



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

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 específico 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 right 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-familiar conflicts of judicialized custody are the following: i) Promulgation of a law that will modify the article 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.