31 de agosto de 2016
Recurrente: Michael Alexander del Carpio Carpio.	Demandante: Shirley Astrid Mendoza Ramírez
Pretensión: Tenencia y Custodia de Menor	Decisión: infundado el recurso de Casación.

DESCRIPCIÓN DEL CASO:

"Que, en el Proceso sobre Tenencia y Custodia de los menores de iniciales V.A.D.M seguido por doña Shirley Astrid Mendoza Ramírez contra don Michael Alexander del Carpio Carpio, en la primera instancia judicial fue amparada**.** La Sala Superior, mediante sentencia de vista de fecha 23 de junio de 2015, confirmó la sentencia apelada."

"El recurrente denuncia: **i) La infracción normativa de los artículos 139° inciso 5 de la Constitución Política del Perú, 50 inciso 6 y 197° del Código Procesal Civil y 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.** Alega que se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales pues la sentencias emitidas adolescente de falta de justificación externa en tanto no se ha tenido en cuenta el supuesto de tenencia compartida solicitada por el demandado, omitiendo así valorar, todas las pruebas admitidas en el proceso; señala que las instancias de mérito han valorado únicamente los informes psicológicos practicados a las partes, así como, el informe de la asistenta social; empero ha omitido valorar la transacción extrajudicial de fecha 10 de julio de 2012, en la que ambas partes acordaron que la tenencia de la menor iba a ser compartida."

CONSIDERANDOS RELEVANTES

"**Quinto.-**Procediendo al análisis de la sentencia recurrida se advierte que la Sala comienza con el examen conceptual y normativo sobre el derecho y ejercicio de la tenencia de los padres respecto de sus hijos, en los considerandos 3 y 5 procediendo luego a determinar en el caso concreto si los padres reúnen las condiciones necesarias para ejercer la tenencia, arribando a la conclusión de que el demandado no podrá ostentar la tenencia compartida de la menor, siendo más bien, la madre quien reúne las condiciones para obtener la tenencia de la menor V.A.D.M, en base a la informe psicológico No. 085-2014/PS, efectuado a la adolescente por el equipo multidisciplinario de juzgado, en el cual se concluye que la adolescente tiene una imagen débil y difusa de su padre, y es más, la imagen paterna de la niña es su abuelo materno (y no su padre biológico), a quien llama: *papá Chemo*, que ha establecido un fuerte y estable vínculo afectivo con su madre, tan es así que, la menor expresa de modo consistente su deseo de permanecer bajo la tutela de

su madre; asimismo, con el informe social No.0177-2014, respecto a la situación social y familiar de la demandante en la que se concluye que la situación sociofamiliar de la madre se muestra estable, definida y otorga las condiciones adecuadas para la formación y desarrollo de su hija; sumado a ello que la demandante cuenta con el apoyo de sus padres donde desde el nacimiento a la fecha la menor ha vivido con ellos; y además el examen psicológico No. 0134-2014/Ps.01 efectuados al padre Michael Alexander Del Carpio Carpio en el cual se recomienda que por razones exclusivamente atribuidas a sus condiciones laborales (labora en Iquitos y en sus días libres radica en Lima) el evaluado no puede por ahora ejercer la tutela de su menor hija."

"Sexto.- De lo expuesto es menester que del análisis de la sentencia cuestionada se observa que se han valorado los medios probatorios en forma conjunta y se ha efectuado apreciación razonada de los mismos, de conformidad con el artículo 197° del Código Procesal Civil. Asimismo, se advierte una exposición lógica, razonada y suficiente de los fundamentos fácticos y jurídicos en mérito de los cuales el órgano de fallo resolvió la controversia; que, siendo ello así, no se advierte que se haya trasgredido el principio de motivación de las resoluciones judiciales, contenida en el artículo 139° inciso 3 y 5 de la Constitución Política del Perú como erradamente sostiene la impugnante**."**

"Séptimo. Es pertinente precisar que la existencia de un acuerdo extrajudicial no limita la posibilidad per sé de la potestad del padre o de la madre que no ostenta la tenencia de su hijo de acudir a la vía judicial hecho que será evaluado por el juez; que si bien la tenencia compartida es facultativa, ello es siempre y cuando el juez advierta que ella incidirá positivamente en el desarrollo integral de la adolescente. En el presente caso el Ad quem sustenta su decisión de amparar la demanda y por ende que no procede la tenencia compartida; en virtud del propio sentir y deseo de la adolescente , cuya opinión debe ser tenida en cuenta de conformidad con el artículo 12 de la convención sobre los derechos del niño en concordancia con los artículos 9 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes y por el hecho de que el demandado no reúne las condiciones para ejercer la tenencia pues el demandado labora en Iquitos y en sus días de descanso viene a la capital de Lima, en tanto, la adolescente radica en Tacna; sustento que constituye la ratio deciden di de la resolución recurrida."

DECISIÓN

"Declararon **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por el demandado Michael Alexander Del Carpio Carpio de fojas trescientos diez; en consecuencia, NO CASARON la sentencia de fecha 23 de junio de 2015, que declara fundada con los demás que contiene. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano".

Fuente: Datos tomados de Diario Oficial: El peruano.

Nota:

- La Sala Suprema sustentó su decisión de no conceder la tenencia compartida básicamente en las condiciones laborales del progenitor quien labora en Iquitos y sus días libres reside en la ciudad de Lima. En que la adolescente indicó su deseo de continuar bajo la tutela de su progenitora; además que tiene una idea débil y difusa del padre pues su figura paterna lo asumió su abuelo materno. En ese sentido, nuevamente consideramos que la figura de la tenencia compartida sólo es entendida desde el plano del contacto físico y cohabitación entre padres e hijos; sin embargo, queda de lado el extremo de la participación directa en los otros aspectos de la vida de sus hijos.

- La postura del Tribunal Supremo nos hace cuestionarnos si la tenencia compartida sólo puede ser dictada cuando ambos padres residan en un mismo lugar; o es el caso, que la tenencia compartida tiene como naturaleza el que deba acomodarse al estilo de vida de ambos progenitores y de sus hijos; en ese caso, consideramos que la justificación realizada por la Sala Suprema no ha sido debidamente motivada al no haber señalado porqué es contrario a su interés superior de la adolescente el que se dicte la tenencia compartida.

- Tampoco se ha considerado que la adolescente actualmente tiene una débil relación con su progenitor; por lo que, requiere tener el mayor contacto y participación en su vida a efecto de lograr un mayor fortalecimiento de su vínculo. El razonamiento no puede ser en el sentido que como su relación es débil debe mantenerse de esa forma sino debe buscarse fomentar el fortalecimiento de sus relaciones parentales salvo que esa finalidad sea contrario a su Interés Superior.

Tabla 22. **Sentencia Casatoria No. 6**

(Casación No. 2309-2015 Lima Sur)	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de República. Publicado en el Diario Oficial: *El peruano,* de fecha 28 de febrero de 2017
Recurrente: María Kathia Reinoso Mogrovejo	Demandado: Carlos Enrique Pérez Medina.
Pretensión: Tenencia y Custodia de Menor	Decisión: fundado el recurso de Casación.

DESCRIPCIÓN DEL CASO:

"Que, en el Proceso sobre Tenencia y Custodia de los menores de iniciales C.A.P.R, M.A.P.R y M.F.P.R seguido por doña María Kathia Reinoso Mogrovejo contra don Carlos Enrique Pérez Medina, en la primera instancia judicial fue amparada.

La Sala Superior, mediante sentencia de vista de fecha 15 de mayo de 2015, revocó la sentencia apelada, reformándolo declaró fundada en parte, estableciendo la tenencia compartida a favor de ambos padres.

La recurrente denuncia: A) **La infracción normativa del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes**. La recurrente arguye, que la Sala no ha considerado que no ha corroborado el estado de los menores hijos de la actora, quienes se encuentran felices y a gusto con su madre, asimismo, señala que son los padres quienes son los que toman las decisiones y que no que la abuela y la tía participen de la tenencia compartida; con lo que la Sala ha vulnerado el derecho a la integridad física y mental, el derecho a la educación de los tres menores al dejar a los niños por tres días al cuidado de la abuela, quien tiene un estado de salud débil, camina con bastón de cadera y la tía que tiene dos hijos adicionales; pese a que a la actora tiene bajo cuidado a sus hijos, bien educados y siguiendo lo establecido por el juez de familia. Precisa que, en este extremo debe tener en cuenta el artículo 9.3 de la convención sobre los derechos del niño ratificado por el Perú; según el cual el niño que este separado de uno de los padres tiene derecho a mantener relaciones personales con él, salvo si ello es contrario al interés del niño. B) **vulneración de las normas del debido proceso e infracción normativa del artículo 197° del Código Procesal Civil.** La recurrente argumenta, que la sentencia de vista no ha fundamentado los argumentos por los que se considera que debe tener tenencia compartida, la cual no guarda relación con la actual convivencia de la madre con sus tres hijos, sin haber solicitado las visitas por parte del padre y las terapias psicológicas que se llevan a cabo por parte de los menores con su madre, desde febrero de 2015 y las firmas de conformidad que acreditan que el padre lo recoge con externamiento; disponiéndose una tenencia compartida sin tener en cuenta la situación actual de los tres menores, que

viven con la madre con quien con un cariño natural les imparte la educación y cuidado que merecen sin perjudicar las visitas con externamiento que realiza el padre los días viernes, que es el único día que se encuentra libre. Acota que, la Sala de manera contradictoria indica que los padres deben compartir la tenencia sin que ningún padre quede periférico respecto de la crianza, sin embargo, se contradice al indicar que la madre puede visitar a los menores los días lunes, martes y miércoles sin externamiento; lo que perjudica a los menores quienes no saben los motivos de tantos cambios. Acota que la sentencia no se encuentra debidamente motivada al no haberse expresado la explicación, justificación y argumentación para adoptar una tenencia compartida. De todo lo cual se concluye que la Sala no ha realizado una valoración conjunta de la prueba aportada, contraviniendo lo dispuesto en la norma denunciada. C) **Apartamiento inmotivados del tercer pleno casatorio civil.** Dado que, la Sala no ha tenido en cuenta el efecto vinculante del mencionado pleno, referente al criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción."

CONSIDERANDOS RELEVANTES

"4.9.- En ese sentido, se observa que el interés superior de niño constituye el punto de referencia para la dilucidación del presente caso, por lo que, este Supremo Tribunal considera que dicho principio implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; más aún, si el preámbulo de la convención sobre los derechos del niño, señala que este requiere de cuidados especiales, debiendo matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño, en los procedimientos que se le siga, en la determinación de sus derechos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior."

"4.10. Así, como del examen de autos se advierte que el Colegiado Superior no tomó en cuenta los siguientes factores: (i) Los menores son cuidados y atendidos por familiares, no teniendo comunicación con su progenitor por periodos prolongados de tiempo, lo que se corrobora con el Protocolo de Pericia Psicológica No. 000035-2014-PSC, realizado al menor C. A. P.R, quien señala respecto al demandado " (…) Mi papá llega a las 12 de la noche o 1 de la mañana, yo no lo veo, pero sale a las 11 de la mañana, los sábados y domingos también es así, cuando mi papá tenga sus vacaciones nos vamos a ir a la playa, tampoco lo veo porque estoy en el Colegio, a mí me cuida mi tía los jueves llega a la 1p.m" y el Protocolo de Pericia Psicológica No.000036-2014-PSV, practicado al niño M.A.P.R, Que manifiesta: " (…) Yo extraño a mi mamá porque ella viene de otra casa… yo lo extraño a mi papá porque llega de noche …". (ii) Asimismo, de la referencial brindada por el hijo mayor de los justiciables, durante la continuación de audiencia única del 18 de febrero de 2014, señaló que el horario de su progenitor era: "Desde las 11 de la noche

hasta las 12 de la noche con excepción del día jueves que era desde las 6 de la mañana hasta las 12 del meridiano". (iii) Los protocolos de pericia psicológica No.000035-2014-PSC, No. 000036-2014-PSC y 000060-2014-PSC, practicados a los menores concluyen que: "Clínicamente no se evidencia indicadores de afectación emocional compatibles a maltratos psicológicos (por parte de sus progenitores)", precisando que existe "identificación con ambas figuras paternas"; y que, "no se encuentran indicadores de síndrome de alienación parental". (iv). De los informes sociales No. 05-2014-EM-TS-3JTF-SJM, No.08-2014-EM-TS-2JTF-SJM, emitidos por la trabajadora social del equipo multidisciplinario practicado tanto a la demandante como al demandado, respectivamente, se determinó que la impugnante cuenta con dos dormitorios uno especialmente para los niños, mientras que el emplazado no cuenta con un ambiente separado sino comparten habitación, así como, sus hijos mellizos (M. A y M.F), duermen con su abuela paterna, mientras que el hijo mayor (C.A) duerme con su padre; aspectos que sí fueron merituados por el juzgado de primera instancia."

"4.11. Por lo que, estando a lo expuesto precedentemente se acredita que si bien ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones favorables para ejercer la tenencia de los menores, sin embargo, no se puede dejar de advertir que el tiempo del padre se ve limitado por su trabajo, lo cual no le permite prestarle un mayor nivel afectivo a sus hijos, y de cuidado inmediato, menos atender personalmente, sus necesidades educativas y de formación, que han sido asumidas por familiares del citado demandado, mientras que la madres dispone del tiempo necesario para cubrir tales necesidades de manera personal, brindándoles seguridad, asistencia y protección, y de esta manera asegurar el desarrollo integral de los menores."

4.12. Ello, además se encuentra respaldado en lo señalado en el Protocolo de Pericia Psicológica No. 000365-2014-PSC-VF, realizado a la demandante en el cual se especifica que, : "(…), la examinada presenta un vínculo afectivo desarrollado con sus hijos, se preocupa por ellos y su bienestar, ejerce su rol materno en forma positiva, cuidando brindarles seguridad, asistencia, y protección. Reconoce en cada uno de ellos sus características individuales y denota esfuerzo por mantener el trato estrecho con los mismos a pesar de las circunstancias actuales, y en voluntad de los menores, en virtud de lo establecido por los artículos 81° y 85° del Código de los Niños y Adolescentes, quienes no han manifestado rechazo alguno a la madre, por el contrario también ha demostrado apego hacía su progenitora conforme así se aprecia de las declaraciones brindadas por estos, a folios ochenta a ochenta y uno".

4.13. "En consecuencia, advirtiéndose vulneración de las causales denunciadas, corresponde estimar el recurso de casación de conformidad con el artículo 396° del Código Procesal Civil."

DECISIÓN

"Declararon **FUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por María Kathia Reinosos Mogrovejo de fojas cuatrocientos diecinueve; en consecuencia, NULA la sentencia de vista de fecha quince de mayo de dos mil quince, actuando en sede de instancia. **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fecha diez de octubre del dos mil catorce, y dispuso que la tenencia y custodia de los menores sea ejercida por su madre Maria Kathia Reinoso Mogrovejo, con lo que contiene. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial: *El Peruano*".

Fuente: Datos tomados de Diario Oficial: El peruano.

Nota

- Se advierte que el elemento determinante para conceder la tenencia monoparental a favor de la madre se basa únicamente en el tiempo que le demanda al progenitor su trabajo, reconociendo que el progenitor cuenta con las calidades personales para ejercer la tenencia de sus hijos quienes además se encuentran identificados afectivamente con sus dos padres.

- La sentencia casatoria analizada no ha explicado de forma pormenorizada porqué la tenencia compartida no es conforme al principio del interés superior de los niños en el caso en concreto; o porqué el tener escaso tiempo imposibilita el que se pueda conceder la tenencia compartida; o en todo caso, porqué la tenencia monoparental de la madre satisface mejor el interés de los niños frente a un tenencia compartida.
- La postura del Tribunal Supremo nos hace cuestionarnos si la tenencia compartida sólo puede ser dictada cuando ambos padres cuenten con un amplio margen de tiempo; o es el caso, que la tenencia compartida tiene como naturaleza el que deba acomodarse al ritmo de vida de ambos progenitores y de sus menores hijos; en ese caso, consideramos que la justificación realizada por la Sala Suprema no ha sido debidamente motivada.

Tabla 23. **Sentencia casatoria No.7.**

(Casación No. 2796-2017 Lambayeque)	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de República. Publicado en el Diario Oficial: *El peruano* de fecha 03 de enero de 2018.
Recurrente: Jorge Enrique Rentería Ayudante	Demandada: Ana Esther Magallanes Dagnino
Pretensión: Tenencia y Custodia de Menor	Decisión: improcedente el recurso de Casación.

DESCRIPCIÓN DEL CASO:

"Que, en el Proceso sobre Tenencia y Custodia de las menores de iniciales A.V.R.M, L.M.R.M y L.C.R.M seguido por don Jorge Enrique Renteria Ayudante contra doña Ana Esther Magallanes Dagnino, en la primera instancia judicial fue declarada infundada**.** La Primera Sala Superior Civil de la Corte Superior de Lambayeque, entre otras disposiciones, confirmó la sentencia apelada. El recurrente denuncia: **i) La infracción normativa de los artículos 3 inciso 1), 9 inciso 1), 3), 12 inciso 1) 2), 27 inciso 1 de la Convención sobre los derechos del niño, infracción normativa de los artículos 289° y 290° del Código civil e infracción normativa IX del Título Preliminar del primer y tercer párrafo del artículo 8, último párrafo del artículo 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes .** Se fundamenta dichas infracciones en los términos siguientes: 1.- En todas las medidas concernientes a los niños, los tribunales deben dar una consideración especial al interés superior del niño (artículo 3 inciso 1); que los estados partes velaran por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, siendo necesaria esta determinación sólo en aquellos casos en que el niño sea objeto de maltrato, descuido por parte de sus padres, o cuando estos vivan separados y deban adoptar una decisión acerca del lugar de residencia de niño, remarcándose que se debe respetar el derecho de niño que este separado de uno o ambos padres a mantener sus relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular salvo si ello es contrario al interés superior de niño. (Artículo 9 inciso 1y3); que los estados partes garantizan al niño que está en condiciones de formarse un juicio propio de derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten debiéndose tener en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez, dándose en particular la oportunidad al niño de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte (artículo 12 inciso 1 y 2). Que lo estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. (artículo 27); **.2.-** "La sentencia recurrida ha omitido aplicar al caso concreto que nos ocupa las normas de la convención señaladas en el ordinal ut supra", esto es, los artículos 3 inciso 1),9), 3), 12 inciso 1), 2) y 27 inciso 1 de la Convención

Sobre los Derechos del Niño, en adelante: La convención y que << solo se ha cumplido con mencionar las normas pertinentes de la convención>>; **3**.- Durante el proceso quedo probado: **a)** Que, demandante y demandada han procreado a sus tres menores hijas dentro de una relación de convivencia; b) que la demandada trasladó ilícitamente a sus tres menores hijas a la ciudad de Ica; c) Que, las menores llegaron muy pequeñitas a Chiclayo y que en esa ciudad estuvieron viviendo y estudiando hasta antes de ser llevadas a Ica; d) Que, el demandante labora desde hace varios años en Essalud, en Chiclayo donde radica permanentemente; e) que la demandada no labora en la ciudad de Ica, viviendo en casa alquilada y que atiende sus necesidades de sus tres hijas con la pensión alimenticia que el demandante les pasa; y,f) Que, la demandada traslado con dolo delictuoso a sus tres menores hijas a la ciudad de Ica con el único propósito de alejarlas del recurrente e impedir el contacto entre padre e hijas."

