



Universidad Científica del Perú - UCP

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
MÉTODO DE CASO JURÍDICO**

**“TENENCIA Y CUSTODIA DE UN MENOR.
CASACION N° 3767-2015-CUSCO”**

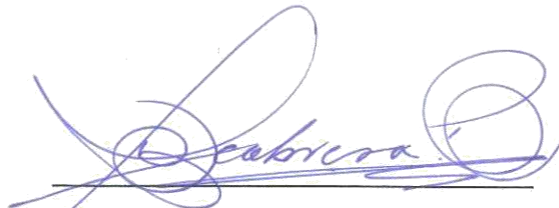
**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADA**

**AUTORAS : ESCALANTE RENGIFO, MARITZA
RAMIREZ VASQUEZ, KELLY MARJHORY**

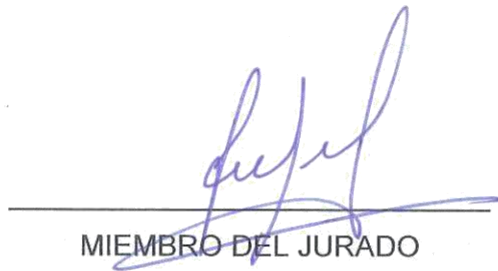
**San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú
2019**

PÁGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (Método de Caso Jurídico) sustentada en acto público el día: 18 de Julio del 2019...en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



PRESIDENTE DEL JURADO



MIEMBRO DEL JURADO



MIEMBRO DEL JURADO



ASESOR

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación es dedicado a mi hija **GABRIELA CARRANZA ESCALANTE** y a mi propio esfuerzo de seguir superándome, a pesar de todas las dificultades que pasamos juntas en nuestras vidas.

Maritza Escalante Rengifo

DEDICATORIA

La presente trabajo de investigación va dedicado a Dios por la sabiduría que siempre me brindo y a mis padres por el consejo que siempre me inculcaron de seguir adelante y cumplir con mis metas.

Kelly Marjhory Ramírez Vásquez

AGRADECIMIENTO

A la "UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERÚ" por ser mi Alma Mater. A los docentes de la Universidad Científica del Perú por inculcarnos por el camino del conocimiento, para cumplir nuestras metas y ser grandes profesionales. A nuestro Asesor que nos brindó su orientación para la realizar la investigación de nuestra tesina.

Maritza Escalante Rengifo

AGRADECIMIENTO

A la "UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERÚ" por ser mi Alma Mater. A nuestros catedráticos por darnos los consejos, conocimientos y darnos entendimiento en el estudio de nuestra carrera, a nuestro asesor por guiarnos en la investigación de nuestro caso designado y realización de nuestra tesina.

Kelly Marjhory Ramírez Vásquez



FACULTAD
DERECHO Y
CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 150 del 10 de Julio de 2019, la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes Presidente
- Mgr. Thamer Lopez Macedo Miembro
- Abog. Miguel Angel Villa Vega Miembro

En la ciudad de Iquitos, siendo las 09:30 horas del día **Jueves 18 de Julio del 2019** en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Analisis de Metodo del Caso: **"Tenencia y Custodia de un Menor. Casación N° 3767-2015-Cusco"**
Presentado por las sustentantes:

MARITZA ESCALANTE RENGIFO
KELLY MARJHORY RAMIREZ VASQUEZ

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogado**

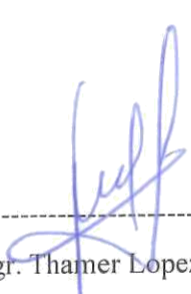
Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas las que fueron respondidas de forma: *Satisfactoria*

El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:

La Sustentación es:

Aprobado por mayoría

En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.



Mgr. Thamer Lopez Macedo
Miembro



Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes
Presidente



Abog. Miguel Angel Villa Vega
Miembro

ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pág.
APROBACIÓN	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	v
RESUMEN	vii
CAPÍTULO I	
Introducción	01
CAPÍTULO II	
2.1. Marco Referencial	03
2.1.1. Antecedentes de estudio	03
2.2. Definiciones conceptuales	09
2.3. Términos básicos	36
2.4. Formulación del Problema	36
2.4.1. Problema general	36
2.4.2. Problema específico	37
2.5. Objetivos	37
2.5.1. Objetivo general	37
2.5.2. Objetivo específico	37
2.6. Variables	37
2.6.1. Variable independiente	37
2.6.2. Variable dependiente	37
2.7. Supuestos	37
2.7.1. Supuesto general	37
2.7.2. Supuesto específico	38
CAPÍTULO III	
3.1. Metodología	39
3.2. Muestra	39
3.3. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos	39
3.4. Procedimientos de Recolección de Datos	39
3.5. Validez y Confiabilidad del Estudio	40
3.6. Plan de Análisis, Rigor y ética	40
CAPÍTULO IV	
Resultados	41

CAPÍTULO V	
Discusión	45
CAPÍTULO VI	
Conclusiones	47
CAPÍTULO VII	
Recomendaciones	48
CAPÍTULO VIII	
Referencias Bibliográficas	49
CAPÍTULO IX	
Anexos	50
Anexo N° 01: Matiz de consistencia	51
Anexo N° 02: Casación N° 3767-2015-CUSCO	52

RESUMEN

El presente análisis jurídico, se refiere a un importante caso resuelto por los integrantes de LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: mediante la Casación N.º 3767-2015-CUSCO, TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR. Donde el **objetivo** es realizar un ponderado análisis, sobre el tema, de la **infracción normativa material de la Ley N.º 29269, Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida**, alegando que dicha infracción se ha producido porque la sentencia de vista en su considerando décimo, desconoce la mencionada ley, refiriendo que el sistema peruano ha adoptado la tenencia de carácter monoparental. El **material y el método** que se empleó fueron las fichas de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en el expediente jurídico casación N° 3767 Cusco a través del método descriptivo explicativo cuyo diseño ex post factor. Entre el **Resultado**, el colegiado ha establecido que la privación deliberada del menor a mantener contacto con el otro progenitor supone la existencia de indicios de alienación parental, no puede concederse una tenencia compartida a favor de ambos padres, si la colaboración y coordinación no es posible debido a los indicios de alienación parental, la conducta negativa o conformacional de uno ellos pondrían en mayor riesgo la integridad emocional y física del niño, niña y adolescente. En **conclusión**, el presente análisis concluye a través de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema al resolver la Casación N° 3767-2015- Cusco, donde la señora Elvira Erika Cabrera Huayllani interpone demanda de tenencia y custodia de su menor hijo contra Édison Vargas Estrada los jueces supremos declararon fundado en parte el recurso solo para establecer que la entrega del niño, a la madre en favor en caso de tenencia monoparental, debe ser progresiva con ayuda del equipo multidisciplinario a fin de no le producir ningún daño o trastorno al menor.

Palabras claves: Familia, principio del interés superior del niño, tenencia compartida, tenencia monoparental, integridad emocional y física del niño, niña y adolescentes.

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación es referente al análisis de la **Casación N° 3767-2015-CUSCO**, el mismo que trata sobre la tenencia y custodia de menor, que analiza la infracción normativa material de la Ley N° 29269, Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida.

En el caso materia de análisis en Primera Instancia, declaró fundada la demanda, como fundamentos de su decisión sostuvieron que del acervo probatorio se tiene que el menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera, entonces de tres años de edad, se encontraba en poder de la demandante; sin embargo, el demandado lo apartó de su cuidado. Asimismo, que se había determinado que la composición de la familia de la demandante alcanza sólo a la actora y a su hijo mayor David Alejandro Portocarrero Cabrera, de nueve años de edad, y si bien aquélla habría padecido de violencia familiar, por parte de Armando Portocarrero Osorio -progenitor de su hijo mayor-, ello se produjo antes del nacimiento del segundo hijo de la demandante; no habiéndose demostrado que los hechos de violencia familiar suscitados en esa fecha hayan continuado, por lo tanto, no existía posibilidad alguna de riesgo contra la integridad física del menor (...).

En Segunda Instancia la Sala Superior mediante sentencia de vista, la confirma. Como fundamentos sostuvo que el sistema peruano había 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.

El presente recurso Casatorio se declaró procedente por las causales de: I) Infracción normativa material de la Ley N° 29269 - Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la **tenencia compartida**, alegando que dicha infracción se ha producido porque la sentencia de vista en su considerando décimo desconoce la mencionada ley, refiriendo que el sistema peruano había adoptado la tenencia de carácter monoparental; y II) De forma excepcional, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, por la causal de: Infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, a efectos de evaluar si la Sala Superior ha cumplido con motivar debidamente, y si ha aplicado normas que resultan pertinentes al caso.

Mediante el recurso de casación el Tribunal Supremo en la Casación, declararon **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada; por consiguiente, **CASARON PARCIALMENTE** la sentencia de vista, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

El **planteamiento del problema**, descrita la realidad problemática relacionada con la tenencia y custodia de un menor y su relación con el interés superior del niño; entonces nos preguntamos: ¿La Casación N° 3767-2017-CUSCO, aplica correctamente la norma y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en el procedimiento de tenencia y custodia de un menor?

Es así, que existe una serie de **antecedentes** mediante el cual el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto del tema y ha interpretado la Ley mediante sus precedentes vinculantes en el cual ha precisado los criterios en la aplicación del procedimiento de tenencia y custodia de un menor (intervención del Equipos Multidisciplinarios, exámenes psicológicos, declaración de menor, etc.).

Asimismo, se evidencia la **importancia** de aplicar la normatividad vigente al momento de resolver estos casos y recomendándose al Juez o Jueces utilicen de manera adecuada lo artículos materia de análisis.

Por esta **razón** es importante el análisis del caso en concreto, al existir como doctrina jurisprudencial vinculante “Los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia y custodia de un menor, así como la aplicación del principio del interés superior del niño como base fundamental en concluyentes casos”.

Por lo que, el **objetivo general** es determinar si la Casación N° 3767-2017-CUSCO, aplica correctamente la norma y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en el procedimiento de tenencia y custodia de un menor; mientras que los **objetivos específicos** son: ¿Cuáles son los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de un menor en los Juzgados de Familia?, ¿Cuál es la importancia del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en los procedimientos de tenencia?

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO REFERENCIAL:

2.1.1. ANTECEDENTES DE ESTUDIO:

La importancia de las jurisprudencias, sentencias casatorias, y evolución normativa.

1. VEGA UGARTE, Wifalavel (2017)¹, en su investigación titulada “La protección a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el delito de sustracción de menor de edad. Judicatura Arequipa 2015-2016”, llegó a las siguientes conclusiones:

- PRIMERO. La inadecuada configuración del delito de sustracción de menor de edad guarda relación significativa con la falta de protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, por la colisión que tiene en este caso la patria potestad y a tenencia en la configuración del delito, la no sanción penal, el archivamiento de este tipo de delitos, y las acciones maliciosas y dilatorias de la defensa de los procesados inciden en la impunidad del delito, no ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad, Falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del delito de sustracción del menor, Actualmente la configuración legal del delito de sustracción al menor es un tipo penal insuficiente.

- SEGUNDO. Se vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, ya que, cuando el niño, niña o adolescente vive bajo el cuidado y protección exclusivo de uno solo de los progenitores y éste es sustraído de dicha esfera de cuidado y habitualidad, la esta conducta típica no puede ser invocada debido a la imprecisión del bien jurídico protegido del delito de sustracción, pese a que nuestra legislación positiva regula el deber y derecho de tener a los hijos en su compañía (TENENCIA) previsto en el artículo 423.5 del CC.

¹ Información extraída de la página web:

<file:///C:/Users/Usuario/Desktop/TESIAS%20DE%20TENENCIA%20Y%20CUSTODIA%20DE%20MENOR/TEISIS%20DE%20TENENCIA.pdf>

- TERCERO. Se vulnera del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. Postulados que deben ser rigurosamente protegidos, pero que el accionar delictivo del sujeto activo del delito, atenta contra dichos derechos desde que se sustrae al niño, niña y adolescente, utilizando cualquier tipo de medios, este accionar ocasiona siempre un grave daño psicológico en el niño, independientemente de la violencia ejercida por el padre o madre que comete el delito, este daño psicológico que es sancionado con la nueva normatividad, reglamentos y protocolos de la Ley N° 30364, ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se tiene que tomar en cuenta.

- CUARTO. Se vulnera el principio de protección especial del niño, cuando no se ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad. La denominación "Patria Potestad, en la doctrina y en la legislación, desde nuestra óptica, no es correcta, siendo advertida, ya por la doctrina y por la legislación comparada. Como se aprecia en los últimos años, y sobre todo a partir de la sanción en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hay una nueva postura donde se deja de lado el inadecuado término de patria potestad, para establecer regímenes denominados de "responsabilidad parental".

- QUINTO. Se vulnera el derecho al desarrollo armónico e integral del niño, por la falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura. Desde la intervención de la policía nacional, el representante del ministerio público y el juez, debe procurar la protección de la integridad física y psicológica del niño, niña o adolescente que ha sido sujeto de sustracción, este desarrollo armónico e integral, justamente se quiebra, por la prioridad equivocada de algunos padres de sus intereses por los intereses del niño.

- SEXTO. Se vulnera el interés superior del niño, por tener el delito de sustracción de menores un tipo penal insuficiente. Si bien es cierto, existe información e investigaciones sobre la Sustracción Internacional de menor de edad, poco énfasis se le ha dado a la sustracción de menor de edad en el Perú, y la protección a este cuando se encuentra en el centro del conflicto de sus padres, más aun si en nuestro País la Ley Penal regula como delito la sustracción de menor edad, estas instituciones han ido evolucionando con el paso del tiempo, evolución que no es contemplada por el derecho penal.

- SEPTIMO. Existe incumplimiento de la prestación de garantías a la protección del bien jurídico “patria potestad”, por los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia. De allí la propuesta que nuestra legislación sustantiva y especial debe modificar la actual regulación del término, facultades y naturaleza de “patria potestad. La responsabilidad parental (mal llamada patria potestad) es un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad para su protección y formación integral. Necesitamos nuevas reglas, en nuestro derecho sustantivo y en la legislación especial del niño, donde se reflejen cambios en la atribución y modalidades de cuidado personal de los hijos, que se profundice la forma de ejercicio conjunto de la patria potestad y su real alcance.

2. LÓPEZ REVILLA, Vanessa Paulina (2016)², en su investigación titulada “Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de Familia de Lima: Principio de interés superior del niño”, llegó a las siguientes conclusiones:

1. La Tenencia Monoparental, se presenta como una figura disociadora de la relación paterno-filial desvinculándola, provocando una semiorfandad artificial sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad (dependiendo a cuál de los progenitores fue otorgada la custodia).

2. Asimismo, la Tenencia Monoparental, como se pudo apreciar en las sentencias expedidas por los juzgados de familia, se presenta el poder hegemónico asentado generalmente en la madre, quien con diversos atributos otorgados desdibuja la paternidad.

3. La Tenencia Compartida, se refleja como el tipo de tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, es el referente que modula la función paternal en un clima y equilibrio interaccional dinámico, anclada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, que en su estilo cooperativo reforma y potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socio afectivos y como alianza coparental constituye el espacio vincular que opera como soporte mutuo en la trama emocional con los hijos.

²Información extraída de la página web: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/TESIAS%20DE%20TENENCIA%20Y%20CUSTODIA%20DE%20MENOR/TESIS%20TENENCIA%20MODELO.pdf>

4. El Principio del Interés Superior del Niño resulta un factor y principio muy importante, en la medida de que en el ámbito de su aplicación, considera al niño como sujeto de derechos, garantizando su futuro desarrollo integral, en razón a que sea participe de procesos familiares de responsabilidad compartida, permitiendo una integración con sus padres, quienes son los responsables a tenor de dicho principio, de 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.

3. CASTILLO DOMINGUEZ, María Nieves (2015)³, en su investigación titulada “La alienación parental como problema probatorio en los procesos de tenencia” llegó a las siguientes conclusiones:

- El Síndrome de Alienación Parental como problema probatorio en los procesos de tenencia constituye un campo nuevo de estudio. La legislación peruana no regula con norma clara y precisa sobre esta problemática, solo en la legislación extranjera existen ensayos teóricos, esto se agrava porque no se hallado experiencias exitosas, ni en nuestro derecho jurisprudencial ni en el ámbito internacional, solo existen algunas resoluciones de la corte suprema (casaciones) y solo una de la Corte Superior de la Libertad que han abordado este tema. Esta conclusión se hizo posible después de un análisis predominantemente cualitativo, con el propósito de identificar las causas de las partes principales del problema de tal manera que tenga base o fundamento para proponer criterios que permitan identificar el Síndrome de Alienación Parental en los Procesos de Tenencia de hijos que contribuyan a la solución con criterios justos y técnicos.
- Las causas, relaciones causales o motivos de cada parte o variable del problema probatorio del síndrome de alienación parental en los procesos judiciales de tenencia así como los plazos para presentar la prueba, los criterios de elaboración de la prueba, los medios probatorios pertinentes y útiles que acontecen en los procesos judiciales de tenencia no han sido desarrollados con detalle en el derecho probatorio del código procesal civil vigente, solo encontramos apoyo en estudios psicológicos de Garden, de la escuela psicológica española que han declarado

³ Información extraída de la página web:

<file:///C:/Users/Usuario/Desktop/TESIAS%20DE%20TENENCIA%20Y%20CUSTODIA%20DE%20MENOR/TEISIS%20DE%20TENECIAAAAAAAAAA.pdf>

como un problema de violencia psicológica contra los niños y adolescentes; sin embargo, en la Jurisprudencia Peruana aun no es abordado como problema que requiere apoyo de la ciencia psicológica que permita facilitar el desarrollo cognitivo de este problema que se presenta casi siempre cuando existen conflictos familiares y los padres se discuten a la tenencia de los niños.

- Este problema requiere necesariamente que se incorpore en el código de los niños y adolescentes normas jurídicas que permitan regular la actividad probatoria cuando exista el problema de alienación parental y así poder decidir en forma correcta con quien se queda el hijo ante un problema de tenencia, siendo necesario que se realicen campañas de sensibilización y de conocimientos sobre este problema del Síndrome de Alienación Parental a fin de corregir las distorsiones y deficiencias de la aplicación de la normatividad y reducir los empirismos aplicativos, orientados a alcanzar una correcta aplicación de la normatividad presente.
- El objetivo de este estudio fue realizar un acercamiento propedéutico al estudio de la problemática que se presenta en los procesos de tenencia de niños y adolescentes en donde se evidencia problemas de Alienación Parental que se expresan en una multiplicidad de formas dentro de las familias que rompen con los esquemas establecidos social, cultural y legalmente en torno al modelo constitucional de familia, viéndose así afectada por situaciones como los divorcios o separaciones, en donde las funciones básicas de la familia se ven alteradas al debilitarse la unidad familiar, poniendo en riesgo los derechos de los hijos, quienes no se desarrollan en un ambiente familiar adecuado, por el contrario los padres deben empezar a comprender que el rol de cada uno no apunta más a su condición de cónyuges o compañeros sentimentales sino que se encamina únicamente a ejercer sus deberes y derechos como padres, sin vincular a sus hijos en conflictos personales, que pueden generar situaciones de debilitamiento de las relaciones familiares.
- En la presente investigación se presentó un acercamiento a los conceptos básicos del Síndrome de Alienación Parental y se determinaron algunos impactos negativos que genera en el bienestar psico-emocional y relacional de niños, niñas y adolescentes, de tal forma que constituye un deber del Estado de prever y solucionar los problemas de maltrato psicológico de los niños y adolescentes.

- Por otro lado se analizó a nivel nacional la normatividad en la cual se reconocen los derechos de los niños a relacionarse con ambos padres, al amor a las visitas y a la
- unidad familiar, reconociéndose así que la alienación parental en sí misma es un concepto jurídico indeterminado a nivel nacional, pero que se evidencia de forma transversal en la escasa jurisprudencia (solo se ha encontrado tres en la corte suprema y uno en el Distrito de Trujillo), al presentarse un afán por controlar las nuevas situaciones familiares ancladas a las tenencias de los menores que ponen en riesgo los derechos de la niñez y que se asimilan a la situaciones producto de la alienación parental, que por tanto ha de tenerse presente en todas las áreas que ten tengan vinculación con el menor o menores que se encuentran en este esquema familiar.

4. CHONG ESPINOZA, Suan Coralí (2015)⁴, en su investigación titulada “Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur, 2013”, llegó a las siguientes conclusiones:

- Primera: 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, Lima sur en el año 2013
- Segunda: La Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral teniendo como base acuerdos conciliatorios en los niños y/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.
- Tercera: La Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral teniendo como base imposición de sentencias judiciales en los niños y/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.
- Cuarta: La Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo emocional que presenta los niños y/o adolescente a nivel de las

⁴ Información extraída de la página web: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/TESIAS%20DE%20TENENCIA%20Y%20CUSTODIA%20DE%20MENOR/MODELO%20DE%20TESIS%20TENECIA.pdf>

resoluciones sentenciales del juzgado transitorio de familia del distrito de San Juan de Miraflores, Lima Sur en el año 2013.

- Quinta: La Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral según el desarrollo físico que presenta los niños y/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.

2.2. DEFINICIONES CONCEPTUALES:

DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE FAMILIA:

- **Definición de familia:**

La familia “está conformada por dos o más personas unidas por el afecto, el matrimonio o la filiación, quienes conviven, aportan sus recursos económicos en común y consumen conjuntamente una serie de bienes en su vida cotidiana”; a la vez, la familia “es entendida como el primer espacio donde se desarrollan las personas, por lo que merece protección por parte de los Estados, los cuales deben reconocer y aceptar las diversas formas de organización de las familias”⁵.

La familia debe ser definida como el lugar donde se desarrollan las personas unidas por el afecto, el matrimonio o la filiación, aportando económicamente y adquiriendo bienes en conjunto, teniendo en cuenta que al ser parte integrante de la sociedad es protegida por los Estados. La familia es sumamente importante en el desarrollo de las personas, pues es el agente socializador más influyente en su crecimiento y busca preparar a las niñas, niños y adolescentes para una vida adulta exitosa.

