



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
MÉTODO DE CASO JURÍDICO

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

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

AUTOR: AUGUSTO HUAYUNGA PACAYA

San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú
2018

PAGINA DE APROBACIÓN

trabajo de suficiencia profesional (método del caso jurídico),
sustentado en acto público el día 24 de setiembre del 2018 en la
facultad de derecho de la universidad científica del Perú,
identificado con el jurado calificador y dictaminador lo siguiente:
conclusión la sustentación es aprobada por unanimidad.



DR. ROGER ALBERTO CARRERA PAREDES
PRESIDENTE DE JURADO



MGR TIAMER LOPEZ MACEDO
MIEMBRO DE JURADO



ABOG. MIGUEL ANGEL VILLA VEGA
MIEMBRO DE JURADO



MGR CESAR AGUSTO MILLONES ANGELES
ASESOR

DEDICATORIA

Dedico este trabajo

A mi madre, Ana Pacaya Ojaicuro que con manos duras y caricias tiernas me enseñó a conquistar el camino de la vida.

A mi querida esposa, Edith Mianel Flores Saavedra, quien decidió compartir su vida, tiempo, razón, fortaleza y amor.

A mi hijo Yeshua Salvador Huayunga Flores, mi ángel de dios, mi pedacito de cielo, mi eterna vida, mi razón de ser.

A mi adorada hermana, Carmen Huayunga Pacaya a mi sobrino Cristian agosto, que con sus tiernas miradas fomentan el soporte para seguir adelante y cumplir mis propósitos

A Manuela Saavedra Saldaña mi suegra, a Arleni Flores Saavedra mi cuñada, a carleth Adriano mi sobrino, por brindarme el apoyo incondicional y alentar mi andar y compartir mis logros y triunfos.

.

El Autor

AGRADECIMIENTO

Expreso mi eterna gratitud a dios todo poderoso, a los hombres y mujeres que legaron su conocimiento en leyes, que nos permite entender la importancia del derecho. como medio axiológico para nuestra sociedad, a la Universidad Científica del Perú, por la oportunidad de permitir ampliar y profundizar mis conocimientos profesionales y alcanzar este anhelado sueño. El agradecimiento fraterno al. Abogado Cesar Augusto Millones Ángeles, Mgr. Por su asesoría brindada.

El Autor



Universidad Científica del Perú - ucp

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

FACULTAD
DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 148 del 24 de 09 de 2018 la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS 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. Flaminio Lopez Macedo | Miembro |
| • Abog. Miguel Angel Villa Vega | Miembro |

En la ciudad de Iquitos, siendo las 10:00 horas del día 26 de Setiembre del 2018 en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar la sustentación y defensa de Trabajo de Suficiencia Profesional - Análisis de Método del Caso: "Tenencia y Custodia de Menor", Casación N° 3767-2015-Cusco
Presentado por el sustentante:

AUGUSTO HUAYUNGA PACAYA

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

Tras de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas las que fueron:

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

La Sustentación es:

.....

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


Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes
Presidente


Mgr. Flaminio Lopez Macedo
Miembro


Abog. Miguel Angel Villa Vega
Miembro

COPIA FIRMADA

COPIA DEL Jurado
COPIA DEL Jurado
COPIA DEL Jurado
COPIA DEL Jurado

15 - 20
10 - 10
11 - 5
26 - 5

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.

Resultado del colegiado se 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, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema al resolver la Casación N° 3767-2015- Cusco, 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

patria potestad. Tenencia y custodia de menor, interés superior del niño, Alienación

	PAG.
Dedicatoria.....	I
Agradecimiento.....	II
Resumen.....	III
ÍNDICE.....	IV
<u>Capítulo I</u>	
1. Introducción.....	1-2
<u>Capítulo II</u>	
2. Marco teórico.....	3
2.1 Marco referencial.....	3
2.1,1 Antecedentes de estudio.....	3
2.1.2 Importancia de las jurisprudencias.....	3-9
2,2, Evolución normativa.....	10-13
2,3 marco legal sobre la tenencia compartida en el Perú	14-15
2.4 dogmática jurídica.....	16-25
2.5 Bases teóricas.....	26
2.5.1 Instituciones familiares en la legislación peruana.....	26
2.5.2 Patria potestad.....	26
2.5.3 tenencia del menor.....	27
2.5.4 Tenencia monoparental.....	27
2.6 Factores de riesgo de la monoparentabilidad.....	28
2.7 Tenencia monoparental y sus efectos en el desarrollo del menor.....	28
2.8 Tenencia compartida.....	29
2.9 Tenencia compartida y sus efectos en el desarrollo y bienestar del menor.....	30

2.10	Interés superior del niño y el adolescente.....	31
2.11	Alienación.....	31
2.12	Objetivos.....	32
2.12.1	Identificación de los objetivos.....	32
2.12.2	Objetivo General.....	32
2.12.3	Objetivos específicos.....	32

VI

2.13.	variables.....	32
2.13.1	identificación de las variables.....	32
2.13.2	variable independiente.....	32
2.13.3	variable dependiente.....	32
2.13.4	Supuestos.....	32

Capítulo III

3.1.	Metodología.....	33
3.2	Muestra.....	33
3.3	Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	33
3.4	Procedimiento de recolección de datos.....	34
3.5	Validez y confiabilidad del estudio.....	35
3.6	Plan de análisis, rigor y ética.....	35

capítulo iv

4.	Resultados.....	36-40
----	-----------------	-------

capítulo V

5.	Discusión.....	41-44
----	----------------	-------

capítulo VI

6. Conclusiones.....	45
----------------------	----

capítulo VII

7.

Recomendaciones.....	46
----------------------	----

capítulo VIII

8.Referencias bibliográficas.....	47
-----------------------------------	----

capítulo IX

Anexos

- Matriz lógica
- Casación 3767-2015 cusco
- Diapositiva de sustentación

VII

CAPÍTULO I

1. INTRODUCCIÓN

El presente análisis jurídico concerniente al trabajo es con referencia a la **CASACIÓN No 3767 -2015- cusco**, está referido al tema **TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR, AHORA BIEN, LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO, RESUELVE**; 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,

la **Sala Superior**, mediante sentencia la confirma. Como fundamentos: 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 ,de la defensa, interpone RECURSO DE CASACIÓN contra la misma, LA SALA CIVIL

TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, RESUELVE: declarar FUNDADO EN PARTE el recurso de casación interpuesto por Edison Vargas estrada, CASARON PARCIALMENTE la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, y la ANULARON sólo en ese extremo; REVOCARON PARCIALMENTE la sentencia apelada reformando dicho extremo, dispusieron que la variación de la tenencia ordenada se efectúe en forma progresiva, 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 las partes

El **planteamiento del problema**, determinar la Infracción normativa material de la **Ley N.º 29269**,¹ 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, De forma excepcional, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N.º 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.

existe una serie de **Antecedentes**, referente a este tema, 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

¹ **PROMULGADO** por **ALAN GARCIA PEREZ**, presidente constitucional de la República En Lima, a los cuatro días del mes de octubre de dos mil ocho, **JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN** presidente del Congreso de la República, **ALVARO GUTIÉRREZ CUEVA** Segundo Vicepresidente del Congreso de la República, **YEHUDE SIMON MUNARO** presidente del Consejo de Ministros

se evidencia **la importancia** que conforme a la normatividad vigente se recomienda al juez que, al momento de resolver estos casos, utilice de manera adecuado los artículos materia de análisis

por estas **razones** se deja establecida como doctrina jurisprudencial vinculante motivan el estudio, 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.º 29269,

Por lo que, el **objetivo general** es realizar un análisis de la Casación N° **CASACIÓN No 3767 -2015- cusco, TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**, mientras que el **objetivo específico** Analizar los alcances de los tipos Tenencia de menores. importancia del Principio del Interés Superior del Niño. factores empleados para optar por un tipo de Tenencia.

02

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2. MARCO REFERENCIAL

2.1 Antecedentes de Estudio

2.1.1| La importancia de las jurisprudencias, sentencias casatorias, acuerdos plenarios y evolución normativa– Doctrina jurisprudencial vinculante.

- **Expediente: 01794-2010-0-1001-JR-FC-01, Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Cusco.**

existen elementos que no se han considerado al momento de resolver, pues si bien los magistrados sostienen que su decisión se basa en la tutela del interés superior de los niños involucrados en el proceso judicial en este caso una niña y un adolescente-

también lo es que no se consideró cuál es la característica principal que requiere poseer una familia para viabilizar la institución de “tenencia compartida”, como sería la comunicación y buena relación que debe existir entre los progenitores.

Al respecto debemos señalar que la tenencia compartida solo es viable si existe un consenso entre los progenitores, pues de ser impuesta y de no existir una relación paterna-materna filial homogénea, esta no podrá ejecutarse debidamente ni lograr su finalidad.

cabe acotar que la tenencia compartida solo puede nacer de una conciliación entre padres responsables, estables y que busquen tanto la tranquilidad como la felicidad de sus hijos, por lo que en el proceso debe acreditarse que la relación existente entre los progenitores no debe ser de conflicto y menos de rivalidad. Se observa en el caso materia de análisis que existe un conflicto de intereses entre dos personas que no se encuentran en una relación saludable, siendo un agravante que se les otorga la tenencia por periodos sin considerar que no tenían un adecuado equilibrio emocional ni una salud psíquica idónea para ejercer del cuidado de sus hijos.

Asimismo, observamos que la tenencia compartida que se otorga es más una tenencia con periodos de visita por parte de la progenitora en época de clases y en vacaciones y viceversa respecto del progenitor, pero no cumple con los elementos propios de una tenencia; es así que los magistrados no analizan la viabilidad de la tenencia concedida, los periodos, los tiempos mínimos de convivencia ni la calidad de

03

vida que los niños involucrados deberán de poseer.

Finalmente, debemos destacar que no se ha analizado el tema de **la alienación parental** que al parecer –y de conformidad con la opinión de los niños– existe, ni se ha considerado que el interés superior de los niños no solo es determinar con quien vivirán, sino que implica una tutela efectiva de sus intereses, su formación, protección, cuidado, dirección en su vida futura, Magistrada exponente Patricia Beltrán Pacheco²

EXPEDIENTE: 00725-2008-0-2601-JR-FC-01. la sala civil de la Corte Superior de Justicia de Tumbes,

Resuelve: confirmar la sentencia (resolución número veintitrés) que resuelve declarar **Infundada** la demanda de fojas ocho a once interpuesta por alfredo adalberth luyo

²**PATRICIA BELTRÁN PACHECO** Magistrada Superior titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Abogada por la PUCP, con estudios de Maestría y Doctorado, Docente universitaria de pre y post grado. Investigadora en asuntos de Derecho de Familia. Autora de artículos jurídicos e integrante de comisiones de trabajo.

levano en contra de jazmín juvicsa Martínez Chávez sobre tenencia y custodia de su menor hija sudmico lerelay luyo Martínez; por tanto la menor deberá mantenerse bajo la custodia y tenencia de su progenitora, reconociéndosele judicialmente el derecho de ejercer la tenencia de su menor hija; respecto del derecho de régimen de visitas para el demandante alfredo adalberth luyo levan, se dispone que sea ejercido los días sábados, domingos y feriados, considerando que se encuentra radicando en la ciudad de lima por lo que el horario será de acuerdo con la fecha de viaje a la ciudad de tumbes, debiendo de trasladarse el padre hasta el hogar donde vive la menor, a horas diez de la mañana a seis de la tarde y fechas importantes como el cumpleaños de la menor, día del padre, navidad, año nuevo y las demás que convengan ambos progenitores según el bienestar de la menor. interviene como ponente el magistrado Williams h. vizcarr³

- **CAS. N.º 4429-2013 LIMA Tenencia y Custodia de menor. la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República**

Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por IMFO a fojas mil doscientos ochenta y uno; **CASARON** la resolución de vista obrante a fojas mil doscientos cincuenta y nueve, de fecha nueve de setiembre de dos mil trece, en consecuencia **NULA** la misma; **ORDENARON** que la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima emita nueva sentencia teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por este Supremo Tribunal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por CAYA con IMFO, sobre **Tenencia y Custodia de Menor**; y los devolvieron. Ponente Señora del Carpio Rodríguez⁴.