CONSIDERANDOS RELEVANTES:

(…)

"Octavo.- Examinando el recurso de casación tenemos que el recurrente indica que se ha incurrido en infracción a los artículos 3 inciso 1), 9 inciso 1), 3), 12 incisos 1), 2), 27 inciso 1) de la convención sobre los derechos del niño (en adelante: La convención); sin embargo, la descripción de dicha infracción no se efectuó con claridad y precisión, conforme lo requiere 388° inciso 2 del Código Procesal Civil, puesto que, por un lado se argumenta su no aplicación para la resolución de la controversia, por otro lado, se señala que si fueran aplicadas aunque de manera inmotivada, y finalmente se manifiesta una discrepancia con la interpretación y aplicación realizada en la sentencia de vista impugnada al momento de apreciar los hechos que sustentaron la pretensión demandada y su contradicción. En efecto, el recurrente inicialmente alega en el recurso de casación que los citados artículos de la convención no fueron aplicadas para resolver la controversia – supuesto de inaplicación de la norma- para seguidamente afirmar que solo se cumplió con mencionarlos- supuesto de aplicación inmotivada de la norma-, apreciándose finalmente del tenor del recurso que el recurrente cuestiona la forma cómo la Sala Superior había entendido y aplicado el principio del interés superior del niño, esto es un principio materia de varias de las disposiciones de la Convención a que hemos hecho referencia postura que contradice los supuestos de inaplicación o de aplicación inmotivada de la norma que invocó previamente evidenciándose su discrepancia con la interpretación que de dichos artículos se habría realizado sin señalarse cuál es la interpretación jurídica errónea que habría efectuado por la Sala Superior puesto que solo se sustenta tal cuestionamiento que se ha desestimado la demanda de tenencia compartida que planteó y que se han apreciado equívocamente los hechos."

"**Noveno.-**En cuanto a los artículos 289° y 290° del Código civil que de acuerdo al recurrente han sido inaplicados debe señalarse que dichas disposiciones regulan

respectivamente el deber de cohabitación y el deber y derecho de igualdad en el hogar conyugal que corresponde a los cónyuges, esto es, se procura la aplicación de normas que regulan las relaciones personales entre cónyuges (civilmente casados), para resolver una pretensión de tenencia compartida respecto a tres menores de edad nacida en una relación convivencia de facto cuyo reconocimiento jurídico no ha sido declarado judicialmente; por lo que, en estas circunstancias no se advierte que la alegada inaplicación tenga incidencia directa en la decisión cuestionada, puesto que, no se está discutiendo aspectos referentes a la relación entre cónyuges o convivientes, sino la tenencia compartida de sus menores hijas, por lo que, no se cumple con la exigencia del artículo 388 inciso 3 del código procesal civil."

"**Décimo.-** Con relación a la infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del primer y tercer párrafo del artículo 8° del último párrafo del artículo 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes, nuevamente se incumple con el requisito de procedencia de artículo 388° inciso 2 del Código Procesal Civil, que exige describir la infracción normativa con claridad y precisión; en efecto, no es suficiente que se señale que no se encuentra conforme con la aplicación o interpretación de una norma. Sobre este punto tenemos que el recurrente afirma que se trata de artículos que debían ser aplicados para la resolución de la controversia pero que la sala no los aplicó correctamente esto es, se refiere a un supuesto de interpretación errónea, empero no se indica cuál es esa interpretación errónea que ha tenido en cuenta la Sala Superior para resolver la controversia; los argumentos planteados giran en torno a cuestionamiento a la valoración de la prueba y de los hechos conforme a los cuales la sentencia de instancia se optó por mantener la tenencia de hecho viene ejerciendo la demandada madre de las menores, por considerarla más adecuado en aras de tutelar el principio del interés superior del niño, ante la dificultad de llevar adelante una tutela compartida cuando el padre demandante de las niñas domicilia en ciudades distantes (Chiclayo e Ica, respectivamente) y la necesidad de brindar un tratamiento psicológico previo a las menores para restablecer la relación de las hijas con el padre, por estos, fundamentos declararon improcedente el recurso de casación interpuesto por el demandante Jorge Enrique Renteria Ayudante (folios 443). Contra la sentencia de vista contenida en la Resolución No. 34 de fecha 09 mayo de 2017. (Folios 428) expedida por la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque."

DECISIÓN

"Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de Casación interpuesto por el demandante Jorge Enrique Renteria Ayudante de folios cuatrocientos cuarenta y tres; contra la sentencia de vista contenida en la Resolución No. 34 de fecha 09 mayo de 2017, expedida por la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de

Lambayeque. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano”

Fuente: Datos tomados de Diario Oficial: El peruano.

Nota

En el presente caso nuevamente se advierte que el Tribunal Supremo es de la postura de que la tenencia compartida no resulta viable cuando los progenitores residen en diferentes departamentos. En ese sentido, corroboramos que la tenencia compartida únicamente es entendida en el sentido de contacto físico y cohabitación entre los padres e hijos, dejando de lado, el aspecto de la toma de decisiones conjuntas respecto a los principales aspectos de la vida de los hijos; así como, en la participación activa en la vida de aquellos.

Tabla 24. **Sentencia casatoria No. 8.**

(Casación No. 3449-2017 Lima)	Corte Suprema - Sala Civil Transitoria Publicado en el Diario Oficial: El *peruano, de fecha* 30 de julio de 2018.
Recurrente: Sasha Daniel Cuellar Tello	Demandada: Silvia Luisa Rivero Rada
Pretensión: Tenencia y Custodia compartida de Menor	Decisión : Improcedente el recurso de Casación.

DESCRIPCIÓN DEL CASO

"Que, el recurrente Sasha Daniel Cuellar Tello interpone demanda de tenencia y custodia compartida de su hija, y que en primera instancia judicial es declarado **infundada** y se le fija el régimen de visitas a su favor. Frente aquella decisión el accionante interpone recurso de apelación, la Primera Sala Especializada de Familia **confirma** la sentencia apelada con fecha dieciséis de marzo de dos mil diecisiete, a consecuencia de ello, decide interponer el recurso de casación y denuncia la siguiente causal: a**) Infracción normativa de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.** Refiere que, la Sala Superior no valoró en forma correcta las pruebas que presentó, con las que acreditan que la demandada miente y/o oculta información sobre el bienestar físico y mental de la menor, habiendo desestimado la pericia psicológica de la niña. Asimismo, no se consideró que desde marzo del año 2016, la demandada interrumpió sin causa alguna su régimen de visitas, siendo la División Nacional de Criminalística quien precisó que la nueva dirección de la menor estaría en el distrito de Comas, al haber variado de domicilio la madre. **b) Infracción normativa de los artículos 3, 4, 6, 8, 83, 84 y 175 del Código de los Niños y Adolescentes.** Alega que, la menor le fue arrebatada por su progenitora sin causa razonable, habiendo acreditado en el proceso que permaneció mayor tiempo en su poder; sin embargo, las instancias correspondientes precisaron que ello eran puntos de vista subjetivos, demostrando parcialidad con la parte demandada. Agrega que, existen actos de violencia por parte de la demandada y sus familiares, los cuales se encuentran acreditados con las garantías personales que le otorgaron tanto a él como a la menor, a lo que se debe agregar que la abuela materna fue sentenciada en el Juzgado de Paz por agredir físicamente a su hermana habiendo la Sala Superior descalificado tales pruebas. Precisa que, "el Ad quem confunde los peligros que podría sufrir la menor al tener un padrastro, los riesgos que podrían devenir en su condición de menor de edad y de ser mujercita, con las condiciones económicas en que vive la madre, no salvaguardando el interés primordial de la menor y desconociendo la implicancia del principio del interés superior del niño, amparados en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes"

CONSIDERANDOS RELEVANTES

"(…) **Sexto**.- Tratándose de un proceso de tenencia y custodia, se debe tener en cuenta que nuestra legislación en materia de Familia establece que ante la ruptura de la relación entre los padres y la falta de acuerdo entre ellos, corresponde al Estado a través de los Órganos Jurisdiccionales fijar la custodia y régimen de visitas. Ello en atención al principio de protección especial e interés superior del niño, reconocidos en diversas normas de carácter nacional como internacional, tal es el caso del Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 25 .2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y, en el artículo 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como el artículo 4 de la Constitución Política del Estado y el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes por el que se establece que los menores deben desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto, sin que ello signifique impedir al menor que mantenga relaciones personales y de contacto directo con los padres."

"Sétimo.- Por tanto, las causales indicadas en los **acápites a) y b),** deben ser rechazadas, pues los fundamentos que las sostienen, resultan ser una exposición de hechos y cuestiones de probanza a fi n de hacer variar el juicio de valor obtenido de ellas y orientados a sustentar lo demandado por el casacionista, sin considerar que esta clase de alegaciones no pueden ser materia de análisis en sede casatoria donde se verifica la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto; ni juzgar los motivos que permitieron formar convicción en la Sala de mérito, la cual determinó, que del resultado de las evaluaciones psicológicas y sociales no se evidencian elementos que permitan concluir que la menor no deba continuar viviendo en el entorno materno, habiéndose prescindido de la pericia psicológica por la edad que en aquel momento ostentaba la niña, razones por las cuales confirmaron la sentencia apelada, por ser lo que más le favorecía a la niña, más aún si en la actualidad la relación materno filial se ha afianzado, por lo que se le otorgó la tenencia a la progenitora con quien vive desde el año 2014."

"Octavo.- De las conclusiones precisadas en el Parte Nº 1142-16-DIRINCRI/PNP- DIVIBPD-DCF-1 (fojas 851) se estableció que la menor reportada como desaparecida el 20 de marzo de 2016, había permanecido junto a su progenitora Silvia Luisa Rivero Rada, en el inmueble ubicado en el Jirón Zorritos número 1399, Bloque Nº 49 Departamento de 102- Cercado de Lima, hasta la quincena del mes de mayo de 2016, en que se dirige al inmueble sito en la Avenida 378 Km 11 – Comas, esto es, que al momento que el demandante denunció la supuesta desaparición de su hija, ella se encontraba en el inmueble donde ser practicó el informe social."

" **Noveno**.- En consecuencia, no habiéndose incurrido en vulneración de derecho o garantía alguna, o que se hayan infringido normas de derecho material o procesal, es de

estimar como no cumplidos los requisitos exigidos en los incisos 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley Nº 29364, aplicable supletoriamente, para hacer operante este medio impugnatorio, por lo que se debe proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 392 del acotado Código Procesal.”
DECISIÓN **“IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto el recurso de casación interpuesto el demandante Sasha Daniel Cuéllar Tello (folios 1004), contra la resolución de vista del 16 de marzo de 2017 (folios 902); **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial: El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Sasha Daniel Cuellar Tello con Silvia Luisa Rivero Rada, sobre tenencia y custodia. Conforma la Sala el Juez Supremo señor Torres Ventocilla, por vacaciones de la Jueza Suprema señora Huamaní Llamas. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **del Carpio Rodríguez.-** SS. TÁVARA CÓRDOVA, DEL CARPIO RODRÍGUEZ, CALDERÓN PUERTAS, SÁNCHEZ MELGAREJO, CÉSPEDES CABALA”

Fuente: Datos tomados de Diario Oficial: El peruano.

Nota:

De la lectura de la Casación materia de análisis se advierte que el Tribunal Supremo señala para sustentar su decisión de que las evaluaciones psicológicas y sociales practicados a la demandada no se evidencian elementos que permitan concluir que la menor no deba continuar viviendo en el entorno materno; sin embargo, no se advirtió que la pretensión demandada es la “tenencia compartida”; en ese sentido, el que la actividad probatoria sea favorable para un progenitor no excluye que también el otro progenitor tenga la condiciones para ejercer la tenencia; en ese caso, se tendría que analizar y buscar la compatibilidad de ambos estilos de vida conjuntamente con la de su menor hija; o en su caso, explicar los motivos por los que considera que no es conforme al Principio del Interés Superior del Niño el que no se estime la demanda interpuesta.

CAPITULO IV:
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

4.1 Análisis e interpretación del problema planteado

4.1.1. Consolidado de resultados de la técnica de entrevista semi-estructurada:

PREGUNTA 1): Frente a la problemática identificada, hemos formulado una propuesta de solución, la cual consiste en establecer pautas para una adecuada motivación y fundamentación de las sentencias judiciales en materia de tenencia compartida, las cuales serían reguladas mediante resolución u plenario o ley. ¿Considera que es una solución eficiente?

Tabla 25. **Resultado de las respuestas a la pregunta No.1.**

Consolidado de resultado.	Opinión	Motivo de su postura
5 de 8 entrevistados expertos	Desacuerdo con la propuesta	▪ 1 experto señaló que el desuso de esta figura jurídica únicamente obedece a su falta de difusión. ▪ 1 experto opinó que la deficiencia en la motivación es de carácter procesal que será subsanada previó uso de un medio impugnatorio lo que tornaría inoficioso la propuesta formulad ▪ 1 experto señaló que es inoficiosa en tanto que, el Tribunal Constitucional desarrolló los estándares para una debida motivación en el "Caso Llamoja" ▪ 2, expertos indicaron que es innecesaria en tanto que el Principio del Interés Superior del niño y la Observación General No.14 del Comité sobre los derechos del niño establecen una exigencia de motivación donde se evalúen todos los elementos que rodea al niño.
3 de 8 entrevistados expertos	Conforme con la propuesta.	▪ 1 experto Sugirió que los jueces sean protagonistas en las propuestas de soluciones que se brinden para que se logre una adecuada motivación y fundamentación de las sentencias judiciales. ▪ 2 expertos indicaron que es necesario en tanto el escaso desarrollo jurisprudencial en derecho de familia, pues los criterios orientadores que se establezcan permitirá afianzar y reformar el derecho de los niños, niñas o adolescentes pues cada caso es particular. ▪

Fuente: Elaboración propia.

PREGUNTA 2): De la revisión de la jurisprudencia nacional en materia de familia respecto a la tenencia compartida, hemos advertido que la mayoría no son cumplidas debido a diversos factores: internos (imprecisión en la parte resolutiva, fundamentación deficiente) como externos (falta de voluntad de los justiciables). Respecto a los factores internos, ¿ello derivaría en una deficiente motivación? ¿Se estaría vulnerando el derecho a la debida motivación, así como a la tutela judicial efectiva?

Tabla 26. **Resultado de las respuestas a la pregunta No.2.**

Consolidado de resultado.	**Opinión**	**Motivo de su postura**
7 de 8 entrevistados expertos	De acuerdo con la interrogante.	Efectivamente los factores internos ocasionarían una vulneración al derecho a la motivación de resoluciones judiciales
3 de 8 entrevistados	De acuerdo con que la falta de voluntad de los justiciables es un factor externo.	▪ Posibilita la utilización de apercibimientos; pero considera que debe ser usado con ponderación. Sí es continuo perjudicaría la relación familiar y haría más difícil resolver el conflicto familiar. ▪ Para superar ese factor externo, lo importante es lograr que los progenitores se sensibilicen frente al interés y bienestar del niño, deben desprenderse de sus interés de pareja y particulares para asumir el interés de padre que es la de su hijo. ▪ Consideran que los jueces no son creativos ni se comprometen con la ejecución de su decisión, no consideran que la vida del niño es dinámica y requiere una constante capacidad de adaptación y extraer el sentido mismo de la decisión para hacerlo ejecutable no quedarse en la formalidad de la palabras.

Fuente: Elaboración propia.

PREGUNTA 3) Un amplio sector de la doctrina nacional y comparada sostiene que la tenencia compartida es una figura jurídica que satisface en mejor modo el "principio del interés superior del niño", ¿Cuál es su opinión al respecto y cómo comprende la figura jurídica de la 'tenencia compartida'?.

Tabla 27. **Resultado de las respuestas a la pregunta No.3.**

Consolidado de resultado.	**Opinión**	**Motivo de su postura**
7 de 8 entrevistados expertos	De acuerdo con la interrogante.	▪ 6 entrevistados acotaron que el éxito de la tenencia compartida está supeditado a la existencia de una relación cordial entre los progenitores que en esa circunstancia se satisficiera el interés superior del niño. ▪ 1 experta reconoció plenamente que figura jurídica garantiza mejor el principio del interés superior del niño sin condicionamientos.
3 de 8 entrevistados	De acuerdo con que la falta de voluntad de los justiciables es un factor externo.	▪ Posibilita la utilización de apercibimientos; pero considera que debe ser usado con ponderación. Sí es continuo perjudicaría la relación familiar y haría más difícil resolver el conflicto familiar. ▪ Para superar ese factor externo, lo importante es lograr que los progenitores se sensibilicen frente al interés y bienestar del niño, deben desprenderse de sus interés de pareja y particulares para asumir el interés de padre que es la de su hijo. ▪ Consideran que los jueces no son creativos ni se comprometen con la ejecución de su decisión, no consideran que la vida del niño es dinámica y requiere una constante capacidad de adaptación y extraer el sentido mismo de la decisión para hacerlo ejecutable no

		quedarse en la formalidad de la palabras.

Fuente: Elaboración propia.

PREGUNTA 4: La tenencia compartida también puede ser dictada por el Juez de oficio conforme al artículo 81° del CNA. ¿Cuáles cree que sean los motivos por los que los jueces de familia no hacen uso de esa facultad?

Tabla 28. **Resultados de las respuestas a la pregunta No. 4.**

Consolidado de resultado.	**Opinión**	**Motivo de su postura**
8 de 8 entrevistados expertos	De acuerdo con que los jueces tienen la facultad de dictar de oficio la tenencia compartida	▪ 6 expertos coincidieron en señalar que uno de los motivos por los cuales no se dicta la tenencia compartida obedece al ánimo litigioso, rivalidad o falta de voluntad de conciliar de los progenitores (discriminación de género y escasez de tiempo para promover la conciliación). ▪ 2 expertos opinaron que no se hace uso de esa facultad debido a que los jueces tienen una concepción civilista del proceso y tienen temor a incurrir en una sentencia extra petita. Sin embargo, ambas coinciden que el marco del derecho de familia se encontrarían habilitados para expedir una sentencia de tenencia compartida de oficio. ▪ 1 opinó que no se hace uso de esa figura jurídica de oficio debido a la ausencia de medios probatorios que respalden a la tenencia compartida como lo más beneficioso para el niño, niña o adolescente.

Fuente: Elaboración propia.

PREGUNTA 5: ¿Usted considera que al amparo de artículo 81° del Código del Niño y del Adolescente, que da la facultad a los jueces de familia de poder disponer una tenencia compartida siempre y cuando sea conforme al interés superior del niño, ello facultaría que en todos los procesos judiciales de tenencia se debería establecer como un punto controvertido adicional el que se dicte una tenencia compartida; ¿es decir, como un punto controvertido de oficio?

Tabla 29. **Resultados de las respuestas a la pregunta No.5.**

Consolidado de resultado.	**Opinión**	**Motivo de su postura**
8 de 8 entrevistados expertos	De acuerdo con la interrogante.	▪ 2 Magistrados coincidieron en señalar que uno de los motivos por los cuales no se dicta de oficio la tenencia compartida es porque no existe una relación cordial entre los progenitores pues sólo funciona cuando los progenitores llegan a acuerdos. ▪ 1 experto indicó que no lo usan porque se requiere tiempo para que los progenitores concilien; es precisamente, eso lo que los disuade para proponerlo como fórmula conciliatoria. ▪ 1 experto opinó que no lo fijan en tanto las partes no lo solicitan y debido a la ausencia de medios probatorios que generen esa necesidad. ▪ 1 experta afirmó que no lo fijan en tanto tienen una concepción civilista del proceso de familia. ▪ 1 Fiscal superior de familia opinó que el artículo 81° del CNA, faculta a los jueces de familia a incorporar de oficio el punto controvertido relacionado a la tenencia compartida pues aquella establece el marco sobre el cual se deberá pronunciar al momento de expedir la sentencia. ▪ 1 Experto señaló que para fijarlo debe evaluar el caso en concreto.

Fuente: Elaboración propia.

PREGUNTA 6: Una de las propuestas que se efectúa en relación a esta tesis es establecer un dispositivo legal a través del cual se determine como regla la tenencia compartida y sea excepcional la tenencia monoparental previa debida motivación y acreditación de causas que justifiquen como maltrato físico, trato negligente; entre otros ¿Usted Considera que es una solución eficiente para promover la tenencia compartida o está bien como ahora está regulada?