- **Concepto de Familia:**

La familia es una institución que es conceptualizada desde varias perspectivas que se detallarán a continuación:

- **Concepto sociológico de la familia:** Según Aristóteles, “la familia ha sido considerada como una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana”. La familia desde el punto de vista sociológico

⁵ Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, s.f, p. 10.

es el cohabitar en un mismo hogar, comportándose como la primera y principal agencia de socialización, donde se aprenden valores, pautas de comportamiento, modos de interactuar, usos, costumbres, etc.

- Concepto jurídico de la familia: “La familia puede ser concebida en diferentes sentidos; en un sentido restringido, como conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación, y por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinatos y sus hijos menores o incapaces”. La familia desde el punto de vista jurídico está compuesta por la familia nuclear en el sentido restrictivo, el padre, madre e hijos, y se incluye al concubinato. Actualmente se considera jurídicamente como familia a la familia ensamblada, es decir la integrada por la familia nuclear y los hijos de uno con otro cónyuge o conviviente incorporado al grupo nuclear.

- Concepto psicológico de la familia: “La familia está compuesta por varios miembros, todos importantes, dentro de la cual se pueden identificar sus necesidades, capacidades, contextos y objetivos propios, que interactúan en una búsqueda permanente de integración y bienestar”. La familia desde el punto de vista psicológico obliga a todos los miembros a tomar conciencia de la importancia de su participación a fin de lograr contribuir a su unión y bienestar. Incluye esto el proporcionar estabilidad emocional, afectiva, la construcción de la personalidad, la modulación del carácter y la provisión de habilidades y destrezas para el desenvolvimiento de sus miembros en su seno familiar y en la sociedad.

- Concepto antropológico de la familia: “La familia está conformada por personas que comparten una misma vivienda, residencia o domicilio, que sirve como lugar en el que se realizan ciertas actividades de carácter universal, para resolver el problema de subsistencia y reproducción, además de estar vinculada con la sociedad. Sus miembros están sujetos a una misma autoridad o cabeza de familia”, desempeñan diferentes roles para su desarrollo y consolidación. La familia está compuesta por el jefe de familia y sus miembros quienes conviven en un mismo hogar en el cual se desarrollan y crecen a nivel interno como social.

En nuestro concepto, la familia está conformada por un grupo de personas que conviven juntas, por lo cada miembro conoce las necesidades, capacidades y

objetivos que tienen, lo que ayuda a desarrollar su potencial y poder desenvolverse en sociedad, pues se debe tener en cuenta que la familia es el primer agente socializador.

- **Naturaleza jurídica de la familia:**

Hay varias teorías respecto a la naturaleza jurídica de la familia:

- **Persona jurídica:** Esta teoría sostiene que la familia es un sujeto independiente, autónomo y distinto de sus miembros, además para su constitución debe cumplirse con ciertos requisitos y debe constar formalmente su existencia o constitución. Respecto a esta teoría, no ha tenido acogida pues la familia no tiene capacidad jurídica para contraer obligaciones y ejercer derechos, tiene un fin común por encima de los fines individuales de sus miembros, y estos por último, no son órganos representativos de la familia, en consecuencia la familia como ente jurídico no existe.
- **Organismo público:** Esta teoría sostiene que tiene una estructura similar a la del Estado, pues en la familia también hay un vínculo recíproco de interdependencia personal entre sus miembros y subordinación de todos ellos a un fin superior, con asignación de funciones, que son ejercidas por aquellos miembros a quienes la ley se los confiere. En la familia, como en el Estado, los derechos de sus miembros están en conexión orgánica con un fin superior, los cuales están subordinados, tal circunstancia constituye la esencia de todo organismo. Esta teoría no ha tenido acogida pues el paralelismo entre el organismo estatal y el familiar conducen a una abstracción de la familia y a una deshumanización de los poderes familiares, abstracción que es inadecuada tratándose de un hecho social tan concreto y tangible como la familia.
- **Institución social:** Esta teoría señala que la familia es una institución social basada en la naturaleza, pues está determinada por imperiosas e inmutables fuerzas naturales que la ley no puede desconocer, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho natural. Por ello, el concepto de institución que considera la sociedad para regular la procreación, educación de los hijos y la transmisión por herencia de la

propiedad, determina que la familia no sólo es una institución social sino también jurídica, dado que se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal. Sus opositores consideran que la familia no puede ser considerada una institución, pues no es un término legal; porque la familia es una institución social que se expresa de una multiplicidad de formas a través de entidades familiares, entre ellas, el matrimonio y la unión estable o, de una u otra, pero como consecuencia de la interacción de afectos, la filiación.

- Sujeto de derecho: La familia tiene una capacidad especial y goza de una capacidad jurídica con sus correspondientes derechos y obligaciones diferentes del de sus integrantes considerándose desde una concepción económica, un patrimonio autónomo. La familia comparece como sujeto de derecho, deberes y necesidades.

En el Perú respecto a la naturaleza jurídica de la familia, las dos primeras teorías carecen de criterio, pues no puede ser entendida como una colectividad circunscrita a la estructura de la persona jurídica ni a la de un organismo estatal; pues se considera que la familia desde un punto de vista social es una institución y desde una óptica jurídica perfectamente puede ser tratada como un sujeto de derecho, siguiendo la teoría de los patrimonios autónomos.

- **El Derecho de familia:**

Es el conjunto de normas legales que regulan las relaciones jurídicas de los cónyuges entre sí, con los parientes y aún con la misma colectividad". "Está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares". Es el conjunto de normas jurídicas, de orden personal y patrimonial que tienen como finalidad constituir, organizar y disolver la familia.

Las normas jurídicas que dan origen al Derecho de familia emanan de las fuentes formales y materiales. En el Perú el primer nivel jerárquico en las fuentes lo ocupa la constitución y todos los tratados internacionales que versen sobre Derechos Humanos, en el segundo nivel jerárquico se encuentra la ley, el tercer nivel jerárquico lo ocupa la jurisprudencia también denominada Doctrina Jurisprudencial, en el cuarto nivel jerárquico se encuentra la costumbre, en el

quinto nivel jerárquico está la doctrina y por último los principios de Derecho.

El Derecho de Familia tiene como fundamento la dignidad de la persona humana; pues busca garantizar la estabilidad, seguridad y libertad en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes de cada uno de los miembros de la familia, por ser la célula de la sociedad, como forma de garantizar la dignidad personal de sus integrantes.

El Derecho de Familia está constituido por normas, principios y fuentes de derecho, encargándose de regular los aspectos personales y patrimoniales de la familia, en la constitución, organización, así como en la disolución del vínculo matrimonial o la separación de las uniones de hecho, garantizando la dignidad de cada uno de sus integrantes, resguardando siempre el cumplimiento de sus derechos y deberes. En la familia surgen diversas relaciones jurídicas, que involucran tanto a sus propios miembros como a terceros, por ello el Estado se encarga de su protección y a la vez interviene directamente regulando todas las consecuencias jurídicas que se originan entre los miembros de la familia y entre familias.

- **La familia en la Constitución Política del Perú:**

El artículo 4° de la Constitución Política de 1993, establece que, “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por ley”⁶.

En el presente artículo se considera a la protección general de la familia, lo que implica que tanto la comunidad como el Estado deben amparar y ayudar a la familia, cualquiera sea su origen o su forma de organización, pues no se puede hablar de un concepto unívoco de familia.

“La Constitución Política de 1993, reconoce a la familia como una institución natural y fundamental de la sociedad, pues es una institución natural al reconocer su carácter ético y social, debido a que la familia se encuentra a merced de los

⁶ Constitución Política del Perú, 1993

nuevos tiempos, ampliando de esa manera el concepto de familia, producto de factores sociales, económicos y culturales”.

La Constitución Política del Estado no define lo que es la familia, se puede afirmar que la Constitución Política del Perú de 1993, protege a todo tipo de familias, pues se considera que la familia va cambiando de acuerdo a los nuevos tiempos producto de factores sociales, económicos y culturales; asimismo protege a sus miembros, en especial a los niños, adolescentes, madre y anciano.

PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

- **Concepto del Principio del Interés Superior del Niño:**

El interés superior de las niñas, niños y adolescentes se basa fundamentalmente en el bienestar integral de estos sujetos de derecho, garantizando su desarrollo, físico, psicológico y social, respetando ante todo sus derechos y libertades; además se deben considerar, al principio de no discriminación, de supervivencia y desarrollo, así como de respeto de la opinión del niño para determinar y aplicar el principio del interés superior.

Este principio busca el bienestar de todos los menores de edad, pudiendo prevalecer este sobre cualquier otra circunstancia, considerándose para ello lo que más le convenga en el caso concreto, además de sus necesidades físicas, emocionales y educativas; a fin de lograr establecer el mejor porvenir para estos sujetos de derecho en desarrollo; lo que a la vez significa poder vivir dignamente en donde se va garantizar y respetar las necesidades básicas de los menores de edad, tales como las afectivas, las físico-biológicas, las cognitivas, la emocionales y las sociales.

El principio del interés superior del niño es la satisfacción integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; siendo una garantía, pues se debe considerar primordialmente sus derechos; es de gran amplitud, debido a que es responsabilidad de toda la sociedad promover y proteger el interés superior; siendo una norma de interpretación pues se considera siempre en la resolución de conflictos y además es una directriz de políticas públicas para la infancia.

Se entiende de esta manera que el “interés superior del niño”: es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo) atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles⁷.

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14⁸, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, señala un concepto triple del principio del interés superior del niño, pues se le considera un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento:

- Es un derecho sustantivo, debido a que el niño, niña y adolescente tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial, por eso se debe garantizar y practicarlo siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte el desarrollo de estos sujetos de derecho.
- Es un principio jurídico interpretativo fundamental, debido a que siempre se elegirá la interpretación que satisfaga, garantice y respete de manera más efectiva el interés superior del niño.
- Es una norma de procedimiento, pues para evaluar y determinar el interés superior del niño se requieren garantías procesales.

Según Bennasar, el principio del interés superior tiene por objetivo la promoción y garantía del bienestar de todos los niños, en varios aspectos:

- El bienestar físico: Asegurando la buena salud del niño, niña o adolescente, así como su buen desarrollo (salud, alimentación, higiene, entre otros).
- El bienestar mental: ofrece la posibilidad de desarrollarse intelectualmente (salud mental, protección al maltrato, tiempo libre, entre otros).

⁷ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes, Pag. 190, Instituto Pacífico.

⁸ UNICEF, 2013

- El bienestar social: asegura que el niño, niña y adolescente se desarrolle o realice socialmente y espiritualmente (libertad de expresión, pensamiento, religión).

Asimismo, Cillero Bruñol explica que el interés superior del niño constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar tal interés como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, ya que en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen⁹. En tal sentido concordamos en que el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor; y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescentes.

El principio del interés superior del niño no solo es resguardado por los integrantes de la familia, sino también por la sociedad, el Estado y todas las entidades que lo integran, pues el interés superior además de un principio también es un derecho y una norma de procedimiento que todos debemos garantizar. Este principio busca el bienestar físico, mental y social del niño, niña y adolescentes, para que este pueda tener un desarrollo integral, teniendo en cuenta que son sujetos de derecho en desarrollo, por lo que se tiene que considerar sus deseos, sentimientos y necesidades físicas, emocionales y educativas, en cada caso concreto.

- **La Convención sobre los Derechos del Niño y el Principio del Interés Superior del Niño**

El principio del interés superior ha tenido antecedentes en el sistema internacional de derechos humanos, tales como la Declaración de Ginebra de 1924, que establecía de manera implícita el principio del interés superior del niño, al establecer la frase “niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959 en el principio 2, que señala “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y

⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en <<http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>>, p.8.

normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.” y el principio 7, que señala “...El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primero término, a sus padres. ...”.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; con la Convención se reforzó el objetivo de la protección de los niños como sujetos de derechos humanos, siendo beneficiarios de una protección especial en su calidad de grupo más vulnerable, al tratarse de menores de 18 años; constituyéndose de esa manera el principio interés superior del niño como un elemento determinante para la protección de la infancia¹⁰.

Este principio se encuentra plasmado en el artículo 3 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que, “en 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”.

En la Convención también se consagran los siguientes principios; el derecho a la supervivencia y el desarrollo, el derecho a la libertad de expresión y ser escuchado, además, del derecho a la no discriminación; los cuales se interrelacionan entre sí y a la vez guardan una estrecha relación con el principio del interés superior del niño, pues siempre se le debe considerar en la aplicación de cada uno de ellos.

A pesar de existir dos antecedentes sobre la incorporación del interés superior del niño, con la Convención se reconocen a los menores de edad como sujetos de derecho en desarrollo, además se empieza a resguardar con mayor amplitud sus derechos fundamentales a través de varios principios y se promueve su protección a través del reconocimiento de su interés superior, pues se señala que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial ante todas las

¹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. CRC/C/GC/7/Rev.1 del 20 de septiembre de 2006. Pag. 7-7 17

medidas o decisiones que tomen las entidades públicas y privadas, de acuerdo a cada caso concreto.

- **Funciones normativas del Principio del Interés Superior del Niño:**

Según Ameghino, el principio del interés superior tiene las siguientes funciones normativas:

- Como principio garantista: El principio del interés superior del niño, es un principio jurídico garantista, entendiéndose como una obligación por parte de las entidades públicas o privadas, de salvaguardar el cumplimiento de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes; este principio jurídico garantista asimismo, sirve de base a las autoridades al momento de tomar sus decisiones respecto a todo tema concerniente al desarrollo integral de los menores de 18 años, a fin de respetar su interés superior.
- El deber de satisfacer todos los derechos: El principio del interés superior se encarga de velar por la satisfacción de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes consignados en la Convención, a fin de garantizar la protección integral de estos sujetos de derecho en desarrollo.

La aplicación de los derechos del niño es un deber que deben cumplir todos los Estados que ratificaron la Convención considerando siempre el interés superior.

- El deber de privilegiar ciertos derechos de los niños: El principio del interés superior se va a aplicar en situaciones conflictivas, en las cuales se van a privilegiar los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos individuales o intereses colectivos, restringiéndolos o limitándolos.
- **El Principio del Interés Superior del Niño y su relación con otros principios de la Convención sobre los Derechos del Niño:**
 - El respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten:

El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que, “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo, que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que tengan interés e involucren algún cambio en su estilo de vida.

Asimismo cabe señalar, que el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 12, sobre el derecho del niño a ser escuchado, señala que en el artículo 12° de la convención, “no hace referencia a ningún límite de edad respecto al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan, pues se debe considerar que hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente”. En los últimos años se ha ido extendiendo el entendimiento de este principio como también de “participación”, aunque este término no parece propiamente en el texto del artículo 12° de la convención, al escuchar la opinión del niño también se le brinda la posibilidad para que tenga una participación activa en todos en todos los asuntos que le afecten e involucren algún cambio en su vida.

Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesario a fin de tomar una decisión que no afecte su interés superior, sino por lo contrario, le favorezca. Asimismo, el término “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” no debe entenderse como una limitación, sino como una obligación de los Estados de implementar lo que se requiera, para poder evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión propia en la mayor medida posible, respecto al asunto que le pueda afectar; por lo que los Estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones.

Se debe garantizar el ejercicio personal y directo del derecho a escuchar la opinión del niño, niña y adolescente, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior. Las opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir del momento en que sean capaces de formarse un juicio propio, siendo una opción, no una obligación. Para los niños, niñas y adolescentes es opcional expresar sus opiniones, no es una obligación, por tal motivo es esencial que se brinde a estos sujetos de derecho en desarrollo toda la información y el asesoramiento necesarios para tomen una decisión que favorezca su interés superior.

La opinión del niño, niña y adolescente, y el interés superior de estos sujetos de derecho se interrelacionan, pues sólo conociendo su pensar, su sentir y su querer será más fácil determinar el interés superior y por consiguiente adoptar una alternativa más adecuada y con menos riesgos de error o falla respecto los asuntos que involucran un posible cambio de vida de estos sujetos de derecho. La relación que guardan ambos principios es fundamental pues se tomará conocimiento de cómo está percibiendo las cosas el menor de edad y ello es sumamente necesario a fin de resguardar su interés superior.

- La no discriminación:

El Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que, “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

Se trata de la igualdad de los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, origen social o ético, discapacidad, apariencia física, o cualquier otra condición del sujeto de derecho en desarrollo.

El principio de no discriminación tiene una doble expresión en la Convención:

- Pretende asegurar que todos los menores de edad tengan la titularidad de los derechos que le corresponden a todas las personas, por lo que no solo se reafirma, sino que establece nuevas protecciones en atención de que se trata de sujeto de derecho en desarrollo;

- La no discriminación exige una igualitaria protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo a sus particularidades, debido a que estos sujetos de derecho tienen igualdad de derechos y es deber del Estado promover la igualdad en la aplicación de ellos. Todos los niños, niñas y adolescentes, cualquiera sea su condición tienen derecho a no ser discriminados en sus derechos de sobrevivencia, desarrollo, protección y participación.

El principio del interés superior del niño es una aplicación clara de un criterio de prioridad que encuentra su fundamento en una concepción de justicia que reconoce a las menores de 18 años, la calidad de sujetos de derecho en desarrollo, buscando su máximo beneficio, debido a que la Convención sobre los Derechos del Niño, justamente pretende superar, el carácter de grupo menos aventajado que tradicionalmente ha acompañado a los niños, niñas y adolescentes; por ello es que lo reconoce como sujeto de derecho en desarrollo.

- El derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo:

El Artículo 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que, “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

Están incluidos los derechos a una alimentación y alojamiento adecuado, al agua potable, a una formación académica, a la atención básica, al esparcimiento y al recreo, a actividades culturales y a información sobre sus derechos. Estos son derechos, a los recursos, capacidades y contribuciones necesarias para la supervivencia y pleno desarrollo del niño.

Los derechos exigen no sólo la existencia de medios para cumplirlos, sino también el acceso a los mismos. Por lo que, los Estados deben crear un entorno en donde se respete la dignidad humana y a la vez se asegure el desarrollo de todos los niños, niñas y adolescentes. Al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Estado debe garantizar el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo, de estos sujetos de derecho en desarrollo.

El principio del interés superior se relaciona con los otros principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser una regla fundamental para la interpretación de la totalidad del texto de la Convención. El interés superior del niño interactúa estrechamente con los demás principios; el derecho a la supervivencia y el desarrollo, el derecho a la libertad de expresión y ser escuchado y el derecho a la no discriminación; debido a que este principio actúa como pauta primordial para dar solución a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos o sujetos de derechos.

El principio del interés superior es un principio rector que sirve de base para la aplicación de los derechos y principios establecidos en la Convención; por lo que se debe tener en cuenta el interés superior al momento de escuchar la opinión del niño, niña y adolescente, para evitar que se los discrimine e incluso para procurar su desarrollo integral, a fin de que se pueda determinar qué es lo mejor para estos sujetos de derecho en desarrollo, en cada caso concreto.

- **El Interés Superior del Niño en la legislación nacional:**

En el Perú, la (Ley N° 30466, 2016) – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, establece en su artículo 3 los parámetros de aplicación del interés superior del niño, en el cual señala que, “para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se toman en cuentas los siguientes parámetros:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.

4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo”.

Los parámetros establecidos, reconocen a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en desarrollo, cuyos derechos se encuentran establecidos a nivel internacional, por ello los parámetros buscan promover el respeto, protección y cumplimiento de estos derechos a fin de garantizar del interés superior del niño, niña y adolescente.

En el artículo 4 de la ley, se establecen las garantías procesales, en el cual se señala que, “para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta las siguientes garantías procesales:

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilatación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
4. La participación de profesionales cualificados.
5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
6. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
8. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

Los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual y los de un grupo de niños o de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño”.

Las garantías están enfocadas en la participación del niño, niña y adolescente en los asuntos de su interés, garantizando con ello el derecho a expresar su opinión, contando con la presencia de profesionales capacitados para evaluarlos, siendo esto de gran ayuda al momento de tomar la decisión que garantice el interés superior adecuado a cada caso en concreto.

“Children Act Británica de 1989 (La ley de la infancia de 1989), establece que el bienestar de los niños debe ser de consideración primordial de los tribunales, pues la demora en los procesos repercute de manera negativa en el bienestar de los niños; para ello se señalan criterios generales que los tribunales deben considerar, como los deseos del niño, las necesidades físicas, emocionales y educativas, la edad, el sexo, circunstancias de fondo, el efecto a corto o largo plazo del cambio, el daño que el niño ha sufrido o es probable que sufra; la capacidad económica del niño de satisfacer las necesidades del niño”.

La presente norma internacional establece de manera específica los criterios que se deben considerar a fin de resguardar el bienestar de los niños (su interés superior), a pesar de la antigüedad de la norma internacional, se puede corroborar la importancia que siempre ha tenido el bienestar de los niños, por ello incluso se establecieron especificaciones que tenían que considerar las autoridades correspondientes a fin de resguardar el interés superior de los menores de edad. En la legislación peruana, con la ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, se están estableciendo pautas más específicas de como resguardar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes señalando que se deben respetar, proteger y garantizar sus derechos, los cuales están establecidos en la Convención sobre Derechos del Niño y por ello también se señalan las garantías procesales que se deben cumplir, a fin de garantizar el interés superior de los sujetos de derecho en desarrollo.

LA TENENCIA Y LA TENENCIA COMPARTIDA:

- **La Tenencia:**

“En el Derecho de Familia, la tenencia es sinónimo de estar juntos, tener al hijo a su lado, es la convivencia de manera inmediata de padre y/o madre con sus hijos, es aquella facultad establecida cuando existe una separación de cuerpos o divorcio que permite a uno o ambos padres quedarse al cuidado inmediato de los hijos”.

“La tenencia, es la facultad que tiene los padres separados de hecho de determinar con quién se han de quedar sus hijos, lo que se puede determinar por acuerdo entre ambos, o a falta de ello lo determinará un juez, tomando en cuenta lo más beneficio para los hijos”.

La tenencia, trata sobre la convivencia de uno o ambos padres separados o divorciados con sus hijos, la cual se puede determinar de común acuerdo o la puede decidir el juez, considerando el interés superior del niño, pues deben encargarse del cuidado, respeto y salvaguarda del desarrollo integral de los hijos.

- **Sujetos de la tenencia¹¹:**

- Sujetos activos: Los padres o los abuelos, los cuales se denominan los tenedores.

En el caso de los padres opera de forma individual, se otorga a uno de ellos mientras que en los abuelos opera de forma individual –a uno de ellos- o conjunta –a la pareja de abuelos- prefiriéndose, en mejor medida, a esta última.