- **CASACIÓN 2702-2015 LIMA VARIACIÓN DE TENENCIA, Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria**

DECISIÓN Fundamentos por los cuales, de conformidad con lo regulado en el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante **Alfredo Mario Chu Morales** (folios 1418); **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince (folios 1389) expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. **DISPUSIERON** la publicación de la

³ **WILLIAMS VIZCARRA TINEDO**, Magistrado de Áncash jefe de la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (**ODECMA**)

⁴ **COLUMBA MARÍA DEL SOCORRO MELANIA** Del Carpio Rodríguez; ex Jueza Superior titular de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, se desempeñó como Jueza provisional de la Corte Suprema de Justicia de la República.

presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad, en los seguidos por Alfredo Mario Chu Morales contra Heddy Elena Carty Cam sobre Variación de Tenencia; y *los devolvieron*. Ponente Señor Romero Díaz⁵

• **CASACIÓN 1384-2012 UCAYALI Tenencia y Custodia de Menor, Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente.**

Decidieron Por estos fundamentos, de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo en lo Civil, y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Marco David Melgarejo Cárdenas (página trescientos ochenta y cuatro); en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista de fecha veinticinco de enero de dos mil doce (página trescientos treinta); DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en los seguidos por Techy Lisset Martínez Flores con Marco David Melgarejo Cárdenas, sobre tenencia y custodia de menor; ponente Calderón Puertas⁶

• **CASACIÓN 1252-2015 LIMA NORTE, Tenencia y Custodia de Menor, Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria**

la Sala Suprema, ha estimado procedente el recurso de casación referido por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material. La recurrente denuncia. Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho; por consiguiente, **CASARON**, la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; en consecuencia, **NULA** la misma; **ORDENARON** a la Sala Superior de su procedencia emita nueva sentencia, con arreglo a ley, y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga

⁵ **ÁNGEL HENRY Romero Díaz** ex miembro del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), a través de la Resolución 556-2015-CNM, fue nombrado como juez de paz no letrado de Miraflores entre el año 1980-1981 y juez de paz no letrado de Surco en 1982. Luego como juez del décimo juzgado civil de Lima entre 1983 – 1988

⁶ **CARLOS ALBERTO Calderón puertas**; juez supremo provisional de la Corte suprema de justicia de la Republica integrante de la sala civil Permanente

Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y *los devolvieron*. Ponente Señor Miranda Molina,⁷

- **TESIS; TENENCIA COMPARTIDA Y DESARROLLO INTEGRAL DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE**, Primer juzgado **Transitorio de Familia, lima sur, 2013**.

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 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 2013.⁸

- **TESIS EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL PERÚ, JIMENA BEATRIZ ALIAGA GAMA** Lima, junio de 2013

⁷ **FRANCISCO Miranda Molina** ex Juez Superior titular de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura mediante Resolución N.º 018-1996-CNM, del 30 de enero de 1996; así como, al cargo de Juez Provisional de la Corte Suprema de Justicia de la República.

⁸ **CHONG ESPINOZA Suan Coralí**; Conclusión de la tesis, tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del primer juzgado transitorio de familia, lima sur, 2013, facultad de humanidades escuela profesional de derecho, universidad autónoma del Perú

conclusión N° 37 La aplicación del **interés superior del niño y adolescente** en la adopción internacional debe implicar un análisis en dos etapas:

1) El interés superior del niño y adolescente como principio guía y de interpretación durante la evaluación de la adopción internacional como una opción de protección de un niño en particular.

2) el interés superior del niño y adolescente como criterio supremo de evaluación de la mejor forma de regular la adopción internacional como alternativa permanente de protección de niños sin cuidado parental que no pueden ser reunificados con sus padres.

• **TESIS EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL** y su relación con los procesos de tenencia desde la perspectiva del principio del interés superior del niño medina **RAMÍREZ, PAULA CAROLINA** lima – Perú 2016

Conclusión N° 1 El síndrome de alienación parental y su relación con los procesos de tenencia desde la perspectiva del **Principio del Interés Superior del Niño** que se pone a vuestra consideración tiene como propósito la relación existente entre el mencionado síndrome y los procesos de tenencia desde la óptica del Principio del Interés Superior del Niño, siendo que adquiere relevancia ya que analiza si el ordenamiento jurídico peruano protege a los niños víctima de la alienación parental, así como también da a conocer la consecuencias que se pueden desencadenar en los niños que padezcan este síndrome y si dicho actuar vulnera el principio del interés superior del niño, finalmente establece el rol que cumple el Estado frente a los casos de alienación parental evidenciados en los procesos de tenencia.

• **TESIS DOCTORAL** Custodia Compartida y Protección Jurídica del Menor **EMILIA FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN** Madrid, 2017

CONCLUSIONES

I.-Con la finalidad de preservar el principio de igualdad que debe existir entre los progenitores en una situación de separación o divorcio es recomendable que tanto la titularidad de **la patria potestad como su ejercicio se mantengan de manera compartida** en beneficio del menor. El ejercicio compartido de la patria potestad suscitará que los progenitores asuman con éxito su corresponsabilidad parental respecto de sus hijos. Así pues, en situaciones de crisis matrimoniales el mantenimiento del sistema compartido de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad se perfila como el régimen más idóneo para la ejecución de todas las funciones inherentes a las relaciones paterno- filiales, al tiempo que posibilita de forma prioritaria la satisfacción. y

ello sin perjuicio de la necesaria adecuación a las especiales circunstancias de cada situación de separación o divorcio.

II c.- La Custodia como deber inherente a la patria potestad va a abordar el ámbito personal e inmediato del menor, esto es, las relaciones cotidianas y habituales fruto de la convivencia. A diferencia de ello, el ejercicio de la patria potestad contempla la responsabilidad integral del menor y va a implicar la realización material de las funciones específicas que entrañan las relaciones paterno- filiales.

III.- La modalidad de **custodia compartida** es una figura jurídica susceptible de ser aplicada en situaciones de crisis familiares, en la que los progenitores realizan las funciones inherentes a la patria potestad de forma periódica al convivir con sus hijos alternadamente, y en igualdad de derechos y obligaciones, en aras de satisfacer las necesidades materiales y espirituales de los menores. En este sentido, consideramos más adecuada la terminología de “custodia alterna o alternativa” toda vez que la corresponsabilidad parental engloba el ejercicio de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, tanto durante la unión conyugal, como a posteriori, una vez disuelto el vínculo conyugal.

08

• **TESIS INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD**, en los Juzgados de Familia de Lima-2015

Conclusión 1.- Se debe establecer en el Códigos de los Niños y Adolescentes medidas sancionadoras al progenitor que tiene la tenencia del hijo e incumpla el régimen visitas del otro progenitor, a fin de evitar la vulneración de los hijos y padres.

Conclusión 2.- El incumplimiento de régimen de visitas por parte del progenitor que cuenta con la tenencia viene vulnerando los derechos de los hijos, a tener una familia y no ser separado de ella, así como, el derecho a un desarrollo armónico e integral.

Conclusión 3.- El incumplimiento de régimen de visitas por parte del progenitor que tiene la tenencia del hijo, suprime los lazos afectivos y la relación paterna filial, en consecuencia, genera daños emocionales al otro progenitor.⁹

- **INFORME DE INVESTIGACIÓN 103/2014-2015, tenencia compartida-congreso de la republica del Perú**
- Nuestro país acoge a la tenencia compartida en la Constitución Política del Perú y el Código de Niños y Adolescentes. Asimismo, en el Perú la tenencia compartida está regulada, pero deja a criterio del juez para poder aplicarla; guarda similitud con lo que manifiesta el código civil de México y Argentina.
- Algunos expertos que opinan a favor de la tenencia compartida manifiestan que es la mejor opción para el buen cuidado, gozo y crianza de los hijos.
- Los expertos que opinan en contra de la tenencia compartida coinciden que la tenencia compartida genera una inestabilidad en los hijos, nada recomendable para su bienestar.
- Si bien es cierto que algunos países que no tienen regulado en su ordenamiento jurídico la tenencia compartida, la tienen admitida en la práctica por su judicatura, porque no está prohibida expresamente en su regulación.¹⁰

2.2 EVOLUCION NORMATIVA

2.2.1 CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1852.¹¹

- **TÍTULO IX, REGLAS QUE SE OBSERVARAN DURANTE LOS JUICIOS DE NULIDAD DE MATRIMONIO O DE DIVORCIO.**

Art. 201. Los hijos del matrimonio cuyo divorcio ó nulidad se pretende, continuarán, durante el juicio, al cuidado del marido, a no ser que razones de convivencia de ellos,

⁹ **DEYSI CATHERIN** Quispe Huarcaya *Conclusión de tesis incumplimiento del régimen de visitas de los hijos menores de edad, en los juzgados de familia de lima-2015", facultad de derecho, escuela de derecho de la universidad cesar vallejo.*

¹⁰ **LISETH MARINA** Melchor *infantes Especialista parlamentaria concluye informe de investigación 103/2014-2015, congreso de la república, TENENCIA COMPARTIDA*

¹¹ **PROMULGADO** el 23 de diciembre de 1851 por **JOSÉ RUFINO ECHENIQUE**, presidente Constitucional de la República y **ANTONIO G. DE LA FUENTE**, presidente del Senado. **JOAQUIN J. DE OSMA**, presidente de la cámara de diputados. - **BUENAVENTURA SEOANE**, senador, secretario. - **JOSÉ ENRIQUE GAMBOA**, diputado, secretario

determinen al juez a encargarlos á la madre, ó á ponerlos bajo de un guardador provisional. Ninguna de estas disposiciones exime á los padres de la obligación que tienen de alimentar a sus hijos.

Art. 202. No se puede negar á la mujer honesta el que tenga á las hijas en su poder, si ella no ha dado causa para la demanda del divorcio, la mujer, en todo caso tiene el derecho de conservar a los hijos hasta la edad de tres años.

• TÍTULO X, EFECTOS DEL DIVORCIO

Art. 208. El divorcio formalmente declarado pone término á los deberes conyugales, en cuanto al lecho y habitación, y disuelve, en cuanto á los bienes, la sociedad legal.

Art. 209. Declarado el divorcio, los cónyuges separados ejercen sus derechos civiles sin la dependencia que ántes existía entre ellos.