Tabla 30. **Resultados de la respuestas a la pregunta No. 6.**

Consolidado de resultado.	**Opinión**	**Motivo de su postura**
1 de 8 entrevistados expertos	Conforme con la interrogante.	La experta señaló que es una fórmula legal que orienta a que el niño no rompa su estructura de familia, con sus dos raíces de padre y madre; ya que la tenencia monoparental solo orienta a que el niño esté ligado sólo con la familia del padre o madre que ejerce la tenencia.
7 de 8 entrevistados expertos	Desacuerdo con la propuesta	▪ 5 expertos señalaron que al ser los progenitores personas conflictivas y que no arriban a acuerdos, no son aptas para ejecutar la tenencia compartida; pues previamente se requiere que los justiciables cambien en su idiosincrasia, mejoren su formación en valores, educación y respeto para que funcione esta clase de tenencia. ▪ 1 experto opinó que es inoficiosa en tanto que en virtud del principio de interés superior del niño se puede aplicar; ▪ 1 experto señaló que la tenencia compartida ya está incorporada en la legislación pero sí sería oportuno desarrollarla y precisarla normativamente. ▪ 1 Experto señaló que su postura obedece a que no conoce estudios científicos que respalden de que la tenencia compartida sea los mejor para el niño, niña o adolescente; agrega que es una opción que debe partir de las propias partes y de los medios probatorios que obren en los procesos judiciales ▪

Fuente: Elaboración propia.

4.1.2 Interpretación de resultados de la técnica de entrevista semi estructuradas:

De las respuestas brindadas por los expertos se advierte que lo más relevantes son las siguientes conclusiones:

- *Calidad de relación de los progenitores:* Se extrae de las respuestas brindadas por los ocho expertos, que la calidad de relación que sostengan los progenitores es considerado por ellos como un factor fundamental que determina el éxito de la tenencia compartida; pues sólo sí existe entre ellos una relación cordial lo considerarán que es conforme al interés superior de niño, niña y adolescente e incluso podrían proponerlo como una forma conciliatoria y concederla de oficio. En suma, y de otra lectura, los jueces no conceden la tenencia compartida, no lo proponen como forma conciliatoria y no lo consideran conforme al interés superior del niño cuando no existe entre los progenitores una relación cordial.

- *Idiosincrasia de los progenitores:* Se extrae de las respuestas brindadas por los expertos entrevistados, que consideran que la tenencia compartida no resulta viable en tanto la idiosincrasia de los progenitores no cambie, pues son conflictivas, su formación carece de educación y valores, no se encuentran sensibilizados por el interés de sus hijos priorizando su interés de pareja o particular; no son aptos para ejecutar y cumplir los términos de una tenencia compartida por eso no lo conceden , no lo proponen como forma conciliatoria y no lo consideran conforme al interés superior del niño .

- *Concepción civilista del proceso:* Se extrae de las respuestas brindadas por los entrevistados expertos que un motivo formal o procesal, por los cuales los jueces no dictan la tenencia compartida de oficio ni lo fijan como punto controvertido de oficio, obedece a que los jueces tienen una concepción civilista del proceso y tienen temor a incurrir en una sentencia extra petita, por ello exigen que

los justiciables previamente lo soliciten de forma expresa o implícitamente por lo menos.

- *Nuestro marco normativo garantiza adecuadamente la motivación y fundamentación de las sentencia judiciales en materia de tenencia compartida.-* De las repuestas brindadas por los expertos, se interpreta que aquellos, en su mayoría, consideran que actualmente, se encuentra adecuadamente garantizado la motivación y fundamentación de las sentencias judiciales en materia de tenencia compartida, pues así lo exige la Constitución Política del Perú, además que el Tribunal Constitucional desarrolló los estándares mínimos en el "Caso Llamoja"; sumado a ello que, el Principio del Interés Superior del niño y la Observación General No.14 del Comité sobre los derechos del niño establecen una exigencia de motivación donde se evalúen todos los elementos que rodea al niño. Además, que, en caso de existir una deficiente motivación de las resoluciones judiciales se puede hacer uso de los medios impugnatorios; por ello, consideran que no se requiere que se desarrolle pautas para una adecuada motivación y fundamentación de las sentencias judiciales en materia de tenencia compartida.

4.1.3. Consolidado de interpretación de resultados del análisis documental de las sentencias casatorias sobre tenencia compartida.

Tabla 31. **Consolidado de resultado del análisis de las sentencias.**.

Número de frecuencia	**Criterio**	**Observaciones**
5 de 8 sentencias	Motivación de resolución judicial y el Principio del Interés superior del Niño.	▪ 1 Sentencia no explica las razones por las cuales optó por disponer la tenencia compartida, por qué considera que esa modalidad es mejor al "interés superior del niño"; así como, tampoco se detalló su forma de ejecución. ▪ 4 Sentencia los jueces no indicaron porqué la tenencia compartida, no es conforme al interés superior del niño o en su caso es menos ventajosa que la tenencia monoparental; únicamente se limita invocar sin mayor explicación que su decisión obedece al Principio del Interés Superior de Niño.
3 de 8 sentencias	Art. 81 del CNA (Tenencia compartida/ uso de oficio)	▪ 1 sentencia la Sala Superior de Familia dispuso de oficio la tenencia compartida. ▪ 1 sentencia el juez de primera y segunda instancia no evaluaron la aplicación de la tenencia compartida pese a que fue solicitada por la accionada al contestar la demanda. ▪ 1 sentencia se advierte que la Sala Especializada de Familia sostuvo que nuestro sistema optó únicamente por la "tenencia monoparental", desconociendo la figura jurídica de la tenencia compartida incorporada en el artículo 81° del CNA.
		▪ -1 Sentencia escuchó la opinión de los niños pero no con motivar y justificar las razones por las cuales no se optaron

3 de 8 sentencias castorinas.	Opinión de niño	por considerarlas al momento de resolver el caso en concreto. ▪ -1 sentencia se escuchó la opinión de los niños la que consideraron persé suficiente para señalar que su decisión es conforme al interés superior del niño. ▪ - 1 sentencia se escuchó y consideró la opinión del niño de continuar viviendo con su madre y otros medios probatorios; por lo que, se descartó la tenencia compartida, concediéndose la tenencia monoparental a la madre.
2 de 8 sentencias casatorias.	Criterio de relación emocional progenitor e hijo	▪ ▪ - 1 Sentencia evaluó indicios de alienación (manipulación) del padre - hijo criterio para otorgar la tenencia a la madre. ▪ - 1 sentencia determinó que el hijo tiene una débil relación afectiva con su progenitor por eso le concedió la tenencia monoparental a la madre.
2 de 8 sentencias casatorias.	Criterio de proximidad territorial entre progenitores e hijo.	▪ -2 sentencias argumentaron para no conceder la tenencia compartida el que los progenitores residen en diferentes departamentos
1 de 8 sentencias casatorias.	Relación cordial entre progenitores	▪ La Sala Suprema, en la Casación N° 3767-2015 Cusco, asume la postura" que para que se conceda la tenencia compartida, debe existir entre los progenitores, una relación de colaboración y coordinación permanente (o al menos debe ser probable que ello ocurra), por considerar que sólo con ello se garantiza el que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, sus gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicho clima no es posible por la conducta confrontacional de uno de los progenitores, no es posible el que

		establezca una tenencia compartida, por ser una situación interpersonal conflictiva, que colocaría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor a causa de la conducta irresponsable de sus progenitores.”
1 de 8 sentencias casatorias.	Disposición de tiempo de los progenitores	▪ 1 sentencia no se concedió la tenencia compartida por el caso tiempo que cuenta el progenitor por motivos de trabajo. Pese a que cuenta con adecuadas cualidades personales.
1 de 8 Sentencias casatorias	Principio de congruencia procesal	▪ ▪ 1 sentencia declaró infundada la demanda de tenencia y custodia efectuada por el padre; luego posteriormente la Sala especializada de familia confirmó la decisión pero integró el fallo y concedió la tenencia a la madre (quien no demando). ▪
1 de 8 sentencias casatorias	Criterio evaluaciones psicológicas y sociales	▪ 1 sentencia se argumentó que de las evaluaciones psicológicas y sociales practicadas a la demandada no se evidencian elementos que permitan concluir que la menor no deba continuar viviendo en el entorno materno.

Fuente: Elaboración propia.

4.1.4. Interpretación de resultados relacionando el resultado de la técnica de entrevista semi estructuradas y del análisis documental efectuado a las sentencias casatorias.

En esta sección se busca evidenciar el grado de relación existente entre las opiniones vertidas por los expertos entrevistados y la tendencia en el razonamiento jurídico efectuado por la Corte Suprema en sus sentencias sobre materia de tenencia compartida.

- *Motivación de resoluciones judiciales sobre tenencia compartida*.- Se advierte un alto contradicción pues los expertos entrevistados consideran que el marco legal existente sobre motivación de resoluciones judiciales, la jurisprudencia constitucional existente, el **Principio del Interés Superior del niño y** la Observación General No.14 del Comité sobre los derechos del niños es suficiente para garantizar que los jueces expidan sentencias sobre tenencia compartida con una debida motivación . Sin embargo, del análisis documental efectuado se advierte que, 5 de las 8 sentencias casatorias, no cumplieron con motivar su decisión de no conceder la tenencia compartida ni de explicar por qué no lo consideran como acorde al principio del interés superior del niño.

Consideramos que una inadecuada aplicación e interpretación del **derecho a la opinión del niño** conlleva también a una deficiente motivación de las resoluciones judiciales; efectivamente, en ese sentido, se advirtió del análisis documental que dos sentencias casatorias aplicaron inadecuadamente este derecho en el primero solo escucharon la opinión del niño pero no explicaron por qué no lo consideraron para resolver el conflicto sociofamiliar; y en el otro, lo consideraron suficiente para considerarlo conforme a su interés superior.

- *Facultad de dictar de oficio la tenencia compartida.* **-** En relación a este criterio se advirtió del análisis documental efectuada de

las sentencias casatorias sobre tenencia compartida que en dos de ellas no se aplicaron. En uno de los casos, por desconocimiento; y en el otro, no lo dispusieron pese a que la parte accionada lo solicitó. En ese sentido, consideramos que este resultado guarda relación con lo señalado por los expertos entrevistados quienes coincidieron en señalar en que los jueces de familia conservan una concepción civilista del proceso, que no hacen uso de aquella facultad prevista en el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, por temor a dictar una sentencia extra petita que vulnere el principio de congruencia procesal.

- *La relación cordial entre los progenitores como determinante para conceder la tenencia compartida*: Los expertos entrevistados señalaron que los jueces no conceden la tenencia compartida, no lo proponen como forma conciliatoria y no lo consideran **conforme al interés superior del niño cuando no existe entre los progenitores una relación cordial**; efectivamente, se corroboró esa postura al efectuar la técnica de análisis documental, pues se evidenció en la Casación N° 3767-2015 Cusco que los jueces supremos asumieron como postura que para que se conceda la tenencia compartida, entre los progenitores debe sostener (o al menos ser probable) una relación de colaboración en un clima de armonía permanente, dado que, así se garantiza al hijo el que puedan compartir adecuadamente su cuidado, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en pro de su bienestar.

4.2. Conclusiones de las dos técnicas de recolección de datos aplicadas a la investigación.

En suma de los resultados obtenidos a partir de las dos técnicas de recolección de datos se advierte que la tenencia compartida en el ámbito judicial no es ejecutable en principio por qué no lo aplican los jueces de familia a raíz de que efectúan una deficiente motivación de resoluciones judiciales (inadecuada aplicación del principio del interés superior y opinión de niño); además que conservan una concepción civilista del proceso que les impide hacer uso de oficio la tenencia compartida conforme lo facultad el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes .

Asimismo, contribuye a ello, que los jueces de familia son de la postura de que esta figura jurídica no tendrá éxito en tanto no cambie la idiosincrasia de los progenitores; por el cual hacen primar su interés particular frente al interés de su hijo; es por ello que, para que estimen conceder la tenencia compartida requieren la existencia de una relación cordial entre los progenitores.

Del mismo se advirtió, del análisis documental de las sentencias casatorias que, los jueces especializados para conceder la tenencia compartida evalúan algunos criterios como son: La relación emocional existente entre progenitor e hijo; proximidad territorial entre progenitores e hijo; la disposición de tiempo de los progenitores y los resultados de evaluación psicológica y social; sin embargo, se detectó que los razonamientos jurídicos empleados no es concordante con los principios y derechos que propugnan la convención sobre el derecho de los niños conforme se desarrolló en el capítulo correspondiente al marco teórico.

4.3. Presentación de la postura personal

En esta sección presentaremos nuestra postura; y además, se detallará las propuestas que estimamos necesarias su implementación, con la finalidad de que supere el problema formulado en nuestra investigación científica.

Tabla 32. **Presentación de postura personal.**

CONCLUSIONES DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS POR LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS USADOS.	**OBJETIVOS POR ALCANZAR.**	**PROPUESTA DE SOLUCIÓN**
La tenencia compartida en el ámbito judicial no es ejecutable, en principio, porque no son aplicados por los jueces de familia, a raíz de que, efectúan una deficiente motivación de sus resoluciones judiciales (por una inadecuada aplicación del principio del interés superior y el derecho a la opinión de niño); además que, mantienen una concepción civilista del proceso de familia, lo que no les permite, conceder de de oficio la figura jurídica de la tenencia compartida conforme lo faculta el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes.	▪ Lograr que los jueces especializados en familia, hagan uso y ejecuten la tenencia compartida. Para alcanzar esa finalidad, se debe lograr que los citados jueces al momento de expedir sus sentencias practiquen una debida motivación, en la que, apliquen correctamente el principio del interés superior del niño y el derecho a la opinión del niño. ▪ Asimismo, se debe lograr que, los jueces de familia abandonen su concepción civilista del proceso de familia. ▪	▪ Establecer la sanción de nulidad, en el corpus iuris especializado, en los casos en que se incurra en una indebida motivación o se inaplique el principio del interés superior del niño y su derecho a la opinión al momento de expedir sentencia sobre tenencia (monoparental o compartida). ▪ Determinar legislativamente que, en los procesos judiciales sobre tenencia (monoparental o compartida), los jueces especializados concederán como regla general la tenencia compartida; por ser

		considerada en abstracto como la modalidad que satisface mejor el interés superior del niño. excepcionalmente, podrán conceder la tenencia monoparental o exclusiva previamente deberán acreditarse las circunstancias especiales que lo justifiquen.
Los jueces de familia son de la postura de que la tenencia compartida no tendrá éxito mientras no cambie la idiosincrasia de los progenitores; pues, hacen primar su interés particular frente al interés de su hijo; es por ello que, para que estimen conceder la tenencia compartida, en un proceso judicial que verse sobre tenencia, requieren previamente que exista una relación cordial entre ellos.	▪ Crear mecanismos para que, los progenitores involucrados en este tipo de conflictos jurídico socio familiares, modifiquen su idiosincrasia, y se tracen como su objetivo, el que prevalezca el interés superior de su hijo, en todo momento, y principalmente en estas clases de conflictos. ▪ Implementar fórmulas para que en las relaciones existentes entre progenitores (sumergidos en este tipo de conflictos jurídicos socio familiar) el grado de conflictividad o enfrentamiento que presenten, desaparezcan o disminuyan considerablemente,	▪ Consideramos que se logrará el objetivo indicado cuando se establezca legislativamente que, en los procesos judiciales sobre tenencia, los jueces concedan como regla general la tenencia compartida; por ser considerada en abstracto como la modalidad que satisface mejor el interés superior del niño. ▪ Aplicar en el ámbito del derecho de familia la justicia terapéutica, forma de administrar justicia que requiere contar con profesionales de otras disciplinas como psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales, quienes de forma

	permitiendo de ser ese modo el que se pueda implementar la tenencia compartida.	coordinada con los Magistrados elaborarían un programa que permitía resolver esta clase de conflictos jurídicos socio familiares de forma integral y de raíz, la que funcionaria desde iniciado el proceso e incluso en ejecución de sentencia a efecto de supervisar el cumplimiento de estas clases de sentencias judiciales.
Los jueces especializados de familia, para conceder la tenencia compartida evalúan algunos criterios, como son: La relación emocional existente entre progenitor e hijo; proximidad territorial entre progenitores e hijo; la disposición de tiempo de los progenitores y los resultados de evaluación psicológica y social, entre otros. Sin embargo, se detectó que los razonamientos jurídicos empleados no son concordantes con los principios y derechos que propugnan la convención sobre el derecho del niño.	Establecer pautas interpretativas, acordes con los principios que rigen el moderno derecho de familia, respecto de los criterios que deben ser evaluados para que se determine sí se concede o no, una tenencia compartida en los procesos judiciales sobre tenencia.	▪ Estimamos que las pautas interpretativas de los criterios que son evaluados al momentos de emitir sentencia judicial sobre tenencia compartida deben ser realizadas mediante un Acuerdo Plenario pues permite un desarrollo pormenorizado; a diferencia de una formula legislativa. De esa manera pueden ser guías orientadoras para los jueces, fiscales y abogados de la especialidad.

Fuente: Elaboración propia.

Nota

Reflexionamos que, para lograr los objetivos fijados en la presente investigación científica, se deben materializar y desarrollar de forma detallada las pautas de solución brindadas a continuación, pues a través de su materialización se logrará superar, modificar o eliminar los tres factores hallados que desalientan a los jueces especializados en familia, en hacer uso o ejecutar la tenencia compartida (problema planteado) en los conflictos jurídicos socio familiares que versan sobre tenencia (compartida o monoparental).

Pauta No. 1:

Incorporar vía reforma legislativa un dispositivo normativo que establezca en casos de conflictos jurídicos socio familiares sobre tenencia, los jueces especializados dicten como regla general la tenencia compartida; y de forma muy excepcional, se dicte la tenencia exclusiva o monoparental.