- Sujetos pasivos: Los hijos, los cuales se denominan los tenidos.

- **Regulación de la tenencia:**

La institución jurídica de la tenencia estaba regulada en el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, en el artículo 81° de la siguiente manera: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento” (Ley N° 27337, 2000). En la redacción del artículo en mención, solo se consideraba a la tenencia monoparental, la cual era ejercida por uno de los progenitores mientras que al otro le correspondía un régimen de visitas respecto a sus hijos.

¹¹ CANALES TORRES, Claudia. Patria potestad y tenencia – Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión, Pag. 56, Dialogo con la jurisprudencia.

En el año 2008 con la Ley N° 29269, ley de la tenencia compartida, se modificó el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337, 2000), cuyo texto señala, que: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”.

Con la modificatoria del artículo 81°, la figura de la tenencia se amplía, ejerciéndose no solo la tenencia monoparental, sino también la tenencia compartida, en la que ambos padres se encargan de la educación, cuidado, protección de sus hijos entre otros, a pesar de la separación de los progenitores.

Con la ley que incorpora la tenencia compartida se modificó también el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes, cuyo texto establece que: “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor¹².

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 adolescente¹³.

¹² Ley N° 29269, 2008

¹³ El juzgador ha fundamentado adecuadamente en la sentencia impugnada los motivos por los cuales la norma citada resulta inaplicable, habiendo resuelto la pretensión teniendo en cuenta el interés superior del niño – CAS. N° 227-2005-Ucayali. Debe precisarse que han sido aplicados de conformidad con el principio fundamental, en materia de derechos de los niños y adolescentes, cual es el interés superior del niño, principio rector además que rige los procesos en las cuales se involucran niños – CAS. N° 4710-206-Ica.

En el presente artículo se establecen los criterios que deben considerar los jueces al momento de elegir una de las modalidades de tenencia cuando los padres no lleguen a ningún acuerdo, considerando que se escuche la opinión del niño, niña y adolescente a fin de garantizar el interés superior de estos sujetos de derecho en desarrollo.

- **Tipos de tenencia, según su forma de ejercicio:**

- **Tenencia definitiva:**

La tenencia definitiva se debe a un proceso judicial o un procedimiento extrajudicial, que se puede llevar a cabo en los Centros de Conciliación o las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades. Se da cuando la tenencia de los hijos la tiene un padre o ambos y está ha sido consignada en un acta de conciliación o en una sentencia judicial.

- **Tenencia provisoria:**

La tenencia provisional es la facultad que tiene el padre que no tiene la custodia de su hijo de recurrir al Juez para solicitarle la tenencia provisional. Esto normalmente ocurre cuando la niña, niño o adolescente, corre algún peligro en su integridad física o psicológica que afecta su desarrollo. La tenencia provisoria se da como una medida cautelar al padre que está solicitando la tenencia definitiva o variación de tenencia de su hijo o hijos, por estar en peligro la integridad de la niña, niño y adolescente.

- **Tenencia de hecho:**

La tenencia de hecho se da al existir un acuerdo verbal entre los padres sin recurrir a ningún tercero o por decisión unilateral de uno de los padres, como es el caso de las madres solteras o padres solteros que se hacen cargo de sus hijos solos.

- **Tipos de tenencia, según la titularidad de su ejercicio:**

- **La tenencia monoparental:**

“Esta situación se da cuando uno de los padres convivirá con sus hijos, en tanto el otro tendrá derecho a un régimen de visitas”, a consecuencia de la

separación de estos, teniendo la facultad que tiene de determinar con quién convivirán sus hijos o en caso de desacuerdo está va ser determinada por el juez, pero en cualquiera de las formas siempre se debe primar por lo más beneficioso para el niño, niña o adolescente. “La tenencia monoparental se caracteriza por atribuir la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores, que será con el que conviva de forma habitual, de tal manera que los dos progenitores no compartirán de forma igualitaria el periodo de convivencia que tendrán con los menores (sic)”.

De lo antes dicho se puede entender, que la tenencia monoparental se ejerce por uno de los progenitores, que será quien conviva de manera habitual con sus hijos, mientras que al otro le corresponderá un régimen de visitas, lo que surgirá como consecuencia de una separación de hecho, disolución o nulidad del vínculo matrimonial, entre los padres.

• **La tenencia compartida:**

- Concepto de tenencia compartida:

La tenencia compartida, también es denominada con el término de coparentalidad, busca el reconocimiento de la responsabilidad de ambos padres con sus hijos, ejerciéndola de igual manera a pesar de la separación de hecho o disolución del vínculo matrimonial”.

La tenencia compartida se da por la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio y el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo”, lo que implica que la responsabilidad de los padres debe ser ejercida por ambos de la misma manera, cumpliendo con sus obligaciones de manera habitual, así como con sus derechos y deberes de padres para con sus hijos.

La tenencia compartida tiende a otorgar la labor cotidiana a ambos padres en distintos periodos de tiempo, asumiendo, no solo las funciones propias de la patria potestad desde la lejanía, sino también dando primacía al acercamiento por igual a ambos; lo que no pasa con la tenencia monoparental en la que solo un padre tiene la tenencia del niño, niña o adolescente y el otro tiene un régimen de visitas que impide que este pueda tomar conciencia del quehacer diario de sus hijos.

La tenencia compartida guarda relación con el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de 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”. El interés superior del niño, procura el bienestar de los niños, niñas y adolescentes para el adecuado desarrollo de su personalidad, y en el ámbito de la tenencia compartida implica quedar al cuidado de ambos progenitores quienes van a preservar su derecho mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores regularmente, siempre y cuando esta fórmula no perjudique la estabilidad emocional de las niñas, niños y adolescentes que es el requisito para un adecuado desarrollo integral.

La tenencia compartida o “coparentalidad” se da cuando a pesar de la separación de los padres, ambos van a convivir con sus hijos en periodos determinados, encargándose de igual manera de su formación, estilo de vida, entre otros, con los mismos deberes y derechos. Con la tenencia compartida se va a facilitar una relación directa con ambos padres de manera regular, como se establece en el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, mientras no se afecte el interés superior de estos sujetos de derecho en desarrollo.

Para poder llevar a cabo la tenencia compartida debe crearse las condiciones necesarias en el plano económico, social, cultural, educativo, por ejemplo, si tenemos que compartir espacios de tiempo de convivencia con el menor, no puede soslayarse el hecho de que uno de los progenitores este en mejores condiciones económicas que otro, y en ese supuesto, cuando el menor cumple la convivencia con el progenitor con mejores recursos económicos, de seguro gozará de muchas comodidades que otro no puede ofrecer y, entonces, el menor se sentirá más satisfecho con aquel progenitor que le brinda mayores posibilidades de desarrollo, y ello puede ser contraproducente por cuanto al ejercer el otro progenitor su derecho de vivir con el menor, como no le ofrece las comodidades que si se las da el otro, entonces el menor prefiere vivir con este, desvirtuando la tenencia compartida. Por ello, se debe tener mucho criterio para otorgar tenencia compartida.

- Principios que orientan la tenencia compartida:

➤ Principio de corresponsabilidad parental:

“El principio de corresponsabilidad parental, consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos. Combina la igualdad entre hombre y mujer en su cualidad de padre o madre y sobre todo el derecho del niño, en su interés, a ser criado por sus dos padres, vivan o no bajo en la misma casa”.

Tiene su reconocimiento en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como un derecho humano de los niños y adolescentes, concretamente en su artículo 18, al establecer que: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (...).” Este principio de corresponsabilidad parental guarda relación con el principio del interés superior del niño, por ello se busca que ambos padres se encarguen de igual manera del desarrollo integral del niño, niña o adolescente. Para que ambos padres puedan encargarse del cuidado de sus hijos, estos deben mantener una buena relación, la cual debe ser continuada, plena y cordial.

Según el principio de corresponsabilidad parental, ambos padres se van a encargar por igual del cuidado de sus hijos, por tal motivo estos deben tener una buena relación paterno filiar para que puedan cumplir con sus deberes y derechos de manera equitativa, con la finalidad de que sus hijos se desarrollen de manera integral.

➤ Principio de coparentabilidad (coparentalidad)

“Según Tamayo Haya, la coparentabilidad es una noción dual que engloba, no solo el derecho del niño a ser educado por sus dos progenitores, sino también el derecho a mantener una relación estable con ambos, es decir, la voluntad de asegurar la continuidad de los vínculos entre el niño y sus progenitores, para lo cual estos deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura”.

La coparentabilidad implica la cooperación entre ambos padres, la cual es posible cuando estos han asimilado la separación de hecho o divorcio y han

tomado conciencia de su identidad de padres. “Conforme a este principio, la tenencia compartida puede ser atribuida a cualquier tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva. Con lo cual, carece de importancia la existencia o no de un matrimonio toda vez que la responsabilidad parental tiene su generación en otro hecho: en vínculo filial”.

Según el principio de coparentabilidad, ambos padres deben tener una buena relación, a fin de velar por el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente, cumpliendo con sus derechos, deberes y obligaciones, considerando que lo fundamental es el vínculo filial que los une con sus hijos.

- Características de la tenencia compartida:

Según (Santa María, 2008), las principales características, son:

- Es una institución de Derecho de Familia.
- Busca preservar la integridad de la familia, al permitir que los hijos mantengan la convivencia con ambos padres.
- Se origina por la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, cuando los padres no conviven.
- Consolida la relación paterno-filial, en el sentido de que la patria potestad no se pierde por la separación de los padres.

La característica fundamental de la tenencia compartida es el hecho de que ambos padres van a asumir de igual manera, las responsabilidades, las obligaciones y los derechos para con sus hijos, a fin de lograr que la niña, niño o adolescente se desarrolle de manera plena en todo aspecto de su vida.

- Formas de determinar la tenencia compartida:

- Por acuerdo de los padres:

Los padres deciden acordar la tenencia compartida de sus hijos, la cual se puede establecer:

- El ámbito extrajudicial en forma autónoma, en el cual intervienen únicamente las partes (mediación o conciliación).
- Dentro de un proceso, sea por divorcio, nulidad de matrimonio, ejercicio de patria potestad, tenencia, régimen de visitas, etc.

- Por mandato judicial:
Cuando los padres no llegan a un acuerdo respecto la tenencia de sus hijos y acuden a la vía judicial para que un Juez decida a quien le va a corresponder la tenencia, la cual se va establece a través de:
 - Una sentencia que pone fin al proceso.
 - Una resolución que concede Medida Cautelar de Tenencia Provisional.

- Modalidades de tenencia compartida:

Según las posibles modalidades de tenencia compartida, serían:

- Mutuo acuerdo de los padres, esta se formula en función de su situación personal y la del niño que, salvo casos excepcionales, el juez considerará como más idónea.
- Alternancia con un ritmo inferior al semanal, de tres días y medio con cada progenitor o incluso diario, según la edad del niño, niña y adolescente.
- Alternancia semanal, es la modalidad que se considera para los niños, niñas y adolescentes mayores a cinco años, es considerada como idónea en la nueva legislación francesa.
- Alternancia quincenal, el niño convive quince días seguidos con cada uno de sus padres, durante esta convivencia quincenal con el otro progenitor pasa los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.
- Alternancia mensual, el niño convive un mes con cada uno de sus padres, durante esta convivencia mensual con el otro progenitor pasa los fines de semana completos y una o dos tardes de semana.
- Los niños pasan con uno de los padres los días lectivos y con el otro los no lectivos y periodos vacacionales, para ello el reparto serían aproximadamente del 50% con cada progenitor, pero habría que intercalar periodos de convivencia para el progenitor de días lectivos durante las vacaciones de verano.
- Alternancia de los padres, los niños permanecen siempre en el domicilio familiar y son los padres quienes rotan en la utilización de ese domicilio, para ello se requiere la colaboración de ambos progenitores.

Estas modalidades de tenencia compartida permiten a ambos padres tener el tiempo suficiente, según su acuerdo o por disposición de un Juez, para poder criar, educar y velar por el desarrollo íntegro de los hijos; pues lo importante es que a pesar de la separación de los progenitores no debe desaparecer la buena relación parental que debe existir entre ambos padres para con sus hijos.

- Ventajas de la tenencia compartida:

Según Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga y Pous de la Flor, la tenencia compartida tiene las siguientes ventajas:

- Existe una participación igualitaria entre los progenitores, pues ambos estarán más implicados e integrados en el desarrollo integral de los hijos.
- Pueden convivir con ambos padres, los hijos pueden disfrutar de la convivencia habitual en periodos determinados con cada uno de sus padres, manteniendo una relación fluida y constante con cada uno de ellos, como lo realizaban antes de la separación de hecho o divorcio.
- Es la mejor forma de asimilar por los hijos la separación o divorcio de los padres, pues podrán estar con ambos el mismo periodo de tiempo y eso les aportará mayor autoestima y confianza, pues ambos padres estarán pendientes de sus actividades cotidianas.
- Enriquece el mundo social, afectivo y familiar del menor de edad, pues los hijos podrán adaptarse a dos formas de vida, adquirir una visión más amplia además constructiva de su propia personalidad y ayuda a fortalecer la estabilidad emocional de estos sujetos de derecho en desarrollo, pues se sienten queridos por ambos padres, debido a que los padres participarán activamente en su cuidado y formación.
- Permite a los progenitores la mutua comprensión sobre lo que sucede con sus hijos, pues ambos se encuentran en la posibilidad de saber los problemas cotidianos de sus hijos y tener una mayor comunicación con ellos para poder solucionarlos.
- Se comparten las cargas entre los progenitores y se obliga a los mismos a coordinar en conjunto sobre la educación y desarrollo del niño, niña y adolescente.
- No habría confrontaciones por la tenencia de los hijos entre ambos

padres.

- Se evita en los hijos el padecer el síndrome de alienación monoparental, fenómeno que sufren los hijos de padres separados, que mantienen un conflicto grave sobre la custodia.
- Los progenitores compartirán la convivencia con sus hijos, estando presentes durante desarrollo personal y profesional, lo que a la vez permitirá que formen parte del nuevo grupo familiar de cada padre.
- Si ambos padres trabajan, van a tener que asumir los gastos de manutención de sus hijos durante el periodo de convivencia, colaborando cada padre de acuerdo a sus posibilidades con los gastos ordinarios y extraordinarios.
- Permite la integración equitativa con los familiares de cada progenitor en las líneas rectas y colaterales.

La tenencia compartida no solo se basa en la convivencia de los hijos con ambos progenitores, sino que también busca una participación igualitaria en todo aspecto de la vida de sus hijos, asimismo ayuda a asimilar la separación o divorcio, evitando las confrontaciones por la custodia de los hijos.

- Desventajas de la tenencia compartida:

Según Mosquera, la tenencia compartida tiene las siguientes desventajas:

- Dificultades para la adaptación de los hijos a dos ámbitos familiares con nuevas reglas y hábitos.
- El cambiar de hogar con frecuencia puede ocasionar alteraciones en el desarrollo hábitos positivos.
- Las diferencias socio culturales de los progenitores, diferencias axiológicas y de usos y de costumbres, pueden generar el desarrollo de personalidad ambivalente o comportamientos duales que perjudican el equilibrio emocional del hijo y la incorporación de pautas de comportamiento incoherente entre sí. Ello produce comportamientos “artificiales” en los hijos, para agradar al progenitor de turno.
- Genera mayores costos, pues al tener que asumir la manutención de los hijos incluye el preparar un ambiente adecuado en cada casa de los progenitores.

- Pautas de crianza diferenciales, ya sea por los propios progenitores como por los otros familiares como abuelos, tíos o primos. Lo que es bueno o correcto para una familia no lo es para la otra, lo que perjudica al desarrollo psicosocial del hijo.
- Elevado riesgo de alienación parental, cuando se realizan comparaciones entre posibilidades, limitaciones, controles, apreciaciones, estilos de vida, etc., entre ambos progenitores o grupos familiares.
- Necesidad de empleo con horario flexible, para poder compartir mayor tiempo con los niños, pues los padres deben adaptar sus horarios a las necesidades de sus hijos.

Para algunos autores la tenencia compartida tiene otras desventajas, pues señalan que será difícil para los hijos adaptarse a dos hogares, y para los padres al tener mayores gastos con sus hijos además de tener que buscar mayor disponibilidad de su tiempo para encargarse de su cuidado.

Ante las ventajas y desventajas, habría que ponderar cada una de ellas, sin embargo deben privilegiarse las ventajas y establecer mecanismos con los mismos padres para superar las desventajas en cada caso concreto a fin de resguardar el principio del interés superior del niño.

- **Modificación de la tenencia:**

La resolución que otorga la tenencia solo puede modificarse mediante nuevo proceso judicial después de seis meses de otorgada. Esto se encuentra establecido en el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual: “La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción. Esta acción podrá interponerse cuando haya transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente”.

Para solicitar la modificación se requieren la existencia de circunstancias debidamente comprobadas. La Ley establece que deben acontecer circunstancias que obliguen a los padres a solicitar un cambio en la Tenencia, esta modificación

requiere de nuevo proceso. Este proceso lo puede interponer el padre que tiene la tenencia o el otro. La Ley establece que deben transcurrir seis meses desde la resolución originaria. Igualmente, el padre o madre que obtuvo la tenencia puede haber viajado repentinamente, o el trabajo la obliga a viajar durante temporadas largas, es decir pueden ocurrir hechos que perjudiquen la tenencia del menor. Solamente procede la modificación sin esperar que transcurran los seis meses, en caso de que la integridad del niño o adolescente se encuentre en peligro. Una vez resuelta la Tenencia el otro habrá perdido la Tenencia.

Con respecto a la modificación de la tenencia tenemos criterios jurisprudenciales como los siguientes:

- “Asimismo, se advierte que si bien es cierto para solicitar la acción de modificación de la tenencia debe transcurrir por lo menos seis meses de la resolución originaria, no es menos cierto que este requisito puede salvarse si se encuentra en peligro la integridad del niño, según lo dispone el propio artículo ochenta y seis, *in fine*, del Código del Niño y Adolescente. En el caso de auto al ad quem ha establecido precisamente este presupuesto, es decir, ha establecido el peligro para la integridad física de la niña por el hecho de radicar en el domicilio materno. Por consiguiente, el extremo A)a) debe desestimarse, por no existir, infracción normativa alguna, por lo cual no se da cumplimiento, en rigor, a la exigencia del artículo trescientos ochenta y ocho, inciso segundo del Código Procesal Civil¹⁴.

- “Que, en lo que respecta el agravio relativo a que la sentencia de vista contiene un fallo extrapetita, dicho agravio carece de sustento real por cuanto en el escrito de demanda de fojas treintiocho consta que el demandante invoco como pretensión accesoria la tenencia y patria potestad de los menores, incluso la propia emplazada en su contestación de demanda de fojas sesentiseis ha absuelto dicho extremo, convalidando por lo tanto el agravio que denuncia; por otro lado, tampoco se ha infringido el principio de la cosa juzgada por cuanto en materia de tenencia no rige ese principio, ya que el propio artículo noventa del Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-99-JUS, admite la posibilidad de la modificación de la tenencia, en todo caso, la demandada debió invocar ese agravio mediante la excepción respectiva de cosa juzgada”.

¹⁴ Casación N° 1074-2011-Lima. Considerando Quinto.

2.3. TÉRMINOS BÁSICOS:

- **Familia:** Es considerada una institución fundamental de la sociedad, pues en ella se forman a las personas que la conforman, las cuales salen al mundo a mostrar las enseñanzas, valores y principios que les inculcaron en su hogar, por ello es una institución protegida por los Estados.
- **Principio del interés superior del niño:** Se basa en buscar, resguardar y realizar lo que mejor que convenga a cada niño, niña y adolescente en cada caso en concreto, siendo esta una tarea de toda la sociedad a fin de que estos sujetos de derecho puedan desarrollarse plenamente.
- **Tenencia compartida:** Es una institución jurídica, que permitirá a los hijos poder convivir con ambos padres en periodos determinados, con la finalidad que ambos padres estén inmersos en la vida de sus hijos, teniendo estos las mismas obligaciones, deberes y derechos.
- **Desarrollo Integral:** El desarrollo integral hace referencia al desarrollo físico, psicológico y social, del cual es parte una persona en cada etapa de su vida, en la presente tesis hacemos referencia a todo niño, niña y adolescentes, pues están sujetos a mayores cambios y formación de su personalidad.
- **Sujetos de derecho en desarrollo:** Se consideran a todos los niños, niñas y adolescentes, que a pesar de tener su capacidad de goce, tienen de manera limitada su capacidad de ejercicio debido a su corta edad, por ello no es un límite para que se les considere y respete, por tal motivo se debe considerar su opinión en todos los aspectos que influyan en su vida, así como respetar sus derechos; pues con el pasar del tiempo serán ciudadanos que formaran parte de la sociedad y es necesario, importante y esencial que sean hombres y mujeres de bien.

2.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

2.4.1 PROBLEMA GENERAL:

¿La Casación N° 3767-2017-CUSCO, aplica correctamente la norma y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en el procedimiento de tenencia y custodia de un menor?

2.4.2. PROBLEMAS ESPECÍFICO:

- a) ¿Cuáles son los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de un menor en los Juzgados de Familia?.
- b) ¿Cuál es la importancia del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en los procedimientos de tenencia?

2.5. OBJETIVOS.

2.5.1. OBJETIVO GENERAL:

Determinar si la Casación N° 3767-2017-CUSCO, aplica correctamente la norma y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en el procedimiento de tenencia y custodia de un menor.

2.5.2. OBJETIVO ESPECÍFICO:

- a) Determinar los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de un menor en los Juzgados de Familia.
- b) Analizar la importancia del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en los procedimientos de tenencia.

2.6. VARIABLES.

2.6.1. VARIABLE INDEPENDIENTE:

La tenencia y custodia de un menor

2.6.2. VARIABLE DEPENDIENTE:

La aplicación de la norma y el interés superior del Niño y del Adolescente.

2.7. SUPUESTOS.

2.7.1. SUPUESTO GENERAL:

La Casación N° 3767-2017-CUSCO, aplica correctamente la norma y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en el procedimiento de tenencia

y custodia de un menor.

2.7.2. SUPUESTO ESPECÍFICO:

Los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de un menor, son la edad, el tiempo de mayor permanencia del niño con uno de los padres y el régimen de visitas.

El Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en los procedimientos de tenencia resulta determinante para resolver la causa.