Art. 210. Los hijos se confiarán al esposo que obtuvo el divorcio, á no ser que el juez de la causa determine otra cosa, por el mejor bienestar de ellos; más el padre y la madre quedan obligados á cuidar de su alimento y educación, contribuyéndole á estos gastos en proporción á sus facultades.

2.2.2 CODIGO CIVIL PERUANO DE 1936.¹²

• SECCION TERCERA: DEL DIVORCIO TITULO II DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

Artículo 255.-

Los hijos se confiarán al cónyuge que obtuvo el divorcio, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge, o, si hubiere motivos graves, una tercera persona. Esta designación deberá recaer por su orden, y, siendo posible, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Artículo 256.

¹² **PROMULGADO:** 30 de agosto de 1936. por el presidente de la Republica el general de división **OSCAR R. BENAVIDES.** por cuanto **la comisión del congreso constituyente**, integrada con los **representantes del poder ejecutivo**, ha elevado a éste la revisión que ha concluido del proyecto de código formulado por la comisión reformadora del código civil, introduciendo en él las modificaciones que ha creído convenientes, de conformidad con lo **ordenado en la ley nº 8305.**

Si ambos cónyuges fueren culpables, los hijos varones mayores de siete años quedarán a cargo del padre y las hijas menores de edad al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

Artículo 257.

En caso de muerte o de impedimento legal del padre a quien el juez confió el cuidado de los hijos, el otro padre reasume de pleno derecho la patria potestad sobre ellos.

Artículo 258.

En todo caso, el padre y la madre quedan obligados a cuidar del alimento y educación de los hijos, contribuyendo para estos gastos en proporción a sus facultades.

Artículo 259.

En cualquier tiempo, el juez podrá dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de dieciocho años o del consejo de familia, las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos. Esta petición se sujetará a los trámites establecidos para los incidentes en el Código de Procedimientos Civiles

11

2.2.3 CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984¹³

TITULO III Patria Potestad

CAPITULO UNICO

Ejercicio, contenido y terminación de la Patria Potestad

Artículo 418.- Noción de la patria potestad

¹³ **EL TERCER CÓDIGO CIVIL** en nuestra historia de la codificación nacional fue promulgado mediante el **D. Leg. N° 295, de 24-07-1984**, expedido por el presidente **Belaunde Terry** y su ministro de Justicia **Max Arias-Schreiber Pezet**, sutil distinción que formuló el jurista **Vidal Ramírez**. Entró en vigencia el 14-11-1984, y es el que nos rige actualmente

12

Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

Artículo 419.- Ejercicio conjunto de la patria potestad

La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo

Artículo 420.- Ejercicio unilateral de la patria potestad

En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

Artículo 421.- Patria potestad de hijos extramatrimoniales

La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor. Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad.

Artículo 422.- Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad

En todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias.

Artículo 423.- Deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
3. Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.
5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
7. Administrar los bienes de sus hijos.
8. Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004.

2.2.4 CONSTITUCIÓN POLITICA PARA LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1979¹⁴

CAPITULO II, DE LA FAMILIA

Artículo 5.

El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.

Artículo 6

El estado ampara la paternidad responsable. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad.

Artículo 7. La madre tiene derecho a la protección del estado y a su asistencia en caso de desamparo.

Artículo 8. El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral.

2.3 MARCO LEGAL SOBRE TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ

A continuación, se describen brevemente algunas de las principales normas promulgadas:

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993 Artículo 6º.**¹⁵

Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. - La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y las informaciones adecuadas y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y

¹⁴ **FIRMADA, EL 12** de julio 1979 por **VÍCTOR RAÚL HAYA DE LA TORRE**, presidente de la Asamblea Constituyente, en Villa Mercedes, Vitarte, a los doce días del mes de julio de mil novecientos setenta y nueve. Dese cuenta. Y (Fdo.) **LUIS CHACON SAAVEDRA**, Oficial Mayor de la Asamblea Constituyente.

¹⁵ **PROMULGADO, EL 29-12-1993**, por el presidente constitucional del Perú **ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI**, por cuanto el congreso de la República ha aprobado la constitución política de la republica ratificado por el pueblo peruano mediante referéndum el 31 de octubre de 1993.

sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de Promueve la paternidad y maternidad responsable. Asimismo, reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. Señala que el deber y derecho de los padres es alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.

- **LEY 27337 Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.**¹⁶

Artículo 81.- Tenencia. - Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

artículo 84.- facultad del juez. - En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.
- b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre.
- c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas. Precisa que, en caso de los padres separados, se determina la tenencia de los hijos por común acuerdo. Y si por alguna razón causara perjuicio a los niños niñas o adolescentes, por no existir acuerdo entre los padres, entonces la tenencia lo resolverá el juez especializado. Al no existir acuerdo, el juez tendrá en cuenta al momento de resolver, que el menor permanecerá con quien haya convivido mayor tiempo, el menor de 3 años permanece con la madre, y se señalará un régimen de visita en caso no se obtenga la tenencia del niño o adolescente.

- **LEY 29269, Ley que modifica los artículos 81º y 84º del Código de los Niños y Adolescentes**¹⁷

Artículo 81.- Tenencia. - Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta

¹⁶ Publicado en el diario oficial el peruano el 8 de agosto del 2000

¹⁷ incorporando la tenencia compartida. 16 de octubre de 2008, publicado en el diario oficial el peruano

perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 84.- facultad del juez. - En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable
- b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre
- c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. Con la modificatoria del artículo 81, **el juez puede disponer la tenencia compartida**, tal como se distingue en su segundo párrafo, salvaguardando el interés superior del niño, niña o adolescente. En el artículo 84, con la modificatoria, el juez otorga la tenencia a uno de los progenitores que mejor garantice la tenencia del niño o niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

2. 4 DOGMÁTICA JURÍDICA

• CORNEJO CHÁVEZ, D'ANTONIO, TOULLIER,

La patria potestad es un fenómeno modelado por la propia naturaleza, que se revela como anterior a las leyes y a las convenciones. Ella impone el milagro del potencial que tiene el ser humano sobre otros seres vivos pero, al mismo tiempo, evidencia las limitaciones que por un período afectan a la persona para sobrevivir y evolucionar apropiadamente sin ayuda externa. Es menester reconocer que, en ese período, asiste a los padres la tarea de brindar asistencia, protección y representación de sus hijos menores¹⁸

• ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

La Patria Potestad es la guarda de la cual se derivan la corrección, la educación, la asistencia y la prestación de servicios. La concepción tradicional de la Patria Potestad entiende que la misma otorga derechos a los padres, sin embargo dicho criterio ha sido descartado y hoy la Patria Potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y de los hijos. Dentro de la estructura familiar, entonces, tanto los padres como

¹⁸ CORNEJO CHAVEZ, Héctor: *Derecho Familiar Peruano*, tomo II, 6ta. Edición, Lima, Ed. Studium, 1987, p. 177

los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre sí, esto configura la denominada relación jurídica de la Patria Potestad y, a la vez, determina la característica esencial de los derechos subjetivos del Derecho de Familia.¹⁹

• FERNÁNDEZ CLÉRIGO

La Patria Potestad implica una función tuitiva de carácter social y casi público sobre los hijos menores. Es tanto un derecho como un deber que tienen los padres de proteger y cautelar la persona y patrimonio de sus hijos, así se configura como un típico caso de derecho subjetivo familiar en el que la facultad (derecho) está estrechamente relacionada con la obligación (deber) entre las partes.²⁰

• ZANNONI, CITANDO A CAFFERATA.

“**La Patria Potestad** satisface el proceso biológico de la procreación, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar”. En otras palabras, la Patria Potestad complementa legalmente las consecuencias de la procreación a través de la protección y educación de la descendencia. Es de citar que, de acuerdo a la nueva estructura del Derecho Familiar moderno la Patria Potestad se ejerce en interés de la familia en general y de la sociedad, ya no sólo en beneficio directo del hijo (como lo fue hasta hace poco) o exclusivo del padre.²¹

• AGUILAR,

La tenencia alude a tener consigo algo, como una suerte de pertenencia, y quizás el término tenencia, pueda ubicarse mejor en el plano de las cosas, tal como se encuentra en algunos diccionarios, que cuando aluden a la tenencia, la refieren a la posesión, o tenencia de algunas cosas, empero en el derecho de los infantes, termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la medida que se alude al hecho de que sus padres tienen a sus hijos consigo. En el mismo sentido,²²

• MOSQUERA VASQUEZ

la tenencia es una institución que vincula únicamente a los padres con sus hijos, a ningún otro miembro de la familia. En caso de no existir padres, estaremos ante la figura de la tutela, que tiene por finalidad el cuidado del menor que no esté bajo la patria

¹⁹ Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI, *divorcio, filiación y patria potestad* -lima año 2004, p.321

²⁰ FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis: *El Derecho de Familia en la legislación comparada*, UTHEA, México, 1947, p.2

²¹ EDUARDO ZANNONI, *régimen legal de la patria potestad* -argentina 1988- Op.cit., p.682.

²² AGUILAR, B. (2012). ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también

potestad, lo que incluye el cuidado de su persona y de sus bienes, tal como lo señala el artículo 502 del Código Civil.²³

• **MARÍA CUCULIZA**

La paternidad y copaternidad señala que son vínculos personales y el contacto directo que un niño debe mantener con el padre o madre son un derecho protegido por nuestras leyes nacionales (Perú) y por normas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño. Todas estas reglamentaciones reiteran y ratifican, a la vez, el Principio del Interés Superior del Niño como aquel que toda autoridad debe considerar al adoptar una medida que involucra a un menor.²⁴

JORGE ALBERTO BELTRÁN P. ²⁵

La tenencia o Coparentabilidad es considerada el día de hoy, como una necesidad más que una “moda” en cuanto a la fecha, la mayoría de padres y madres, trabajan fuera de la casa familiar, por lo que es esencial para el desarrollo de los hijos que ambos alternen el cumplimiento de las tareas inherentes al ejercicio de la patria potestad Siguiendo su línea.²⁶ señala tiene ventajas no solo para los hijos, sino también para la familia en tanto refuerza la relación paterno filial, ya que a través de esta, se busca reconocer la igualdad de cónyuges o convivientes desde su perspectiva personal y familiar,

• **STEFFEN**²⁷,

tenencia monoparental, surge el régimen de visitas que es producto de normativas que fracturan a la familia, dado que constituye una instancia artificial que desarticula la cotidianidad física anterior, enfrentándose a una abrupta discontinuidad en la forma de contacto y se ven obligados a adaptar sus sentimientos y necesidades mutuas a los estrechos confines de una visita. Esta situación detona la emergencia de estados ansiosos y confusos en el sistema paterno y/o materno filial, e impide una interacción fluida en la etapa post-separación conyugal, momento en que se cimienta un nuevo estilo relacional, entre padres e hijos. A su vez, el intermitente régimen de visitas establecidos y su carácter tanto temporal como situacional (se dispone de poco tiempo para estar con los hijos y estos encuentros tienen lugar en ambientes poco familiares para el niño) entorpece el ejercicio de una paternidad

²³ **MOSQUERA, VASQUEZ C. C.** (2012). *Tenencia de menor solo puede ser ejercida por los padres.*

²⁴ **CUCULIZA, MARÍA LUISA.** (2007). *propuesta legislativa: ley 29269 ley de tenencia*

²⁵ **JORGE ALBERTO BELTRÁN pacheco;** “Maternidad subrogada, padres por intención o gestación” p.234- lima 2005; miembro ministerio de justicia y derechos humanos, docente de la pontificia universidad católica del Perú, gerente central de la oficina de asesoría jurídica del ministerio público -fiscalía de la nación.