Tabla 33. **Propuesta legislativa.**

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.
ARTÍCULO 1.- SE MODIFICA EL ARTÍCULO 81° DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS: 1.1. LOS PROGENITORES SEPARADOS O NO, EJERCERÁN SU RESPONSABILIDAD PARENTAL, RIGIÉNDOSE POR EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. DEBEN GARANTIZAR A SUS HIJOS, EL GOCE DE SU DERECHO A LA COPARENTALIDAD; ASÍ COMO, QUE EN TODA DECISIÓN RESPECTO A ELLOS SE APLIQUE EL PRINCIPIO DE SU INTERÉS SUPERIOR. 1.2. LOS PROGENITORES DE COMÚN ACUERDO O NO SOBRE LA FORMA EN QUE SE EJERCERÁ LA TENENCIA DE SU HIJO, PUEDEN ACUDIR AL JUEZ DE FAMILIA, QUIEN A PEDIDO DE PARTE O DE OFICIO, DEBE DICTAR, COMO REGLA GENERAL, LA TENENCIA COMPARTIDA, DETERMINANDO UN PROGRAMA DE VIDA FAMILIAR PARA AQUELLOS. 1.3. DE FORMA EXCEPCIONAL, EL JUEZ ESPECIALIZADO DE FAMILIA, EN DECISIÓN DEBIDAMENTE MOTIVADA Y APLICANDO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, BAJO SANCIÓN DE NULIDAD, PODRÁ DICTAR LA TENENCIA EXCLUSIVA O MONOPARENTAL, POR RAZONES ACREDITADAS COMO: VIOLENCIA FÍSICA, PSICOLÓGICA Y SEXUAL, EXPLOTACIÓN INFANTIL, ENTRE OTROS. EN ESTE CASO, PARA EL PROGENITOR QUE NO OBTENGA LA TENENCIA, EL JUEZ DETERMINARÁ A SU FAVOR UN RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO Y COMUNICACIÓN CON SU HIJO, EL MÁS AMPLIO POSIBLE, ACORDE A SUS ESPECIALES CIRCUNSTANCIAS. 1.4. EL JUEZ DEBE GARANTIZAR A TRAVÉS DE MECANISMOS IDÓNEOS, QUE LOS PROGENITORES CONSERVEN CON SUS HIJOS SU VÍNCULO FAMILIAR, YA SEA EN CASOS DE TENENCIA MONOPARENTAL O COMPARTIDA. SÍ SE ACREDITA OBSTRUCCIÓN AL VÍNCULO PARENTAL O EL INCUMPLIMIENTO DE LOS TÉRMINOS FIJADOS EN LA SENTENCIA O TÍTULO DE EJECUCIÓN, DE FORMA SOSTENIDA, REITERADA E INJUSTIFICADA, PODRÁ DAR LUGAR A QUE SE VARIÉ LA TENENCIA A FAVOR DEL OTRO PROGENITOR SIEMPRE QUE SEA LO MÁS FAVORABLE PARA EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE. 1.5 LA TENENCIA COMPARTIDA IMPLICA QUE AMBOS PROGENITORES TIENEN LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE SU HIJO MENOR DE EDAD, ASÍ COMO, LOS MISMOS DERECHOS Y

OBLIGACIONES RESPECTO DE AQUÉL, IMPLICA QUE AMBOS PARTICIPEN DE FORMA ACTIVA EN LA VIDA DE SU HIJO; ASÍ COMO, EN LA TOMA DE DECISIONES RESPECTO A SU SALUD, EDUCACIÓN, CONFESIÓN RELIGIOSA, CAMBIO DE DOMICILIO, ENTRE OTRAS DECISIONES Y ACTIVIDADES SIGNIFICATIVAS PARA AQUÉL MENOR DE EDAD RESPETANDO SU AUTONOMÍA PROGRESIVA. DEL MISMO MODO, INVOLUCRA UN RELACIONAMIENTO PERMANENTE Y CONTINUO ENTRE LOS PROGENITORES Y SUS HIJOS DE MANERA FÍSICA COMO A TRAVÉS DE OTROS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, CON LA MAYOR AMPLITUD POSIBLE Y PROMOVIENDO LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES ENTRE AMBOS PROGENITORES.
ARTÍCULO 2.- DERÓGUESE LOS ARTÍCULOS 340° Y 341° DEL CÓDIGO CIVIL; ASÍ COMO, EL ARTÍCULO 84° DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.
ARTÍCULO 3.- MODIFÍQUESE EL ARTÍCULO 87 DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTES, DEBIENDO QUEDAR REDACTADO DE LA SIGUIENTE MANERA: "ARTÍCULO 87º.- TENENCIA PROVISIONAL.- SE PODRÁ SOLICITAR LA TENENCIA PROVISIONAL SI EL NIÑO FUERE MENOR DE TRES AÑOS Y ESTUVIERE EN PELIGRO SU INTEGRIDAD FÍSICA, DEBIENDO EL JUEZ RESOLVER EN EL PLAZO DE VEINTICUATRO HORAS. EN LOS DEMÁS CASOS, EL JUEZ RESOLVERÁ TENIENDO EN CUENTA EL INFORME DEL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO, PREVIO DICTAMEN FISCAL. NO PROCEDE LA SOLICITUD DE TENENCIA PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR FUERA DE PROCESO."
ARTÍCULO 4. JUSTICIA TERAPÉUTICA EN EL ÁMBITO DE FAMILIA, 4.1. LOS PROGENITORES QUE ACUDAN AL PODER JUDICIAL SOLICITANDO SE DETERMINE LA TENENCIA (MONOPARENTAL O COMPARTIDA) DE SU MENOR HIJO DEBEN DE FORMA OBLIGATORIA SOMETERSE AL PROGRAMA CREADO PARA ESE TIPO DE CONFLICTOS JURÍDICOS SOCIO FAMILIARES. 4.2 LOS RESULTADOS QUE INFORME EL PROGRAMA SERÁN VALORADOS AL MOMENTO DE EMITIR LA DECISIÓN CORRESPONDIENTE, Y EN ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA SERÁ TOMADO EN CUENTA PARA DETERMINAR LA VARIACIÓN DE LA MODALIDAD DE TENENCIA, EN CASO SEA CONFORME AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO..

Fuente: Elaboración propia.

Justificación de la propuesta.

Se determinó en nuestra investigación que el marco normativo (nacional y supranacional) existente en nuestro País, sobre el derecho de la infancia y el derecho de familia, es insuficiente para que, la tenencia

compartida sea aplicada y en su momento ejecutada, como una formula común por los jueces de la especialidad de familia.

En tal orden de ideas, se detectó que, uno de los principales motivos que no permite al juez de la especialidad aplicar la tenencia compartida, se genera por una deficiente motivación de las resoluciones, por no aplicar el principio de interés superior del niño y el derecho a su opinión, o por hacerlo defectuosamente.

En ese sentido, estimamos que, nuestra propuesta legislativa, coadyuvará a que se supere aquella exigencia, cuando se impone la "sanción de nulidad" de forma expresa en el Código de la especialidad, en caso se incurra en una deficiente motivación y no se aplique el principio del interés superior de niño, al momento de expedir sentencia en la que se conceda la tenencia exclusiva o monoparental. Pues de ese modo, se obligaría a que los jueces de familia evalúen con mayor acuciosidad el caso que deben resolver, centrándolos en lograr que su decisión responda verdaderamente al interés superior del niño. Asimismo, esta motivación cualificada exigida disuadirá a los jueces especializados a dictar una tenencia monoparental o exclusiva en base a pensamientos estereotipados, tradicionales, o donde exista insuficiencia probatoria, entre otros.

Asimismo, al establecer como regla general que los jueces dicten la tenencia compartida y al exigir una motivación cualificada para la sentencia que estimen una tenencia exclusiva o monoparental, se fomenta idóneamente el uso o aplicación de la tenencia compartida, además que, de esa manera se logra que los jueces especializados cambien su concepción civilista del proceso de familia que aún mantienen; ya que, interiorizarán que la tenencia compartida debe ser la primera opción con la que debe contar todo niño, niña y adolescente involucrado en este tipo de conflictos; aun cuando los progenitores no lo soliciten; y que sólo, se debe optar por la tenencia monoparental o exclusiva cuando acreditadamente aquella modalidad sea conforme a su interés superior.

Es preciso mencionar que, el motivo por el cual la redacción que se propuso del artículo 8115° del Código de los Niños y Adolescentes, mediante el Proyecto de ley No. 199/2006-CR, fue modificado - quedando la actual redacción por ley No. 28542- debido a que los legisladores consideraron que, el dispositivo legal inicialmente planteado, limitaba el criterio discrecional del juez, al imponer que de primera opción se prefiera a la tenencia compartida; debido a ese temor, reformularon la redacción original, para que el juez de la especialidad, previamente a una evaluación de lo más beneficioso para el menor, opte por aquella modalidad.

Como se aprecia, el espíritu de la redacción del primigenio artículo 81° (en el proyecto de ley) es similar (no igual) al que nos encontramos proponiendo; por lo que, podría objetarse por el mismo motivo; sin embargo, de los resultados de la investigación efectuada se determinó que esa "facultad discrecional" del Juez especializado, que se protegió a través de la redacción del aún vigente artículo 81° del Código de la especialidad, en puridad no resguarda, ni promueve el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes; por lo que, resulta siendo evidente que dicho dispositivo legal requiere una reformulación que compatibilice ambos fines en la medida de lo posible.

En tal orden de ideas, consideramos que la propuesta legislativa planteada da un amplio margen discrecional al Juez especializado; ya que puede optar por la tenencia compartida o monoparental, según su propia concepción de cuál modalidad o tipo es la más adecuada para el niño en cuestión; exigiéndosele como único límite que, si opta por estimar una tenencia monoparental o exclusiva debe efectuar una motivación cualificada

---

15 Artículo 81° "Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinada de común acuerdo entre ellos. De no existir acuerdo, el juez especializado, quien será el que resuelva, optará en primer lugar por la tenencia compartida, salvo que advierta que sea perjudicial para aquellos."

que incluya la aplicación del principio del interés superior del niño bajo sanción de nulidad.

Estamos convencidos que, de esa forma se garantiza que al juez especializado de familia, por lo menos, se le haya cruzado por la mente el considerar que el niño, niña o adolescente involucrado en el proceso judicial, tiene el derecho a la tenencia compartida; y que, tenga la opción o libertad de desechar esa posibilidad en base a criterios objetivos, debidamente acreditados y sobre todo motivado, en pro del interés superior del niño.

Estimamos también que, la propuesta legislativa formulada es un mecanismo idóneo para lograr un cambio en la idiosincrasia de los progenitores de nuestro País; quienes al verse involucrados en este tipo de conflictos jurídicos sociofamiliares (luego de una ruptura sentimental, divorcio, separación u otro) consideran como una solución generalizada y única el lograr obtener la tenencia exclusiva de sus hijos – sobre todo cuando son mujeres- pensamiento a la que coadyuva nuestra vigente legislación; dado que, en su redacción legislativa el artículo 81° del Código de la especialidad, e menciona de forma aislada la palabra “tenencia compartida” sin dar mayores luces sobre ella.

De esa manera, la estrategia legal del progenitor y su abogado defensor, será orientada exclusivamente obtener la tenencia exclusiva o monoparental de su hijo; a ese contexto socio familiar se sumará, todo el cúmulo de emociones que llevan sobre ellos los progenitores, producto de la crisis familiar que afrontan, la que en muchos casos no le permite diferenciar su relación de pareja con su relación parental, ocasionando que, durante el proceso judicial busquen que prevalezca su interés particular frente al interés de sus hijos.

En tal orden de ideas, el numeral 1.1 del artículo 1° de la Ley propuesta, emite un mandato directo, preciso y claro sobre la forma correcta en que los progenitores deben ejercer su responsabilidad parental (aún

nominada en nuestra legislación como patria potestad) ; en ese sentido, los progenitores que se encuentren dentro de un proceso judicial que trate sobre tenencia (compartida o monoparental) se verán obligados de acreditar probatoriamente que ejercen su responsabilidad parental garantizando todos los derechos de sus menores hijos y conforme lo prescribe los principios rectores invocados en el artículo sugerido; de esa manera, se fuerza el cambio no solo en el pensamiento de ese grupo social (progenitores); sino que también, se exige que se materialice en su vida diaria; ya que, es un elemento que será evaluado por el juzgador al momento de resolver qué tipo o clase de tenencia conceder; y en caso, opte por una tenencia monoparental o exclusiva preferirá al progenitor que priorice su interés superior de su hijo.

Efectivamente, al establecer como regla general que los jueces de familia dicten la tenencia compartida, se pone en un plano de igualdad (formal y material) a la madre y el padre, pues se presume *iuris tantum* que, ambos cuentan con las aptitudes personales, económicas y afectivas necesarias para ejercer su responsabilidad parental; en ese sentido, los progenitores no deben dar motivos para que esa convicción de la que parte el juez especializado sea vencida.

Finalmente y continuando con el orden de ideas, el progenitor que aspire a obtener una tenencia monoparental o exclusiva, debe acreditar que el otro progenitor, no prioriza el interés superior del niño, que incurrió en acciones u omisiones que significaron una vulneración grave a los derechos de su hijo; paralelamente, éste debe ejercer; o continuar ejerciendo, su responsabilidad parental conforme a los parámetros exigidos en el numeral 1.1 del artículo 1 sugerido; es decir, a través de la reforma legal planteada, cambiará no solo el pensamiento de los progenitores, sino también, el de los abogados, pues deben adaptar su estrategia legal a la lógica normativa diseñada, y de esa forma, dichos profesionales del derecho, deben prestar especial atención al niño, niña o adolescente, pues en función a la satisfacción de su interés superior, se determinará el éxito o no de su defensa técnica practicada.

Pauta No 2:

Implementar la justicia terapéutica en los procesos judiciales que versen sobre tenencia (compartida o monoparental).

Se estableció de los resultados obtenidos producto de las entrevistas semi estructuradas realizadas, que los jueces especializados de familia en Lima, consideran que la tenencia compartida solo tendrá éxito cuando los progenitores sostengan una relación cordial. Sobre el particular, debemos indicar que ese pensamiento no concuerda con el resultado del estudio efectuado por Nielsen (2011) el cual fue citado por (Fariña, Seijo, Arce, & Vásquez, 2017) en la que señala que, para implementar una tenencia compartida y esta siga siendo beneficiosa para los hijos, no es necesario que entre los progenitores no exista conflictos o sean especialmente colaboradores entre sí, o sean bien educados.

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante recordar que, lo que se persigue en los procesos judiciales sobre tenencia (monoparental o compartida); en primer orden es proteger o tutelar el vínculo familiar del niño; y consecuentemente, en segundo orden, a su familia ; ya que, esta última afronta un conflicto jurídico socio familiar (derivados de una ruptura sentimental, divorcio, separación de la unión de hecho) por desacuerdos entre ellos sobre la tenencia de aquél menor de edad; en ese sentido, reiteramos que para proteger el vínculo familiar existente en la familia en crisis se requiere proteger su afectividad; en tal sentido, resulta inevitable admitir que es insuficiente la disciplina derecho para lograr proteger de forma plena e integral la afectividad de la familia, necesitando la intervención de otras disciplinas profesionales como los psicólogos, trabajadores sociales, educadores y etc.

Ahora bien, es precisamente en razón a ello que, se propone la implementación de la Justicia terapéutica, iniciando su ejecución en casos que versen sobre tenencia (monoparental o compartida), esta nueva forma de administrar justicia, requiere la intervención de profesionales de otras

especialidades, principalmente de psicólogos; quienes de forma coordinada y articulada con los Magistrados del Poder Judicial, deben elaborar y ejecutar un programa (teniendo como marco de referencia el programa : “Ruptura de pareja, no de familia[16]”) que cumpla dos objetivos: 1) Que, el programa responda a las necesidades de cada etapa del proceso judicial, para que se logre que los progenitores disminuyan el grado de conflictividad que sostienen en sus relaciones personales; y, 2) La familia en crisis cuente con las competencias para ejecutar adecuadamente la tenencia compartida como una herramienta estratégica para hacer funcional su nueva realidad familiar.

En mérito a ello, es que el programa estructurado, debe iniciar su actuación desde que se admita a trámite la demanda, pues ese es el momento en que los progenitores se encuentran en mayor grado de conflicto en sus relaciones personales; y debe culminar, por lo menos, un mes antes de que se emita la respectiva sentencia, pues el resultado del programa debe informarse y valorarse al momento de emitir el pronunciamiento final.

Del mismo modo, sugerimos que la implementación de la justicia terapéutica comprenda también a la etapa de ejecución de sentencia ; ya que, es necesario la creación de un programa interdisciplinario, cuyo principal objetivo, sea precisamente que, la sentencia sea cumplida en todos sus términos, para ello deben prevenir, disuadir y eliminar prácticas que, signifiquen una obstrucción al vínculo familiar que, dé mérito a que el Juez especializado de familia opté por disponer por una variación de la tenencia a favor del otro progenitor.

En suma, consideramos que la implementación de la justicia terapéutica es una medida idónea que promueve el uso y permite la ejecución de la tenencia compartida, pues es una nueva forma de administración de justicia que no solo brinda una solución integral a los conflictos jurídicos socio

---

16 (Fariña, Ramón, Novo, & Seijo, 2014)

familiares sobre tenencia (monoparental o compartida) sino también coadyuva a concretizar el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes pues su fin último es que las familias sean funcionales bajo el uso de la figura jurídica de la tenencia compartida.

Asimismo, al someter a las familias en crisis al programa especialmente estructurado para esta clases de conflictos jurídicos sociofamiliares también se está previniendo que, en esa familia se desate expresiones de violencia entre los progenitores (ya sea contra la mujer o los integrantes del grupo familiar) originados por desacuerdos sobre el régimen de visitas, tenencia, pensión de alimentos respecto a su hijo en común u otros motivos; del mismo modo, evita que los niños, niñas y adolescentes sean objetos de violencia infantil derivados de actos de obstrucción al vínculo parental (como la alienación parental) cuya protección se extendería incluso hasta la etapa de ejecución de sentencia.

La justicia terapéutica trae consigo la elaboración de programas estructuradas, coordinados, articulados y con intervención de profesionales interdisciplinarios que no sólo responderán al objetivo de cada una de las disciplinas profesionales, sino también y principalmente, a los fines del proceso judicial, en eso radica su gran aporte. Esta nueva forma de administrar justicia pretende solucionar el conflicto jurídico sociofamiliar en todas sus aristas y de raíz.

De nuestra experiencia profesional, podemos afirmar que, bajo la tradicional forma de administrar justicia, algunos jueces especializados de familia, al expedir su sentencia judicial sobre tenencia (monoparental o compartida), ordenan a un progenitor o incluso ambos a someterse a una terapia individual; sin embargo, no existe un órgano que supervise su cumplimiento (el Juez no lo realiza al no darse abasto para ello), ni se aprecia que, aquella orden tenga un objetivo médico y jurídico preciso, pues esa meta será trazada por el psicólogo tratante de mutuo propio, en la que dependerá absolutamente de aquél profesional el compatibilizar o no el

tratamiento que brinda con la realidad familiar de su paciente que estuvo bajo análisis en el proceso judicial; bajo aquella perspectiva, el cumplimiento de esa terapia psicológica será insuficiente para solucionar integralmente el conflicto jurídico socio familiar que originó el conflicto jurídico.

Estimamos que, implementación de la justicia terapéutica como una forma de administrar justicia en casos sobre tenencia (monoparental o compartida) es efectivo para lograr el cambio en la idiosincrasia de los progenitores y es el medio idóneo para democratizar y proteger a las familias como Instituciones Naturales; así como también, es una oportunidad que tiene el Estado de manifestar su voluntad de lograr concretizar el principio de interés superior del niño al darles una opción real a todos aquellos para acceder a la tenencia compartida; es decir, a conservar a su familia en su vida diaria, tanto de la línea materna como paterna.

No debemos olvidar que el derecho también tiene una función de cambio social al ser un “instrumento de educación, de persuasión moral y de creación de un clima favorable para el cambio social; esto es para el cambio en el comportamiento (Torres, 1999, págs. 762-763)

Pauta No. 3:

Pautas interpretativas de los criterios a evaluar para que se determine judicialmente la tenencia compartida.

Los resultados obtenidos del análisis documental practicado a las sentencias casatorias sobre tenencia compartida evidenciaron que los jueces especializados examinan para determinar sí conceden o no la tenencia compartida, algunos elementos como: la relación emocional existente entre progenitor e hijo; proximidad territorial entre progenitores e hijo; la disposición de tiempo de los progenitores, entre otros.

En tal sentido, lo resaltante del análisis efectuado es que se verificó que los razonamientos jurídicos empleados para evaluar esos elementos o criterios, no son compatibles con los principios y derechos que propugnan la convención sobre el derecho de los niños; es por ello, que consideramos necesario implantar pautas interpretativas sobre el razonamiento jurídico que deben efectuar los jueces especializados de familia al momento de evaluar los criterios teniendo como principio rector el principio de interés superior del niño.

Opinamos que las pautas interpretativas que se proponen deben ser plasmadas en un Acuerdo Plenario u otro de naturaleza similar, debido al desarrollo teórico y doctrinario que contendrá; de esa manera esta propuesta se constituye en un medio idóneo para coadyuvar a superar la deficiencia advertida.

Ahora bien, debemos señalar que el 17 de junio de 2016, se promulgó en el Diario Oficial “El peruano” la “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior de niño” (Ley No. 30466); y el 01 de junio de 2018, se publicó en el citado Diario su respectivo Reglamento a través del D.S Nº 002-2018-MIMP, en dicho cuerpo normativo se cuenta con el artículo 7°, sumillado “Evaluación y determinación del interés superior del niño”, el artículo 8°, nominado “Elementos para la

evaluación de circunstancias concretas de cada niña, niño o adolescente"; y el artículo 9°, intitulado " Elementos para la determinación y aplicación del interés superior del niño".