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA-EXPLICATIVA.

3.2. MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por el fallo de los Magistrado que integran la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República – Perú, recaída en la Casación la Casación N° 3767-2015-CUSCO.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

ANÁLISIS DOCUMENTAL, con esta técnica se obtendrá la información sobre la Casación N° 3767-2015-CUSCO; que analiza la infracción normativa material de la Ley N° 29269, Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida.

FICHAJE DE MATERIALES ESCRITOS, para obtener la información general del marco teórico y la situación de la legislación, para una determinada conceptualización.

3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se solicitó el fallo del Tribunal Constitucional al Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
2. Luego se realizó el análisis de la Casación N° 3767-2015-CUSCO, desde el

3. punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco constitucional general al específico (Código de los Niños y Adolescentes).
4. Se comparó el fallo y los fundamentos de la Casación, con las sentencias emitidas anteriormente en casos similares.
5. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
6. La recolección estuvo a cargo de las autoras del método de caso.
7. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), Código de Familia, Código de los Niños y Adolescentes y la Casación N° 3767-2015-CUSCO.
8. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de sentencias casatorias y jurisprudencias, teniendo todas precedentes vinculantes, emitidas por el máximo Tribunal de Justicia de nuestro país. Asimismo, se tiene que estos se encuentran exentos de mediciones por tratarse de una investigación de tipo descriptivo-explicativo con respecto a la Casación N° 3767-2015-CUSCO.

3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden, disciplina y constancia para poder realizar un buen trabajo de investigación, ciñéndonos estrictamente a revisar la jurisprudencia constitucional que tomo criterios sobre la Tenencia y Custodia de un menor.

CAPÍTULO IV RESULTADOS

Con respecto al análisis de la Casación estudiado, esto es, la Casación N° 3767-2015-CUSCO, se tiene que:

El presente recurso Casatorio se declaró procedente por las causales de: I) Infracción normativa material de la Ley N° 29269 - Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la **tenencia compartida**, alegando que dicha infracción se ha producido porque la sentencia de vista en su considerando décimo desconoce la mencionada ley, refiriendo que el sistema peruano había adoptado la tenencia de carácter monoparental; y II) De forma excepcional, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, por la causal de: Infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, a efectos de evaluar si la Sala Superior ha cumplido con motivar debidamente, y si ha aplicado normas que resultan pertinentes al caso.

Siendo así tenemos que en Primera Instancia, declaró fundada la demanda, como fundamentos de su decisión sostuvieron que del acervo probatorio se tiene que el menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera, entonces de tres años de edad, se encontraba en poder de la demandante; sin embargo, el demandado lo apartó de su cuidado. Asimismo, que se había determinado que la composición de la familia de la demandante alcanza sólo a la actora y a su hijo mayor David Alejandro Portocarrero Cabrera, de nueve años de edad, y si bien aquella habría padecido de violencia familiar, por parte de Armando Portocarrero Osorio -progenitor de su hijo mayor-, ello se produjo antes del nacimiento del segundo hijo de la demandante; no habiéndose demostrado que los hechos de violencia familiar suscitados en esa fecha hayan continuado, por lo tanto, no existía posibilidad alguna de riesgo contra la integridad física del menor. Por el contrario, se infiere del acervo probatorio consistente en informes psicológicos y sociales, que el ambiente donde actualmente se encuentra viviendo el menor no es el adecuado para el desarrollo de su personalidad conforme han arrojado los informes psicológicos, ya que el demandado es inestable emocionalmente, es violento, vulgar y sarcástico, lo cual concuerda también con la evaluación del menor, ya que no puede hablar de su progenitora delante del demandado y tampoco puede afirmarse en el núcleo familiar donde se encuentra, no puede contrariar a su progenitor, lo que significa que el demandado ejerce control sobre las respuestas y formación del menor, lo que hace que sea inestable emocionalmente, advirtiéndose indicios

de una alienación del menor en contra de la demandante, por lo que las óptimas condiciones económicas que el progenitor le brinda no resultan suficientes ante la inestabilidad emocional en el ambiente en que se encuentra.

Una vez apelada la mencionada sentencia, en Segunda Instancia la Sala Superior mediante sentencia de vista, la confirma. Como fundamentos sostuvo que el sistema peruano había 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.

Sin embargo; **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**; efectuado el debate y la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia.

1. De la Resolución del cuadernillo de casación, se tiene que se ha admitido de forma excepcional el presente recurso casatorio por la infracción normativa procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, a fin de determinar si se había cumplido con motivar debidamente la recurrida, aplicando al caso concreto todas las normas correspondientes. Sin embargo, estando a la relevancia de la materia objeto de pronunciamiento y a las consideraciones expuestas en el considerando anterior, de existir una norma jurídica no aplicada por la Sala Superior para resolver el presente caso, este Supremo Tribunal deberá pronunciarse considerando la naturaleza de la norma infraccionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil.
2. En cuanto a la Tenencia del menor, como expresión de la patria potestad, por la modificatoria introducida por la Ley número 29269, del dieciséis de octubre de 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 ellos, y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, siendo que de no 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.
3. 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*¹⁵”. 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.

Finalmente, mediante el recurso de casación el Tribunal Supremo en la Casación, declararon **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada; por consiguiente, **CASARON PARCIALMENTE** la sentencia de vista, 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 de 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 **REFORMANDO** 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 transtorno 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 Justicia 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 su estabilidad psicológica y emocional, 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.

¹⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima 2012, p. 375.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

Luego de haber analizado sobre el tema se ha podido determinar claramente lo siguiente:

Para **VEGA UGARTE, Wifalavel**, concluyó que la inadecuada configuración del delito de sustracción de menor de edad guarda relación significativa con la falta de protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, por la colisión que tiene en este caso la patria potestad y a tenencia en la configuración del delito, la no sanción penal, el archivamiento de este tipo de delitos, y las acciones maliciosas y dilatorias de la defensa de los procesados inciden en la impunidad del delito, no ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad, Falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del delito de sustracción del menor.

Para **LÓPEZ REVILLA, Vanessa Paulina**, concluyó que la Tenencia Monoparental, se presenta como una figura disociadora de la relación paterno-filial desvinculándola, provocando una semiorfandad artificial sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad (dependiendo a cuál de los progenitores fue otorgada la custodia). Asimismo, la Tenencia Compartida, se refleja como el tipo de tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, es el referente que modula la función paternal en un clima y equilibrio interaccional dinámico, anclada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, que en su estilo cooperativo reforma y potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socio afectivos y como alianza coparental constituye el espacio vincular que opera como soporte mutuo en la trama emocional con los hijos.

Para **CASTILLO DOMINGUEZ, María Nieves**, concluyó que el problema requiere necesariamente que se incorpore en el código de los niños y adolescentes normas jurídicas que permitan regular la actividad probatoria cuando exista el problema de alienación parental y así poder decidir en forma correcta con quien se queda el hijo ante un problema de tenencia, siendo necesario que se realicen campañas de sensibilización y de conocimientos sobre este problema del Síndrome de Alienación Parental a fin de corregir las distorsiones y deficiencias de la aplicación de la normatividad y reducir los empirismos aplicativos, orientados a alcanzar una correcta aplicación de la normatividad presente.

Para **CHONG ESPINOZA, Suan Coralí**, concluyó que la Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral teniendo como base acuerdos conciliatorios en los niños y/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.

Con respecto al análisis de la casación estudiada, se ha podido determinar claramente que

1. En cuanto a la infracción normativa del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, se tiene que a partir de la modificatoria introducida por la Ley número 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.
2. 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 instancias 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 transtorno, lo cual resulta relevante para el caso, 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 resolutive 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 períodos de alternancia, aprovechando para su inicio el siguiente período de vacaciones escolares del año dos mil diecisiete, a fin de no interrumpir los estudios escolares del menor.
3. Habiéndose fijado en el presente caso 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 el carácter excepcional de la casación concedida, como por el interés superior del menor.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

1. La tenencia compartida, se refleja como el tipo de tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, es el referente que modula la función paterna en un clima y equilibrio interaccional dinámico, anclada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, que en su estilo cooperativo reforma y potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socio afectivos y como alianza coparental constituye el espacio vincular que opera como soporte mutuo en la trama emocional con los hijos, por ello se concluye que la Casación N° 3767-2017-CUSCO, aplica correctamente la norma pertinente y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en el procedimiento de tenencia y custodia.

2. Para resolver un caso de tenencia de un menor se debe tomar en cuenta la edad, el tiempo que el menor ha pasado más tiempo con uno de los padres y establecer un régimen de visitas a favor del padre que no va ejercer la tenencia, procurando siempre asegurar el derecho del menor a las mejores condiciones para su sano desarrollo.

3. Respecto al principio del interés superior del niño, es una noción que tiene dos funciones principales: el de controlar y el de encontrar una solución; se puede indicar que el cumplimiento y resguardo del principio, no solo depende de los integrantes de la familia, sino también de la sociedad, el Estado y todas las entidades que lo integran, dado que el interés superior es un principio, un derecho y una norma de procedimiento que todos debemos garantizar, que busca el bienestar físico, mental y social del niño, niña y adolescentes, a fin de lograr que estos sujetos de derecho puedan desarrollarse integralmente, por lo que se deben considerar sus deseos, sentimientos y necesidades físicas, emocionales y educativas, en cada caso concreto, como sí ha sido aplicado al resolver el caso materia del presente trabajo.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

1. Capacitar al personal jurisdiccional que trabaja en los juzgados de familia a fin de que se interrelacione con la problemática en su estricto sentido y puedan aportar su experiencia para contribuir a la solución de un problema humano, como es la tenencia de un menor.

2. Capacitar a los abogados a través de eventos académicos a fin de que tomen conciencia que el problema de la tenencia de un menor no solo es un problema jurídico, sino que beneficia o afecta al desarrollo de la personalidad del menor.

CAPÍTULO VIII

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. CANALES TORRES, Claudia. Patria Potestad y Tenencia, Nuevos Criterios de Otorgamiento, Pérdida o Suspensión. Primera edición, Dialogo con Jurisprudencia, Gaceta Jurídica S.A, Lima, Año 2014.
2. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia – Derecho de la filiación, Tomo IV. Primera edición, Gaceta Jurídica S.A, Lima, Año 2013.
3. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Primera Edición. Instituto Pacífico, Año 2015.

CÓDIGOS Y LEYES:

4. Código de los Niños y Adolescentes – Comentado. Juristas Editores EIRL, Primera edición, Año 2018.
5. Código de Familia – Año 2018.

SENTENCIAS CASATORIAS:

6. CASACION 34-2004-JUNÍN
7. CASACION 380-2011-HUAURA
8. CASACION 356-2005-CONO NORTE

LINKOGRÁFIA:

9. <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/TESIAS%20DE%20TENENCIA%20Y%20CUSTODIA%20DE%20MENOR/TESIS%20SOBRE%20TENENCIAAAA.pdf>.
10. www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf

ANEXOS

ANEXO 1
MATRIZ DE CONSISTENCIA
MÉTODO DE CASO: “TENENCIA Y CUSTODIA DE UN MENOR – CASACIÓN N° 3767-2015-CUSCO”

AUTORAS: ESCALANTE RENGIFO, Maritza.
RAMIREZ VASQUEZ, Kelly Marjhory

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLE	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>Cuáles son los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia y custodia de un menor</p> <p>La importancia del Principio del Intereses del Niño en el procedimiento de tenencia y custodia de un menor.</p>	<p>GENERAL: Analizar la casación N.º 3767-2015-CUSCO.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Determinar los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia del menor en los Juzgados de Familia. 2. Identificar los tipos de tenencia del menor en el procedimiento de Juzgado de Familia. 3. Analizar la importancia del Principio del Intereses del Niño en los procedimientos de tenencia. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La Corte Suprema de Justicia de República es la máxima autoridad de administrar justicia, tiene la potestad de uniformizar la jurisprudencia. 2. El juez en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, resolverá teniendo en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable. 3. Los criterios a establecerse en los procesos de tenencia están sujetos a ser aplicados según el interés superior del menor. 	<ul style="list-style-type: none"> - El Derecho de Familia. - La Tenencia Compartida en los procesos de tenencia de un menor 	<ul style="list-style-type: none"> - Racionalidad del fallo. - Congruencia en el fallo del Poder Judicial. - Socialización y conocimiento del análisis del expediente. - Análisis del derecho de Familia. - Análisis del Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente. - Análisis de jerarquía normativa. 	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo</p> <p>DISEÑO: No experimental</p> <p>MUESTRA: Expediente.</p> <p>TECNICAS: Análisis Documental</p> <p>INSTRUMENTOS: Expediente.</p>

CAS. N° 3767-2015-CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR.

Lima, ocho de agosto de dos mil dieciséis.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número tres mil setecientos sesenta y siete – dos mil quince, efectuados el debate y la votación correspondientes, emite la siguiente sentencia.

I. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco, contra la sentencia de vista de fojas mil noventa y dos, de fecha treinta de junio de dos mil quince, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirma la sentencia apelada de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, que declara fundada la demanda.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, de fecha veinte de octubre del dos mil quince, ha declarado procedente el citado recurso de casación, por las causales de:

- a) Infracción normativa material de la Ley N° 29269, Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida, alegando que dicha infracción se ha producido porque la sentencia de vista en su considerando décimo desconoce la mencionada ley, refiriendo que el sistema peruano ha adoptado la tenencia de carácter monoparental.
- b) De forma excepcional, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, por la causal de: Infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, a efectos de evaluar si la Sala Superior ha cumplido con motivar debidamente, y si ha aplicado normas que resultan pertinentes al caso de autos.

III. CONSIDERANDO:

Primero.- Previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine* es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. Del examen de autos se tiene que a fojas treinta y ocho, Elvira Erika Cabrera Huayllani interpone demanda de tenencia y custodia de su menor hijo, contra Edison Vargas Estrada; siendo sus fundamentos de hecho que con el demandado procrearon a su menor hijo Giancarlo Edison Vargas Cabrera y debido a la conducta del demandado -alcoholismo y problemas económicos- fracasó la convivencia en agosto de dos mil doce. El demandado demostró una conducta irresponsable no cumpliendo con sus obligaciones económicas, motivo por el cual le inició una demanda de cobro de alimentos que se tramitó ante el Juzgado de Paz Letrado de Arequipa. Nunca privó al demandado de su derecho a visitar a su menor hijo pese a que la amenazaba con quitárselo. El veintiséis de diciembre de dos mil doce le permitió verlo, haciéndole creer el demandado que estaba

arrepentido del daño causado, lo que aprovechó éste para llevarlo a la ciudad del Cusco sin su consentimiento. El demandado se negó a devolverle a su menor hijo, siendo la persona menos indicada para estar a su cuidado, por ser una persona emocionalmente inestable, además de abusivo y obsesivo, como se tiene de los múltiples mensajes de texto que tiene la accionante como prueba en las demandas de violencia familiar, además de ser irresponsable, como queda demostrado en la demanda de alimentos, así como al padecer de un problema de alcoholismo.

Segundo.- A fojas ciento doce, Edison Vargas Estrada contesta la demanda señalando que es empleado, con trabajo estable en el Hospital de Essalud de Cusco, laborando en forma ininterrumpida por quince años como personal administrativo de la Red Asistencial, dedicándose a su trabajo y al cuidado exclusivo de su menor hijo debido al abandono económico y moral de la demandante. Con ella se conocieron aproximadamente en setiembre del año dos mil siete en dicho centro laboral, siendo que la demandante no le manifestó que tenía un hijo de otra relación sentimental y que en esa época convivía con el padre de su menor hijo en la ciudad de Arequipa, siendo que sólo cuando la accionante se embarazó, en agosto de dos mil ocho, le puso en conocimiento de ello. La demandante mantiene una serie de problemas con su ex conviviente a razón de las denuncias que se han instado ambos en la ciudad de Arequipa, siendo que mantienen conflictos, peleas, escándalos muy graves en el domicilio donde se encontraba su menor hijo en la ciudad de Arequipa, por lo cual se encuentra en inminente peligro de ver afectada su integridad física, psicológica y moral. Afirma que siempre de forma responsable y madura quiso preservar su relación con la demandante, siendo falso que tenga problemas de alcoholismo. Nunca desamparó económicamente a su menor hijo, y la accionante le ha iniciado un proceso de alimentos de mala fe, siendo que siempre le giró dinero a través del Banco de la Nación, así como le entregaba dinero en forma personal, llevaba víveres y prendas de vestir para su menor hijo, e incluso para el otro hijo de la demandante. Con el único afán de comunicarse con su hijo hizo instalar un teléfono fijo en el domicilio donde se encontraba viviendo en Arequipa; sin embargo, la demandante en muchas oportunidades cortaba el teléfono y no le comunicaba con su hijo. Para el mejor cuidado de su menor hijo contrató los servicios de una nana ya que la actora salía a su centro laboral a las siete de la mañana y retornaba a altas horas de la noche, estando dicho menor prácticamente abandonado. Luego de hacer varios viajes a la ciudad de Arequipa, los abuelos maternos le reiteraron que lo mejor sería que su menor hijo esté a su cuidado y que lo llevara a la ciudad del Cusco porque no sólo estaba desatendido, sino que estaba en riesgo su integridad física, psicológica y moral. Su menor hijo no estaba bien cuidado y, por el contrario, estaba prácticamente abandonado al igual que su medio hermano, siendo que el veintidós de diciembre de dos mil doce, visitó una vez más a su hijo en la ciudad de Arequipa, encontrándolo en estado calamitoso, sin aseo personal, con ropa no adecuada, mal de salud; motivo por el cual le reclamó a la demandante, quien le manifestó que ya no podía con el cuidado de sus dos hijos y que era mejor que lleve a su menor hijo al Cusco. Sorprendentemente la accionante había asentado una denuncia en la ciudad de Arequipa y, posteriormente, en la ciudad del Cusco, enterándose recién que había sido demandado en el mes de noviembre de dos mil doce por cobro de alimentos. Viendo el abandono moral y económico de su hijo, al que fue sometido por su progenitora, así como por 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, es el demandado la persona indicada para brindar custodia y tenencia en su menor hijo, ya que le brinda mejores atenciones y está en mejor situación de desarrollo, en un clima de tranquilidad y armonía, en compañía de sus familiares, donde percibe armonía y paz, considerando, además, que no puede abandonar su formación educativa ya que se encuentra matriculado en la Institución Educativa Nuestra Señora del Rosario.

Tercero.- El *A quo*, mediante sentencia de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, declara fundada la demanda. Como fundamentos de su decisión sostiene que del acervo probatorio se tiene que el menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera, entonces de tres años de edad, se encontraba en poder de la demandante; sin embargo, el demandado lo apartó de su cuidado. Asimismo, indica que se ha determinado que la composición de la familia de la demandante alcanza sólo a la actora y a su hijo mayor David Alejandro Portocarrero Cabrera, de nueve años de edad, y si bien aquélla habría padecido de violencia familiar, por parte de Armando Portocarrero Osorio -progenitor de su hijo mayor-, ello se produjo antes del nacimiento del segundo hijo de la demandante (veinticinco de abril de dos mil nueve); no habiéndose demostrado que los hechos de violencia familiar suscitados en esa fecha hayan continuado, por lo tanto, no existe posibilidad alguna de riesgo contra la integridad física del menor. Por el contrario, se infiere del acervo probatorio consistente en informes psicológicos y sociales, que el ambiente donde actualmente se encuentra viviendo el menor no es el adecuado para el desarrollo de su personalidad conforme han arrojado los informes psicológicos, ya que el demandado es inestable emocionalmente, es violento, vulgar y sarcástico, lo cual concuerda también con la evaluación del menor, ya que no puede hablar de su progenitora delante del demandado y tampoco puede afirmarse en el núcleo familiar donde se encuentra, no puede contrariar a su progenitor, lo que significa que el demandado ejerce control sobre las respuestas y formación del menor, lo que hace que sea inestable emocionalmente, advirtiéndose indicios de una alienación del menor en contra de la demandante, por lo que las óptimas condiciones económicas que el progenitor le brinda no resultan suficientes ante la inestabilidad emocional en el ambiente en que se encuentra. A su turno, en lo que concierne a la accionante Elvira Erika Cabrera Huayllani, el *A quo* indica que se ha establecido que no presenta sintomatología psicopatológica que le impida una adecuada percepción y evaluación de la realidad, siendo que, si bien tiene personalidad con rasgos inestables, tiene capacidad de percibir y evaluar la realidad; asimismo, presenta una reacción ansiosa mixta depresiva que está asociada a la situación de su menor hijo y al proceso judicial de Tenencia. En el informe social se tiene que ésta, reúne las condiciones necesarias para poder asumir la responsabilidad y crianza del menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera. De todo ello, infiere que quien se encuentra en mejores condiciones para la crianza y cuidado del menor es la demandante, puesto que existe mayor estabilidad sobre todo emocional en ella, tanto más, que la norma es clara al señalar que, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo debe permanecer con el progenitor con el que vivió mayor tiempo. Finalmente, a fojas quince, obra la Resolución número uno, de fecha cinco de noviembre de dos mil cinco, sobre un proceso de Alimentos, seguido por la demandante contra el recurrente, sin embargo, no se acredita que el demandado se encuentre al día en sus pensiones alimenticias, por lo que no procede fijar un régimen de visitas para el recurrente.