²⁶ **BELTRÁN, P.** (2009). “El mejor padre son ambos padres” ¿Es viable la tenencia compartida

²⁷ **STEFFEN, M.** (2002). *coparentalidad post-separación conyugal un paradigma familiar de tuición compartida chileno. tesis para optar al grado académico de magíster en ciencias de la educación con mención en: orientación familiar, relaciones humanas y familia*

• **RODRÍGUEZ**²⁸

la **tenencia monoparental** plantea que estudios sociológicos la simple alternancia no provoca ningún trastorno en el menor, lo que si puede ocasionar serios daños es la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres; aun así es siempre menor que los severos traumas que acarrea la ausencia de unos de los padres durante la infancia y la adolescencia. "Existen indicios de que, con nuestros bien intencionados esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres.

• **PÉREZ,** ²⁹

Tenencia Compartida, en donde ambos padres, post-separados, puedan ejercer conjuntamente la tenencia de su hijo o hijos manteniendo las relaciones familiares y no alterando el desarrollo integral del menor. De tal modo, que la Tenencia Compartida se conceptualiza como aquella donde el menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores, pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

• **PADRES X SIEMPRE, 2010**³⁰

Tenencia o Custodia compartida, como la modalidad de custodia de los hijos que tiene como principal objetivo que estos (los niños) sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores. Centrando en un ámbito específico, la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea, las cuales además de ser respaldadas por las legislaciones individuales de los estados se encuentran recogida en la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños. En algunos estados norteamericanos que presumen que la custodia física

²⁸ **PABLO RODRÍGUEZ GREZ;** "Instituciones de Derecho Sucesorio "Santiago de Chile", 20 de diciembre de 1994-p.432

²⁹ **PEREZ, M.** (2006). "padres que asumen la custodia de sus hijos en ausencia de la figura materna: miradas y retos".

³⁰ **PADRESXSIEMPRE.** (10 de Julio de 2010). La custodia compartida o coparentalidad. Obtenido de <http://www.padresporsiempre.es/custodiacom.html>

conjunta de los hijos coincide con el mejor interés superior del niño. Pues bien, el sustento básico de la Tenencia Compartida lo encontramos en el concepto de Coparentabilidad (igual implicación de ambos progenitores) indicado en párrafos anteriores, que desde un punto de vista teórico podríamos entender como la opción más próxima al derecho del niño a disfrutar de ambos progenitores con las implicancias emocionales o educativas³¹.

- **BELTRÁN,**

la tenencia compartida, en la cual los padres comparten el derecho de decisión, responsabilidad y la autoridad, respecto a todas las cuestiones de importancia que afronte el hijo, por lo que suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia que varían según las necesidades del niño y adolescente.³² implica que los padres comparten el tiempo de residencia del niño, aunque los períodos de tiempo no tengan forzosamente la misma duración; por ejemplo la madre puede vivir con el niño el 75 por ciento el padre el 35 por ciento, lo cual equivale a que todos los fines de semana pasaría a vivir con él. Cabe señalar, que, en el Perú, la mayoría de estudiosos del derecho de Familia, magistrados, fiscales y legisladores solo se han enfocado en desarrollar la clase de tenencia legal conjunta, en tanto, para una sociedad como la nuestra, aun las personas tienen tabús y desconfianza en la viabilidad de la tenencia física conjunta.

- **RODRÍGUEZ,**³³

tenencia compartida es preciso alejarse de interpretaciones simplistas. Efectivamente se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales. Los niños y adolescentes, bajo la tenencia Compartida, podrán compartir tiempo con ambos padres, quienes tendrán los mismo derechos y deberes sobre la toma de decisiones. Con independencia del sexo del hijo es incuestionable que necesita de la presencia de ambos padres para una eficaz educación.

- **GARCÍA PASTOR M**

CUSTODIA hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor que convive con sus hijos y que viene a abarcar el amplio y heterogéneo

³¹ **UNIFORM CHILD CUSTODY jurisdiction and enforcement act, uccjea de 1997**

³² **BELTRÁN, P.** (2009). "el mejor padre son ambos padres" ¿es viable la tenencia compartida en el Perú? boletín del instituto de la familia n° 11-2009- unife facultad de derecho, 53-65.

³³ **RODRÍGUEZ, T.** (2008). custodia compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia. revista trimestral latinoamericana y caribeña de desarrollo sustentable, 2/4.

conjunto de facultades que implica la responsabilidad parental. Desde esta consideración se entiende por guarda en sentido amplio, la figura jurídica por la que se otorga a terceras personas, de forma temporal y en virtud de una disposición judicial, el cuidado y la custodia de un menor³⁴

• DEL VAS GONZÁLEZ J. M.

El concepto de **guarda y custodia** se refiere al aspecto personal, convivencial, inmediato al cuidado de los hijos, mientras que el ejercicio se reconduce a la responsabilidad integral sobre el niño o facultad de decisión respecto de los temas que le afecten la custodia en sentido restringido, esto es, nos centraremos fundamentalmente en la figura de la guarda en relación al cuidado y protección del menor por parte de sus progenitores en cuanto titulares de la patria potestad, analizando dicha concepción de la guarda en los supuestos de crisis matrimonial.³⁵

• AGEL SÁNCHEZ L. F. Y GARCÍA PASTOR M

Doctrinalmente se ha definido la **guarda y custodia** como “un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad.” Por otra parte, se ha sostenido que “la guarda y custodia consiste en una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte de éste o éstos³⁶

• PÉREZ SALAZAR-RESANO M.Y GONZÁLEZ POVEDA P

³⁴ **GARCÍA PASTOR M.** “La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales.” Edit. McGraw- Hill, Madrid, 1997. P.102 posibilidad de atribuir la guarda a un tercero no progenitor (abuelo, tío, institución u otro tercero) pero, en este caso siempre excepcional no se trataría de guarda y custodia como función específica derivada de la patria potestad, sino meramente una guarda con caracteres propios. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren, y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.”

³⁵ **DEL VAS GONZÁLEZ J. M.** “Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español. “La guarda y custodia se identifica plenamente con el concepto de cuidado y ello porque el ejercicio comprende algunas decisiones sobre la educación, formación y respecto a la salud de los hijos, las cuales deben seguir siendo compartidas por ambos progenitores

³⁶ **AGEL SÁNCHEZ L. F.** “La guarda y custodia de los hijos.”, Página 289. También **GARCÍA PASTOR M.** “La Situación Jurídica de los Hijos cuyos padres no conviven: Aspectos Personales.” Edit. McGraw- Hill, Madrid, 1997. Página 74. La guarda y custodia consiste en el conjunto de funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño.

LA CUSTODIA consiste “en el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad.”³⁷

• **MAZEAUD H. L. y MAZEAUD**

LA CUSTODIA corresponde a cada uno de los progenitores durante los períodos de convivencia en que cada uno de ellos se hallen con los menores, con la consiguiente asunción de las decisiones cotidianas o domésticas que pudieren afectar al ámbito de la salud, educación y orden diario de la vida de los menores³⁸

• **BENJAMÍN AGUILAR LLANOS**

LA CUSTODIA es un deber. Creemos que esta confusión parte del hecho que en otras legislaciones se utilizan estos términos como si fueran idénticos, y ello, al menos en nuestro país no es así; también hacemos referencia a que igualmente hay quienes usan como sinónimo los términos tenencia y guarda, sin embargo pensamos que ello es igualmente incorrecto, porque la guarda también constituye un deber, y que en el caso de los padres los obliga a la protección y cuidado de los hijos, entonces es de notar que los términos **custodia y guarda** si se equiparan, al menos ambos traducen un deber, aun cuando el anterior Código de los Niños y Adolescentes empleó el término guarda para referirse al tercero que cuidaba al menor abandonado, término guarda que ha sido abandonado por el vigente Código de los Niños y Adolescentes.³⁹

• **DERECHOS DEL NIÑO, ADOPTADA POR LA LIGA DE NACIONES EN 1924**

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. 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 normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental.⁴⁰

EL INTERÉS SUPERIOR se basa en que la educación familiar incluya (...) el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la

³⁷ **PÉREZ SALAZAR-RESANO M.** “Patria Potestad.” En **GONZÁLEZ POVEDA P. Y OTROS.** “Tratado de Derecho de Familia: Aspectos sustantivos y procesales”. Edit. Sepin, Madrid, 2005. P. 180

³⁸ **MAZEAUD H. L. y MAZEAUD J.** “Lecciones de Derecho civil.” Volumen IV. Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976, traducido por **ALCALÁ- ZAMORA y CASTILLO L.** Página 94.

³⁹ **BENJAMÍN AGUILAR Llanos;** Artículo “La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida” revista derecho y sociedad 32, p 193, magister en investigación jurídica de la pontificia universidad católica del Perú

⁴⁰ **DERECHOS DEL NIÑO, ADOPTADA POR LA LIGA DE NACIONES EN 1924** y el **primer instrumento internacional** que se ocupa específicamente de los niños. En este documento se reconoce que la humanidad le debe al niño lo mejor que pueda darle y, además, la necesidad especial de protección que requieren todos los niños. Otro documento internacional que ha regulado la necesidad de la protección especial del niño y adolescente es **la Declaración sobre los Derechos del niño de 1959, Principio 2**

educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que **el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.** ⁴¹

- **LA DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS SOCIALES Y JURÍDICOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN Y EL BIENESTAR DE LOS NIÑOS**

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental. ⁴²

- **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

EL INTERÉS SUPERIOR debe concederse 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. ⁴³

- **JEAN ZERMATTEN**

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

es un principio de interpretación jurídica fundamental desarrollado para limitar la extensión de la autoridad de los adultos sobre los niños. Tiene como base el reconocimiento de que un adulto sólo puede tomar decisiones por un niño y adolescente debido a la vulnerabilidad propia de su falta de experiencia y juicio. Al interés superior puede atribuírsele dos significados: 1) el interés superior como regla de procedimiento 2) el interés superior como garantía de que este principio será aplicado siempre que se deba tomar una decisión concierne a un niño o a un grupo de niños. ⁴⁴

- **UNICEF**

⁴¹ **LA CONVENCIÓN** sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que en el artículo 5b se establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas

⁴² **ARTÍCULO 5 DE LA DECLARACIÓN** sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional de 1986

⁴³ **LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO** le otorga capacidad de sujetos de derechos. Cabe mencionar que debido a la casi universal ratificación de este Convenio este principio puede ser incluso considerado un principio general de Derecho, según lo estipulado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así como su carácter consuetudinario, El principio del interés superior del niño y adolescente está consagrado en el artículo 3

⁴⁴ **JEAN ZERMATTEN**, presidente del comité de los derechos del niño, ha profundizado sobre el tema en la convención sobre los derechos del niño se une las palabras “interés” y “superior” opta por enfatizar que el fin último es el bienestar del niño

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, es un principio de interpretación jurídica fundamental desarrollado para limitar la extensión de la autoridad de los adultos sobre los niños. Tiene como base el reconocimiento de que un adulto sólo puede tomar decisiones por un niño y adolescente debido a la vulnerabilidad propia de su falta de experiencia y juicio. Se puede considerar el interés superior del niño y adolescente en toda medida que los impacte es una de las reglas procedimentales o etapas por las que se debe pasar para asegurar que la medida a tomarse respeta el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁵

• CODIGO DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el estado a través de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, del ministerio público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará **el principio del interés superior del niño** el respeto a sus derechos⁴⁶

• EL DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

define como EL SAP “conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o de un estado determinado, la palabra alienación es definida como la “limitación o condicionamiento de la personalidad, impuestos al individuo o a la colectividad por factores externos sociales, económicos o culturales.”, una mirada más psicológica del término indica que se trata de “un estado mental caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad”⁴⁷

• AGUILAR, JOSÉ

EL SAP son sentimientos naturales del niño, unidos a la doble presión afectiva a la que se encontrara sometido, pueden llevarle a mostrar un claro rechazo hacia uno de los padres habitualmente el que se fue, al mismo tiempo que parece proteger al otro, y con su postura pretende garantizar al menos el amor, desde su entendimiento, de uno de

⁴⁵ UNICEF. “Situación del País (Perú)”. En:

http://www.unicef.org/peru/spanish/children_13264.htm (Última visita: 20/08/2018).