Los dispositivos legales citados nos orientan sobre cómo debe evaluarse los casos donde se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes; nos indican que elementos deben ser evaluados, además de los elementos citados por el legislador aportaremos otros; así como, propondremos una línea de razonamiento jurídico que debe efectuar el operador jurisdiccional de los más frecuentes criterios o elementos valorados.

- ***Criterio de la edad.***

Consideramos que, la evaluación de este criterio debe realizarse bajo la doctrina de la protección integral la que sienta sus bases en el principio del interés superior del niño; en ese sentido, no puede en ningún modo admitirse como un razonamiento jurídico válido que respalde una sentencia judicial que resuelva desestimar el conceder una tenencia compartida, en mérito únicamente a la aplicación taxativa del artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes "En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: (…) b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre" (sic); el cual es un rezago de la ya superada "doctrina de los años tiernos" (tender years).

La tenencia compartida no podrá ser desestimada cuando se evalué la edad, en base a su manifestación formal o legal, que consiste en la representación legal, los derechos y obligaciones de los que son titulares los progenitores respecto de su hijo, como es la facultad que tienen ambos progenitores de decidir sobre diversos aspectos de la vida de aquél; ya que ambos padres deben ejercer su responsabilidad parental (aún denominada patria potestad) aun cuando el hijo sean un recién nacido o un adolescente; sin embargo, puede ser objeto de acuerdos entre ellos o según lo ordene el juez al considerarlo conforme al interés superior del hijo.

Por ejemplo, en el caso de un bebé de seis meses de edad, sí se rige la responsabilidad parental bajo la figura jurídica de la tenencia compartida, se garantizará que ambos progenitores elijan el lugar donde su bebé efectuará sus controles, la Institución educativa donde realizará su estimulación temprana, decidirán si se le bautizará o no de acuerdo a la religión católica u otra confesión. En suma la edad del hijo no genera ningún impedimento para que funcione la tenencia compartida desde el análisis de un plano legal o formal.

Ahora desde el plano material consistente en el relacionamiento y contacto directo que debe sostener el hijo con sus dos progenitores, el criterio de la edad cobra especial importancia pues en función a ello se fijará un programa de comunicación y contacto físico; en ese sentido, el razonamiento jurídico del juez especializado debe partir de criterios científicos u técnicos; y sobre todo objetivos; sugerimos se orienten a partir del cuadro referencial ya citado anteriormente (Ver tabla 2) y el elaborado por el jurista Bermúdez las cuales tienen sustento técnico, para fijar la frecuencia del contacto físico .

. *Tabla 34.* **Edad y frecuencia de contacto**

Edad	Frecuencia del contacto	Fundamento
Entre el 1° y el 2° año	Una parte del día (mañana o tarde), que puede extenderse a una frecuencia predeterminada.	La necesidad de interrelacionar socialmente con el entorno.
Entre los 2 a los 4 años	Un día completo en el fin de semana. La frecuencia es extendida a segmentos del día durante la semana.	La determinación de la función de los roles sociales.
Entre los 4 a los 6 años	Un día completo en el fin de semana, alternadamente en el mes. La frecuencia es extendida a algunas tardes durante la semana.	Inicio de la etapa pre escolar del menor, la cual requiere la presencia de los dos progenitores para que se garantice el respaldo moral en un nuevo entorno social.
Entre los 6 a los 11 años	Un fin de semana completo en forma alternada. La frecuencia se extiende a una o dos tardes durante la semana.	Es la realización de la educación primaria, donde la interacción con los progenitores es fundamental para garantizar los roles de género, las funciones sociales del individuo y la personalidad social del menor.
Entre los 11 a los 14 años	Un fin de semana completo en forma alternada. La frecuencia se extiende a una o dos tardes durante la semana.	Es la culminación de la etapa infantil y el inicio de la desvinculación con los progenitores.
Entre los 14 a los 16 años	Un fin de semana completo en forma alternada. La frecuencia se extiende según disponibilidad de los progenitores y la necesidad del adolescente.	En el inicio de la adolescencia la ausencia de un progenitor puede provocar conflictos personales (rebeldía y anarquía).
Entre los 16 a los 18 años	Un fin de semana completo en forma alternada. La frecuencia se extiende según disponibilidad de los progenitores y la necesidad del adolescente.	Es el inicio de la edad adulta, manifestado en el inicio de la vida universitaria, sexual, laboral o con la independencia económica. Los progenitores ya no son el elemento principal en la vida de los hijos.

Fuente: Datos tomados de (Bermúdez, La evaluación constitucional de derecho en el derecho de familia., 2019).

¿En caso de bebés es posible que se pueda implementar la tenencia compartida?, nuestra opinión es que sí; evidentemente, el contacto físico no será exactamente equivalente entre el padre y la madre, por la dependencia a la lactancia que tienen los bebés, el cumplimiento de sus rutinas de sueño y alimenticias, el nivel de exigencia de su necesidad de cuidado; sin embargo, como lo señala (Rodríguez, 2008) a esa edad es donde el bebé crea el vínculo afectivo con sus progenitores requiriendo un contacto frecuente aunque sea corto con sus dos padres, debido al escaso desarrollo de su memoria a largo plazo que puede llevarlo a olvidar al progenitor con el que tiene escaso contacto; en atención a ello, el contacto físico con el progenitor debe ser diario y por horas; siendo ese el sentido en que se debe estipular el programa de vida familiar para aquella familia ; de esa manera se protege su interés superior el cual es que el bebé logre construir un vínculo afectivo fuerte con sus dos progenitores .

Respecto al externa miento del domicilio materno se concederá cuando el domicilio del padre sea próximo al de la madre o se externe a otros lugares cercanos, pero previamente comunicados. En suma, la frecuencia del contacto físico y comunicación será según cada edad del hijo, sustentándose siempre en un marco de referencia técnica u objetiva, como las establecidas en las tablas N° 2 y N° 34 en observancia de lo prescrito en la Corte IDH, en el caso (Atala Riffo y niñas Vs. Chile, 2012), que exige que “los daños o riesgos sean reales y probados, y no especulativos o imaginarios cuando se trate de casos que versen sobre tenencia”.

Ahora bien, ese programa de vida familiar puede contener acuerdos de contacto físico y comunicacional respecto del hijo con edad de 0 a 11 meses de edad; por ejemplo, pero nada obsta para que se determine también para el futuro, cuando ese niño se encuentre en edad escolar, preuniversitario o incluso universitario, es decir, puede abarcar a cada edad o etapa del niño, niña o adolescente; o en su momento, de ser necesario puede ser modificado

los acuerdos si los consideran insuficientes o ya no se ajustan a sus necesidades actuales.

- ***Calidad de relación entre los progenitores. -***

Este elemento es considerado un criterio determinante actualmente por los jueces especializados para que decidan sobre la tenencia compartida; ya sea estimándola (cuando existe relación cordial) o desestimándola (cuando sus relaciones sean conflictivas); es por ello, que hemos propuesto como solución la implementación de la justicia terapéutica como una forma de administrar justicia para procesos judiciales que versen sobre tenencia (monoparental o compartida); es preciso aclarar, que no se busca que los progenitores sostenga una relación ideal, la meta es más realista pues es suficiente para su ejecución que los progenitores rijan su conducta y decisiones anteponiendo los intereses de sus menores hijos.

Sí el Juez especializado advierte que, los progenitores anteponen en su conducta y decisiones el interés de sus menores hijos, pero aun así no pueden sostener una relación cordial; entonces es a él a quien le corresponde efectuar una ejercicio creativo para encontrar mecanismos que eviten que el niño sea privado de su derecho a la coparentalidad; es decir, es su deber agotar los medios necesarios para que se logre materializar ese derecho pues actuar de esa manera es evidenciar que se rige cabalmente conforme al principio del interés superior.

Ante la situación planteado, el juez especializado, debe adoptar mecanismos para evitar que estos conflictos se desaten; pudiendo autorizar por ejemplo la intervención de terceras personas para el traslado de su hijo de esa forma se impide el contacto entre los progenitores; ordenar que la comunicación entre ellos - en temas relacionados de su hijo- se efectúe por correo electrónico, y en caso de requerir comunicarse telefónicamente con su hijo se le proporcione a aquél un teléfono celular exclusivamente para esos fines.

Ahora bien, en supuesto de que los progenitores culminaron el programa elaborado para la implementación de la justicia terapéutica, pero aun así no logran sostener una relación adulta y cordial entre ellos, o continúen privilegiando su interés particular frente al de su hijo. En este supuesto, el juez especializado de familia debe determinar cuál de los progenitores, en mayor medida, es el que genera los conflictos, o no antepone los interés de sus hijos frente al suyo; una vez identificado anularía a ese progenitor la posibilidad de que se le conceda la tenencia exclusiva o monoparental de su hijo; pues como lo señalamos en el numeral 1.1 del artículo 1 de la ley propuesta; los progenitores tienen el deber o la obligación de garantizar a sus hijos el respeto a su interés superior; y bajo este escenario, el mayor interés superior de su hijo es que se pueda implementar a su favor la tenencia compartida pues de esa forma se le tutela el vínculo familiar existente con cada uno de sus progenitores .

Es necesario enfatizar que, la inmadurez emocional o irresponsabilidad de los progenitores en el ejercicio de su rol puede conllevarlos a relacionarse de forma conflictiva; pero en modo alguno, el juzgador debe interpretar que esa realidad es suficiente para que prevalezca (p.ej. tenencia monoparental) frente al interés superior de niño, (p.ej. se determine la tenencia compartida a favor del niño).

Continuando con el orden de ideas, estimamos que un razonamiento jurídico en ese sentido, es vulneratorio de sus derechos fundamentales de ese grupo etario; significa la aceptación de la derrota del Poder Judicial o del derecho para solucionar esos conflictos jurídicos socio familiares; es privar a un buen sector de la población infantil de acceder a la tenencia compartida, paradójicamente causado por sus propios progenitores y un Poder Judicial inoperante; por ello, se exige a los Jueces de la especialidad de familia el uso de mecanismos, medidas u otros idóneos para procurar la viabilidad y permanencia en el tiempo de la tenencia compartida; haciendo funcional el relacionamiento de los progenitores que atraviesan una ruptura sentimental.

No debemos olvidar que, el artículo 18° de la Convención sobre los Derechos del Niño; así como, el numeral 9.3 del artículo 9 del D.S No.002-2018-MIMP (Reglamento de la Ley Nº 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño) establecen la obligación del Estado de brindar apoyo a los progenitores para que puedan cumplir adecuadamente su rol; en ese sentido, consideramos que lejos de descartar la tenencia compartida, lo que se debe efectuar es implementar a la justicia terapéutica como una forma nueva e integral de administrar justicia en esta materia, a efecto que a través del programa estructurado que se elabore, los progenitores logren interiorizar y reconocer que lo más favorable para su hijo (a) es que sostengan relaciones cordiales; de esa forma, podrán dejar de anteponer sus rencillas personales derivados de su relación sentimental y privilegiar el interés de su hijo; en consecuencia, una poca o nula colaboración para lograr la viabilidad de la tenencia compartida, se constituirá en un criterio o factor determinante para no brindar la tenencia monoparental a ese progenitor.

- ***Opinión de niño, niña y adolescente.***

Este es un elemento que ha sido ampliamente tratado en el…de la presente investigación científica; en esta oportunidad desarrollaremos el sentido en que debe ser interpretada, valorada o actuada a efecto de que el Juez especializado no incurra en una motivación aparente.

En tal orden de ideas, apreciamos que los jueces de la especialidad dan mérito probatorio de forma inadecuada a la opinión del niño, niña o adolescente con signos de manipulación, influencia o alienación por parte de sus progenitores, pues sin previamente descartar o confirmar aquella sospecha mediante una pericia psicológica resuelven el caso e incluso dan mérito probatorio a esa “opinión”.

Es necesario enfatizar que esa omisión probatoria es gravísima; dado que, el numeral 1 del artículo 12[17] de la Convención Sobre los Derechos del Niño, exige que se garantice al niño, el que pueda expresar su opinión libremente; siendo ello así, el Juez especialidad tiene la obligación de determinar, mediante una pericia psicológica, sí el niño cuenta con algún grado de influencia en sus opiniones; en el caso de que efectivamente se corrobore aquella sospecha, como garantía del ejercicio de su derecho a la opinión libre, debe ser entrevistado sin la presencia de la persona que ejerce influencia, manipule o coaccione sobre él; incluso debe ser evaluado psicológicamente sin la presencia de la persona o familiar de quien se sospecha que incurre en esas clases de conducta.

Asimismo, al esclarecerse que el niño se encuentra manipulado, influencia o alienado, trae consigo como consecuencia que, la opinión que aquél vierta no debe ser considerado como suya; ya que, en realidad lo que expresa no son sus propias convicciones o sentir, sino son las opiniones de la persona que lo influencia, manipula o coacciona; es decir, no es libre su opinión; por ello, no pueden otorgarle mérito probatorio para sustentar una sentencia sobre tenencia

De otro lado, del análisis documental de las sentencias casatorias estudiadas, se advirtió que algunos Jueces especializados en familia consideran que, el derecho a la opinión de niño se encuentra respetado, cuando cumplen formalmente con entrevistarlo, aún en el caso, que al niño se le fórmula interrogantes que no guardan relación directa con la pretensión demanda[18] ; sin advertir ni considerar que su real observancia se materializa

---

17 " 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño (...)". Recuperado de: https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

18 Estimamos que mínimamente se le debería explicar al niño, niña y adolescente en qué consiste la *tenencia compartida; para luego preguntarle* ¿sí está de acuerdo o no en que

cuando esta opinión es valorada, merituada o tomada en cuenta seriamente al momento de expedir el fallo conforme lo exige la Convención sobre los Derechos del Niño; una actuación judicial solo considerando el aspecto procesal es una función que no considera el espíritu de aquél corpus iuris y que no advierte la importancia de aquellas en el reconocimiento y garantía de los derechos los niños como "sujetos de derechos" que es finalmente, el propósito de la expedición de tales normas.

Por tanto, el Juez especializado debe de explicitar cuáles fueron los motivos por los cuales no sé resolvió conforme al sentido de opinión del niño; o en su caso, porqué estimó resolver el caso conforme a su opinión; de esa

forma, se verifica que efectivamente el juez ponderó seriamente la opinión del niño, garantizando el derecho a ser escuchado en sus dos manifestaciones.

A mayor detalle, la Observación General No. 14 (Comité de los Derechos del Niño Naciones Unidas, 2013), en su fundamento 97, señala que "para determinar el interés superior del niño la motivación que se exige es que aquella sea cualificada pues debe exponer todas las circunstancias en las que se encuentre aquél niño, los elementos examinados y cómo fueron merituados; enfatizándose que **en el supuesto de que la decisión tomada sea distinta a la opinión que vertió el niño se deberá exponer con suma claridad los motivos por los cuales fue adoptada"**. (pág. 20)

Del mismo modo, también se advirtió en el presente trabajo de investigación, que los jueces especializados, muchas veces, se basan - para sustentar su decisión de conceder o no la tenencia (monoparental o

---

su vida familiar se rija bajo esa figura jurídica?, y ¿cómo le gustaría que se concretice en su vida diaria?).

compartida)- únicamente en la opinión del niño, niña o adolescente; la cual lo consideran persé conforme a su interés superior; lo usual es que se dé estos casos, con mayor frecuencia, cuando se trate de adolescentes los involucrados en estos conflictos jurídicos socio familiares.

En tal orden de ideas, el juez especializado, al efectuar ese razonamiento jurídico, olvida recordar que su decisión, no sólo debe ser conforme a la opinión del adolescente; sino y principalmente, conforme a su interés superior, el cual para determinarlo requiere que esa opinión sea confrontado y valorado conjuntamente con las otras pruebas actuadas durante el proceso.

- ***Calidad de vinculación afectiva entre cada uno de los progenitores con su hijo (a).***

Este elemento es un criterio ampliamente valorado por los jueces de la especialidad para determinar conceder o no la tenencia compartida; sin embargo, del análisis documental efectuado sobre las sentencias casatorias relacionadas al tema de investigación, se advirtió deficiencias en la interpretación y consecuencias, otorgada a la mayor o menor vinculación existente entre los progenitores y sus menores hijos.

Partiremos señalando que, para determinar el grado de vinculación afectiva que sostienen el progenitor con su hijo, deben ser evaluados todos ellos previamente a través de pericias psicológicas; en el caso de los progenitores sus conclusiones deben orientarse a determinar sus aptitudes para ejercer el rol paterno/materno; y, en igual medida, establecer el grado de vinculación afectiva que tiene con su hijo (a).

Para el caso del niño, niña y adolescente, la pericia psicológica que se les practique debe determinar el grado de vinculación afectiva que sostiene con cada uno de sus progenitores y su capacidad de adaptación a los cambios. Sobre la base de aquella información se debe establecer el programa de vida familiar para aquella familia en crisis.

Bajo ese ángulo de análisis, cuando se tiene como conclusión en una pericia psicológica, por un ejemplo, que el niño, niña o adolescente tienen una débil vinculación con su padre; y un marcada vinculación con su madre y familia de esa línea; en ese caso, se advierte que el razonamiento jurídico que efectúan los jueces especializados, ante esa situación familiar es desestimar la tenencia compartida; y conceder la tenencia monoparental a la madre por su mayor vinculación afectiva; y, un régimen de visitas al padre. Esa decisión, en nuestra opinión no es conforme al interés superior del niño, niña o adolescente.

Continuando con el orden de ideas, reiteramos que la tenencia compartida, protege a la familia en crisis, pues busca tutelar su vínculo familiar mediante el resguardo, promoción, restablecimiento de la afectividad de los hijos con sus progenitores, pues ello garantiza su interés superior mediante su derecho a vivir o hacer una vida familiar**.** Sobre este tema hablamos en extenso en la sección 2.2.4 del acápite 2.2 del Capítulo II de la presente investigación

Bajo esa lógica y aplicando el principio del interés superior, ante el caso planteado se hace aún más necesario, urgente y oportuno el que se fije a favor de este niño una tenencia compartida, la cual desde su plano material consistente en el relacionamiento y contacto directo, debe ser progresivo y compatibilizando los tiempos de padre e hijo, lo más frecuente posible; posteriormente permitir el externamiento e incluso pernocte del hijo con el progenitor que no se encuentra vinculado afectivamente; para finalmente, inclusive establecer un programa de residencia alterna (p.ej. período de vacaciones útiles); todo lo cual, debe valorarse conjuntamente con las condiciones de tiempo que poseen de los sujetos procesales y las condiciones materiales que ofrecen los progenitores, entre otros aspectos significativos.

En suma una débil vinculación afectiva entre hijo y progenitor, debe significar para el juez especializado de familia, un motivo mayor para

establecer mecanismos o medidas que busquen promover entre ellos crear o restablecer su afectividad; cuando los motivos para aquella situación emocional, no obedezcan a causas originadas por el progenitor desvinculado, provenientes de graves vulneraciones a los derechos de su hijo.

De esa manera, también se logrará que se dé una lectura adecuada a los casos derivados de acciones como p.ej: influencia, coacción, manipulación o sustracción de menores de edad que originan un exigua vínculación afectiva parental con uno de los progenitores (generalmente el padre); ya que se disuadirá a los progenitores (generalmente la madre) de que incurran en esa conducta, pues no será un medio adecuado para lograr sus fines como es obtener la tenencia monoparental o exclusiva; sino por el contrario, el juez especializado ante esa situación emocional atípica, creará o establecerá mecanismos idóneos para tutelar el vínculo parental.

Finalmente, no está demás precisar que, la calidad de vinculación afectiva entre progenitor e hijo no genera ningún impedimento para que funcione la tenencia compartida desde su aspecto o manifestación legal o formal.