Cuarto.- Una vez apelada la mencionada sentencia, la Sala Superior, mediante sentencia de vista de fojas ochocientos cuarenta y cinco, de fecha treinta de junio de dos mil quince, la confirma. Como fundamentos expone que 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. 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 menor, lo que es corroborado con los resultados de las diferentes pericias psicológicas y los informes sociales antes descritos, situación que se torna mucho más grave, en tanto el *A quo* concedió la tenencia

provisional a favor de la demandante, conforme se desprende de la resolución número 41 recaída en el incidente con número de Expediente 183-2013-42-1001-JM-FC-01 (que obra a fojas cuatrocientos ochenta y cinco de dicho cuaderno); y requirió en varias ocasiones que el demandado cumpla con la entrega del menor a su madre, sin embargo, el recurrente demostró una conducta reticente a cumplir con dichos mandatos, habiendo incluso sido pasible de detención por veinticuatro horas (resolución número cincuenta y tres, que obra en el cuaderno número 183-2013-42-1001-JM-FC-01, a fojas seiscientos ochenta y uno). Asimismo, no puede pasar desapercibida la conducta del demandado, quien al ser entrevistado en la visita social (fojas setecientos veintiuno), rehusó 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 sus mandatos el *A quo* incluso llevó a cabo una diligencia de allanamiento del domicilio del demandado (Acta de fojas ochocientos cincuenta y siete, en el Expediente número 183-2013-42-1001-JM-FC-01), sin embargo no logró hallar al menor. Se concluye entonces que quien propicia el alejamiento del mismo de su madre es el demandado; es decir, asume una 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 menor por afectar su estabilidad emocional, conforme se advierte de las evaluaciones psicológicas practicadas al mismo. En las diferentes entrevistas realizadas al menor, éste ha indicado que desea vivir con su padre, sin embargo, en los informes psicológicos se ha diagnosticado que el menor se halla necesitado de afecto, y que se desenvuelve en un ambiente que le impide actuar con libertad, pues existe dependencia hacia su padre para la satisfacción de sus necesidades; mostrando ambivalencia y confusión con respecto a sus sentimientos hacia sus padres, no evidenciándose vinculación afectiva con ninguno de ellos; todo ello aunado al hecho que se le impide mantener contacto con su madre, definitivamente esta situación vulnera su estabilidad emocional y la satisfacción real de sus necesidades afectivas. Consecuentemente, es posible colegir que lo manifestado por el menor de continuar viviendo con su padre, no obedece a su verdadero deseo, en tanto conforme se advierte del informe social de folios setecientos veintiuno, los presuntos malos tratos sufridos por parte de su madre, que son sustento para rechazar vivir con esta última, son afirmaciones producto de la influencia del padre hacia su menor hijo, lo que concuerda con el informe psicológico correspondiente al menor, que obra a fojas quinientos trece. Entonces, si bien el menor no tiene animadversión hacia su padre, pero de otorgarse la tenencia a favor de éste, no sería beneficiosa para el menor, en tanto conforme los considerandos expuestos, el demandado atenta contra su equilibrio emocional al privarlo de la presencia y atención de su madre, no resultando suficiente que se brinde al menor sólo comodidades materiales, ni se vele solamente por su salud física. Siendo la edad del menor del cual se solicita la tenencia, seis años, devendría en idóneo se otorgue la tenencia a favor de su madre, en tanto, no se probó que lo tuviera desatendido, o haya ejercido actos de violencia familiar en su agravio, como alega el demandado, debiendo tenerse en cuenta además que el menor vivió con ella desde su nacimiento hasta el veintiséis de diciembre de dos mil doce. Asimismo, de las diferentes evaluaciones psicológicas practicadas a la demandante no se advierte alteración mental alguna, ni aspectos que conlleven a considerar inadecuado que el menor esté bajo su cuidado, como ocurre con el demandado quien además de impedir que su madre visite al menor, ejerce influencia negativa en su contra, al instruirle que hable mal de ella. Por lo expuesto, si bien ambos padres biológicos detentan la patria potestad, la tenencia se le debe otorgar a la madre biológica, debiendo confirmarse la resolución materia de apelación, lo que no debe significar que no se establezca un régimen de visitas, que permita al menor, seguir vinculado a quien siempre será su padre y que también le permita estrechar lazos con él; no siendo razonable se

impida al demandado visite a su menor hijo, sustentándose que incumplió con sus obligaciones alimentarias, sin que ello haya sido acreditado fehacientemente; asimismo, en salvaguarda del interés del menor, procurando se logre que la relación de padre e hijo se fortalezca y establezca, deviene en irrazonable que se admita el deterioro del vínculo paterno filial por el incumplimiento de las prestaciones alimentarias.

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 imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*”¹, 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.

Sexto.- De la Resolución de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, se tiene que se ha admitido de forma excepcional el presente recurso casatorio por la infracción normativa procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, a fin de determinar si se había cumplido con motivar debidamente la recurrida, aplicando al caso concreto todas las normas correspondientes. Sin embargo, estando a la relevancia de la materia objeto de pronunciamiento y a las consideraciones expuestas en el considerando anterior, de existir una norma jurídica no aplicada por la Sala Superior para resolver el presente caso, este Supremo Tribunal deberá pronunciarse considerando la naturaleza de la norma infraccionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil.

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 de 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 ellos, y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, siendo que de no 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

¹ Sentencia de Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento 11.

personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable”². 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 así, 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 de forma compartida, como estaba dispuesto en mérito a 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* sí 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 para concederla 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 negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría 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 de 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 los 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 resolutive 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 Adolescentes, 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

² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 375.

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 juzgador no seguir los criterios 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 instancias 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 resolutive 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 períodos de alternancia, aprovechando para su inicio el siguiente período 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 el carácter excepcional de la casación concedida, como por el interés superior del menor.

IV. 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 de 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 **REFORMANDO** 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 Justicia 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 su estabilidad psicológica y emocional, 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 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.

S.S. MENDOZA RAMÍREZ, ROMERO DÍAZ, CABELLO MATAMALA, MIRANDA MOLINA, YAYA ZUMAETA.

ENRIQUE VARI ROSPIGLIOSI

Doctor y Magíster en Derecho
Universidad de Lima
Socio Internacional del Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBDFAM

TRATADO
DE DERECHO
DE FAMILIA

Derecho de la filiación

TOMO IV

 **GACETA**
JURIDICA



CAPÍTULO PRIMERO

PARENTESCO Y RELACIONES PARENTALES

I. Introducción. II. Etimología. III. Concepto. IV. Definición. V. Naturaleza Jurídica. 1. Derecho personalísimo. 2. Atributo de la persona. 3. Institución de Derecho de familia. 4. Vínculo jurídico. VI. Características. VII. Evolución. 5. Familia punalúa. 6. Familia sindiásmica. 7. Roma. 8. Derecho germánico. VIII. Clases. 9. Según la base matrimonial o extramatrimonial: parentesco civil y parentesco natural. 10. Según la intensidad del vínculo: parentesco por línea y parentesco por grado. 11. Según la capacidad de extensión del vínculo: parentesco abierto y parentesco cerrado. 12. Según el contenido del vínculo: parentesco fuerte y parentesco débil. 13. Según la duración del vínculo: parentesco *intra vitam* y parentesco *ultra mortem*. 14. A partir de las fuentes de parentesco. IX. Fuentes del parentesco. 15. Naturaleza. 16. Ley. 16.1. Parentesco por afinidad. 16.1.1. Características. 16.1.2. Principios a tenerse en cuenta en la afinidad. 16.2. Parentesco por adopción. 16.3. Parentesco civil. 16.4. Parentesco religioso. X. Cómputo. 17. Línea recta. 18. Línea colateral. 19. Afinidad. 19.1. Cómputo del parentesco por afinidad. 19.2. Establecimiento gráfico en la línea afín. 20. Sistemas de cómputo. 20.1. Sistema romano. 20.2. Sistema germánico. 20.3. Sistema Canónico. 20.4. Sistema genético. XI. Estructura del parentesco. Tronco, Grado y Líneas. 21. Tronco. 22. Grado. 22.1. Distancias ente los grados. 22.2. Sistema de cómputo. 22.3. Prueba. 23. Línea. 23.1. Línea recta. 23.1.1. Establecimiento gráfico de la línea recta simple. 23.1.2. Graduación. 23.1.3. Establecimiento gráfico en línea doble. 23.2. Línea colateral. 23.2.1. Segundo grado. 23.2.2. Tercer grado. 23.2.3. Cuarto grado. 23.2.4. Más allá del cuarto grado. 23.2.5. Variantes. 23.2.6. Establecimiento gráfico en la línea colateral. 23.2.7. Graduación. 23.2.8. Colateralidad y ancestralidad. 23.2.9. Un caso en concreto. 24. Rama. XII. Alcances. 25. Parentesco consanguíneo. 25.1. Línea recta. 25.2. Línea colateral. 26. Parentesco por afinidad. 27. Parentesco por adopción. 28. Parentesco complejo o mixto. XIII. Duración, Extensión y Fin. 29. Parentesco por consanguinidad. 30. Parentesco por afinidad. 31. Parentesco por adopción. XIV. Efectos jurídicos. 32. Alcance de los efectos. 32.1. Consanguinidad. 32.2. Afinidad. 32.3. Adopción. 32.4. Parentesco espiritual. 33. Principales efectos jurídicos. 33.1. Efectos civiles. 33.2. Efectos procesales. 33.3. Efectos penales. 33.4. Efectos societarios. 33.5. Efectos electorales. 33.6. Efectos de Seguridad Social. XV. Importancia.

I. INTRODUCCIÓN

Carlos Alberto Bittar⁽¹⁾ refiere que el Derecho parental⁽²⁾ o Derecho del parentesco es el conjunto de principios y de reglas que rigen las relaciones jurídicas constituidas entre los cónyuges y los parientes respectivos, entre los descendientes de un mismo tronco común y entre los adoptantes y adoptados. Pereira y

- (1) BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de familia*. 2ª edición, Forense Universitaria, Río de Janeiro, 2006, p. 185.
- (2) Como también lo llama Pontes de Miranda. Vide MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 29.

Oliveira⁽³⁾ trata al parentesco como una relación familiar distinta a la relación matrimonial, conjuntamente con la afinidad y la adopción.

Como atributo de la persona, el parentesco permite distinguir a un sujeto de otro dentro de una familia volviéndolo único, singular e irrepetible estableciendo su protección y tutela bajo el derecho a la identidad.

Dentro de un concepto amplio de familia encontramos relaciones familiares surgidas a partir del matrimonio o uniones estables, la filiación y el parentesco. El parentesco es una institución generadora de vínculos familiares *in extenso*, al igual que lo son el matrimonio y la filiación.

De las personas vinculadas por esta institución surgen los denominados estados de familias parentales.

II. ETIMOLOGÍA

La palabra parentesco proviene del latín *parentus* que se origina de *par*, igual y de *entis*, ente o ser. Parientes son todas aquellas personas que comparten un mismo origen.

Otro sector refiere que la palabra parentesco (cualidad de pariente) está formada a partir del término *pariente* y el sufijo *-esco* que indica relación o pertenencia. Por su parte, la palabra pariente proviene de las concepciones latinas *parens*, *parentis* y *parentatus* que significa padre o madre. Su genitivo es *parentis*. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra parentesco deriva de la palabra pariente y esta del latín *parens*, *-entis*, cuyo significado es padre o madre, abuelo, antepasado, mientras que el plural *parientes* es empleado para designar a los padres, los antepasados, los deudos y parientes⁽⁴⁾.

La mayoría de la doctrina afirma que el origen etimológico de la palabra parentesco viene del verbo *parere* (parir, dar a luz) y este de la raíz indoeuropea *per(a)* que significa producir.

Para el Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Española, este es el vínculo, conexión, enlace o relación que existe entre las personas.

III. CONCEPTO

La familia es un régimen de relaciones jurídicas, interdependientes y recíprocas, emergentes en gran medida de la unión intersexual y la procreación.

(3) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da família*. 4ª edição, Vol. I, Introdução. Direito matrimonial, Coimbra Editora, 2008, pp. 46 y 41 y ss.

(4) NÚÑEZ NÚÑEZ, María. *La sucesión intestada de los parientes colaterales*. Librería-Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2007, p. 86.

Estos dos hechos biológicos fundamentales están presupuestos, respectivamente, en la institución del matrimonio y la filiación. Además, la filiación adoptiva, sin presuponer el hecho biológico de la procreación, integra la noción amplia de filiación⁽⁵⁾.

Pero la familia no se reduce solo al núcleo constituido por los cónyuges y los hijos. Con ser ese núcleo paterno-materno-filial el que gravita decisivamente en las orientaciones básicas de la política familiar, sino que las relaciones interdependientes y recíprocas se extienden por imperio de la ley entre aquellas personas que reconocen que les son comunes, eso es, los consanguíneos y entre un cónyuge y los consanguíneos del otro, llamados afines⁽⁶⁾.

El vínculo familiar primario es el que se establece entre la pareja, los cónyuges que entablan relaciones sexuales de manera permanente consagradas a través del matrimonio, ampliándose esta relación también a la unión estable cuando dicho vínculo no está acompañado de la formalidad. De este vínculo familiar primario surge la descendencia que es la parentalidad básica de un sujeto así como la relación afín, respecto de la familia de su cónyuge.

Aún se identifica la idea general de parentesco con el concepto específico de consanguinidad. Esta idea se funda en el hecho universalmente aceptado que la *gens* y las tribus, como primeras formas de sociedades humanas, se componen de individuos emparentados⁽⁷⁾. Sin embargo, ello no es del todo cierto al existir parientes no consanguíneos unidos a través de una *fictio iuris*⁽⁸⁾, caso de los afines y el parentesco por adopción.

Nuestra legislación instituye parentescos por consanguinidad, por afinidad y el parentesco civil.

IV. DEFINICIÓN

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española considera al parentesco como aquel vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta.

La definición más corriente de parentesco es sencillamente las relaciones entre *parientes*, es decir, personas emparentadas por consanguinidad real, putativa o ficticia⁽⁹⁾. La definición más amplia nos dice que el parentesco es el vínculo establecido, por la naturaleza, entre personas que descienden unas de otras, o de un

(5) ZANNONI, Eduardo. A. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 101.

(6) Ídem.

(7) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I, 9ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 31.

(8) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., pp. 29 y 39.

(9) FOX, Robin. *Sistemas de parentesco y matrimonio*. 2ª edición, Alianza editorial, Madrid, 1979, p. 31.

autor común (consanguinidad); por la ley, que declara unas veces la existencia de un vínculo, entre el adoptante y el adoptado (civil), y otras veces de un vínculo entre personas que han contraído matrimonio y los parientes consanguíneos de su cónyuge (afinidad).

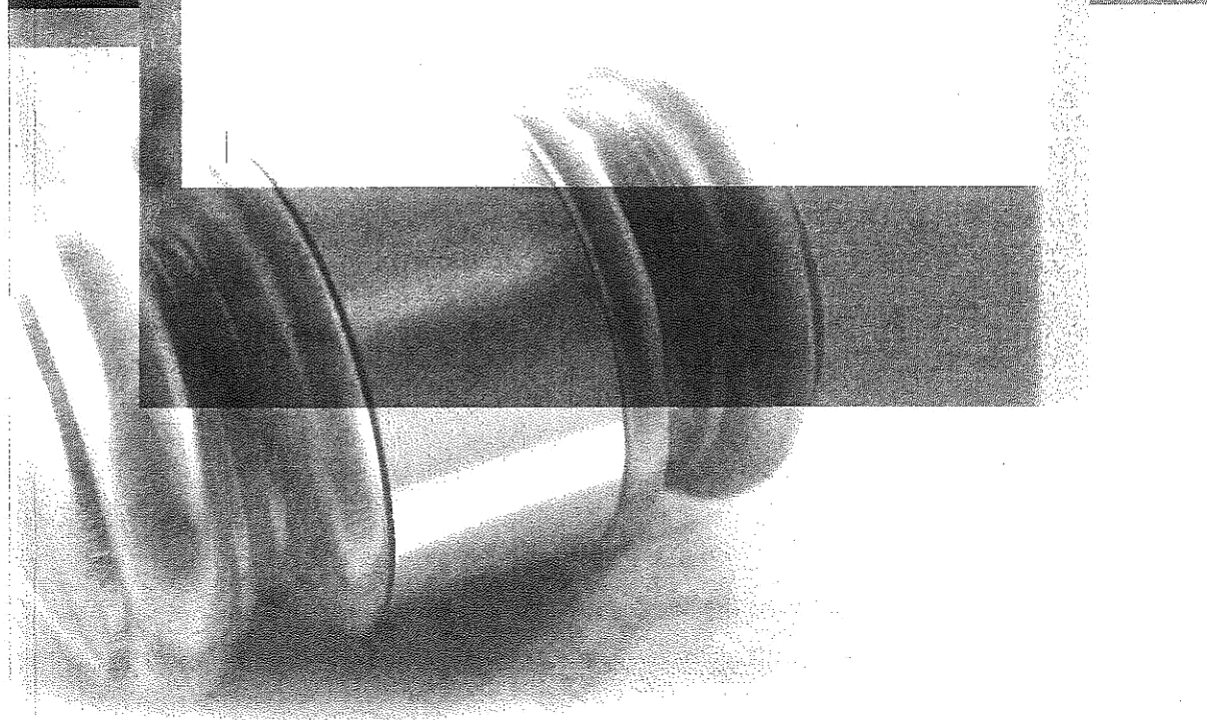
Para Borda⁽¹⁰⁾ el parentesco es el vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción. Según Zannoni⁽¹¹⁾ la existencia de relaciones jurídicas derivadas de la consanguinidad o la afinidad determinan el parentesco que se traduce en un vínculo jurídico existente, pues, entre consanguíneos y afines y también entre el adoptado y el o los adoptantes y, según el caso, los consanguíneos o afines de estos. Mazzinghi⁽¹²⁾ dice que el parentesco implica una relación sobre cuya base está organizada la familia en sentido amplio y que los parientes son personas unidas por vínculos menos estrechos que los que ligan a los padres y los hijos, pero que no obstante, dichos vínculos se reflejan no solo en el plano afectivo, sino también en el plano jurídico. Gomes⁽¹³⁾ es el vínculo entre personas que tienen un ancestro común. Manifiesta Diniz⁽¹⁴⁾ que es la relación vinculatoria existente no solo entre personas que descienden unas de otras de un mismo tronco en común sino también entre cónyuges y los parientes del otro y entre adoptante y adoptado. Para Sebastiano Ciccarello⁽¹⁵⁾ el parentesco es el efecto jurídico resultante de vínculo de consanguinidad entre dos personas por el hecho de la generación. Por su parte Lasarte⁽¹⁶⁾ nos indica que es la relación existente entre dos o más personas derivada precisamente de su situación en la familia. El parentesco no es sino la adscripción de una persona a una determinada familia, a criterio de Galindo Garfias⁽¹⁷⁾.

En nuestro medio Cornejo Chávez⁽¹⁸⁾ considera que en sentido general se entiende por parentesco las relaciones o lazos jurídicos existentes entre dos o más personas que están determinadas en virtud de la naturaleza, a la ley o por la religión.

- (10) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, 2002, p. 19. También en BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10ª edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 18.
- (11) ZANNONI Eduardo. A. Ob. cit., p. 101.
- (12) MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo 4, Fondo Editorial de Derecho y Economía, La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2006, p. 451.
- (13) GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 10ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 311.
- (14) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasileiro*. 17ª edición actualizada, vol. 5, Saraiva, 2002, Sao Paulo, p. 361.
- (15) CICCARELLO, Sebastiano: (voz) "Parentela (Dir. Civ.)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXI, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, p. 654.
- (16) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 270.
- (17) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas, familia*. 15ª edición, Ed. Porrúa, México, p. 465.
- (18) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 86.

CLAUDIA CANALES TORRES

PATRIA POTESTAD
Y TENENCIA
NUEVOS CRITERIOS
DE OTORGAMIENTO, PÉRDIDA
O SUSPENSIÓN



DIALOGO
CON LA
JURISPRUDENCIA

Plácido Vilcachagua⁽¹⁹⁾ alega que el parentesco determina la mayor o menor extensión del grupo familiar y vincula a sus componentes para el cumplimiento de los deberes de asistencia familiares y en mantenimiento de relaciones personales.

Consideramos que el parentesco es la institución de Derecho de Familia generadora de vínculos jurídicos que une a las personas que conforman una familia. Surge en virtud de lazos de sangre o por mandato legal. En virtud de esta institución se genera el estado de familia parental entre miembros vinculados. El parentesco enlaza, relaciona, une. Es el vínculo existente y subsistente entre los individuos que descienden de un mismo tronco (*restricto*) o el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción (*amplio*).

V. NATURALEZA JURÍDICA

Dentro de la naturaleza jurídica del parentesco tenemos diferentes posturas.

1. Derecho personalísimo

Se considera al parentesco como un derecho personalísimo que el sujeto tiene respecto de aquellos vínculos que mantiene con cada uno de los miembros de su familia.

2. Atributo de la persona

Es un elemento o cualidad de la persona que la distinguen de otra. La persona cuenta con un parentesco propio que conjuntamente con el resto de sus atributos coadyuvan a su identificación y su distinción de otros sujetos de derecho.

Como atributo se encuentra protegido dentro del derecho a la identidad.

3. Institución de Derecho de familia

El parentesco genera relaciones familiares que supone aquel vínculo que une a una persona con los distintos miembros de su familia cuyo alcance, duración y efectos son establecidos por el ordenamiento jurídico.

4. Vínculo jurídico

El parentesco es un vínculo jurídico existente entre consanguíneos, afines y entre el adoptante y adoptado, a decir de Zannoni⁽²⁰⁾. Este criterio que alude al vínculo jurídico se sustenta en que el vínculo biológico, mientras no trascienda en

(19) PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 44.

(20) ZANNONI, Eduardo. A. Ob. cit., p. 101.

ese plano, no tendrá consecuencias jurídicas, como indica claramente Azpíri⁽²¹⁾, i.e. el parentesco es la juridicidad de lo biológico.

VI. CARACTERÍSTICAS

El parentesco tiene las siguientes características:

- Es **connatural del ser humano** (concebido, persona natural) y permite distinguir a una persona de otra, la identifica. Cae bajo el marco de protección del derecho a la identidad e intimidad.
- Es una **institución principal de Derecho de familia** generadora de relaciones o vínculos familiares. A partir del parentesco surgen lazos de familia entre los miembros vinculados parentalmente.
- Genera el **estado de familia parental** entre las personas vinculadas. El parentesco hace surgir entre los parientes estados de familia parentales correspondientes entre sí, v.g.: padres, abuelos, bisabuelos; hijos, nietos, bisnietos; hermanos, tíos, sobrinos, primos, etc.
- Tiene su **origen en la naturaleza, la ley (y de ser el caso la religión)**. La principal fuente del parentesco son los lazos de sangre, sea porque las personas descienden unas de otras o se comparte un tronco común. Además, la ley crea entre personas no vinculadas por lazos de sangre, relaciones parentales, como es el caso de los adoptados, afines y compadres/ahijados. La religión ya no genera efectos parentales a través de sus sacramentos (bautismo, conformación y matrimonio).
- El **alcance, duración y efectos jurídicos del parentesco son establecidos por el ordenamiento jurídico**. Así estemos ante relaciones parentales consanguíneas, el ordenamiento jurídico determinará a las personas que serán consideradas parientes, la permanencia y/o extinción y los correspondientes efectos jurídicos que genera. El parentesco genera vínculos o relaciones que, al margen de la fuente consanguínea o legal, son contempladas y recogidas por la ley para generar efectos jurídicos. En general, el contenido de las diferentes relaciones jurídicas parentales es establecido por el ordenamiento jurídico a partir de normas de orden público y de carácter imperativo.
- **No tiene un alcance ilimitado**, si así fuera los ámbitos de la familia se confundirían con los de toda la humanidad o con los de extensas porciones de ella. Terminaría siendo parientes de todos.
- Los **efectos jurídicos del parentesco tienen una repercusión multidisciplinaria**, se vinculan no solo al ámbito civil, sino al ámbito penal, procesal, societario, electoral, previsional, etc.