⁴⁶ Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes LEY N° 273337 promulgada el 08 de agosto de 2000.

⁴⁷ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**. Diccionario de la Lengua Española. 23° ed. Madrid: Espasa-Calpe, 2014.

sus padres, y al mismo tiempo expresa su protesta por la nueva realidad que se niega aceptar.⁴⁸

• DÍAZ COLORADO

EL SAP Es natural que dentro de una situación de ruptura conyugal existan problemas relacionales entre los miembros de la familia, que deben observarse desde la óptica de problemas de adaptación o de relación de las personas a su nuevo entorno familiar, pues bien es en estas circunstancias que hizo su aparición el SAP, entendido como una patología dentro de estas relaciones familiares de conflicto, patología que cuenta con seguidores y detractores que con argumentos válidos de ambos extremos intentan defender su postura.⁴⁹

2.5 BASES TEÓRICAS (DEFINICIONES CONCEPTUALES)

2.5.1 Instituciones familiares en la legislación peruana

2.5.2 Patria Potestad

La Patria Potestad resulta siendo la más importante dentro de todas las instituciones que se ubican en el Derecho de Familia, como deber y derecho de todos los padres, de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos,⁵⁰

La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes, nos dice que, tratándose de hijos matrimoniales, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, en igualdad de condiciones, mientras que, si se trata de hijos extramatrimoniales, entonces el legislador alcanza al juzgador, elementos referenciales para otorgar la patria potestad a uno u otro, en el caso de que los padres no vivan juntos. Para que el juez otorgue la patria potestad, este debe tener en cuenta criterios referidos a brindar el cuidado integral de los hijos menores, resultando trascendental que ante toda decisión tomada por el juez a favor de los menores deba primar el Principio del Interés Superior del Niño o Adolescente⁵¹

2.5.3 LA TENENCIA DEL MENOR

⁴⁸ **AGUILAR, JOSÉ.** *SAP, Síndrome de Alienación Parental – Hijos Manipulados por un cónyuge para odiar a otro.* 2º ed. Madrid: Editorial Almuzara, 2006

⁴⁹ **DÍAZ COLORADO, Fernando.** *Psicología y Ley.* Colombia: Psicom Editores, 2011.

⁵⁰ **CONSTITUCIÓN DE 1993** en su artículo 6, o el deber derecho de los padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores, como lo prescribe el artículo 418 del Código Civil

⁵¹ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES** en su Título Preliminar, artículo IX.

tenencia etimológicamente deriva del latín “**tenere**” y “**menor**” que significa tener al menor⁵²

la Tenencia de Menor, es definida como el trámite tendiente a obtener un reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo y procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de este. Es decir que se trata de una institución que tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.⁵³

La ley nacional refiere que la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia, que con toda razón sustenta (art.9 conv, sobre los derechos del niño).

• **HOLLWECK, MARIANA**

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.⁵⁴

2.5.4 TENENCIA MONOPARENTAL

La tenencia monoparental o exclusiva, es aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta edad del menor, quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre, que por razones de costumbre se infiere que es la persona más adecuada para ejercer los cuidados del menor. Es por ello que dicha tenencia, se sostiene en la teoría de los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que sostiene que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, o quién está en mejor capacidad económica para mantenerlo, siendo una excepción los casos referidos a los niños menores de tres años, como lo es en el Perú, que se le otorga la preferencia a la madre, en tanto, aún existe un nexo de

⁵² **VOCABULARIO USUAL EN LA PROTECCIÓN DE MENORES** del Instituto Interamericano del Niño, OEA

⁵³ **COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, C. d. (2006).** Proyecto de Ley N°199/2006-CR, que propone modificar el Código de Niños y Adolescentes, a fin de incorporar la Tenencia Compartida. LIMA.

⁵⁴ **HOLLWECK, MARIANA (2001).** Importante precedente que acepta el régimen de tenencia

necesidad biológica del niño hacia su madre, lo cual considero erróneo, ya que no se encuentra acierto formal alguno, por lo menos dentro de la rama psicológica.

2.6 FACTORES DE RIESGO DE LA MONOPARENTABILIDAD

En la Tenencia Monoparental, como efecto de la separación matrimonial o conyugal, se da la posibilidad de que surjan determinados factores que pongan en riesgo la estabilidad emocional o psicológica del menor respecto al otro progenitor, privándolo de la figura materna o en su mayoría paterna, así mismo dificultando las relaciones paterno-filial, ello debido a que el progenitor que tenga la tenencia del menor se sienta con el derecho de “tenerlo en su posesión” limitando al otro, titular también de la patria potestad, sin habersele suspendido de la misma. En este aspecto, es dable mencionar que en la tenencia monoparental se pueden presentar las siguientes situaciones, conforme refiere Steffen, Acentuado apego del progenitor conviviente con sus hijos. “Los peligros que se corren son el aislamiento y encierro de los hijos y la primacía de las funciones nutritivas (contención emocional) por sobre las normativas (imposición de límites) pudiendo llevar a graves perturbaciones, Mezcla de identidades. “El hijo queda expuesto al peligro de tener que responder al sueño de unicidad del progenitor y de compartir sus carencias. En el caso de los adolescentes, depende específicamente de los “factores de estrés psicosocial que pueden acompañar a la separación”⁵⁵ En consecuencia, se da la vulneración directa del interés superior del niño, ya que lo desestabiliza emocionalmente, frustrando su desarrollo integral, el cual debe ser velado por ambos padres en conjunto al margen de la separación.

2.7 LA TENENCIA MONOPARENTAL Y SUS EFECTOS EN EL DESARROLLO DEL MENOR

Como se ha mencionado anteriormente, la monoparentabilidad trae como consecuencia, que al ser un solo progenitor el custodio del menor, pues el otro progenitor ya sea madre o en su mayoría el padre despojado de la tenencia de su hijo, pues este tendrá como castigo un régimen de visitas, efecto directo de una tenencia monoparental, provocando a su vez alternancia de los menores quienes tendrán que ver a sus padres fuera de su hogar, o ir cada fin de semana o quincena a visitar a sus padres, tornándose frustrante los cambios temporales de un lugar a otro, especialmente cuando el hijo es menor de edad.

2.8 TENENCIA COMPARTIDA

Ante una familia en la que se han disuelto los lazos de pareja y que se ha reconstituido, los hijos experimentan cambios en la dinámica, en el estilo de las relaciones; pasan de

⁵⁵ Steffen, M. (2003). coparentalidad post-separación conyugal.P.432

una convivencia donde, de una manera u otra, se compartían los roles maternos y paternos, a una dinámica relacional completamente diferente, donde es el padre o la madre quien va asumir el rol de custodio y probablemente a combinar los roles de padre y madre a la vez

(Pérez, 2006).⁵⁶

Tenencia Compartida, en donde ambos padres, post-separados, puedan ejercer conjuntamente la tenencia de su hijo o hijos manteniendo las relaciones familiares y no alterando el desarrollo integral del menor. De tal modo, que la Tenencia Compartida se conceptualiza como aquella donde el menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores, pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

Padres X Siempre, 2010⁵⁷

Tenencia o Custodia compartida, como la modalidad de custodia de los hijos que tiene como principal objetivo que estos (los niños) sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores. Centrando en un ámbito específico, en las normas norteamericanas se tiene que en algunos estados (California, Montana) la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea, las cuales además de ser respaldadas por las legislaciones individuales de los estados se encuentran recogida en la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños. En algunos estados norteamericanos que presumen que la custodia física conjunta de los hijos coincide con el mejor interés superior del niño. Pues bien, el sustento básico de la Tenencia Compartida lo encontramos en el concepto de Coparentabilidad (igual implicación de ambos progenitores) indicado en párrafos anteriores, que desde un punto de vista teórico podríamos entender como la opción más próxima al derecho del niño a disfrutar de ambos progenitores con las implicancias emocionales o educativas⁵⁸.

⁵⁶ **PEREZ, M.** (2006). "padres que asumen la custodia de sus hijos en ausencia de la figura materna: miradas y retos".

⁵⁷ **PADRESXSIEMPRE.** (10 de Julio de 2010). La custodia compartida o coparentalidad. Obtenido de <http://www.padresxsiempre.es/custodiacom.html>

⁵⁸ **UNIFORM CHILD CUSTODY JURISDICTION** and enforcement act, uccja de 1997

2.9 LA TENENCIA COMPARTIDA Y SUS EFECTOS EN EL DESARROLLO Y BIENESTAR DEL MENOR

Existe el mito de que la Custodia o "Tenencia" Compartida es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres, sin embargo, como **argumenta (Rodríguez, 2008)⁵⁹** es preciso alejarse de interpretaciones simplistas. Efectivamente se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales. Los niños y adolescentes, bajo la tenencia Compartida, podrán compartir tiempo con ambos padres, quienes tendrán los mismo derechos y deberes sobre la toma de decisiones. Con independencia del sexo del hijo es incuestionable que necesita de la presencia de ambos padres para una eficaz educación. Tomemos por ejemplo la relación hija-padre, existe un estudio interesante

Clinical Observations Father Absence on Interferences of Early in the Achievement of Femininity

Observaciones clínicas sobre las repercusiones de la ausencia temprana del padre en el desarrollo femenino)- que dejó al descubierto como niñas que sufrieron la separación de sus padres durante su estadio edípico manifestaron trastornos subjetivos (fobias, depresión, ansiedad...) en un 63% de los 150 casos estudiados **(Iohr, Mendell y Riemer)**. "La sensación continua de ser valorada y amada como niña parece un elemento de especial importancia para afianzar la autoestima como mujer. Todo parece indicar que sin esa fuente constante de afecto, la autovaloración femenina de una niña no prospera" (KALTER), este es un elemento concurrente en el acervo de investigaciones que vienen avalar la necesidad de un eficiente contacto parental entre el progenitor y su hija; según apunta (Rodríguez, 2008).