- ***Proximidad territorial de los padres e hijos. -***

Este es un criterio también es valorado por los Jueces de la especialidad para determinar conceder o no la tenencia compartida; sin embargo, del análisis documental efectuado sobre las sentencias casatorios vinculadas al tema de investigación, se halló deficiencias en la interpretación y valoración de este elemento

En principio partiremos señalando que, este elemento es indiferente para que funcione la tenencia compartida desde su aspecto legal o formal. Sin embargo, cobra especial relevancia para su funcionamiento en el plano material que comprende el relacionamiento y contacto directo.

Ahora bien, en el supuesto de hecho, por ejemplo, que ambos progenitores residan en distintos Departamentos de nuestros países; o en el caso que uno de ellos, labore en un Departamento distinto al de la residencia de su hijo; ese supuesto de hecho no puede ser un fundamento válido y suficiente por sí mismo para justificar que el Juez especializado de familia desestime conceder la tenencia compartida y opté por preferir dictar una tenencia monoparental o exclusiva. En nuestra opinión dicho razonamiento es deficiente al no ser conforme al interés superior del niño.

Debemos recordar y enfatizar que, la tenencia compartida propugna en su aspecto material una comunicación frecuente entre padres e hijos; y un contacto físico permanente entre padres e hijos; y equivalente, en la medida de lo posible, entre progenitores.

En el ejemplo propuesto (sin evaluar la edad u otros elementos) se evidencia que la distancia en la proximidad física entre los progenitores y sus hijos, impiden que el programa de vida familiar para esa familia contemple una residencia alterna para el hijo (diaria, semanal o mensual); sin embargo, el Juez especializado, debe efectuar una labor creativa para compatibilizar sus ubicaciones geográficas y lograr su ejecución; en ese sentido, sí podría establecer una residencia alterna condicionándolo a las vacaciones escolares de verano, las vacaciones escolares de medio año; y a la fecha de vacaciones que le correspondan al progenitor en su Centro Laboral.

En tal sentido, estimamos que el razonamiento jurídico propuesto, es el que debe aplicarse en casos similares; en tanto de esa manera, realmente se evidencia un real esfuerzo por materializar el principio del interés superior del niño, protegiendo su derecho a la coparentalidad y su derecho a vivir en una familia, a través del uso de la figura jurídica de la tenencia compartida.

Finalmente, a mayor proximidad territorial entre los progenitores y sus hijos; será mayor el uso, tiempo y frecuencia de la residencia alterna; y en su caso, pernocte, comunicación o contacto físico; de otro lado, mientras más

distantes se encuentren los progenitores e hijos, el uso y frecuencia de la residencia alterna se reduce; sin embargo, el tiempo de duración que se fije debe ser el más prolongado posible.

Es preciso indicar que, el Juez especializado debe tomar la previsión de establecer judicialmente la obligatoriedad de comunicar cualquier cambio de domicilio de los progenitores y especialmente el del hijo en común, con al menos una antelación de dos meses antes de hacer efectivo su mudanza, con el objetivo de que se pueda reajustar el programa de vida familiar ; así como, corroborar que se trate realmente de una medida necesaria y justificada; y no un simple capricho de los progenitores con el fin de evadir el cumplimiento de la sentencia.

- ***Tiempo de convivencia existente entre los progenitores y el hijo.***

Este elemento es un criterio vigente regulado en el artículo 84° literal a) del Código de los Niños y Adolescentes, que a la letra señala: " a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable (...)".

Mediante este elemento se privilegia la estabilidad en la vida familiar y emocional alcanzada por el hijo y el progenitor con quien cohabita, siempre y cuando le hubiese generado resultados positivos para aquél; en cuyo caso, bajo la regulación legal actual de la tenencia y la interpretación tradicional que se efectúa de aquellas normas, será considerada determinante y suficiente por los Jueces de la especialidad para conceder la tenencia exclusiva o monoparental al progenitor que cumple con aquellas exigencias ; y consecuentemente, desestimar la tenencia compartida.

Continuando con el orden de ideas, estimamos que aquél razonamiento no es acorde al principio del interés superior del niño; dado que, la estabilidad emocional y familiar lograda **solo** con un progenitor, no puede

prevalecer frente al derecho que tiene el niño a efectuar una vida familiar con sus dos progenitores; en ese sentido, el frecuentar y convivir con el progenitor (con quien cohabito en menor tiempo o nunca) repercute positivamente (iuris tantum) en su desarrollo emocional; en ese sentido, integrar al otro progenitor a la vida diaria de su hijo es la especial tarea que debe afrontar el Juez de la especialidad, valiéndose para alcanzar ese objetivo de la opinión especializada de un psicólogo, quien colaborará en la singular misión para evitar innecesarias alteraciones a su ritmo de vida familiar, social y educativa.

En suma, no es una interpretación o razonamiento conforme al principio del interés superior del niño el optar por la tenencia monoparental o exclusiva; y en consecuencia, privar o restringir el contacto físico y comunicación constante con su otro progenitor (con quien cohabito en menor tiempo o nunca), menos aun cuando éste cuente con las aptitudes emocionales, económicas y disponibilidad de tiempo para cumplir su rol bajo la figura jurídica de la tenencia compartida; bajo el único argumento de que no sobrepasó en tiempo de convivencia al otro padre o madre .

Consideramos que, observar el principio del interés superior del niño exige al Juez de la especialidad a compatibilizar y lograr que la tenencia compartida sea funcional en la citada familia en crisis; sin que ello signifique, sacrificar ningún derecho fundamental y especifico del niño, niña y adolescente.

Asimismo, una aplicación taxativa de aquél dispositivo legal (Artículo 84° literal a del Código de los Niños y Adolescentes); sin compatibilizarlo con los principios que inspiran al nuevo derecho de familia, fomenta el que los progenitores incurran en el delito de sustracción de menor [19] ; ya que

---

19 Código Penal :

"Artículo 147.- Sustracción de menor. El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años."

persiguen cumplir con obtener el tiempo exigido, sin considerar, sí vulnera o no algún derecho de su menor hijo como es el derecho a la coparentalidad. Es debido a ello que, consideramos que el tiempo logrado a través de estas prácticas ilícitas, no deben ser computadas para determinar el cumplimiento de aquél requisito.

- ***Rutina diaria, horarios y tiempo libre.***

En relación a estos elementos consideramos que son un criterio que tienen una especial relevancia; dado que, el juez especializado tiene la misión de lograr compatibilizar las rutinas, horarios y tiempos de cada sujeto procesal (padre, madre e hijo) con la finalidad de que se garantice el éxito en la ejecución del programa de vida familiar elaborado con ocasión de la tenencia compartida.

Un error advertido de la experiencia profesional es que los jueces especializados, por diversos motivos, resuelven los casos que tratan sobre tenencia (monoparental o compartida), con datos desfasados sobre los horarios, rutinas y disposición de tiempo libre con la que cuentan los sujetos procesales involucrados en esta clase de proceso, datos que con el transcurso del tiempo varían notablemente durante todo el proceso judicial ; es por ello, que resulta vital el que se verifique que aquellos datos se encuentren actualizados y vigentes al momento en que se emite la sentencia judicial respectiva ; pues de esa manera, realmente responderá al interés superior del niño, acorde a su vigente realidad socio familiar que se encuentre viviendo.

En suma, la labor del Juez especialidad radica en hacer funcional la tenencia compartida en el plano material, la cual consiste en determinar, entre otros, un régimen de relación personal y contacto directo entre progenitor e hijo, labor que exige un alto grado de creativa; ya que de los datos de la vida diaria de cada uno, deben lograrse que se compatibilice la rutina, horarios y tiempo libre de padre -hijo(a) y madre -hijo (a) a efecto que, en la medida de

lo posible, sean equitativos y puedan ser ejecutados sin mayores obstáculos e inconvenientes.

Del mismo, se tiene que compatibilizar la rutina, horarios y tiempo libre entre padre -madre; en el sentido del reparto de responsabilidades en las actividades de la vida diaria de su hijo en común, sólo por mencionar algunos ejemplos, tales como: asistencia a las reuniones de padre de familia en el Centro Educativo, llevarlos a sus talleres extracurriculares, citas médicas u otros; ello en caso que los progenitores no estén dispuestos concurrir de manera conjunta.

Debemos mencionar que, algunas actividades profesionales permiten a los progenitores, contar con una mayor flexibilidad en sus horarios, haciéndoles posible asistir, a todas o al menos algunas, de las actividades que hemos mencionado.

Mientras que otros progenitores por su profesión (ingenieros de minas, ingenieros ambientales, aeromozas; pilotos) les exige ausentarse varias semanas o días de su residencia habitual, lo que no les permitiría en esas épocas cumplir con las responsabilidades señaladas anteriormente; así como, tampoco albergar a su hijo en su domicilio; en ese sentido, se debe procurar que en el tiempo que se encuentren en su residencia habitual gocen del mayor contacto madre/padre -hijo (a).

4.4. Impacto social de la implementación de la propuesta

Las propuestas planteadas van a generar una gran transformación social en familias existentes en nuestro País, pues sus consecuencias impactaran en el rol que ejerce cada integrante del grupo familiar; así como, en la finalidad que persigue la familia al margen si atraviesa o no una crisis.

4.4.1 Visibiliza al niño, niña y adolescente en su calidad de sujeto de derecho.-

Consideramos que la principal contribución que generan las propuestas planteadas es que la familia, dejará de ser concebida y abordada, tanto a nivel social y jurídico, desde únicamente la perspectiva de los progenitores; pues los niños, niñas y adolescentes tendrán la misma e incluso mayor importancia que sus padres, por ser sujeto de derecho pleno con autonomía progresiva.

En el seno de la familia (y sobretodo de la familia en crisis), los progenitores comprenderán e interiorizarán que su primera obligación al ejercer su responsabilidad parental es priorizar en todo momento y bajo cualquier circunstancia el bienestar de su hijo; en otras palabras, regirse bajo el principio del interés superior del niño.

En el marco de un proceso judicial que verse sobre tenencia (monoparental o compartida); el Juez de la especialidad de familia logrará reconocer que son tres los sujetos procesales (hijo, padre y madre) intervinientes; donde cada uno tiene un interés jurídico propio, y eventualmente inclusos contrapuestos; en esas circunstancias, y bajo esos parámetros debe tener como meta el lograr compatibilizar esos tres intereses, con la finalidad de los progenitores interioricen que lo mejor para el bienestar de su hijo es que se rijan bajo la figura jurídica de la tenencia compartida; y

consecuencia, observen y ejecuten el programa de vida familiar la cual no se agota en estipular acuerdos sobre la comunicación y el relacionamiento del hijo con sus progenitores, sino sobre todo tema que requiera un acuerdo y resulte necesario para sostener una relación armoniosa en el marco del respeto de los derechos y obligaciones de aquellos.

.

4.4.2 Contribuye a la igualdad de género desde el plano de la igualdad parental:

Las pautas propuestas van a producir un gran impacto social en los roles tradicionalmente asignados a los hombres y mujeres en el ejercicio de su paternidad y maternidad en el seno familiar.

El rol tradicionalmente asignado a la mujer en la familia, causado por su capacidad biológica de crear vida, fue el dedicarse exclusivamente a proteger, educar y brindar apoyo moral a sus hijos; así como, el encargarse de los quehaceres del hogar; exigiéndoles incluso que renuncien a sus metas profesionales. Mientras que el rol tradicional y estereotipado que se asignó al hombre en el seno de la familia fue el ser el encargado de proveer económicamente a su familia y brindarles protección y seguridad.

Los prototipos de roles mencionados y atribuidos a los padres y madres serán objeto de ruptura pues las propuestas planteadas se sustentan en que tanto hombres como mujeres están en igual medida aptos para ejercer su responsabilidad parental, tanto a nivel de sus obligaciones y derechos como en relación a brindarle formación y soporte emocional a sus hijos.

Asimismo, el “rol proveedor” del padre resultará siendo obsoleto; pues bajo las propuestas sugeridas, ambos progenitores, deben proveer el sostenimiento económico a su hijo (aun cuando se haya disuelto el vínculo matrimonial, la unión de hecho o la relación sentimental) en la medida de lo posible, de forma equitativa o al menos proporcional a su capacidad

económica; pero en modo, alguno dicho sostenimiento económico recaerá solo en uno de ellos. Salvo circunstancias excepcionales y corroboradas probatoriamente.

De igual forma, el rol materno tradicionalmente asignado a las mujeres para los quehaceres del hogar y de la crianza de los hijos, también serán superadas y transformadas; en virtud del principio corresponsabilidad, la cual hace recaer esas funciones, obligaciones o roles de crianza, en ambos progenitores, poniéndoles de esa forma, en un plano de igualdad a los hombres y mujeres, no sólo desde el aspecto formal sino y principalmente desde el plano material o real.

La tenencia compartida, coadyuva a que la la mujer realice alcance su independencia económica pues al compartir de crianza puede agenciarse de tiempo a efecto de realizar algún tipo de actividad, oficio o profesión que le genere ingresos económicos.

4.4.3 Reduce los casos de violencia entre progenitores e infantil.

Las pautas sugeridas al ser implementadas van a generar una transformación social en las familias; las cuales de ser jerarquizadas pasarán al modelo democrático; donde todos los miembros se encuentran situados en un plano de igualdad.

En ese sentido, nuestra propuesta plantea de forma enfática que el rol de los progenitores será regido bajo el objetivo de garantizar el derecho del niño a la coparentalidad y en el que se privilegie su interés superior en todo momento; bajo esa perspectiva, las disputas que normalmente se originan por descuerdos en los términos del divorcio o separación sentimental o producto de algún detonante como: infidelidad, el inicio de una nueva relación sentimental o el uso del dinero en común; etc; contexto que conlleva usualmente a los progenitores a centrarse en dichas circunstancias personales impidiéndoles llegar a acuerdos sobre la tenencia o régimen de visitas de sus hijos, y que en su momento más álgido incluso desata actos

de violencia entre ellos.; resultaran proscritas y ocasionarán como una consecuencia severa, que ni siquiera aspire el progenitor que incurrió en ellas, a optar por una tenencia compartida; de esa forma, hasta por estrategia legal, los padres son disuadidos de incurrir en aquellos actos entre sí;

Desde otra lectura, una conducta cordial o al menos funcional entre los progenitores, les hace acreedor en el peor de los casos a una "tenencia compartida" y en el "mejor" de ellos, - previamente acreditando las circunstancias excepcionales adversas del otro progenitor- incluso se le puede atribuir una tenencia monoparental, siempre que colabore y promueva el funcionamiento y ejecución de la tenencia compartida.

Ahora bien, en casos de disputa judicial sobre tenencia (monoparental o compartida) los progenitores de forma inconsciente incluso, en muchos casos, efectúan actos de violencia infantil sobre sus hijos; hablan mal o buscan desacreditar al otro progenitor, los involucran en los proceso judiciales que afrontan, incluso exigiéndoles que tomen partida por uno de ellos; y en otros casos, obstruyen su vínculo parental con el otro progenitor.

Estas conductas de ser detectadas desacreditan al progenitor que incurrió en ello para siquiera obtener una tenencia compartida; dado que, a todas luces se evidencia que el ejercicio de su rol parental no es conforme al interés superior de su hijo y menos aún le garantiza su derecho a la coparentalidad. Es por ello, estimamos que las pautas propuestas coadyuvan eficazmente a que los progenitores dejen de efectuar esas prácticas atentatorias sobre los derechos de sus hijos.

Del mismo modo, al implementar a la justicia terapéutica como una forma de administración de justicia en los casos de tenencia (compartida o monoparental), de forma obligatoria toda la familia será sometida a un programa estructurado que les permitirá afrontar su crisis familiar de una manera sana y conforme a la Ley propuesta, lo que evitará que detone en su interior alguna clase de violencia ya sea entre progenitores como entre padres

e hijos; de esa forma, se reducirá los índices alarmantes de violencia que afronta nuestra sociedad.

CAPÍTULO V:
CONSECUENCIAS

5.1. Costos de la implementación de la propuesta

Consideramos que la implementación de las pautas 1 y 3, no significará ningún costo económico adicional al presupuesto otorgado a cada Sector (Congreso de la República y Poder Judicial) pues está dentro del marco habitual de sus funciones.

En relación a la pauta 2, su implementación no comprometerá un costo económico sí se efectúa alianzas o convenios con el Colegio Profesional de Psicólogos o con las Facultades de Psicología de las Universidades Nacionales con mayor prestigio.

5.2. Beneficios que aporta la propuesta

Consideramos que además de los beneficios desarrollados pormenorizadamente en el sub título denominado “impacto social de la implementación de la propuesta”; las pautas sugeridas traerán como beneficio el que nuestra legislación de familia se actualice al nivel del desarrollo logrado en otros Países de nuestro continente.

Los jueces de la especialidad de familia tendrán un marco legislativo más claro que les exigirá una mayor minuciosidad en el análisis y motivación de sus decisiones judiciales; las que además, tendrá un mayor indice de ejecución o cumplimiento debido a ello y por la implementación de la justifica terapéutica para los procesos judiciales sobre tenencia compartida.

Sin embargo, el principal aporte será en beneficio de los niños, niñas y adolescentes; dado que, tendrán una oportunidad real de concretizar su derecho a la coparentalidad y su derecho a vivir en una familia o hacer vida familiar a través de la priorización o preferencia de la tenencia compartida, salvo en casos de excepciones debidamente acreditadas.

Del mismo modo, los progenitores también serán beneficiados en tanto que las propuestas planteadas promueven y exigen, que tanto los hombres y mujeres ejerzan su paternidad de forma igualitaria observando el derecho a la corresponsabilidad parental. Además que, se les exigirá que ejerzan su rol parental siempre actuando en beneficio de su hijo dejando sus interés particulares desplazados frente al de sus hijos lo que les garantizará su derecho a vivir en una familia.

Las pautas planteadas al implementarse solucionarán integralmente los conflictos jurídicos socio familiares que amenazan a las familias peruanas, evitando que deriven en conflictos de otra naturaleza; pero principalmente evitarán que las familias en crisis se desintegren , pues la tenencia compartida, permiten que mantengan su cohesión desde su nueva realidad familiar a través de la tutela a su vínculo familiar, pues es un medio idóneo para preservar la afectividad del hijo con sus dos progenitores y la familia de cada uno de aquellos.

CONCLUSIONES

1. De los resultados obtenidos producto de la aplicación de las técnicas de recolección de datos usadas en la presente investigación en relación al objetivo general concluimos que las pautas que son necesarias implementar para que la tenencia compartida sea aplicada y en su momento ejecutada en el marco de un proceso judicial sobre tenencia compartida, son las siguientes: i) Promulgación de una Ley que modifique el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes. ii) Implementación de la justicia terapéutica en los procesos judiciales sobre tenencia (compartida o monoparental) y iii) Establecer pautas interpretativas de los criterios a evaluar para que se determine judicialmente la tenencia compartida.

2. En tal orden, de ideas se determinó que es necesario se efectúe una modificación legislativa del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, en los términos planteados en la Pauta No. 1 (desarrollado ampliamente en las pág. 266) ; ya que, es el medio idóneo para lograr que los progenitores involucrados en este tipo de conflictos jurídico socio familiares modifiquen su idiosincrasia y se tracen como objetivo en el ejercicio de su responsabilidad parental el que prevalezca el interés superior de su hijo, en todo momento, y principalmente cuando se desate esta clase de conflictos.

3. Del mismo modo, resulta necesario para lograr alcanzar el objetivo general trazado él se incorpore la “sanción de nulidad”, conforme a la modificación legislativa planteada para el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, pues dicha

precisión contribuirá en disuadir a los jueces especializados en incurrir en una indebida motivación de las resoluciones judiciales y/o el inaplicar el "principio del interés superior del niño" al momento expedir una sentencia concediendo una tenencia monoparental o exclusiva; promoviendo y garantizando de esa manera a favor de los niños, niñas y adolescentes un minucioso estudio fáctico y jurídico sobre su caso y un adecuada ponderación de su interés superior.