(21) AZPIRI, Jorge. *Derecho de familia*. 1ª edición, 1ª reimp., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 517.

VII. EVOLUCIÓN

El parentesco era muy amplio en las sociedades arcaicas siendo en la sociedad actual más restringido⁽²²⁾. En los tiempos remotos el hombre vivía en un estado de salvajismo, sin educación y con una incipiente cultura o, en todo caso, insuficiente que no le permitía la socialidad y racionalidad, admitiéndose la promiscuidad sexual dentro de cada grupo social que hacía inestructurable el parentesco.

En la familia consanguínea, todos los abuelos habrían sido maridos y mujeres entre sí y los habrían sido, también, sucesiva y recíprocamente, los hijos e hijas de esos abuelos, y luego los hijos e hijas de tales hijos, etc. Excluida la relación sexual entre cada nivel y los siguientes (abuelo con madre, madre con hijo, etc.) ella habría existido, entre todos los familiares del mismo nivel, de modo que el ser hermano y hermana no solo no excluía sino que, más bien, imponía la condición de marido y mujer⁽²³⁾.

5. Familia punalúa

En la familia punalúa cierto número de hermanas, descendientes de un mismo antepasado; primas, primas segundas, etc., eran mujeres comunes de cierto número de varones entre los que no podían estar los hermanos de dichas mujeres y que podían ser o no "hermanos" entre sí. Dentro de esta organización, los hijos tenidos por cualquiera de los maridos en cualquiera de las mujeres eran considerados hijos de todos los varones y de todas las mujeres y, por tanto, hermanos entre sí. Pero los hijos de los hermanos de esas mujeres eran sobrinos de estas y, paralelamente, los hijos tenidos por las hermanas de los maridos eran sobrinos de estos; y todos estos sobrinos eran primos de los hijos tenidos por el matrimonio punalúa⁽²⁴⁾.

6. Familia sindiásmica

En familia sindiásmica, el varón no solo tiene por hijos a los suyos sino también a los de sus hermanos; en cambio tiene por sobrinos a todos los hijos de sus hermanas. En la mujer se reputa como hijos a los suyos y a los de sus hermanas y como sobrinos a los hijos de sus hermanas. Según esto, todos los hijos tenidos por hermanos son hermanos entre sí. Los hijos de un hermano son primos de los tenidos por una hermana⁽²⁵⁾.

7. Roma

En el Derecho Romano, el parentesco no es una institución basada exclusivamente en los lazos de sangre. Está basada en tres nociones diferentes

(22) GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª edición. Forense, Río de Janeiro, 2006, p. 380.

(23) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 98.

(24) Ídem.

(25) *Ibidem*, pp. 98 y 99.

- a) El parentesco agnado: Los parientes agnados son todos los miembros de la familia emparentados con el *pater familias* y sus descendientes exclusivamente a través de vía masculina.
- b) El parentesco cognado: Los parientes cognados serían todas las personas emparentadas con el *pater familias* y sus descendientes por lazos de sangre que vienen por vía femenina, a través de la esposa.

Las diferencias entre agnados (*agnatio*) y cognados (*cognatio*) es que los primeros gozaban de una serie de privilegios de cara a herencias y sucesiones intestadas, encontrándose en una situación de preferencia frente a los cognados. También existía la distinción en lo referente a la sucesión patrimonial cuando no había testamento. Los agnados eran preferidos para ejercer la tutela de los menores o de las mujeres. Siempre serán preferentes a los parientes de la vía femenina.

- c) El parentesco gentilicio: Son los parientes de la *gens* o el grupo gentilicio. En latín, una *gens* era el conjunto de familias descendientes de un antepasado común. Se trata de un concepto amplio, más que los dos anteriores. En todo caso, ese antepasado solía ser mítico o legendario y su existencia histórica real era dudosa.

En un principio, la *gens* era un concepto aristocrático (en la Roma primitiva) que correspondía a los patricios. El gentilicio servía para distinguirse de aquellos que no lo tenían, era una marca de pedigrí (una forma de ascendencia certificada); aporta un signo de existencia y distinción a la aristocracia. Con el paso del tiempo, el concepto de *gens* o grupo parental amplio pasa de ser algo reservado a la aristocracia a ser algo de uso general.

Con el correr del tiempo la distinción entre el concepto de agnado y cognado tendería a desaparecer en aras de igualar posiciones en las tutelas de los niños y herencias intestadas pero es un lento proceso, llegando a la equiparación total y al fin eliminándose la diferenciación en la época de Justiniano y su recopilación de derechos (siglo VI después de Cristo).

8. Derecho germánico

En el Derecho germánico, se distingue a la familia en sentido amplio, que es la *sippe*, (comunidad de tipo agrario asociado a la defensa de sus intereses, un grupo amplio basado en el parentesco); y, a la familia propiamente dicha, la *haus* (mujer, hijos, esclavos, etc.) que era un grupo restringido⁽²⁶⁾.

La pertenencia se determinará por la autoridad a la que se está sometido y no por los vínculos de sangre. La evolución posterior de la familia sustituye el

(26) SCHWARZENBERG, Claudio: (voz) "Parentela (Storia)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXI, Giuffrè, Milano, 1958-2004, p. 639.

vínculo de autoridad por el de sangre como índice de parentesco y este es el parentesco de cognación.

VIII. CLASES

En doctrina encontramos varios criterios que se tienen en cuenta para extraer la diversidad de parentesco. Revisemos las más trascendentales.

Clases de parentesco		
Según	La base matrimonial	Parentesco civil Parentesco natural
	La intensidad del vínculo	Parentesco por línea Parentesco por grado
	La capacidad de extensión del vínculo	Parentesco abierto Parentesco cerrado
	El contenido del vínculo	Parentesco fuerte Parentesco débil
	La duración del vínculo	Parentesco <i>intra vitam</i> Parentesco <i>ultra mortem</i>
	A partir de las fuentes de parentesco	Parentesco consanguíneo Parentesco legal Parentesco espiritual

9. Según la base matrimonial o extramatrimonial: parentesco civil y parentesco natural

Tradicionalmente la doctrina distinguió un parentesco legítimo o civil que se da cuando la generación que se forma tiene su base en el matrimonio y un parentesco natural, caracterizada por una generación extramatrimonial que obtiene el reconocimiento jurídico⁽²⁷⁾. Nuestra legislación nunca trató este tipo de parentesco, entre el legítimo y el ilegítimo.

10. Según la intensidad del vínculo: parentesco por línea y parentesco por grado

La intensidad del vínculo de parentesco está relacionada con determinados efectos jurídicos.

A su establecimiento se llega mediante un cómputo de líneas y grados. La distinción se realiza entre los parientes en línea recta (personas que descienden unas de otras) y parientes en línea colateral (personas que aun habiendo un tronco común, no descienden una de otra)⁽²⁸⁾.

(27) CICCARELLO, Sebastiano: (voz) "Parentela (Dir. Civ.)". En: Ob. cit., pp. 654 y 655.

(28) *Ibidem*, p. 655.

Los grados son tantos como generaciones en línea recta, excluido el pariente cuyo parentesco se quiere determinar. En cuanto al parentesco colateral, se contará con referencia al número de generaciones en vía ascendente por un lado y descendente por otro, excluida la persona cuyo parentesco se quiere determinar. Cuanto más lejano está el tronco más aumenta el número de grados y, por ende, se debilita el vínculo de parentesco⁽²⁹⁾.

11. Según la capacidad de extensión del vínculo: parentesco abierto y parentesco cerrado

Podemos hablar de un parentesco abierto y de un parentesco cerrado relacionado a la capacidad de extensión de este fenómeno a la de los sujetos entre los cuales existe el vínculo inmediato de sangre. V. gr. en los casos del parentesco matrimonial y el parentesco extramatrimonial: en el primer caso se extiende los efectos jurídicos; en el segundo caso, se da una tendencia de limitar la extensión del parentesco al hijo y al progenitor que lo ha reconocido o de quien ha sido declarada la paternidad⁽³⁰⁾.

12. Según el contenido del vínculo: parentesco fuerte y parentesco débil

Es posible determinar un parentesco fuerte, atributivo de un correspondiente estatus, con una relación jurídica parental de contenido pleno de derechos y obligaciones; y, un parentesco débil, no atributivo del referido estatus parental que genera una relación jurídica que tiene relevancia solo en determinados supuestos de hecho y para efectos jurídicos específicos⁽³¹⁾. V. gr. el parentesco consanguíneo termina siendo un parentesco más fuerte que el parentesco por afinidad (este se presenta como el débil), mientras menos grados separen a los parientes, vale decir, mientras más cercanos sean el parentesco será más fuerte y mientras más lejano sea más débil será.

13. Según la duración del vínculo: parentesco *intra vitam* y parentesco *ultra mortem*

El parentesco *intra vitam* constituye el parentesco hasta la muerte (*usque ad mortem*) y lo encontramos en todas aquellas situaciones jurídicamente relevantes previstas por el ordenamiento jurídico para regular en vía inmediata los vínculos entre parientes, v. gr. el caso de las obligaciones alimentarias⁽³²⁾. El contenido de la relación jurídica parental termina con la muerte de las personas.

Mientras que en el parentesco *ultra mortem* constituye el parentesco más allá de la muerte, por lo que el vínculo parental, trascendiendo la vida de las dos partes,

(29) Ídem.

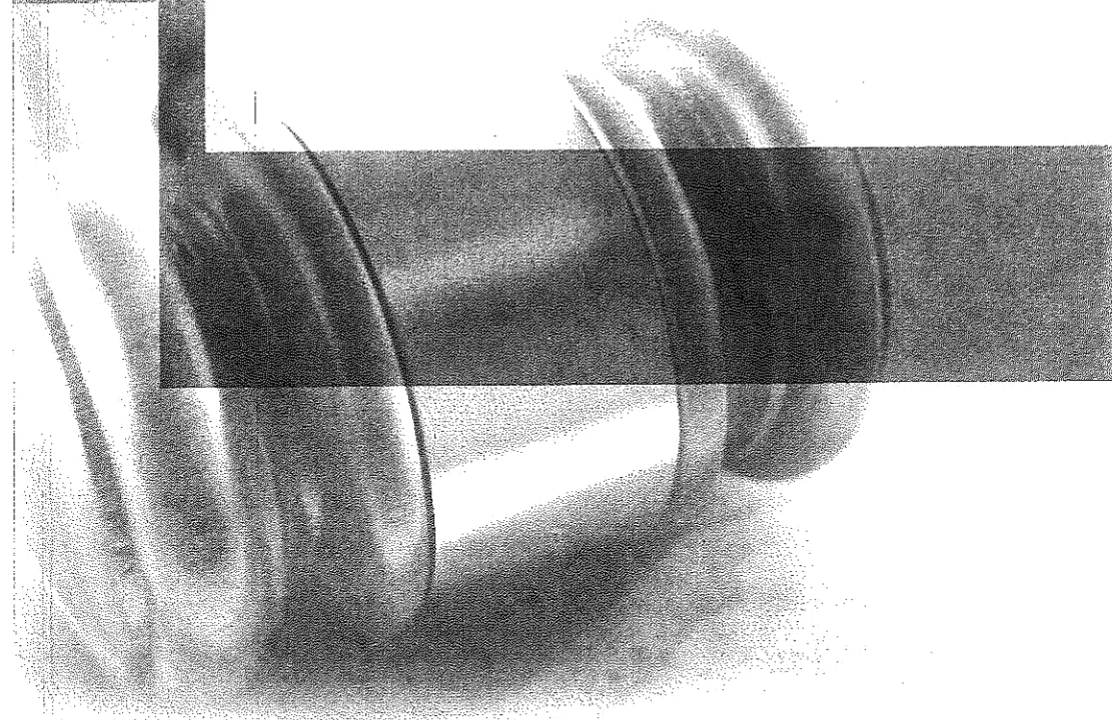
(30) *Ibidem*, p. 656.

(31) *Ibidem*, p. 659.

(32) Ídem.

CLAUDIA CANALES TORRES

PATRIA POTESTAD
Y TENENCIA
NUEVOS CRITERIOS
DE OTORGAMIENTO, PÉRDIDA
O SUSPENSIÓN



DIALOGO
CON LA
JURISPRUDENCIA

CAPÍTULO IV

TIPOS Y SUJETOS DE LA TENENCIA

Podemos clasificar a la tenencia de acuerdo a los siguientes criterios:

I. DE ACUERDO A SU EJERCICIO

De acuerdo a la manera como realizan el ejercicio de la tenencia de sus hijos, se puede clasificar en:

1. Tenencia conjunta

Se da en las situaciones en los cuales con o sin matrimonio, con o sin unión estable, ambos progenitores ejercen conjuntamente la tenencia de los hijos, porque existen convivencia entre dichos progenitores. Se da cuando ambos padres cohabitan con los hijos.

2. Tenencia compartida

La tenencia compartida propiamente dicha 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 de convivencia con los hijos.

Demás está precisar que solo cuando ambos padres tienen la titularidad de la patria potestad pueden ejercer la tenencia de manera conjunta o compartida. Existen varias modalidades de tenencia conjunta o compartida. Cada caso es particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, horario

escolar, carga laboral de los padres, número de hijos, en fin. Pero existe una subclasificación que de algún modo engloba muchas otras⁽¹¹²⁾:

- Guarda conjunta o compartida, ambos padres comparten el cuidado de los hijos en forma permanente.
- Guarda alternativa, los hijos permanecen temporalmente en la casa de cada uno de sus padres
- Sistema de anidación, son los padres los que se trasladan a la casa del hijo.

3. Tenencia exclusiva o separada

En la tenencia exclusiva o separada, solo el padre o la madre ejerce la tenencia de sus hijos con o sin matrimonio. La razón principal de tal supuesto es la separación de hecho de los padres. Así pues, los padres pueden tener ambos, la titularidad de la patria potestad, pero el ejercicio de sus elementos de manera exclusiva o separada. Pero también se da en aquellos supuestos de pérdida, extinción o suspensión de la patria potestad en uno de los progenitores.

II. DE ACUERDO AL TIEMPO

Existen en doctrina diversos tipos de tenencia. Para los fines que competen a los temas bajo análisis, nos quedamos con el criterio simple de clasificación de la tenencia, a partir del tiempo de utilización de la institución. De acuerdo al referido criterio, tenemos: La tenencia definitiva y la tenencia provisional.

1. Tenencia definitiva

La tenencia definitiva es aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o conciliación extrajudicial, que como sabemos, tiene calidad de cosa juzgada. Así, pues, esta tenencia es definitiva en el sentido de que se requeriría nueva resolución judicial o acuerdo conciliatorio que la varíe o modifique. Se determina al final de un proceso judicial

(112) *Ibidem*, p. 380.

o acuerdo conciliatorio. Se plantea esta pretensión, generalmente a través de un proceso principal⁽¹¹³⁾.

2. Tenencia provisional

La tenencia provisional es la facultad del padre que no tiene la custodia, de recurrir al Juez Especializado a fin de solicitar la tenencia provisional. En nuestro medio, la tenencia provisional es considerada en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Se presume que el menor está corriendo un grave riesgo al estar con el otro progenitor, este debe entregarlo inmediatamente con una orden judicial. Esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años⁽¹¹⁴⁾.

El que tiene la custodia de hecho no puede solicitar la tenencia provisional precisamente porque la tiene de hecho, pero puede recurrir inmediatamente a solicitar la tenencia a fin de que se le reconozca el derecho, con las garantías correspondientes. La ley prevé que quien no tiene la custodia, tiene el derecho de solicitar la tenencia provisional para salvar la integridad del menor, entonces el juez deberá ordenar dentro de las 24 horas la entrega del menor⁽¹¹⁵⁾.

Se dice que esta facultad de solicitar la tenencia provisional viola el derecho a la igualdad ante la ley, ya que deberían ser ambos los padres quienes puedan acceder a solicitar una tenencia provisional (el que tiene y el que no tiene la custodia). Ante tal interpretación, los jueces podrían ejercer el control difuso, prefiriendo la norma constitucional⁽¹¹⁶⁾.

La tenencia provisional se plantea usualmente como una medida cautelar, a través de un proceso cautelar. Dependerá de la eficacia de las pruebas del solicitante, para el éxito de esta medida, así como también puede llegar a ser determinante la voluntad del menor de edad⁽¹¹⁷⁾.

El Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 87, respecto de la tenencia provisional, establece que: "Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física,

(113) CANALES TORRES, Claudia. "Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia". En: *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2014, p. 111.

(114) Ídem.

(115) Ídem.

(116) *Ibidem*, p. 112.

(117) Ídem.

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. Esta acción solo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de tenencia provisional como medida cautelar fuera de proceso”.

No se encuentra el fundamento por el cual el artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes protege solo la integridad de los menores de tres años con la tenencia provisional, cuando debería protegerse la integridad de todos los menores. Además, consideramos que debe protegerse al menor no solo dentro de las 24 horas, sino inmediatamente⁽¹¹⁸⁾.

III. SUJETOS DE LA TENENCIA

1. Sujetos activos

Los padres o los abuelos, los cuales se denominan los tenedores.

En el caso de los padres opera de forma individual, se otorga a uno de ellos mientras que en los abuelos opera de forma individual –a uno de ellos– o conjunta –a la pareja de abuelos– prefiriéndose, en mejor medida, a esta última.

2. Sujetos pasivos

Los hijos, los cuales se denominan los tenidos.

(118) Ídem.

ALEX F. PLÁCIDO V.

**MANUAL DE
DERECHOS DE
LOS NIÑOS, NIÑAS
Y ADOLESCENTES**



niño, como sujeto de derecho que vive su problema en un lugar y momento determinados.

Pero, de este pleito en que ha entrado en juego ese interés, se comprueba que no se lo reclama como objeto de una pretensión, sino que se ha discutido sobre cierto derecho en que ese interés está implicado: el derecho a vivir en una familia. Y en ese debate sobre derechos reclamados, se ha decidido de acuerdo con el "interés superior del niño". De ello se tiene que, este último es, además de contenido de aquellos, un parámetro o criterio en la valoración de un derecho, relación jurídica o situación concreta, o en la solución de un conflicto de derechos.

Esta revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permite precisar los criterios acerca de cómo puede abordarse la determinación del "interés superior del niño" *in concreto*:

- a) El "interés superior del niño" exigirá proveer en primer lugar a sus problemas inmediatos y más graves (salud, educación, libertad personal...).
- b) En la concreción de ese interés y con la pretensión de garantizarle sus derechos fundamentales, habrá de conjugarse, por principio e inicialmente, las necesidades presentes con las futuras que quepa razonablemente prever.
- c) Es preciso incentivar la autonomía personal y funcional en la definición de su interés, por ello la alternativa que se elija debe ser aquella que haga efectivo el ejercicio de sus derechos fundamentales.

En este estado, ha llegado el momento de responder qué es el "interés superior del niño": es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles.

Este concepto tiene la bondad de referir directamente el “interés superior del niño” como un criterio general de aplicación sistemáticamente, como unidad de apreciación de la decisión que se deba pronunciar en el respeto y promoción de los derechos de la infancia, conforme al artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De otro lado, en el concepto propuesto se alude a criterios de objetividad para la determinación in concreto del “interés superior del niño”, que resulta coincidente con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha destacado el carácter regulador de la normatividad de los derechos del niño de este principio; el que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁸⁷. De ello, se concluye que el interés superior del niño es aludido como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. Para tal propósito, “es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño”¹⁸⁸. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. De acuerdo con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha opinado que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”¹⁸⁹.

A qué criterios de objetividad nos referimos: a tomar conocimiento de la opinión del niño, a conocer qué trato le brindan las personas de su en-

187 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Nota 56.

188 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002. Nota 59.

189 *Ibidem*, Conclusión 2.



Yelena Meza Torres
COORDINADORA

**CÓDIGO
DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES
COMENTADO**

Actualizada con el D.L. N.º 009 - 2002-MJPP
(Decreto que aprueba el Reglamento del D.L. N.º 1297)

* Análisis doctrinario, práctico y jurisprudencial
* Concordancias

PARA LOS ABOGADOS ESPECIALISTAS EN EL EJERCICIO
DE LA LEY DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES



Artículo 80 **Facultad del juez**

El juez especializado, en cualquier etapa de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuere necesario, con conocimiento del Ministerio Público.

CONCORDANCIA

CC. Arts. 340, 412 y ss., 425, 426; CP Arts. 147, 148; CNR Arts. 8, 71, 74 Inc. II, 81, 83, 102, 104, 109, 110, 137, 140, 180, 182, 252; CDR Arts. 3, 9, 18, 19, 20, 27.

Roxana Sotomayoro Cáceres

Este artículo establece una regla general ante los supuestos de la suspensión o pérdida de la patria potestad de los padres; en este caso, el juez especializado será el de familia o podrá ser el mixto, el cual debe tomar las medidas relacionadas con la protección del niño o adolescente y, por ello, lo pondrá en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad tanto moral, psicológica como física (salud) y de recursos económicos.

Se prefiere a los miembros de la familia y excepcionalmente a persona distinta, en este caso, siempre con conocimiento del Ministerio Público. Somos partidarios de que el niño, niña y adolescente quede con miembros de la familia y, si fuera el caso, con personas idóneas, pero procurando brindar al niño una familia definitiva. De ninguna manera consideramos que sea conveniente facilitar hogares temporales vía acogimiento cuyos resultados hasta ahora no son difundidos por el ente administrativo responsable. Hasta la fecha, la política de trato a los niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección familiar o de riesgo de desprotección está plagada de procedimientos prolongados, engorrosos y contradicciones sobre la intervención del Poder Judicial y del ente administrativo. Sobre todo, del año 2011 en adelante, se hiperreguló el sistema con bajos resultados en términos de efectiva protección a la niñez y adolescencia.