2.10 LA CUSTODIA

• MERCEDES CASO

la guarda y custodia en el contexto de ese quehacer cotidiano o doméstico definido por la jurisprudencia cuando los padres viven separados, en actuaciones concretas, desde la más elementales a las más complejas, tales como: "proveer al hijo de una alimentación adecuada y saludable; garantizar su descanso; velar por su salud ante las enfermedades y dolencias de toda índole; acompañarle hacia sus obligaciones académicas escolares y extraescolares; participar en sus tareas; establecer normas y pautas de comportamiento ,en la mesa, en la relación con terceros, en la relación con el

⁵⁹ **RODRÍGUEZ, T.** (2008). *custodia compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia*. revista trimestral latinoamericana y caribeña de desarrollo sustentable, 2/4.

medio ambiente, respecto a las nuevas tecnologías, respecto a su espiritualidad,....- y atenderle emocionalmente ,en sus preocupaciones, frustraciones, pérdidas de control, expectativas vitales, etc.⁶⁰

ZARRALUQUI

La custodia es la contraposición a la patria potestad, queda definida como “todo lo que integra el cuidado diario de los hijos⁶¹

Para (PadresXSiempre, 2010)

La custodia (o tenencia) compartida es la modalidad de custodia más beneficiosa para los menores y sus ventajas son obvias, al margen de que, no hay que olvidar que es un derecho de los menores poder relacionarse al igual con sus dos progenitores. Además, sin duda, la única opción que sitúa en un plano de verdadera igualdad a hombre y mujer tras la separación, estableciendo las mismas condiciones para ellos, de acceder al mercado laboral o seguir ejerciendo sus actividades profesionales. Los padres tienen que huir de los prejuicios fomentados por diversos sectores contra la custodia compartida y deben comprender que ambos tienen las mismas obligaciones y derechos para con sus hijos, y al mismo tiempo, no podemos permitir que se siga apartando a los menores de uno de sus progenitores a quien quiere y necesitan, puesto que ello va contra su correcto desarrollo emocional y psicológico⁶².

2.11. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

• GLORIA BAEZA CONCHA

El principio de interés del niño y el adolescente como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar⁶³

• GATICA, NORA, Y CHAIMOVIC, CLAUDIA

También definen el interés superior del niño como aplicable a situaciones de conflictos de derechos, donde debe primar el derecho de prioridad de Interés Superior del Niño sobre cualquier otro que pueda afectar sus derechos fundamentales ⁶⁴

⁶⁰ **MERCEDES CASO SEÑAL** (Magistrada) en el *Memento Expertos Crisis Matrimoniales*. Editorial Francis Lefebvre. 2012. Página 93

⁶¹ **LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA** (Abogado) en *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Bosch. 2013. Página 587.

⁶² **IDEM** PP-30.PG19

⁶³ **GLORIA BAEZA CONCHA**; *Los Nuevos Tribunales de Familia Procedimiento Ordinaria 2002* p 123

⁶⁴ **GATICA, NORA, Y CHAIMOVIC, CLAUDIA**: “la justicia no entra a la escuela sobre los derechos del niño, interés superior del niño” , 2002. P345

• CILLERO BRUÑOL, MIGUEL

define al **Interés Superior del Niño** como la plena satisfacción de los derechos de estos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar medido por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser “Interés Superior”⁶⁵

2.12. ALIENACION

• ESCUDERO, ANTONIO

El **SAP** se manifiesta como una interferencia a las relaciones paterno-filiales que según lo investigado, no se manifiesta en muchas ocasiones claramente o de una manera expresa, siendo ello así surge el primer problema desde el punto de jurídico, que es la dificultad de disponer de pruebas de la existencia y relevancia jurídica de dichas interferencias, averiguar desde nuestra ciencia cuál es la causa del rechazo o temor de un hijo hacia su padre y sumado así ello genera una situación que sea relevante para el Derecho.⁶⁶

• GARDNER

vista como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas legales, o mejor dicho que se manifiesta en todo su esplendor en este contexto, ha sido de lo más criticada, y a la vez muy difundida en los medios legales a nivel mundial, finalmente lo que se busca es dar una explicación razonable y digna de ser analizada sobre la interrogante: ¿ por qué un niño que tenía una relación buena y sana con su padre termina rechazándolo después de un alejamiento físico del hogar conyugal o divorcio? y entenderlo como una patología jurídica , como un ejercicio abusivo de la tenencia⁶⁷

2.13 OBJETIVOS

2.13.1 IDENTIFICACIÓN DE LOS OBJETIVOS

2.13.2 GENERAL

⁶⁵ **CILLERO BRUÑOL, MIGUEL.** *El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño.* Chile, 2004. p. 8. [Consultado el 08.09.2018]. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

⁶⁶ **ESCUDERO, ANTONIO.** *La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): Terapia de la Amenaza.* En: *Revista de la Asociación de Neuropsiquiatría.* Vol. 28, fascículo 2, N.º 102. Madrid, 2008.

⁶⁷ **CASTEX, MARIANO.** *Citado en El injusto penal intrafamiliar.* Buenos Aires: Anales de la Academia Nacional de Ciencia de Buenos Aires, 1987. p. 339- 453.

Analizar la Casación N° 3767 -2015 – CUSCO.

2.13.3 ESPECÍFICOS

- Analizar los alcances de los tipos Tenencia de menores.
- Analizar la importancia del Principio del Interés Superior del Niño.
- Identificar cuáles son los factores empleados para optar por un tipo de Tenencia

2.14 VARIABLES

2.14.1 IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES

2.14.2 VARIABLE INDEPENDIENTE

- Tenencia y custodia de menor

2.14.3 VARIABLE DEPENDIENTE

- Determinar el tipo de tenencia que corresponde a los hijos en casos de divorcio o separación en el procedimiento de juzgado de familia.
- Analizar la importancia del Principio del Interés Superior del Niño en los procedimientos de tenencia.

2.14.4 SUPUESTOS

- El Supremo Tribunal (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de República) es la máxima autoridad de administrar justicia, tiene la potestad de emitir precedentes vinculantes.
- Si en el caso de las tenencias de menor de edad nos encontramos en la situación de definir lo mejor para el niño o adolescente tutelando su derecho inspirado en el interés superior que le asiste
- En determinar de con cuál de los progenitores deben de permanecer los hijos en un divorcio o separación
- determinan criterios que proceda la tenencia el artículo 81 y 84° del código de niño y del adolescente, prevalece el bien jurídico el derecho a la vida a un trato digno.

CAPÍTULO III

3.1 METODOLOGÍA:

El presente trabajo de 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 Republica recaída en 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:

3.3.1 ANÁLISIS DE DOCUMENTOS, con esta técnica se obtendrá la información sobre la Casación N° 3767-2015- CUSCO, artículo 81° y 84°, código de niños y adolescentes.

3.3.2 FICHAJE DE MATERIALES ESCRITOS, para obtener la información general del marco teórico y la situación de la legislación, para su modificación.se consulto las siguientes normas leyes, casaciones, tesis

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ artículo 139 incisos 3 y 5
- LA CASACIÓN N° 3767-2015-cusco, tenencia y custodia de menor.
- Ley 29269 Ley que modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes
- EXPEDIENTE: 01794-2010-0-1001-JR-FC-01 La Sentencia de la corte superior de justicia de cusco,
- EXPEDIENTE: 00725-2008-0-2601-JR-FC-01. la sala civil de la corte superior de justicia de tumbes,
- CAS. N.º 4429-2013 LIMA tenencia y custodia de menor. la sala civil transitoria de la corte suprema de justicia de la república
- CASACIÓN 2702-2015 LIMA variación de tenencia corte suprema de justicia de la república sala civil transitoria
- CASACIÓN 1384-2012 UCAYALI tenencia y custodia de menor corte suprema de justicia de la república sala civil permanente.

33

- CASACIÓN 1252-2015 LIMA norte tenencia y custodia de menor corte suprema de justicia de la república sala civil transitoria
- TESIS tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del primer juzgado transitorio de familia, lima sur, 2013.
- TESIS el interés superior del niño y adolescente en la adopción internacional en el Perú JIMENA BEATRIZ ALIAGA GAMA Lima, junio de 2013
- Tesis el síndrome de alienación parental y su relación con los procesos de tenencia desde la perspectiva del principio del interés superior del niño medina RAMÍREZ, PAULA CAROLINA lima – Perú 2016
- TESIS DOCTORAL Custodia compartida y protección jurídica del menor EMILIA FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN Madrid, 2017
- TESIS incumplimiento del régimen de visitas de los hijos menores de edad, en los Juzgados de Familia de Lima-2015.
- INFORME de investigación 103/2014-2015, congreso de la republica tenencia compartida

3.4 PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se tuvo que descargar vía web el expediente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
2. Luego se realizó el análisis del Expediente N° la Casación N° 3767-2015- CUSCO, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco de Derecho civil –General.
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
4. La recolección estuvo a cargo de la autora del método de caso.
5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), Código CIVIL, Código peruano, código niño y el adolescente, Libros Enfoque dogmático y jurisprudencia la Casación N° 3767-2015- CUSCO.
6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.5 VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO

Los instrumentos utilizados fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de sentencias casatorios 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 con respecto a la Casación N° 3767-2015- CUSCO.

34

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 y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad, por tratarse del interés superior de un menor de edad

CAPÍTULO IV

4. RESULTADOS

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

Elvira Erika Cabrera Huayllani interpone **demanda de tenencia y custodia de su menor hijo, Giancarlo Edison Vargas Cabrera** contra **Edison Vargas Estrada**; siendo sus fundamentos de hecho, la conducta del demandado; el alcoholismo, incumpliendo con sus obligaciones económicas, amenazaba permanente con quitárselo a su menor hijo, El veintiséis de diciembre de dos mil doce el demandado llevo a la ciudad del Cusco al menor sin su consentimiento. El demandado se negó a devolverle a su menor hijo, aduce que el demandado es la persona menos indicada para estar a su cuidado,

por ser una persona emocionalmente inestable, abusivo, obsesivo, irresponsable y violento.

Edison Vargas Estrada contesta la demanda señalando que es empleado, estable en el Hospital de Es salud de Cusco, siendo falso que tenga problemas de alcoholismo, que Nunca desamparó económicamente a su menor hijo, ante el abandono moral, económico , grave peligro que corre su integridad física, psicológica y moral, el veintidós de diciembre de dos mil doce, visitó a su hijo en la ciudad de Arequipa, encontrándolo en estado calamitoso, sin aseo personal, con ropa no adecuada, mal de salud, además que la demandante pidió que el menor esté a su cuidado y que lo llevara a la ciudad del Cusco Sorprendentemente la accionante había asentado una denuncia en la ciudad de Arequipa y, posteriormente, en la ciudad del Cusco, Asevera que él brinda mejores atención, desarrollo, un clima de tranquilidad ,armonía y paz, considerando, su formación educativa a matriculado al menor en la Institución Educativa Nuestra Señora del Rosario. dedicándose a su trabajo y al cuidado exclusivo de su menor hijo.