4. También consideramos imperioso para alcanzar el objetivo general planteado, que los "criterios interpretativos" propuestos (como Pautas No.2, desarrollado ampliamente en las pág.272) sean adoptados por el Poder Judicial a través de "Acuerdos plenarios" u otro similares afín de uniformizar el razonamiento jurídico que deben formular los jueces especializados coadyuvando de esa forma a que determinen con precisión, en cada caso concreto, el " interés superior del niño" cuando se evalué los principales elementos o criterios (Edad, calidad de relación entre los progenitores, opinión del niño , calidad de vinculación afectiva entre cada uno de los progenitores con su hijo y otros) que se requiere tomar en cuenta al momento de resolver los conflictos jurídicos sociofamiliares de tenencia compartida de esa manera también se garantiza una adecuada motivación y fundamentación de las sentencias judiciales.

5. Es preciso indicar que, el primer y segundo objetivo específico que fueron planteados en la presente investigación se cumplieron; dado que, fue desarrollado pormenorizadamente en el capítulo II, en donde además, se tocaron los siguientes temas: desarrollo histórico de la tenencia compartida, la regulación que tiene en nuestro País, las tipologías que presenta; del mismo modo, se desarrolló los principales postulados teóricos que sustentan a la tenencia compartida, se analizó los derechos que

en constante dinámica coexisten entre los sujetos de derechos que involucra el establecimiento de una tenencia compartida, entre otros temas directamente vinculados a la tenencia compartida, todo lo cual permitió proporcionaros una mirada plena sobre la importancia de la citada figura jurídica para el objetivo de lograr la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

6. Respecto al tercer objetivo específico trazado, se logró conocer la postura de los Magistrados entrevistados en relación a la tenencia compartida, quienes principalmente sostienen que el marco normativo existente garantiza adecuadamente la motivación y fundamentación de las sentencia judiciales en el tema de análisis; estiman también que, la calidad de las relaciones personales que sostengan los progenitores es un factor fundamental que determina el uso y el éxito de la tenencia compartida; y sostienen que la tenencia compartida no será viable en tanto la idiosincrasia de los progenitores no cambie; asimismo, se aprecia de las opiniones vertidas por los jueces especializados que aquellos no dictan la tenencia compartida de oficio, pues preservan una concepción civilista del proceso de familia al mantener el temor a incurrir en expedir en una sentencia *extra petita.*

7. Finalmente, en relación al cuarto objetivo específico planteado conocimos el razonamiento jurídico que utilizan los jueces supremos a través del resultado obtenido del análisis practicado a las sentencia casatorias; detectando que efectúan una deficiente motivación de resoluciones judiciales (inadecuada aplicación del principio del interés superior y opinión de niño); mantienen una concepción civilista del proceso al no aplicar el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes (facultad de dictar de oficio la tenencia compartida); apreciamos que

sostienen que la tenencia compartida no tendrá éxito en tanto los progenitores tengan una relación conflictiva y no hagan primar el interés de su hijo frente al de ellos ; razón por la cual formulamos la pauta No. 2; es decir, el formular la propuesta de que se aplique la justicia terapéutica para superar la barrera de las deficientes y conflictiva relaciones interpersonales de los progenitores la cual fue ampliamente desarrollada en las pág. 272 -275.

8. Del mismo modo, del análisis documental de las sentencias casatorias se obtuvo que, los jueces especializados para conceder la tenencia compartida evalúan algunos criterios como son: La relación emocional existente entre progenitor e hijo; proximidad territorial entre progenitores e hijo; la disposición de tiempo de los progenitores y los resultados de evaluación psicológica y social; sin embargo, se advirtió el razonamiento jurídico desplegado por ellos no son concordante con los principios y derechos que propugnan la convención sobre el derecho de los niños razón por la cual nos motivó a formular la Pauta No. 3. Coforme al desarrollo detallado en las pág. 276 - 293.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los órganos rectores cuya competencia guarda relación con la protección de la infancia y la familia incorporar como meta dentro de las políticas públicas que los hijos de padres separados gocen de un modelo de familia responsable y democrática regido por los principios de corresponsabilidad y coparentabilidad como es la tenencia compartida pues es la forma de materializar su interés superior; y además, es la forma más eficiente de proteger a la familia en crisis.

- Se sugiere al área competente del Poder Judicial incorporar en La base de datos de expedientes del Sistema Integrado Judicial – SIJ un ítem que permita identificar los procesos judiciales de tenencia en que se haya concluido con una sentencia que conceda la tenencia compartida a efecto de medir los avances sociales y jurídicos en la promoción y uso de esa figura jurídica.

- Se recomienda capacitar y actualizar a los Jueces y fiscales de todas las instancias en la especialidad de familia en relación a las nuevas tendencias en el derecho de la infancia y de familia ; y más específicamente sobre la tenencia compartida; así como, a los nuevos estudios de psicología forense respecto al impacto positivo en el estado emocional de los niños y adolescentes que han estado rigiéndose bajo la figura jurídica de la “tenencia compartida” a efecto de que sea conscientes de que efectivamente materializa el “interés superior “de los niños y adolescentes salvo casos muy excepcionales.

- Es necesario iniciar las investigaciones a efecto de cambiar el modelo procesal familiar; eliminar la prohibición de reconvención en los procesos de tenencia (Artículo 171° del Código de los Niños y Adolescentes); pues actualmente es

predominantemente escritural y formalista, ocasionando que por su duración y por la naturaleza dinámica de las relaciones familiares, genera en muchos casos que, cuando el proceso judicial de tenencia concluye, la sentencia que se dicta no responda a su vigente realidad familiar y tampoco a al actual interés superior del niño .

- Se sugiere actualizar los protocolos de evaluación psicológica existentes en el Poder Judicial y Ministerio Público a efecto que cuando se solicite sus servicios en relación al caso de “tenencia” aun cuando no se trate específicamente de la modalidad de “tenencia compartida” en sus conclusiones se pronuncie sobre la viabilidad o no de que los justiciables y sus menores hijos puedan regirse por aquella.

- Se recomienda que se protocolice los Informes Sociales que realiza el Equipo Multidisciplinario del Poder Judicial a efecto de que aquella sea uniformizada, cuente con estándares mínimos de información. Además, que, se incluya tomas fotográficas o videos de las viviendas donde se efectúan las visitas sociales; además de documentos sustenta torios de las conclusiones que viertan.

- Se recomienda, la implementación de la justicia terapéutica para los casos que traten sobre tenencia (monoparental o compartida) a efecto que elaboren un programa estructurado teniendo como guía el programa : “Ruptura de pareja, no de familia[20]”, en la que se contemple por lo menos, que previa a la realización de la audiencia en presencia del juez, los justiciables reciban charlas o talleres en la que se trabaje para que puedan diferenciar la relación padre/madre – hijo; y, cónyuge- cónyuge; así como, las bondades de la tenencia compartida y disminuyan el grado de conflicto existente en sus relaciones personales con la finalidad de que el día de la audiencia

20 Fariña, Arce, Novo y Seijo (2014).

puedan mostrar mayor disponibilidad a los acuerdos que requerirán para la ejecución de la tenencia compartida.

- Se sugiere que el Código de los Niños y Adolescentes y el Libro III: Derecho de familia del Código Civil sufran reformas legales integrales, con la finalidad de que por los menos ambos corpus iuris sean compatibles en sus disposiciones y en los términos jurídicos que emplean; y que ambos se actualicen conformen a las nuevas tendencias del derecho de familia y de la infancia las que tienen como norte a la Convención Sobre los Derechos del Niño.

REFERENCIAS

Acuña, M. (2013). El Principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*(2), 21-59. doi:http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002

Águeda, R. (2016). El Interés del menor en la guarda conjunta, con especial atención a los supuestos de violencia. Universidad de Sevilla.

Aguilar, A. (09 de junio de 2019). *El síndrome de alienación parental y sus implicancias en el binomio tenencia- régimen de visitas.* Obtenido de Asociación de Familiares Separados. Sociedad Civil sin fines de lucro: http://www.afamse.org.ar/files/EL-SINDROME-DE-ALIENACION-PARENTAL-Y-SUS-IMPLICANCIAS-EN-EL-BINOMIO-TENENCIA.pdf

Aguilar, B. (2011). *La Familia en el Código Civil Peruano.* Lima.: Legales, pp. 306.

Alascio. (2007). *El síndrome de alienación parental.* BARCELONA: Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra. http://www.indret.com/pdf/484_es.pdf.

Alonso, R. (2016). La Guarda y Custodia Compartida". España: Escuela de Práctica Jurídica Salamanca, España.

Atala Riffo y niñas Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012). Recuperado el 09 de junio de 2019, de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Barcia, R. (2012). CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS* Lathrop Gómez, Fabiola, La Ley, Madrid, 2008. 582 pp. *Revista Ius et Praxis*(2), 441-474. doi:http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200016

Barcia, R. (2013). Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: Una mirada desde el derecho comparado. *Revista de Derecho-Universidad Católica del Norte., 20*(1), 21-60. Recuperado el 08 de junio de 2019, de http://www.redalyc.org/pdf/3710/371041327002.pdf

Beloff, M. (1999). “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para armas y otro para desarmar. *Revista Justicia y Derechos del Niño*(1), 9-23. Recuperado el 08 de Junio de 2019, de http://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf

Beltrán, P. (2009). "El mejor padre son ambos padres" ¿ Es viable la tenencia compartida en el Perú? *Boletín de Familia*(10), 53-65.

Bermúdez, M. (2009). El síndrome de alienación parental como elemento valorativo de violencia familiar psicológica. *Revista electrónica Aportes Andinos*(25). Recuperado el 09 de Junio de 2019, de http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1050/1/RAA-25-Berm%C3%BAdez-El%20s%C3%ADndrome%20de%20alienaci%C3%B3n%20parental.pdf

Bermúdez, M. (Octubre de 2018). El conflicto familiar como problema humano y el vínculo familiar a ser tutelado. *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review*(3), 27-44. Obtenido de https://ucblawreview.files.wordpress.com/2018/11/conflicto-familiar-problema-humano-y-el-vicc81nculo-familiar-a-ser-tutelado-bermucc81dez.pdf

Bermúdez, M. (2019). *La evaluación constitucional de derecho en el derecho de familia.* Lima: Gaceta Jurídica , 1ra edición.

Berrocal, A. (2012). “Patria potestad: Modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación, extinción”. *Revista Crítica de Derecho*

Inmobiliario(723), 469-664. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://docplayer.es/11156826-1-2-familia-la-patria-potestad-modificacion-suspension-privacion-exclusion-recuperacion-y-extincion.html

Bibilioteca Nacional del Congreso de Chile. (s.f.). *Efectos de la cusodia compartida en los niños y adolescentes, experiencias extrajera.* Recuperado el 09 de junio de 2019, de https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15193/1/PS_260712_ml_efectos%20de%20custodia%20compartida_final_v5.doc.

Bones, S., & Moncerrate, C. (2014). Custodia compartida del Menor, una alternativa exigida por la nueva realidad social. Guayaquil, Ecuador.: Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil,.

Boñalos, I. (2002). El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales. *Psicopatología Legal y Forense, 2*(3), 25-45. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de http://afamse.org.ar/files/sindromealienacionparental.pdf

C F.A P Representado(a) por Juan García Cordova, Exp. N° 01665-2014-HC/TC, (Tribunal Constitucional del Perú 25 de agosto de 2015). Recuperado el 27 de julio de 2019, de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/01665-2014-HC.pdf

Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vol. 6). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.

Cabanellas. G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI.* Argentina.: Heliasta. S.R.L, pág. 148.

Canales, C. (2014). *Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión.* Lima Perú.: Gaceta Jurídica,.

Cancian. M. & Meyer. D. (1988). *Who gets custody? .* Demography, 35, 147–157.

Carmen Nancy Zeballos Vargas, Expediente No. 03162-2008-PA/TC (22 de junio de 2010). Recuperado el 28 de julio de 2019, de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03162-2008-AA.html

Casación No. 4429-2014-Lima, (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 30 de septiembre de 2014).

Casación N° 1961-2012-Lima, (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 10 de septiembre de 2013). Recuperado el 02 de agosto de 2019, de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1f317c004a1fe7768ed2de5532545ad9/Resolucion+001961-2012-1411992048663.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1f317c004a1fe7768ed2de5532545ad9

Casación N° 2340-2015-Moquegua, (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 24 de mayo de 2016). Recuperado el 02 de agosto de 2019, de https://legis.pe/casacion-2340-2015-moquegua-se-desvirtua-presuncion-del-articulo-282-cpc-afecta-interes-superior-nino/

Casación N° 3590-2015-Lima, (Corte Superma de Justicia de la República del Perú, 06 de septiembre de 2016). Recuperado el 02 de agosto de 2019, de https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2017/12/Casacion-3590-2015-Lima-Criterios-para-la-restituci%C3%B3n-internacional-de-menores-de-edad.-El-caso-de-una-ni%C3%B1a-espa%C3%B1ola-retenida-por-su-madre-peruana-Legis.pe_.pdf

Casación No. 2309-2015 Lima Sur, (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 28 de febrero de 2017).

Casación No. 2796-2017 Lambayeque, Lambayeque (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 03 de enero de 2018).

Casación No. 3016-2015 Tacna, (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 31 de agosto de 2016).

Casación No. 3449-2017 Lima, (Corte Suprema de Justicia 30 de julio de 2018).

Casación No. 3740-2014 Cusco, (Corte Suprema de Justicia 30 de mayo de 2016).

Casación No. 3767-2015 Cusco, (Corte Suprema de Justicia 30 de junio de 2016).

Casación No.1252-2015 Lima Norte, (Corte Suprema de Justicia de Lima 04 de mayo de 2016).

Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Caso González y otras ("Campo algodonero") Vs. Mexico (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de Noviembre de 2009). Recuperado el 02 de Junio de 2019, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 03 de septiembre de 2012). Recuperado el 02 de junio de 2019, de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf

Catalán, J., García, B., De la Peña, S., & Alemán, C. (2007). La custodia compartida: Concepto, extensión y bondad de su puesta en escena.Debate entre psicologia y derecho. *Anuarario de Psicología Jurídica, 17*, 131-151. Recuperado el 02 de Junio de 2019, de https://journals.copmadrid.org/apj/archivos/102997.pdf

Cataldi, M. (2015). El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad. . *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental.* Recuperado el

08 de Junio de 2019, de http://marcelamascotena.com.ar/documentos/24.pdf

Chávez, L. (2017). Criterios que determinan la Tenencia Compartida en el Juzgado de Familia – Chimbote -2017: Interés Superior del Niño. Chimbote: Universidad César Vallejo.

Chong, S. (2015). *Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur, 2013".* Lima: Universidad Autónoma del Perú.

Chunga, F., Chunga, C., & Chunga, L. (2012). *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su protección en los derechos humanos.* Lima, Perú: Grijley.

Colegio de Abogados de Arequipa y otros, N° 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, (Tribunal Constitucional del Perú 25 de abril de 2006). Recuperado el 27 de julio de 2019, de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf

Colegio de Abogados del Callao, Exp. N° 00007-2007-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 19 de junio de 2007). Recuperado el 27 de julio de 2019, de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html

Comité de los Derechos del Niño Naciones Unidas. (2013). *Observación General N° 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".* Naciones Unidas. Obtenido de https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

Correa. (2011). *La experiencia de la mediación familiar en chile. Elementos para una política pública futura. .* Revista chilena de Derecho y Ciencia Politica, 5(2), 111-138.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *Opinión Consultiva OC17/02-28/08/2002. Condición jurídica y derechos Humanos del Niño.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 02 de Junio de 2019, de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Corte Suprema de Jausticia de la República. (2008). *Sala Civil Transitoria. Casación N° 870-2007-Lima, de fecha 01 de abril de 2008.*

Darmall, D. (1998). *Divorce Casualties: Protecting your children.* Dallas, Texas. Taylor Publishing Company.

Decreto Legislativo No. 1408. (2018). *"Decreto Legislativo para el Fortalecimiento y la Prevención de la Violencia en las Familias".* Diario Oficial "El peruano" el 12 de septiembre.

Decreto Legislativo No. 1408. (2018). *"Fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familia", publicado en el diario oficial "El peruano" el 12 de septiembre.*

Díaz, Diana. (2014). El Derecho a la Libertad Religiosa y Niños, Niñas y Adolescentes. En *Sin Derechos. Exclusión y discriminación en el México actual* (pág. 312). México: Universidad Nacional Autonoma de México. Recuperado el 08 de Junio de 2019, de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3541/14.pdf

Duarte, R. (2015). Custodia Compartida en Colombia: Análisis desde el Interés Superior del Niño y perspectivas desde el Derecho Comparado. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de http://bdigital.unal.edu.co/55533/3/RosarioDuarte.2015.pdf

Duberlis Nina Cáceres Ramos, Expediente No. 01272-2017-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 05 de Marzo de 2019). Recuperado el 08 de Junio de 2019, de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01272-2017-AA.pdf

Echevarría, K. (2012). La Guarda y Custodia Compartida de los hijos. España, Granada: Universidad de Granada.

Fariña, F., Ramón, A., Novo, M., & Seijo, D. (2014). Programa “Ruptura de pareja, no de familia". Seis sesiones de intervención integral para toda la familia. *Justicia Terapeutica: Experiencias y aplicaciones.*, 57-67. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://www.pjenl.gob.mx/TratamientoDeAdicciones/download/justicia-terapeutica.pdf

Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., & Vásquez, M. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapeutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*(27), 107-113. doi:10.1016/j.apj.2016.11.001

Fariña. F.; Seijo. D.; Novo. M. & Arce. R. (2014). *La justicia terapéutica en procesos de ruptura de pareja: El papel del psicólogo. En C. Chan, C. Estrada, y F. J. Rodríguez (Eds.), Aportaciones a la psicología jurídica y forense desde Iberoamérica (pp. 113–134).* México: DF: Manual Moderno.

Fernández, E. (2017). Custodia compartida y protección jurídica del menor. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Fernández, W. (2017). La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial. *Vox Juris, 34*(2), 19. Recuperado el 02 de Junio de 2019, de https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1082/864

Florencio Jesús Navarro Sánchez, Exp.No. 2408-2006-PA/TC (Tribuna Constitucional del Perú 19 de Junio de 2006). Recuperado el 09 de Junio de 2019, de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02408-2006-AA%20Resolucion.pdf .

Forneron e hija Vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012). Recuperado el 09 de Junio de 2019, de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Gardner. R. (1998). *The Parental Alienation Syndrome: The Differentiation Between Fabrication and Genuine Child Sexual Abuse.* Cresskill, New Jersey.

Gelman Vs. Uruguay. (s.f.). *supra nota 49, párr. 122, y Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 113.

Gómez, B., & Berástegui, A. (2013). El derecho del niño a vivir en familia. *Revista de Ciencias Humanas y Sociales, 67*(130), 175-198. Recuperado el 08 de junio de 2019, de https://revistas.comillas.edu/index.php/miscelaneacomillas/article/view/894/755

Herrera, M. (2011). La democratización de las relaciones de familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes". *Revista del magíster y doctorado en Derecho*(4), 17-56. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://rmdd.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18707/28603

Herrera, M., & Lathrop, F. (2017). Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana*. Revista de Derecho Privado, n.º 32,. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 143-173. doi:https://doi.org/10.18601/01234366.n32.06.

Hollweck, M., & Medina, G. (s.f.). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*. Recuperado el 02 de junio de 2019, de http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.n

sf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F974EAA5BA71DD0E05257
4660077D599/$FILE/TenenciaCompartidaGracielaMedina.pdf

Ibañez, J. (2010). Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH, 51*, 13-54. Recuperado el 02 de Junio de 2019, de http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf

J.A.R.R.A Y V.R.R.A, Expediente No. 01817-2009-PHC/TC LIMA (07 de octubre de 2009). Recuperado el 27 de julio de 2019, de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf.