La normativa sugerida por el Poder Ejecutivo como es el Decreto Legislativo N° 1297, que se aplicaría a niños y niñas sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, tiene propuestas contradictorias cuando se trata de favorecer la adopción para dar una familia definitiva a estas personas cuando hay un grave quiebre de la relación con la familia biológica. Como precisa el artículo 4 de la Constitución, subraya los instrumentos internacionales y este decreto legislativo, la familia es un

espacio clave de protección que contribuye a la socialización de las normas y su aprendizaje y, consecuentemente, en las políticas de prevención del delito, para lo cual se puede focalizar a los grupos vulnerables. Pero por ello no se puede reemplazar un cuidado estable y definitivo por una temporal.

La acción de prevención del delito sea secundaria o focalizada está orientada a proteger a aquellos grupos vulnerables o en situación de riesgo social como es el caso de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. Esta es la prioridad. Resulta clarísima la necesidad de intervenir con las niñas, niños y adolescentes y sus familias para prevenir situaciones de violencia en la familia o que propicien la comisión de delitos de niños y adolescentes cuando sean adultos. Pero esto se logra si garantizamos su derecho a que sean felices, al libre desarrollo de su personalidad y bienestar integral. Hay que preguntarnos si en todos los casos el acogimiento familiar ayuda en estos casos.

Aunque el Comité de los Derechos del Niño ha realizado varias recomendaciones al Estado peruano, entre ellas, las referidas al entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado, a fin que la legislación nacional esté en consonancia con las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, es indispensable evaluar y apoyar los esfuerzos para que las niñas, niños y adolescentes permanezcan bajo el cuidado y protección de su familia cuando ella sea positiva, pero sin incurrir en soluciones temporales. Se debe buscar alternativas de solución permanentes en función a su interés superior, con procedimientos que ofrezcan garantías procesales plenas.

Aunque lo precisa el Decreto Legislativo N° 1297, creemos que no se trata solo de un texto lo que está por hacerse. Se debe realmente mejorar la actuación protectora del Estado para las niñas, niños y adolescentes que se encuentran sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, a través de un marco legal que brinde apoyos a la familia a fin de que cumpla su rol protector y no los exponga o vulnere sus derechos, eliminando o disminuyendo así los factores de riesgo que los hagan víctimas de violencia o los conviertan en posibles adolescentes en conflicto con la ley penal y más adelante delincuentes.

Si el Estado, a través del Poder Ejecutivo, pretende "tomar las riendas" del tema, resulta indispensable evaluar los recursos económicos que se asigna y la idoneidad del personal no solo para la protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, como parte fundamental de la política pública de prevención social del delito, sino por ser ellos el futuro del país.

TENENCIA DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

CAPÍTULO II

Artículo 31 Tenencia

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

Artículo 31 Tenencia
C. Art. 2 Inc. 4; CC. Arts. 46, 340, 345, 418, 423 Inc. 5; C.M. Arts. 8, 9, 45 Inc. c), 74 Inc. 5; 82 al 87, 91, 97, 136, 137, 156, 160 Inc. 1), 171, 173, 181; C.M. Arts. 7, 8, 9, 12, 18, 19, 20.

Benjamín Aguilar Llanos

Sin perjuicio de lo manifestado a propósito de la tenencia, como uno de los atributos de los padres en el ejercicio de la patria potestad, se hace necesario analizar los supuestos que trae el presente artículo, el mismo que contempla dos situaciones diferenciadas, esto es, primero se requiere al acuerdo de los padres para el ejercicio de la tenencia, siempre y cuando ello esté en consonancia con el interés superior del menor, y el segundo escenario es cuando no hay acuerdo y entonces allí la norma contempla el arbitrio del juez para resolver la tenencia y las medidas que debe tomar para garantizar el efectivo cumplimiento, siempre dentro del contexto del interés superior del niño y adolescente. Importante resaltar que esta norma fue modificada para incluir dentro de los distintos escenarios que tiene el juez para conceder tenencia, también acudir a la llamada tenencia compartida.

Se ha otorgado criterios al juzgador para resolver casos de tenencia (artículo 84), los mismos que no son obligatorios, entendiéndose que son elementos referenciales, y que en todo caso el norte que debe guiar una decisión es lo que más convenga al niño, niña y adolescente. Así, se señala que el juez tendrá en cuenta la convivencia precedente del menor con el padre o madre, es decir, antes de que surgiera la contienda o litis deberá tomar en cuenta con quien estuvo viviendo el infante; también es referente la edad del menor, así, si tiene menos de tres años se prefiere a la madre, empero ello, reiteramos no es determinante.

El artículo que venimos comentando fue modificado por la Ley N° 29269 para adicionar un párrafo en lo concerniente a autorizar al juez, si lo cree pertinente, otorgar la tenencia compartida, empero la norma no señala criterios, modalidades, ni requisitos para llegar a esta tenencia compartida, y lo que es peor no nos dice en qué consiste la tenencia compartida.

La tenencia compartida es una institución muy arraigada en Estados Unidos de Norteamérica y, en América del Sur, se implementa en Argentina.

Si nos atenemos al significado literal de la tenencia compartida tendríamos que llegar a señalar que esa vivencia, esa relación fáctica entre los padres y sus hijos, ahora tendría que darse cuando los progenitores han suspendido su vida en común, lo cual resulta poco lógico hablar de compartir una convivencia con el menor estando los padres separados, empero, si lo entendemos como la división temporal de la convivencia con el menor por parte de los progenitores, es decir, un tiempo para cada uno, entonces puede ser factible.

Ahora bien, la tenencia compartida no debe limitarse a la convivencia, sino como ya se ha detallado, es un atributo importante de la patria potestad que permite, a aquel que se le ha concedido la tenencia, ejercer los otros atributos de la patria potestad, entendiéndose dirigir el proceso educativo, recibir ayuda del hijo, representar legalmente. Por lo tanto, cuando se habla de una tenencia compartida, ésta debe extenderse a compartir ambos padres, no sólo la convivencia (períodos de convivencia con uno y otro), sino igualmente los otros atributos, por ejemplo, la dirección del proceso educativo, la representación legal, recibir ayuda de ellos, usufructuar los bienes de los hijos (si los hubiera).

Para poder llevar a cabo la tenencia compartida deben crearse las condiciones necesarias en el plano económico, social, cultural, educativo, por ejemplo, si tenemos que compartir espacios de tiempo de convivencia con el menor no puede sostenerse el hecho de que uno de los progenitores esté en mejores condiciones económicas que otro, y en ese supuesto, cuando el menor cumple la convivencia

con el progenitor con mejores recursos económicos, de seguro gozará de muchas comodidades que otro no puede ofrecer y, entonces, el menor se sentirá más satisfecho con aquel progenitor que le brinde mayores posibilidades de desarrollo. Y ello puede ser contraproducente por cuanto al ejercer el otro progenitor su derecho de vivir con el menor, como no le ofrece las comodidades que si se las da el otro, entonces el menor prefiere vivir con éste, desvirtuando la tenencia compartida. Por ello, se debe tener mucho criterio para otorgar tenencia compartida.

En el Perú, en el presente, cuando se solicita tenencia compartida, lo que se viene haciendo es que el juez que conoce la causa, bajo el título de tenencia compartida, lo que otorga es un régimen de visitas amplio, sobre todo en lo que atañe a más días de convivencia con el menor.



REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- AGUILAR LLANOS, Benjamin. *Derecho de la familia*. Ediciones Legales, Lima, 2013.
- AGUILAR LLANOS, Benjamin. *Tratado de Derecho de familia*. Editorial Lexdiuris, Lima, 2016.

Artículo 32 Variación de la Tenencia

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

CONCORDANCIAS | CC: Arts. 340, 341, 418, 419, 421, 422; CPC: Art. 50 inc. b); CNM: Arts. 4, 86, 87, 91, 97, 136, 149, 150, 160 inc. b), 175.

Benjamin Aguilar Llanos

Presupone que uno de los progenitores está ejerciendo la tenencia del menor, por acuerdo conciliatorio, por mandato judicial, el cual puede provenir de un litigio sobre tenencia, o como resultado de un proceso de separación convencional seguido ante el juzgado de familia, en donde el acuerdo de tenencia ha sido consecuencia del consenso de los padres, o también puede derivarse del acuerdo de separación convencional seguido ante un notario, o en la vía municipal, en donde los padres, libremente, acordaron que la tenencia sea ejercido por uno de ellos.

Entonces se parte de la premisa de que existe un titular de la tenencia a quien se quiere desplazar de la misma por razones que explicaremos a continuación. Ello puede igualmente derivarse de una conciliación si los padres han acordado tal extremo, empero los casos más frecuentes ocurren a propósito de los juicios de variación de la tenencia causada.

En el Derecho de Familia es común que las sentencias dictadas o acuerdos tomados en conciliación no se conviertan en cosa juzgada, sino que puedan ser revisadas si es que han variado las condiciones en las que se dictó la resolución.

Dentro de estos temas de familia, los asuntos referidos a alimentos, tenencia, régimen de visitas, entre otros, no son firmes e inalterables, sino todo lo contrario, como ya lo hemos manifestado se pueden variar en tanto que las condiciones o factores que estuvieron presentes cuando se dictó la resolución puede variar y, en esa medida es posible, en lo que atañe a la tenencia, igualmente puede variar, empero ello no ocurre de oficio, sino que tiene que ser demandada y la preterición

de la variación de la tenencia y la razones que se esgrimen para solicitarla tendra que ser probada.

Los argumentos en que descansa el pedido de variación estarán dirigidas a que el niño, niña o adolescente en manos del progenitor que ejerce la tenencia no está cumpliendo su cometido; no olvidemos que el que ejerce tenencia tiene el deber de custodiar al infante, y si el menor se encuentra en precaria situación por el descuido, abandono, material y/o moral, deben tomarse medidas para que pase a poder del otro progenitor y, si este no existiera, un familiar puede solicitarlo, todo ello en aras del interés superior del niño y adolescente.

El deber de custodia lo tiene el progenitor que ejerce la tenencia, y ello implica cuidar, proteger, garantizar el ejercicio de sus derechos (alimentos, educación, salud); ahora bien, si al menor se le observa en condiciones de precariedad en cuanto a su salud, o se ha producido deserción escolar, o el menor se ha alejado de la casa en donde vivía con su progenitor, o termina cometiendo actos de infracción de la ley penal, entonces estamos ante un menor abandonado materialmente o moralmente, y abandonado precisamente por aquel o aquella progenitor/a que tiene el deber de cuidarlo, y al no hacerlo se justifica que el otro progenitor o familiar del infante solicite la variación de la tenencia, que como es de observar no se termina cumpliéndose en cuanto a sus fines, que son cuidado, protección, y garantía del ejercicio de sus derechos.

El proceso a seguir para una variación de tenencia puede ser, a través de la conciliación, si es que la titularidad de la tenencia le fue acordada al progenitor a través de un acuerdo conciliatorio, en ese supuesto, y ante dificultades del ejercicio de tenencia por parte de aquel que venía ejerciéndolo, entonces, se recurre al centro de conciliación para variar la tenencia, y en este caso conceder al otro progenitor. Obsérvese que, en este caso, no se requiere de inconductas por parte del que ejerció la tenencia y, más bien, el cambio se debe a imposibilidades materiales para seguir ejerciendo la tenencia.

El caso más frecuente de variación de tenencia se venía judicialmente, y el competente para conocer estos casos es el juez de familia, y lo hará con las normas que fija el proceso único, tal como lo establece el artículo 164 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes:

Señala la norma que si se ordena la variación entonces ésta debe ser progresiva, aún de evitar traumas en el menor.

Repárese que el menor ha desarrollado un hábitat (entiéndase su vivencia con el progenitor, sus relaciones amistosas, su vida escolar etc), y es en ese entorno que

va a cambiar por ello, la variación de la tenencia deberá ser progresiva hasta que termine adaptándose a su nuevo hogar, salvo que por motivos graves, que pueden derivarse de su estado de salud, su situación irregular por mostrar conductas antisociales, aconsejen que este cambio de tenencia tenga que realizarse sin guardar ese período de adaptación.

Una de las causas que vienen ocurriendo con cierta frecuencia es el no cumplimiento del régimen de visitas establecido a favor de uno de los progenitores y ante el requerimiento de su cumplimiento, quien viene ejerciendo la tenencia hace caso omiso a todos los apertamientos, en esa circunstancia, no cabe otra medida que el de variar la tenencia tal como lo señala el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, y el proceso deberá seguirse ante el juez que determinó la tenencia originaria.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- AGUILAR LLANOS, Benjamín, *Derecho de la Familia*, Ediciones Legales, Lima, 2013.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín, *Tratado de Derecho de Familia*, Editorial LexEditus, Lima, 2016.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

SUMILLA: *Siendo que la tenencia compartida*

presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario para concederla 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 responsabilidades aras de su bienestar. Si dicha colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres.

Lima, ocho de agosto

de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número tres mil setecientos sesenta y siete – dos mil quince, efectuados el debate y la votación correspondientes, emite la siguiente sentencia.-----

MATERIA DEL RECURSO.- Se trata del recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco, contra la sentencia de vista de fojas mil noventa y dos, de fecha treinta de junio de dos mil quince, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirma la sentencia apelada de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, que declara fundada la demanda.-----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, de fecha veinte de octubre del dos mil quince, ha declarado procedente el citado recurso de casación, por las causales de: **I) Infracción normativa material de la Ley número 29269 - Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los**

Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida, alegando que dicha infracción se ha producido porque la sentencia de vista en su considerando décimo desconoce la mencionada ley, refiriendo que el sistema peruano ha adoptado la tenencia de carácter monoparental; y **II) De forma**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

excepcional, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, por la causal de: **Infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú,**

a efectos de evaluar si la Sala Superior ha cumplido con motivar debidamente, y si ha aplicado normas que resultan pertinentes al caso de autos.-----

CONSIDERANDO:-----

PRIMERO.- Previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine* es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. Del examen de autos se tiene que a fojas treinta y ocho, Elvira Erika Cabrera Huayllani interpone demanda de Tenencia y Custodia de su menor hijo, contra Edison Vargas Estrada; siendo sus fundamentos de hecho que con el demandado procrearon a su menor hijo Giancarlo Edison Vargas Cabrera y debido a la conducta del demandado -alcoholismo y problemas económicos- fracasó la convivencia en agosto de dos mil doce. El demandado demostró una conducta irresponsable no cumpliendo con sus obligaciones económicas, motivo por el cual le inició una demanda de Cobro de Alimentos que se tramitó ante el Juzgado de Paz Letrado de Arequipa. Nunca privó al demandado de su derecho a visitar a su menor hijo pese a que la amenazaba con quitárselo. El veintiséis de diciembre de dos mil doce le permitió verlo, haciéndole creer el demandado que estaba arrepentido del daño causado, lo que aprovechó éste para llevarlo a la ciudad del Cusco sin su consentimiento. El demandado se negó a devolverle a su menor hijo, siendo la persona menos indicada para estar

a su cuidado, por ser una persona emocionalmente inestable, además de abusivo y obsesivo, como se tiene de los múltiples mensajes de texto que tiene la accionante como prueba en las demandas de Violencia Familiar, además de ser irresponsable, como queda demostrado en la demanda de Alimentos, así como al padecer de un problema de alcoholismo.-----

SEGUNDO.- A fojas ciento doce, Edison Vargas Estrada contesta la demanda señalando que es empleado, con trabajo estable en el Hospital de ESSALUD

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

de Cusco, laborando en forma ininterrumpida por quince años como personal administrativo de la Red Asistencial, dedicándose a su trabajo y al cuidado exclusivo de su menor hijo debido al abandono económico y moral de la demandante. Con ella se conocieron aproximadamente en setiembre del año dos mil siete en dicho centro laboral, siendo que la demandante no le manifestó que tenía un hijo de otra relación sentimental y que en esa época convivía con el padre de su menor hijo en la ciudad de Arequipa, siendo que sólo cuando la accionante se embarazó, en agosto de dos mil ocho, le puso en conocimiento de ello. La demandante mantiene una serie de problemas con su ex conviviente a razón de las denuncias que se han instado ambos en la ciudad de Arequipa, siendo que mantienen conflictos, peleas, escándalos muy graves en el domicilio donde se encontraba su menor hijo en la ciudad de Arequipa, por lo cual se encuentra en inminente peligro de ver afectada su integridad física, psicológica y moral. Afirma que siempre de forma responsable y madura quiso preservar su relación con la demandante, siendo falso que tenga problemas de alcoholismo. Nunca desamparó económicamente a su menor hijo, y la accionante le ha iniciado un proceso de Alimentos de mala fe, siendo que siempre le giró dinero a través del Banco de la Nación, así como le entregaba dinero en forma personal, llevaba víveres y prendas de vestir para su menor hijo, e incluso para el otro hijo de la demandante. Con el único afán de comunicarse con su hijo hizo instalar un teléfono fijo en el domicilio donde se encontraba viviendo en Arequipa; sin embargo, la demandante en muchas oportunidades cortaba el teléfono y no le comunicaba con su hijo. Para el mejor cuidado de su menor hijo contrató los servicios de una nana ya que la actora salía a su centro laboral a las siete de la mañana y retornaba a altas horas de la noche, estando dicho menor prácticamente abandonado. Luego de hacer varios viajes a la ciudad de Arequipa, los abuelos maternos le reiteraron que lo mejor sería que su menor

hijo esté a su cuidado y que lo llevara a la ciudad del Cusco porque no sólo estaba desatendido, sino que estaba en riesgo su integridad física, psicológica y moral. Su menor hijo no estaba bien cuidado y,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

por el contrario, estaba prácticamente abandonado a l igual que su medio hermano, siendo que el veintidós de diciembre de dos mil doce, visitó una vez más a su hijo en la ciudad de Arequipa, encontrándolo en estado calamitoso, sin aseo personal, con ropa no adecuada, mal de salud; motivo por el cual le reclamó a la demandante, quien le manifestó que ya no podía con el cuidado de sus dos hijos y que era mejor que lleve a su menor hijo al Cusco. Sorprendentemente la accionante había asentado una denuncia en la ciudad de Arequipa y, posteriormente, en la ciudad del Cusco, enterándose recién que había sido demandado en el mes de noviembre de dos mil doce por Cobro de Alimentos. Viendo el abandono moral y económico de su hijo, al que fue sometido por su progenitora, así como por el grave peligro que corre su integridad física, psicológica y moral, debido a los problemas que mantiene aquélla con el progenitor de su hijo mayor, es el demandado la persona indicada para brindar custodia y tenencia en su menor hijo, ya que le brinda mejores atenciones y está en mejor situación de desarrollo, en un clima de tranquilidad y armonía, en compañía de sus familiares, donde percibe armonía y paz, considerando, además, que no puede abandonar su formación educativa ya que se encuentra matriculado en la Institución Educativa Nuestra Señora del Rosario.-----

TERCERO.- El *A quo*, mediante sentencia de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, declara fundada la demanda. Como fundamentos de su decisión sostiene que del acervo probatorio se tiene que el menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera, entonces de tres años de edad, se encontraba en poder de la demandante; sin embargo, el demandado lo apartó de su cuidado. Asimismo, indica que se ha determinado que la composición de

la familia de la demandante alcanza sólo a la actora y a su hijo mayor David Alejandro Portocarrero Cabrera, de nueve años de edad, y si bien aquella habría padecido de violencia familiar, por parte de Armando Portocarrero Osorio -progenitor de su hijo mayor-, ello se produjo antes del nacimiento del segundo hijo de la demandante (veinticinco de abril de dos mil

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

nueve); no habiéndose demostrado que los hechos de violencia familiar suscitados en esa fecha hayan continuado, por lo tanto, no existe posibilidad alguna de riesgo contra la integridad física del menor. Por el contrario, se infiere del acervo probatorio consistente en informes psicológicos y sociales, que el ambiente donde actualmente se encuentra viviendo el menor no es el adecuado para el desarrollo de su personalidad conforme han arrojado los informes psicológicos, ya que el demandado es inestable emocionalmente, es violento, vulgar y sarcástico, lo cual concuerda también con la evaluación del menor, ya que no puede hablar de su progenitora delante del demandado y tampoco puede afirmarse en el núcleo familiar donde se encuentra, no puede contrariar a su progenitor, lo que significa que el demandado ejerce control sobre las respuestas y formación del menor, lo que hace que sea inestable emocionalmente, advirtiéndose indicios de una alienación del menor en contra de la demandante, por lo que las óptimas condiciones económicas que el progenitor le brinda no resultan suficientes ante la inestabilidad emocional en el ambiente en que se encuentra. A su turno, en lo que concierne a la accionante Elvira Erika Cabrera Huayllani, el *A quo* indica que se ha establecido que no presenta sintomatología psicopatológica que le impida una adecuada percepción y evaluación de la realidad, siendo que si bien tiene personalidad con rasgos inestables, tiene capacidad de percibir y evaluar la realidad; asimismo, presenta una reacción ansiosa mixta depresiva que está asociada a la situación de su menor hijo y al proceso judicial de Tenencia. En el informe social se tiene que ésta, reúne las condiciones necesarias para poder asumir la responsabilidad y crianza del menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera. De todo ello, infiere que quien se encuentra en mejores condiciones para la crianza y cuidado del menor es la demandante, puesto que existe mayor estabilidad sobre todo emocional en ella, tanto más, que la norma es clara al señalar que

en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo debe permanecer con el progenitor con el que vivió mayor tiempo. Finalmente, a fojas quince, obra la Resolución número uno, de fecha cinco de noviembre de dos mil cinco, sobre

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

un proceso de Alimentos, seguido por la demandante contra el recurrente, sin embargo no se acredita que el demandado se encuentre al día en sus pensiones alimenticias, por lo que no procede fijar un régimen de visitas para el recurrente.-----