Seguido el juicio de primera instancia, se advierte que:

1. La sala civil de la corte de cusco, mediante sentencia de **FOJAS NOVECIENTOS VEINTE, DE FECHA VEINTIOCHO DE ENERO DE DOS MIL QUINCE, declara fundada la demanda.** Como fundamentos de su decisión, que el demandado apartó al menor de su cuidado de la demandante. no se demostró los hechos de violencia familiar ,no existe posibilidad de riesgo contra la integridad física y moral del menor

36

conforme han arrojado los informes psicológicos, el demandado es inestableemocionalmente, es violento, vulgar y sarcástico, la accionante Elvira Erika Cabrera

Huayllani, no presenta sintomatología psicopatológica que le impida una adecuada percepción y evaluación de la realidad, presenta una reacción ansiosa mixta depresiva que está asociada a la situación de su menor hijo y al proceso judicial de Tenencia. Finalmente, a fojas quince, obra la Resolución número uno, de fecha cinco de noviembre de dos mil cinco, sobre un proceso de Alimentos, 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.

el abogado de la defensa del demandado **EDINSON VARGAS ESTRADA** interpone recurso de apelación a la mencionada sentencia

2. la Sala Superior, mediante sentencia de vista de fojas ochocientos cuarenta y cinco, de fecha treinta de junio de dos mil quince, la **CONFIRMA** la sentencia recurrida de primera instancia, como fundamentos expone que el sistema peruano ha optado por la tenencia de carácter monoparental,

que el menor actualmente cuenta con seis años de edad y vive con su padre, quien no le permite ver al menor a la recurrente 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, En las diferentes entrevistas realizadas al menor, 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; 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.

3. la defensa técnica del demandado Edison Vargas Estrada interpuso casación 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

37

novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, que declara fundada la demanda. Cumplido los trámites procesales, la sala civil de la corte suprema de justicia de la republica vista la causa número tres mil setecientos sesenta y siete del dos mil quince, integrantes de la Sala civil de la corte suprema de Justicia de la República,

acordaron:

1. **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco; por consiguiente,
2. **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, **ANULARON** sólo en ese extremo; y actuando en sede de instancia

3. **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;
4. **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.
5. **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
6. **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*.

38

Teniendo presente que la decisión antes acotada, por los integrantes de la Sala Civil transitoria de la corte suprema de justicia de la republica **se debió a los siguientes fundamentos:**

7. 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 Nº 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.

8. 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.
9. 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

39

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.

10. 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 variable⁶⁸ 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.

CAPÍTULO V

5.DISCUSIÓN

• Indebida aplicación de los artículos 418 y 423 inciso 5 del Código Civil

Señala que si bien el artículo 418 del Código Civil define la patria potestad como el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo que es distinto a la pretensión demandada que es el derecho a la tenencia y custodia del menor, el *Ad quem* no ha tomado en cuenta la opinión de la menor expresada en la audiencia complementaria de fecha diez de julio de dos mil trece.

• Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y adolescentes

Norma que regula la tenencia del niño y del adolescente, puesto que la Sala Superior no ha considerado el extremo de la citada norma en cuanto dispone que se determine la tenencia tomando en consideración el parecer del menor, por cuanto, a lo largo de la declaración de éste, ha hecho alusión, de que quiere quedarse bajo la custodia de su

⁶⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 375.*

padre. Ello se debe a que, como se encuentra acreditado en autos, la madre abandonó a su menor hijo para irse a vivir con una tercera persona, hecho que no ha sido desacreditado a lo largo del proceso.

• **Infracción normativa del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú**

Alega que la sentencia de vista ha perjudicado su derecho en beneficio de la demandada, máxime si ella no apeló la sentencia. La doctrina nacional e internacional es unánime al prescribir que no se puede reformar la sentencia de manera peyorativa para la única parte apelante, es decir, el *Ad quem* ha incurrido en reformatius in peius, la Sala Superior sólo pudo reformar la sentencia a favor del recurrente y no en contra como ha ocurrido en el presente caso, al haber concedido la tenencia de su menor hijo a la parte demandada. De la simple lectura del proceso se puede constatar que la demandada se limitó a solicitar la tenencia compartida, por ende, al otorgársele la tenencia total de su menor hijo, el recurrente alega encontrarse frente a un fallo *extra petita*, pues la sentencia rebasa el marco de la demanda en términos cualitativos, es decir, se pronuncia otorgando contraria. El fundamento central para sancionar el fallo *extra petita* en nuestro sistema procesal radica en que constituye éste una infracción al debido proceso contemplado en la norma antes citada pretensiones que no han sido materia de la demanda, esto es, cuando se otorgan conceptos o derechos que no forman parte del petitorio de la misma y menos, se fijó como punto controvertido la tenencia a favor de la parte.

41

- 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.

42

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

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.

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

43

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

6.CONCLUSIONES

- 1** La Tenencia Monoparental, es una figura jurídica que disocia la relación paterno-filial que desvincula y provoca una semi orfandad artificial sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad (según a quien se le otorgó la responsabilidad de custodia).
- 2.** La Tenencia Monoparental, representa el poder hegemónico asentado generalmente en la madre, quien con diversos atributos otorgados logran desdecir de la paternidad.
- 3.** La Tenencia Compartida, es el reflejo de la tenencia que asocia solidariamente una pareja; coparental, como referente que modula la función paternal con un clima y equilibrio interaccional dinámico, basada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, que potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socio afectivos como

alianza coparental constituyéndose en soporte mutuo en la trama emocional con los hijos.

4. El Principio del Interés Superior del Niño es un factor importante, mediante aplicación, que considera al niño como sujeto de derechos, que garantiza su desarrollo integral, en virtud que sea participe del proceso familiar de responsabilidad compartida, esto permite la integración con sus padres, quienes son responsables de salvaguardar el principio de interés superior, de garantizar la protección en actos que puedan afectar a sus hijos.
5. Se determinó que varias sentencias analizadas, en el tema de tenencia de menor se otorgaron la Tenencia Monoparental, exclusivamente a favor de la madre, quien fue la demandante. El órgano jurisdiccional debe analizar la norma y aplicarla correctamente en cada caso concreto.

45

CAPÍTULO VII

7. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda Aplicar **Tenencia Compartida** o Coparental, como regla general, que implica contribuir y relacionar aspectos socio-jurídicos, con la adecuada aplicación de los criterios y correcta discrecionalidad del juez, sostener la familia partida, para que el padre y la madre sean participe parentalmente, en consideración de afectividad y el rol socializador suministrado por las figuras parentales. Que permite el sostenimiento del lazo paterno-filial, la obligación económica dual, la reducción del alejamiento paternal, la disminución de la sobrecarga de la maternidad y la separabilidad entre parentalidad y conyugalidad.
2. **El Principio del Interés Superior del Niño**, es un mecanismos efectivo de protección de los derechos de los niños, ligados a la protección general de los derechos humanos, los jueces especializados en Familia, deberán

aplicar la correcta discrecionalidad, integrando factores que objetivise el otorgamiento de la Tenencia de menores, en razón de reconocer que los niños pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres, que comprenden su desarrollo integral difiriendo de su edad.

3. Se recomienda, a los jueces especializados en Familia, mayor reserva con la aplicación y formulación de su criterio para otorgar o reconocer la Tenencia Monoparental, ya que puede generar inculcación maliciosa y comportamiento alienador de los diversos **síndromes de alienación parental** (SAP) un poder de sugestión y coacción, lesionando al niño, al entorno familiar y específicamente a la madre o padre, provocando parentectomías y el alejamiento parental.

CAPÍTULO VIII

8.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

8.1 de sentencias, casaciones, tesis e informes:

1. **Expediente: 01794-2010-0-1001-JR-FC-01**, Sentencia de la corte superior de justicia de cusco
2. **casación 1252-2015 lima norte** tenencia y custodia de menor corte suprema de justicia de la república sala civil transitoria
3. **CAS. N.º 4429-2013 LIMA** tenencia y custodia de menor. la sala civil transitoria de la corte suprema de justicia de la república
4. **CASACIÓN 2702-2015 LIMA** variación de tenencia corte suprema de justicia de la república sala civil transitoria
5. **CASACIÓN 1384-2012 UCAYALI** tenencia y custodia de menor corte suprema de justicia de la república sala civil permanente
6. **TESIS TENENCIA COMPARTIDA y desarrollo integral del niño, niña y adolescente** nivel del primer juzgado transitorio de familia, lima sur, 2013.
7. **TESIS el interés superior del niño y adolescente** en la adopción internacional en el Perú **JIMENA BEATRIZ ALIAGA GAMA** Lima, junio de 2013

8. **Tesis el síndrome de alienación parental** y su relación con los procesos de tenencia desde la perspectiva del principio del interés superior del niño medina **RAMÍREZ, PAULA CAROLINA** lima – Perú 2016
9. **TESIS DOCTORAL Custodia compartida y protección jurídica del menor** **EMILIA FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN** Madrid, 2017
10. **TESIS INCUMPLIMIENTO del régimen de visitas de los hijos menores de edad**, en los Juzgados de Familia de Lima-2015
11. **INFORME DE INVESTIGACIÓN 103/2014-2015**, congreso de la republica tenencia compartida

Libros:

1. **Autor: SUAREZ FRANCO, Roberto**, Libro Derecho de Familia. Tomo II. (3era. Ed.) editorial Bogotá: Themis, edición 1999
2. **Autores: MEJIA, Pedro y URETA. Milagros**, libro Tenencia y Régimen de visitas. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas. Edición 2007
3. **Autores: CASTELLANOS, J., Díaz, L., HERNÁNDEZ, J. PEZO, J., & SOSA, J.** Libro instituciones supletorias del amparo; ediciones Chiclayo- Edición 2011
4. **Autor: MEZA Gutiérrez, M A**, libro Derecho de Familia. Universidad Centroamericana. Editora Managua -Edición 2004
5. **Autor: BURIN, Mabel.** libro Género y Familia. Editora Paidós, Buenos Aires. Edición 2001

ANEXOS

METODO DE CASO: “. TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR; CASACIÓN N° 3767-2015- cusco”

Autor: HUAYUNGA PACAYA AGUSTO.

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGIA
Determinar 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	GENERAL Analizar la Casación N° 3767 -2015 – CUSCO Sobre Tenencia y Custodia de menor	- El Supremo Tribunal (Sala civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de República) es la máxima autoridad de administrar justicia, tiene la potestad de emitir precedentes vinculantes. - Si en el caso de las tenencias de menor de edad nos encontramos en la situación de definir lo mejor para el niño o adolescente tutelando su derecho inspirado en el interés superior que le asiste	VARIABLE INDEPENDIENTE Tenencia y custodia de menor	Racionalidad de fallo. Sobre Tenencia y Custodia de Menor	1. TIPO DE INVESTIGACIÓN Descriptivo-explicativo
Identificar De forma excepcional, la aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N.º 29364, por la causal de: Infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú,	ESPECÍFICOS Analizar los alcances de los tipos Tenencia de menores. Analizar la importancia del Principio del Interés Superior del Niño.	Si en el caso de las tenencias de menor de edad nos encontramos en la situación de definir lo mejor para el niño o adolescente tutelando su derecho inspirado en el interés superior que le asiste	VARIABLE DEPENDIENTE determinar con cuál de los progenitores deben de permanecer los hijos en un divorcio o separación	Congruencia del fallo del Tribunal Supremo.	2.DISEÑO - No experimental 3.MUESTRA - Expedientes casación 3767-2015 cusco
Determinar si La Tenencia Compartida, asocia solidariamente a una pareja; coparental, y si es referente que modula la función paternal con un clima y equilibrio interaccional dinámico, basada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño	Identificar cuáles son los factores empleados para optar por un tipo de Tenencia	- En determinar de con cuál de los progenitores deben de permanecer los hijos en un divorcio o separación - critérios que proceda la tenencia el artículo 81 y 84° del código de niño y del adolescente, prevalece el bien jurídico el derecho a la vida a un trato digno.	Determinar en qué, criterios proceda la tenencia	El Principio del Interés Superior del Niño como factor importante, mediante la aplicación, que considera al niño como sujeto de derechos, que garantiza su desarrollo integral, en virtud que participe del proceso familiar responsabilidad compartida,	4.TECNICAS Análisis Documental 5.INSTRUMENTOS Expediente, tesis casaciones, informes. libros

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3767-2015CUSCO

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 existan - 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.*

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.º 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 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 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 Nº 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 humanos⁶⁹.