J.J.C.C, EXP. No 0052-2004-AA/TC CALLAO (Tribunal Constitucional del Perú 01 de Septiembre de 2004). Recuperado el 08 de junio de 2019, de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00052-2004-AA.html

Jarne, A., & Arch, M. (2009). DSM, Salud Mental y Síndrome de Alienación Parental. *Papeles del Psicólogo, 30*(1), 86-91. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://www.redalyc.org/html/778/77811388010/

Jarne, A., & Arch, M. (2009). DSM, Salud Mental y Síndrome de Alienación Parental. *Papeles del Psicólogo, 30*(1), 86-91. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://www.redalyc.org/html/778/77811388010/

Karen Mañuca Quiróz Cabanillas, EXP. N.° 2273-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 20 de abril de 2006). Recuperado el 27 de julio de 2019, de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html

Kupfer. D & First. M & Regier. D. (2004). *Agenda de investigación para el DSM-V .* Barcelona: Masson.

Lathrop G., F. (2008.). *Custodia compartida de los hijos, .* La ley.

Lathrop, F. (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista Chilena de Derecho Privado.*(10), 9-37.

Recuperado el 08 de Junio de 2019, de https://www.redalyc.org/html/3708/370838868001/

Ley 24.270. (s.f.). Visto el 20.04.2019, Recuperado: http://www.cooperacion-penal.gov.ar/userfiles/impedimentodecontactoley24m270_0.pdf.

López, B. (2015). *Informe de Investigación N°146/2014-2015: "Regulación del castigo corporal en países de Latinoamérica. Congreso de la Republica,.* Congreso de la República del Perú. Recuperado el 08 de Junio de 2019, de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B7D80825446B69CA052580600056DECC/$FILE/87_INFTEM146_2014_2015_castigo_corporal.pdf

López, V. (2016). Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los Juzgados de Familia de Lima: Principio de Interés Superior del Niño". Huánuco: Universidad de Huánuco.

M.C.S.S , representada por Carlos Alberto Sam Samanamud (Padre), EXP N.° 00305-2015-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 07 de Septiembre de 2017). Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00305-2015-HC.pdf

Manuel Andrés Medina Méndez, Exp. No. 01204-2017-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 01 de Octubre de 2018). Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-01204-2017-PA-TC-Lima-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR2_wc7Dv3mrpEZdmlIS2yjO533Fm4nNYkzK5hdEwLFZaO049fMmndDnNFE

Marín, M., Dujo, V., & Horcajo, P. (2017). Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida. *Anuario de*

Psicología Jurídica, 115-125. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1133074017300028

Máximo Medrano Mass López, EXP. N.° 4223-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 02 de Junio de 2017). Recuperado el 08 de Junio de 2019, de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04223-2006-AA.html

Melzi, F. (08 de Junio de 2019). Obtenido de http://www.ilustrados.com/datafiles/1063672520.html

Mendoza, J. (2018). Tipificación del delito de obstrucción de la relación parental de hijos con sus padres, habiéndose establecido el régimen de visitas (Tesis de pregrado). Chiclayo.: Universidad César Vallejo. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/27359/Mendoza_GJ.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Montagna, P. (2016). Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales. *Derecho PUCP, 0*(77), 219-233. doi:http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201602.010

Natalia Foronda Crespo y otras., EXP. N.° 2333-2004-HC/TC (Tribunal Constitucional 12 de agosto de 2004). Recuperado el 08 de Junio de 2019, de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02333-2004-HC%20Resolucion.html.

Noblecilla, S. (2014). Factores determinantes de la tenencia de menores en los Juzgados de Familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño. Trujillo, Perú: Universidad Privada del Norte.

O'Donnell, D. (2001). La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido. *Derecho de la Niñez y Adolescencia. Antología*. Recuperado el 02 de junio de 2019, de https://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf

Oliver Jersey Iparraguirre Carrasco, Exp. 10034-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 26 de marzo de 2017). Recuperado el 08 de Junio de 2019, de https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/10034-2005-AA.html

Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, 04780-2017-PHC/TC y Exp. N° 00502-2018-HC/TC (Acumulado) (Tribunal Constitucional del Perú 26 de abril de 2018). Recuperado el 27 de julio de 2019, de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00502-2018-HC.pdf

Ortega, I. (2002). “El principio del Interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea.”. *Psicopatología clínica, legal y forense, 2*(3), 87-108. Recuperado el 08 de junio de 2019, de https://masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf

Ortuño, P. (2014). Los conflictos de derecho de la persona y la familia y la TJ. *Justicia Terapéutica: Experiencias y aplicaciones*, 47-55. Recuperado el 08 de junio de 2019, de https://www.pjenl.gob.mx/TratamientoDeAdicciones/download/justicia-terapeutica.pdf

Paredes, A., & Yovera, J. (2018). La tenencia compartida y su influencia en la defensa del interés superior de los niños y adolescentes desde la perspectiva de expertos en el distrito de San Juan de Miraflores”. Lima, Perú: Universidad Autónoma del Perú.

Plácido, A. (2003). *Filiación y Patria Potestad.* Lima, Perú.: Gaceta jurídica. .

Plácido, A. (2006). "El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional”. *Cuadernos Jurisprudenciales*.

Plácido, A. (2008). El derecho a cuidar y ser cuidado: la coparentalidad o tenencia compartida. *Actualidad Jurídica*(180).

Plácido, A. (05 de Mayo de 2011). La valoración judicial de la opinión del niño alienado conforme con la Convención sobre los Derechos del Niño. *Revista Jurídica del Perú*, 19-20. Obtenido de Blog de Alex Plácido: http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2011/05/05/la-valoracion-judicial-de-la-opinion-del-nino-alienado-conforme-con-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino/

Plácido, A. (2015). *Manual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.* Lima: Instituto Pacifico S.A.C.

Puentes, A. (2014). Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*(6), 58-82. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de http://vip.ucaldas.edu.co/revlatinofamilia/downloads/RLEF_6(Completa).pdf#page=58

Quintana, V. (2015). La Guarda y Custodia Compartida. Tenerife, España: Universidad de La Laguna,.

Ramos, H. (2014). Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres. Quito, Ecuador: Universidad Central de Ecuador.

Rentería, M. (1997). Código de los Niños y Adolescentes, Título Preliminar. *Vox Juris*(7), 271-292. Obtenido de http://www.derecho.usmp.edu.pe/biblioteca/vox_jurix/VOX_JURIS_N7_1RA_PARTE.PDF

Reyes, N. (1999). Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso. *Revista Derecho PUCP, 0*(52), 773-801. Recuperado el 08 de Junio de 2019, de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6433/6489

Reynaldo Armando Shols Pérez, Expediente No. 09332-2006-PA/TC LIMA (Tribunal Constitucional del Perú 30 de Noviembre de 2007).

Recuperado el 30 de Noviembre de 2019, de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf

Rivas. (2008). *La participación de las familias en la escuela.* Revista Española de Pedagogía, 238,0559-574.

Rodriguez, A. (2017). El síndrome de alienación parental como causal de la variación de la tenencia en la corte superior de Lima Sur. Univesidad Autonóma del Perú. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de http://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/AUTONOMA/421/1/RODRIGUEZ%20CRUZ%20ANGELINA.pdf

Rodriguez, T. (2008). Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia. *Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable*. Recuperado el 09 de junio de 2019, de https://scholar.google.com.pe/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Rodriguez%2C+T.+%282008%29.+Custodia+Compartida%3A+una+alternativa+que+apuesta+por+la+no+disoluci%C3%B3n+de+la+Familia.+Revista+Trimestral+Latinoamericana+y+Caribe%C3%B1a+de+Desarrollo+Sustentable

Ros, E., Domingo, A., & Beltrán, O. (2005). Síndrome De Alienación Parental (Sap) En Procesos de Separación,. Universita Jaume. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/78746/forum_2005_3.pdf?sequence=1

Rosa Bethzabé Gambini Vidal, Exp .No. 05652-2007 (Tribuna Constitucional del Perú 06 de noviembre de 2008). Recuperado el 08 de Junio de 2019, de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.pdf.

Sánchez, R. (2013). La proteccion de la familia en el espacio europeo. Estándares básicos. Proyecciones al ámbito interamericano. *Revista*

Institucional de la Defensa Pública, 03(05), 61-114. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/revista_institucional_5_defensa_publica_caba%281%29.pdf

Silveira, H. (2016). La participación de las familias en los centros educativos. Un derecho en construcción. *Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesor*(1), 17-29. doi:http://dx.doi.org/10.6018/reifop.19.1.245511

Silvia Patricia López Falcón, Exp. N.° 04058-2012-PA/TC (Tribunal Costitucional 30 de abril de 2014). Recuperado el 27 de julio de 2019, de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04058-2012-AA.html

d.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context= theses.

Torres, A. (1999). *Introducción al Derecho.* Palestra Editores.

Varsi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial, 2da edición, marzo,.* Lima: Jurista Editores, .

Varsi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia.* (Vol. III). Lima, Perú.: Gaceta Jurídica.

Vicuña, E. (2017). El divorcio vincular y sus implicancias en la tenencia compartida de hijos menores de edad en la normativa vigente. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Villanueva, S. (2015). Por qué los padres pueden elegir libremente el prenombre de sus hijos. *Revista académica de la Escuela Registral del Reniec, 2*(1), 195-216. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1481/revista-acad%C3%A9mica-nombres-2do-n.pdf#page=194

Viola, S. (2012). Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: Una deuda pendiente. *Revista electrónica: Cuestión de*

derechos(3). Recuperado el 09 de Junio de 2019, de http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia_progresiva_ninios.pdf

Zambrano, M. (2017). Tenencia Compartida: Una reforma en igualdad de condiciones para los padres y legislación comparada. Ecuador, Sanborondón, Ecuador: Universidad de Especialidades Espíritu Santor.

Anexo 1: Matriz de consistencia

TÍTULO	PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	METODOLOGÍA
PAUTAS PARA HACER EJECUTABLE LA TENENCIA COMPARTIDA	¿Cuáles son las pautas que deben implementarse para hacer ejecutable a la tenencia compartida como una forma de solución a los conflictos jurídicos sociofamiliares de tenencia judicializados?	**Objetivo general:** Determinar, a partir del estudio efectuado, las pautas o mecanismos que son necesarios implementar, para que la tenencia compartida sea usada y ejecutada, en el plano real o material, por los Jueces Especializados de Familia cuando resuelvan los conflictos jurídicos sociofamiliares sobre tenencia. **Objetivos Específicos:**	El marco normativo nacional y supranacional (Convención sobre los Derechos de Niño) sobre tenencia de hijos, es insuficiente para que en el plano material o real los Jueces especializados de Familia apliquen, y en su momento ejecuten, la tenencia compartida; otros factores determinantes para ello, radican en que los Jueces especializados conservan una concepción civilista	**Tipo de investigación**: cualitativo. **Diseño de investigación:** fenomenológico **Método de investigación** Inductivo y deductivo. **Método de muestreo**: No probabilistico. **Unidad de análisis:** Ocho magistrados expertos en derecho de familia; y, ocho sentencias casatorias sobre

		O1. Conocer la doctrina jurídica y de otras disciplinas en la que se sustenta o respalda la tenencia compartida. **O2.**Dar a conocer el derecho que tienen los hijos a mantener las relaciones con sus progenitores (coparentalidad) y de éstos últimos a ejercer su rol en igualdad de condiciones (corresponsabilidad). **O3.**Conocer la concepción que tienen los Magistrados (jueces y fiscales) especializados en derecho de familia en el Distrito Judicial de Lima, en ejercicio del cargo, respecto al uso y ejecución de la tenencia compartida **O4.** Conocer el razonamiento jurídico que utiliza los miembros de la Corte Suprema de Justicia	del proceso de familia, efectúan una motivación aparente de sus resoluciones judiciales (sentencias) al inaplicar o aplicar deficientemente los principios y derechos que contiene la Convención antes mencionada. En tal sentido, las pautas que deben implementarse para la determinación de una tenencia compartida, son: la igualdad de los progenitores con respecto de los hijos, la tutela de derechos sin generar alguna discriminación, en particular contra el progenitor sin tenencia y el interés superior del niño en mantener un contacto con su progenitor sin tenencia.	tenencia compartida. **Técnica de recolección de datos:** La entrevista semi estructurada y análisis documental.

		de la República del Perú para resolver los casos que conoce sobre tenencia compartida.		

Anexo 2: Absolución de consulta del Poder Judicial referente a la tenencia " compartida" en mérito a la Ley de Transparencia.

Lima, 16 ENE. 2017

OFICIO N.° 035 -2017-SG-GG-PJ

Señora
MARÍA DEL SOCORRO NAYELY ESPINOZA MUÑOZ
Jirón Elías Aguirre N° 297 – Urbanización Valdivieso
Ate.-

Referencia: a) Solicitud de fecha 05/01/2017
b) Memorándum N.° 042-2017-GI-GG-PJ

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención al documento de la referencia a), mediante el cual solicita la información que detalla, al amparo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Al respecto, la Gerencia de Informática de esta Gerencia, adjunta el documento de la referencia b), con la información encontrada.

Atentamente,

INDIRA CAMACHO MIRANDA
Secretaria General
GERENCIA GENERAL
PODER JUDICIAL

MEMORANDUM N.° 042-2017-GI-GG-PJ

16 ENE 2017
Hora: 12:50
Firma:
Secretaría General de la Gerencia

A : Doctora
INDIRA CAMACHO MIRANDA
Secretaria General de la Gerencia General

Asunto : Solicitud de información estadística del periodo 2010 al 2015 sobre tenencia de niños y adolescentes al amparo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Ref. : a) Solicitud de fecha 05/01/2017
b) Memorándum N.° 0047-2017-SPAP-GI-GG-PJ

Fecha : Lima, 16 ENE. 2017

Tengo el agrado de dirigirme a usted en mérito al documento de la referencia a), mediante el cual la ciudadana María Del Socorro Nayely Espinoza Muñoz, solicita información estadística del periodo 2010 al 2015 sobre tenencia de niños y adolescentes, conforme detallada.

Al respecto, luego de la búsqueda en la base de datos de expedientes del SIJ, implementada en la sede principal de la Corte Superior de Justicia de Lima, personal técnico de esta Gerencia ha elaborado el documento de la referencia b), el mismo que incluye el Informe N° 003-2017-CRMM-SPAP-GI-GG-PJ, que incluye dos (02) reportes con la información encontrada en atención a lo solicitado.

En ese sentido, traslado la presente información así como el proyecto de respuesta al ciudadano solicitante.

Atentamente,

ROBERTO MONTENEGRO VEGA
Gerente de Informática
GERENCIA GENERAL
PODER JUDICIAL

A	:	Ingeniero **JOSE SAMAME BLAS** Sub Gerente de Producción y Administración de Plataformas
De	:	Sr. Christian Ricardo Malpartida Murata Administrador de Base de Datos
Asunto	:	Información Estadística Periodo 2010 – 2015 sobre tenencia de niños y adolescentes
Referencia	:	Solicitud s/Número (Correlativo 17-000007431)
Fecha	:	Lima, 11 de enero de 2017

Tengo el agrado de dirigirme a usted en mérito al documento de la referencia, a fin informarle lo siguiente:

ANTECEDENTES

Con el documento de la referencia, la Sra. María del Socorro Nayely Espinoza Muñoz, Identificada con Documento Nacional de Identidad N° 43462779 con domicilio real en Jirón Elías Aguirre 297, Urbanización Valdivieso – Ate Vitarte, solicita se le proporcione la siguiente información:

1. Información estadística detallada del periodo 2010 al 2015 de los procesos judiciales iniciados en la Corte Superior de Justicia de Lima sobre tenencia de niños y adolescentes que cuenten con sentencias emitidas disgregándose las fundadas, infundadas e improcedentes; del mismo modo, los casos concluidos por auto por abandono, conciliación y archivo.

2. Información estadística detallada del periodo 2010 al 2015 de los procesos judiciales iniciados en la Corte Superior de Justicia de Lima sobre tenencia "compartida" de niños y adolescentes que cuenten con sentencia emitida disgregándose las fundadas, infundadas e improcedentes; del mismo modo, los casos concluidos por auto por abandono, conciliación y archivo.

ALCANCE

Base de datos de Expedientes del Sistema Integrado Judicial – SIJ, implementado en la Sede Principal de las Corte Superior de Justicia de Lima.

ANALISIS

Con la finalidad de atender este requerimiento, se realizó lo siguiente:

1. *Información estadística detallada del periodo 2010 al 2015 de los procesos judiciales iniciados en la Corte Superior de Justicia de Lima sobre tenencia de niños y adolescentes que cuenten con sentencias emitidas disgregándose las fundadas, infundadas e improcedentes; del mismo modo, los casos concluidos por auto por abandono, conciliación y archivo.*

   Se ejecutó el script Qry-2016-030-Expediente-SIJ_001-Sentencias_Materia_Tenencia_Fallo_v1.0.0 para obtener la información estadística detallada del periodo 2010 al 2015 de los procesos judiciales iniciados en la Corte Superior de Justicia de Lima sobre tenencia de niños y adolescentes que cuenten con sentencia emitida disgregándose las fundadas, infundadas e improcedentes (por fallo del expediente).

   Se ejecutó el script Qry-2016-031-Expediente-SIJ_001-Sentencias_Materia_Tenencia_ActoProcesal_v1.0.0 para obtener la información estadística detallada del periodo 2010 al 2015 de los procesos judiciales iniciados en la Corte Superior de Justicia de Lima sobre tenencia de niños y adolescentes sobre los casos concluidos por auto de abandono, conciliación y archivo (por acto procesal del expediente).

2. *Información estadística detallada del periodo 2010 al 2015 de los procesos judiciales iniciados en la Corte Superior de Justicia de Lima sobre tenencia "compartida" de niños y adolescentes que cuenten con sentencia emitida disgregándose las fundadas, infundadas e improcedentes; del mismo modo, los casos concluidos por auto por abandono, conciliación y archivo.*

   No se puede obtener la información solicitada porque no existe un indicador en la base de datos que nos indique si la tenencia es *"compartida"* de niños y adolescentes.

CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto, se concluye lo siguiente:

- Se hace entrega de un reporte con información estadística detallada del perio 2010 al 2015 de los procesos judiciales iniciados en la Corte Superior Justicia de Lima sobre tenencia de niños y adolescentes que cuenten c sentencia emitida disgregándose las fundadas, infundadas e improcedent (por fallo del expediente).

- Se hace entrega de un reporte con información estadística detallada del perio 2010 al 2015 de los procesos judiciales iniciados en la Corte Superior Justicia de Lima sobre tenencia de niños y adolescentes sobre los cas concluidos por auto de abandono, conciliación y archivo (por acto procesal expediente).

- No se puede obtener información del punto 2) porque no existe un indicador la base de datos que nos indique si la tenencia es *"compartida"* de niños adolescentes.

RECOMENDACIONES

De lo anteriormente expuesto, se recomienda lo siguiente:

- Informar a la Sra. María del Socorro Nayely Espinoza Muñoz, Identificada c Documento Nacional de Identidad N° 43462779 atención de es requerimiento.

Es todo cuanto informo a usted para los fines consiguientes.

Atentamente,

Christian Ricardo Malpartida Murata
Administrador de Base de Datos SPAP
Gerencia General – Poder Judicial

Anexo 3: CD c que contiene la entrevista efectuada a la magistrada Rosa Yanina Solano Jaime

Anexo 4: CD que contiene la entrevista efectuada al magistrado Erick Veramendi Flores

Anexo 5: CD que contiene la entrevista efectuada a la magistrada Nancy Elizabeth Eyzaguirre Garate

Anexo 6: CD que contiene la entrevista efectuada al magistrado Jorge Antonio Plascencia Cruz

Anexo 7: CD que contiene la entrevista efectuada a la magistrada María Isabel del Rosario Sokolich

Anexo 8: CD que contiene la entrevista efectuada a la magistrada Rita Arleny Figueroa Vásquez.

Anexo 9: CD que contiene la entrevista efectuada a la magistrada Bethy María Espinoza Rivas.

Anexo 10 : CD que contiene la entrevista efectuada a la magistrada Cecilia Gabriela Gonzales Fuentes.