CUARTO.- Una vez apelada la mencionada sentencia, la Sala Superior, mediante sentencia de vista de fojas ochocientos cuarenta y cinco, de fecha treinta de junio de dos mil quince, la confirma. Como fundamentos expone que 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. 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 menor, lo que es corroborado con los resultados de las diferentes pericias psicológicas y los informes sociales antes descritos, situación que se torna mucho más grave, en tanto el *A quo* concedió la tenencia provisional a favor de la demandante, conforme se desprende de la Resolución número 41 recaída en el incidente con número de Expediente 183-2013-42-1001-JM-FC-01 (que obra a fojas cuatrocientos ochenta y cinco de dicho cuaderno); y requirió en varias ocasiones que el demandado cumpla con la entrega del menor a su madre, sin embargo, el recurrente demostró una conducta reticente a cumplir con dichos mandatos, habiendo incluso sido pasible de detención por veinticuatro horas (Resolución número cincuenta y tres, que obra en el cuaderno número 183-2013-42-10 01-JM-FC-01, a fojas seiscientos ochenta y uno). Asimismo, no puede pasar desapercibida la conducta del demandado, quien al ser entrevistado en la visita social (fojas setecientos veintiuno), rehusó 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 sus mandatos el *A quo* incluso llevó a cabo una diligencia de allanamiento del domicilio del demandado (Acta de fojas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

ochocientos cincuenta y siete, en el Expediente número 183-2013-42-1001-JM-FC-01), sin embargo no logró hallar al menor. Se concluye entonces que quien propicia el alejamiento del mismo de su madre es el demandado; es decir, asume una 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 menor por afectar su estabilidad emocional, conforme se advierte de las evaluaciones psicológicas practicadas al mismo. En las diferentes entrevistas realizadas al menor, éste ha indicado que desea vivir con su padre, sin embargo, en los informes psicológicos se ha diagnosticado que el menor se halla necesitado de afecto, y que se desenvuelve en un ambiente que le impide actuar con libertad, pues existe dependencia hacia su padre para la satisfacción de sus necesidades; mostrando ambivalencia y confusión con respecto a sus sentimientos hacia sus padres, no evidenciándose vinculación afectiva con ninguno de ellos; todo ello aunado al hecho que se le impide mantener contacto con su madre, definitivamente esta situación vulnera su estabilidad emocional y la satisfacción real de sus necesidades afectivas. Consecuentemente, es posible colegir que lo manifestado por el menor de continuar viviendo con su padre, no obedece a su verdadero deseo, en tanto conforme se advierte del Informe Social de folios setecientos veintiuno, los presuntos malos tratos sufridos por parte de su madre, que son sustento para rechazar vivir con esta última, son afirmaciones producto de la influencia del padre hacia su menor hijo, lo que concuerda con el informe psicológico correspondiente al menor, que obra a fojas quinientos trece. Entonces, si bien el menor no tiene animadversión hacia su padre, pero de otorgarse la tenencia a favor de éste, no sería beneficiosa para el menor, en tanto conforme los considerandos expuestos, el demandado atenta contra su equilibrio emocional al privarlo de la presencia y atención de su madre, no

resultando suficiente que se brinde al menor sólo comodidades materiales, ni se vele solamente por su salud física. Siendo la edad del menor del cual se solicita la tenencia, seis años, devendría en idóneo se otorgue la tenencia a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

favor de su madre, en tanto, no se probó que lo tuviera desatendido, o haya ejercido actos de violencia familiar en su agravio, como alega el demandado, debiendo tenerse en cuenta además que el menor vivió con ella desde su nacimiento hasta el veintiséis de diciembre de dos mil doce. Asimismo de las diferentes evaluaciones psicológicas practicadas a la demandante no se advierte alteración mental alguna, ni aspectos que conlleven a considerar inadecuado que el menor esté bajo su cuidado, como ocurre con el demandado quien además de impedir que su madre visite al menor, ejerce influencia negativa en su contra, al instruirle que hable mal de ella. Por lo expuesto, si bien ambos padres biológicos detentan la patria potestad, la tenencia se le debe otorgar a la madre biológica, debiendo confirmarse la resolución materia de apelación, lo que no debe significar que no se establezca un régimen de visitas, que permita al menor, seguir vinculado a quien siempre será su padre y que también le permita estrechar lazos con él; no siendo razonable se impida al demandado visitar a su menor hijo, sustentándose que incumplió con sus obligaciones alimentarias, sin que ello haya sido acreditado fehacientemente; asimismo, en salvaguarda del interés del menor, procurando se logre que la relación de padre e hijo se fortalezca y estabilice, deviene en irrazonable que se admita el deterioro del vínculo paterno filial por el incumplimiento de las prestaciones alimentarias.-----

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 número 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 imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

última ratio"¹, 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.-----

SEXTO.- De la Resolución de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, se tiene que se ha admitido de forma excepcional el presente recurso casatorio por la infracción normativa procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, a fin de determinar si se había cumplido con motivar debidamente la recurrida, aplicando al caso concreto todas las normas correspondientes. Sin embargo, estando a la relevancia de la materia objeto de pronunciamiento y a las consideraciones expuestas en el considerando anterior, de existir una norma jurídica no aplicada por la Sala Superior para resolver el presente caso, este Supremo Tribunal deberá pronunciarse considerando la naturaleza de la norma infraccionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil.-----

SÉTIMO.- En cuanto a la Tenencia del menor, como expresión de la patria potestad, por la modificatoria introducida por la Ley número 29269, del dieciséis de octubre de 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 ellos, y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, siendo que de no 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.-----

¹ Sentencia de Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento 11.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

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, am bos 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 ”*². 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 así, 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 de forma compartida, como estaba dispuesto en mérito a 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* sí 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

² VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique; Tratado de Derecho de Familia, Tomo III.; Gaceta Jurídica, Lima; 2012; p. 375.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

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 para concederla 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 negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría 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 de 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 los Niños y Adolescentes en que se ha incurrido al expedir la recurrida, si bien afecta su motivación, no es casable por ajustarse su parte resolutive 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 Adolescentes, se tiene que a partir de la modificatoria introducida por la Ley número 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 señalars un régimen de visitas,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

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 juzgador no seguir los criterios 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 instancias 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 resolutive 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 períodos de alternancia, aprovechando para su inicio el siguiente período de vacaciones escolares del año dos mil diecisiete, a fin de no interrumpir los estudios escolares del menor. Asimismo,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

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 el carácter excepcional de la casación concedida, como por el interés superior del menor.--

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 de 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 **REFORMANDO** 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 transtorno a dicho menor y se lleve a cabo observando las consideraciones expuestas en esta resolución. Asimismo, **INTEGRARON** la recurrida, disponiendo que los Equipos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015

CUSCO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Multidisciplinarios de las Cortes Superiores de Justicia de Arequipa y Cusco, a través del Juzgado competente de dichas ciudades, sometán 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 su estabilidad psicológica y emocional, 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 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.-

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

YAYA ZUMAETA



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
METODO DE CASO JURÍDICO

“TENENCIA Y CUSTODIA DE UN MENOR.
CASACION N° 3767-2015-CUSCO”

AUTORAS : ESCALANTE RENGIFO, MARITZA
RAMIREZ VASQUEZ, KELLY MARJHORY

Tenencia Compartida

San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú
2019

RESUMEN

El presente análisis jurídico, se refiere a un importante caso resuelto por los integrantes de LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: mediante la Casación N.º 3767-2015-CUSCO, TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR. Donde el **objetivo** es realizar un ponderado análisis, sobre el tema, de la **infracción normativa material de la Ley N.º 29269, Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida**, alegando que dicha infracción se ha producido porque la sentencia de vista en su considerando décimo, desconoce la mencionada ley, refiriendo que el sistema peruano ha adoptado la tenencia de carácter monoparental.

El **material y el método** que se empleó fueron las fichas de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en el expediente jurídico casación N° 3767 Cusco a través del método descriptivo explicativo cuyo diseño ex post factor.

Entre el **Resultado**, el colegiado ha establecido que la privación deliberada del menor a mantener contacto con el otro progenitor supone la existencia de indicios de alienación parental, no puede concederse una tenencia compartida a favor de ambos padres, si la colaboración y coordinación no es posible debido a los indicios de alienación parental, la conducta negativa o conformacional de uno ellos pondrían en mayor riesgo la integridad emocional y física del niño, niña y adolescente.

En **conclusión**, el presente análisis concluye a través de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema al resolver la Casación N° 3767-2015- Cusco, donde la señora Elvira Erika Cabrera Huayllani interpone demanda de tenencia y custodia de su menor hijo contra Édison Vargas Estrada los jueces supremos declararon fundado en parte el recurso solo para establecer que la entrega del niño, a la madre en favor en caso de tenencia monoparental, debe ser progresiva con ayuda del equipo multidisciplinario a fin de no le producir ningún daño o trastorno al menor.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo jurídico es referente al análisis de la **Casación N° 3767-2015-CUSCO**, el mismo que trata sobre la tenencia y custodia de menor, que analiza la infracción normativa material de la Ley N° 29269, Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida.

El presente recurso Casatorio se declaró procedente por las causales de: I) Infracción normativa material de la Ley N° 29269 - Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la **tenencia compartida**, alegando que dicha infracción se ha producido porque la sentencia de vista en su considerando décimo desconoce la mencionada ley, refiriendo que el sistema peruano había adoptado la tenencia de carácter monoparental; y II) De forma excepcional, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, por la causal de: Infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, a efectos de evaluar si la Sala Superior ha cumplido con motivar debidamente, y si ha aplicado normas que resultan pertinentes al caso.

MARCO TEÓRICO

VEGA UGARTE, Wifalavel (2017), en su investigación titulada "La protección a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el delito de sustracción de menor de edad.

- Se vulnera el derecho al desarrollo armónico e integral del niño, por la falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura. Desde la intervención de la policía nacional, el representante del ministerio público y el juez, debe procurar la protección de la integridad física y psicológica del niño, niña o adolescente que ha sido sujeto de sustracción, este desarrollo armónico e integral, justamente se quiebra, por la prioridad equivocada de algunos padres de sus intereses por los intereses del niño.

LÓPEZ REVILLA, Vanessa Paulina (2016), en su investigación titulada "Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de Familia de Lima

- El Principio del Interés Superior del Niño resulta un factor y principio muy importante, en la medida de que en el ámbito de su aplicación, considera al niño como sujeto de derechos, garantizando su futuro desarrollo integral, en razón a que sea participe de procesos familiares de responsabilidad compartida, permitiendo una integración con sus padres, quienes son los responsables a tenor de dicho principio, de garantizar su colaboración en actos que puedan afectar a sus hijos.

CHONG ESPINOZA, Suan Coralí (2015), en su investigación titulada "Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur, 2013"

- La Tenencia Compartida se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral teniendo como base acuerdos conciliatorios en los niños y/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.

DEFINICIONES CONCEPTUALES



Definición de familia

La familia "está conformada por dos o más personas unidas por el afecto, el matrimonio o la filiación, quienes conviven, aportan sus recursos económicos en común y consumen conjuntamente una serie de bienes en su vida cotidiana"; a la vez, la familia "es entendida como el primer espacio donde se desarrollan las personas, por lo que merece protección por parte de los Estados, los cuales deben reconocer y aceptar las diversas formas de organización de las familias"



La familia en la Constitución Política del Perú:

- El artículo 4° de la Constitución Política de 1993, establece que, "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por ley".



PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior de las niñas, niños y adolescentes se basa fundamentalmente en el bienestar integral de estos sujetos de derecho, garantizando su desarrollo, físico, psicológico y social, respetando ante todo sus derechos y libertades; además se deben considerar, al principio de no discriminación, de supervivencia y desarrollo, así como de respeto de la opinión del niño para determinar y aplicar el principio del interés superior.

Este principio busca el bienestar de todos los menores de edad, pudiendo prevalecer este sobre cualquier otra circunstancia, considerándose para ello lo que más le convenga en el caso concreto, además de sus necesidades físicas, emocionales y educativas; a fin de lograr establecer el mejor porvenir para estos sujetos de derecho en desarrollo; lo que a la vez significa poder vivir dignamente en donde se va garantizar y respetar las necesidades básicas de los menores de edad, tales como las afectivas, las psico-biológicas, las cognitivas, las emocionales y las sociales.

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, señala un concepto triple del principio del interés superior del niño, pues se le considera un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento



El Interés Superior del Niño en la legislación nacional

- En el Perú, la (Ley N° 30466, 2016) – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, establece en su artículo 3 los parámetros de aplicación del interés superior del niño, en el cual señala que, "para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño

Se toman en cuentas los siguientes parámetros:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo".



LA TENENCIA Y LA TENENCIA COMPARTIDA

La Tenencia

"En el Derecho de Familia, la tenencia es sinónimo de estar juntos, tener al hijo a su lado, es la convivencia de manera inmediata de padre y/o madre con sus hijos, es aquella facultad establecida cuando existe una separación de cuerpos o divorcio que permite a uno o ambos padres quedarse al cuidado inmediato de los hijos".

Sujetos de la tenencia

Sujetos activos: Los padres o los abuelos, los cuales se denominan los tenedores.

Sujetos pasivos: Los hijos, los cuales se denominan los tenidos.

Regulación de la tenencia

- La institución jurídica de la tenencia estaba regulada en el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, en el artículo 81° de la siguiente manera: "Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente."

Tipos de tenencia, según su forma de ejercicio:

Tenencia definitiva

Tenencia provisoria

Tenencia de hecho

Tipos de tenencia, según la titularidad de su ejercicio

La tenencia monoparental

La tenencia compartida

Tenencia compartida

También es denominada con el término de coparentalidad, busca el reconocimiento de la responsabilidad de ambos padres con sus hijos, ejerciéndola de igual manera a pesar de la separación de hecho o disolución del vínculo matrimonial

La tenencia compartida tiende a otorgar la labor cotidiana a ambos padres en distintos periodos de tiempo, asumiendo, no solo las funciones propias de la patria potestad desde la lejanía, sino también dando primacía al acercamiento por igual a ambos.

Características de la tenencia compartida

Las principales características, son:



Es una institución de Derecho de Familia.

Busca preservar la integridad de la familia, al permitir que los hijos mantengan la convivencia con ambos padres.

Se origina por la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, cuando los padres no conviven.

Consolida la relación paterno-filial, en el sentido de que la patria potestad no se pierde por la separación de los padres.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

PROBLEMA GENERAL

- ¿La Casación N° 3767-2017-CUSCO, aplica correctamente la norma y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en el procedimiento de tenencia y custodia de un menor?

PROBLEMAS ESPECÍFICO

- ¿Cuáles son los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de un menor en los Juzgados de Familia?.
- ¿Cuál es la importancia del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en los procedimientos de tenencia?

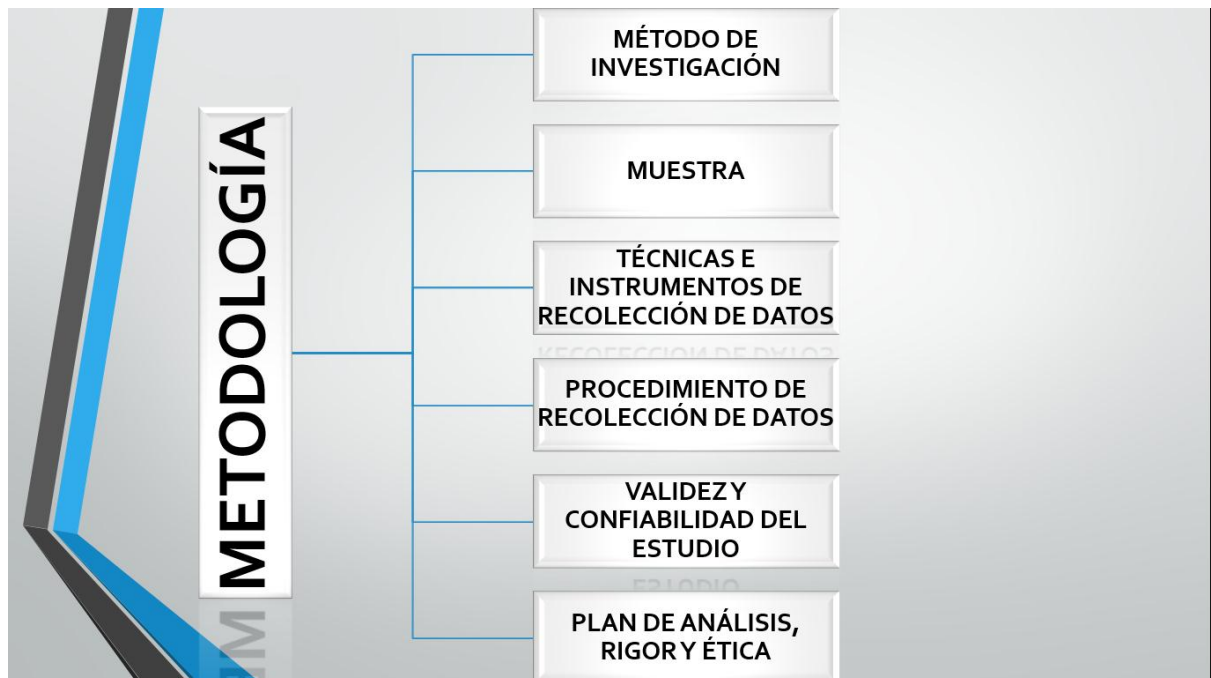
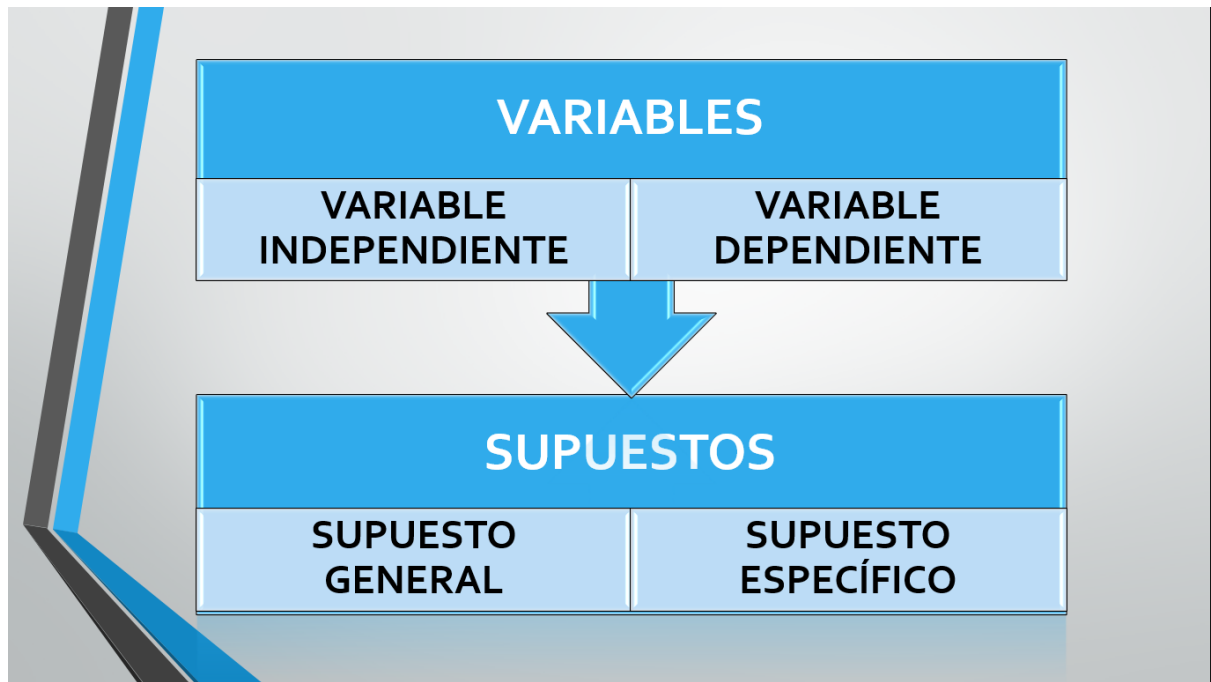
OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Determinar si la Casación N° 3767-2017-CUSCO, aplica correctamente la norma y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en el procedimiento de tenencia y custodia de un menor.

OBJETIVO ESPECÍFICO

- Determinar los elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de un menor en los Juzgados de Familia.
- Analizar la importancia del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en los procedimientos de tenencia.



RESULTADOS



En cuanto a la Tenencia del menor, como expresión de la patria potestad, por la modificatoria introducida por la Ley número 29269, del dieciséis de octubre de 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 ellos, y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, siendo que de no 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.



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.

DISCUSIÓN



En cuanto a la infracción normativa del artículo 84, del Código de los Niños y Adolescentes, se tiene que a partir de la modificatoria introducida por la Ley número 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.



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 instancias 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, 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 resolutoria 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.

CONCLUSIONES

La tenencia compartida, se refleja como el tipo de tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, es el referente que modula la función paterna en un clima y equilibrio interaccional dinámico, anclada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, que en su estilo cooperativo reforma y potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socio afectivos y como alianza coparental constituye el espacio vincular que opera como soporte mutuo en la trama emocional con los hijos, por ello se concluye que la Casación N° 3767-2017-CUSCO, aplica correctamente la norma pertinente y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente en el procedimiento de tenencia y custodia.

Para resolver un caso de tenencia de un menor se debe tomar en cuenta la edad, el tiempo que el menor ha pasado más tiempo con uno de los padres y establecer un régimen de visitas a favor del padre que no va ejercer la tenencia, procurando siempre asegurar el derecho del menor a las mejores condiciones para su sano desarrollo.

Respecto al principio del interés superior del niño, es una noción que tiene dos funciones principales: el de controlar y el de encontrar una solución; se puede indicar que el cumplimiento y resguardo del principio, no solo depende de los integrantes de la familia, sino también de la sociedad, el Estado y todas las entidades que lo integran, dado que el interés superior es un principio, un derecho y una norma de procedimiento que todos debemos garantizar, que busca el bienestar físico, mental y social del niño, niña y adolescentes, a fin de lograr que estos sujetos de derecho puedan desarrollarse integralmente, por lo que se deben considerar sus deseos, sentimientos y necesidades físicas, emocionales y educativas, en cada caso concreto, como sí ha sido aplicado al resolver el caso materia del presente trabajo.

RECOMENDACIONES

Capacitar al personal jurisdiccional que trabaja en los juzgados de familia a fin de que se interrelacione con la problemática en su estricto sentido y puedan aportar su experiencia para contribuir a la solución de un problema humano, como es la tenencia de un menor.

Capacitar a los abogados a través de eventos académicos a fin de que tomen conciencia que el problema de la tenencia de un menor no solo es un problema jurídico, sino que beneficia o afecta al desarrollo de la personalidad del menor.