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 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.⁷⁰

⁶⁹ *Sentencia de Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento*

⁷⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 375.

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 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.

DIAPOSITIVAS DE EXPOSICIÓN



UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
MÉTODO DE CASO JURÍDICO

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR.

CASACIÓN N° 3767-2015- CUSCO"

AUGUSTO HUAYUNGA PACAYA



INTRODUCCIÓN

el presente análisis de la **casación no 3767 -2015- cusco, tenencia y custodia de menor**

la sala civil de la corte superior de justicia de cusco dispuso; que el **demandado Giancarlo Edison Vargas** cabrera entregue dentro del quinto día de notificado, a su menor hijo a la **demandante Elvira Erika cabrera huayllani** bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada

la sala superior, mediante sentencia la confirma, como fundamentos: que el sistema peruano ha optado por la tenencia de **carácter monoparental**,

el **planteamiento del problema**, determinar 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,

de forma excepcional, en aplicación del artículo 392-a del código procesal civil, modificado por la ley n.º 29364, por la causal de: **Infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la constitución política del Perú**,

existen **antecedentes**, en nuestro ordenamiento jurídico con **posibilidad de promover la tenencia compartida** o coparentalidad se evidencia la importancia que radica en la aplicación por parte de nuestros magistrados



OBJETIVOS

GENERAL

Analizar la casación N° 3767-2015-cusco

ESPECÍFICOS

- Analizar los alcances de los tipos de tenencia
- Analizar el interés superior del niño y el adolescente
- Identificar cuales son los factores empleados para optar por un tipo de tenencia

VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE

Tenencia y custodia de menor

VARIABLES DEPENDIENTES

- determinar el tipo de tenencia que corresponden a los hijos en casos de divorcios o separación en el procedimiento de juzgado de familia
- analizar la importancia del interés del niño en los procedimientos de tenencia



• **METODOLOGÍA:**

El presente trabajo de investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA-EXPLICATIVA

• **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 Republica recaída en la Casación N° 3767-2015- CUSCO.

• **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 DE DOCUMENTOS,**

con esta técnica se obtendrá la información sobre la Casación N° 3767-2015- CUSCO, artículo 81° y 84°, código de niños y adolescentes.

- **FICHAJE DE MATERIALES ESCRITOS,** para obtener la información general del marco teórico y la situación de la legislación, para su modificación. Se consulto normas, leyes, casaciones, tesis, informes.



MARCO TEORICO

MARCO REFERENCIAL

ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

• CASACIÓN 1252-2015 LIMA norte tenencia y custodia de menor corte suprema de justicia de la república sala civil transitoria

• TESIS tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente primer juzgado transitorio de familia, lima sur, 2013.(Chong Espinoza suan Corali)

• TESIS el síndrome de alienación parental y su relación con los procesos de tenencia desde la perspectiva del principio del interés superior del niño medina RAMÍREZ, PAULA CAROLINA lima – Perú 2016



EVOLUCION NORMATIVA

CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1852.

TÍTULO IX, REGLAS QUE SE OBSERVARAN DURANTE LOS JUICIOS DE NULIDAD DE MATRIMONIO O DE DIVORCIO.

Art. 201. Los hijos del matrimonio cuyo divorcio ó nulidad se pretende, continuarán, durante el juicio, al cuidado del marido, a no ser que razones de convivencia de ellos, determinen al juez a encargarlos á la madre, ó á ponerlos bajo de un guardador provisional. Ninguna de estas disposiciones exime á los padres de la obligación que tienen de alimentar a sus hijos.

Art. 202. No se puede negar á la mujer honesta el que tenga á las hijas en su poder, si ella no ha dado causa para la demanda del divorcio, la mujer, en todo caso tiene el derecho de conservar a los hijos hasta la edad de tres años.

TÍTULO X, EFECTOS DEL DIVORCIO

Art. 210. Los hijos se confiarán al esposo que obtuvo el divorcio, á no ser que el juez de la causa determine otra cosa, por el mejor bienestar de ellos; más el padre y la madre quedan obligados á cuidar de su alimento y educación, contribuyéndole á estos gastos en proporción á sus facultades.

CODIGO CIVIL PERUANO DE 1936.

• SECCION TERCERA: DEL DIVORCIO TITULO II DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

Artículo 255

Los hijos se confiarán al cónyuge que obtuvo el divorcio, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge, o, si hubiere motivos graves, una tercera persona. Esta designación deberá recaer por su orden, y, siendo **posible, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.**

Artículo 256.

Si ambos cónyuges fueren culpables, **los hijos varones mayores de siete años quedarán a cargo del padre y las hijas menores de edad al cuidado de la madre**, a no ser que el juez determine otra cosa.

Artículo 258.

En todo caso, el padre y la madre quedan obligados a cuidar del **alimento y educación** de los hijos, contribuyendo para estos gastos en proporción a sus facultades.

Artículo 259.

En cualquier tiempo, el juez podrá dictar a pedido de uno de los padres, de **los hermanos mayores de dieciocho años o del consejo de familia**, las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos. Esta petición se sujetará a los trámites establecidos para los incidentes en el Código de Procedimientos Civiles.

CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

TITULO III Patria Potestad

CAPITULO UNICO

Ejercicio, contenido y terminación de la Patria Potestad

Artículo 418.- Noción de la patria potestad

Por la patria potestad **los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.**

Artículo 419.- Ejercicio conjunto de la patria potestad

La patria potestad se ejerce **conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio**, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo

Artículo 420.- Ejercicio unilateral de la patria potestad

En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, **la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos.** El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

CONSTITUCIÓN POLITICA PARA LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1979

CAPITULO II, DE LA FAMILIA

Artículo 5.

El Estado **protege el matrimonio y la familia** como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. **Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley**. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, **inalienable** y transmisible por herencia.

Artículo 6

El estado ampara la paternidad responsable. **Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos**, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos (.....)

Artículo 7. La madre tiene derecho **a la protección del estado** y a su asistencia en caso de desamparo.

Artículo 8. El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral.

MARCO LEGAL SOBRE TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ

• CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993

ARTÍCULO 6°.

La política nacional de población tiene como objetivo **difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias** y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y las informaciones adecuadas y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. **Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.**

- **LEY 27337 Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes**

Artículo 81.- Tenencia. - Cuando los padres estén separados de hecho, **la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente.** De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

artículo 84.- facultad del juez. - En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con **el progenitor con quien convivió mayor tiempo,** siempre que le sea favorable.
- b) El hijo **menor de tres años permanecerá con la madre.**
- c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, **debe señalarse un Régimen de Visitas.** Precisa que, en caso de los padres separados, se determina la tenencia de los hijos por común acuerdo. Y si por alguna razón causara perjuicio a los niños niñas o adolescentes, por no existir acuerdo entre los padres, entonces la tenencia lo resolverá el juez especializado.

- **LEY 29269, Ley que modifica los artículos 81º y 84º del Código de los Niños y Adolescentes**

Artículo 81.- Tenencia. - Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta **el parecer del niño, niña o adolescente.** De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, **pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.**

Artículo 84.- facultad del juez. - En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable
- b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre
- c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, **debe señalarse un Régimen de Visitas.** En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. Con la modificatoria del artículo 81, **el juez puede disponer la tenencia compartida,** tal como se distingue en su segundo párrafo, salvaguardando el interés superior del niño, niña o adolescente. En el artículo 84, con la modificatoria, **el juez otorga la tenencia a uno de los progenitores que mejor garantice la tenencia del niño o niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor,**

incorporando la tenencia compartida. 16 de octubre de 2008, publicado en el diario oficial el peruano

DOGMÁTICA JURÍDICA

- **ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI**

LA PATRIA POTESTAD la Patria Potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y de los hijos Dentro de la estructura familiar, entonces, tanto los padres como los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre sí, esto configura la denominada relación jurídica

- **MOSQUERA VASQUEZ**

LA TENENCIA es una institución que vincula únicamente a los padres con sus hijos, a ningún otro miembro de la familia. En caso de no existir padres, estaremos ante la figura de la tutela, que tiene por finalidad el cuidado del menor que no esté bajo la patria potestad, lo que incluye el cuidado de su persona y de sus bienes,

PABLO RODRÍGUEZ GREZ; (Instituciones de Derecho Sucesorio "Santiago de Chile", 20 de diciembre de 1994-p. 432)

LA TENENCIA MONOPARENTAL son estudios sociológicos de simple altermanía que no provoca ningún trastorno en el menor, lo que ocasiona daños es la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres, que genera severos traumas. ansiedad, confusión y conflicto posterior a la separación, nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida de mantener una relación plena con cada uno de sus padres.

- **MARÍA CUCULIZA**

La paternidad y copaternidad señala que son vínculos personales y el contacto directo que un niño debe mantener con el padre o madre son un derecho protegido por nuestras leyes nacionales (Perú) y por normas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño. Todas estas reglamentaciones reiteran y ratifican, a la vez, el Principio del Interés Superior del Niño como aquel que toda autoridad debe considerar al adoptar una medida que involucra a un menor

- **BENJAMÍN AGUILAR LLANOS**

LA CUSTODIA constituye un deber, de los padres los obliga a la protección y cuidado de los hijos

- **JEAN ZERMATTEN**

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

es un principio de interpretación jurídica fundamental (.....) se puede atribuírsele dos significados:

- 1) el interés superior como regla de procedimiento
- 2) el interés superior como garantía de que este principio será aplicado siempre que se deba tomar una decisión concierne a un niño o a un grupo de niños.

- **AGUILAR, JOSÉ**

EL SAP son sentimientos naturales del niño, unidos a la doble presión afectiva a la que se encontrara sometido, pueden llevarle a mostrar un claro rechazo hacia uno de los padres habitualmente el que se fue, al mismo tiempo que parece proteger al otro, y con su postura pretende garantizar al menos el amor, desde su entendimiento, de uno de sus padres, y al mismo tiempo expresa su protesta por la nueva realidad que se niega

RESULTADOS

Con respecto al análisis de la casación estudiado, esto es, la Casación N° 3767-2015-cuzco, se tiene que Elvira Erika Cabrera Huayllani interpone **demanda de tenencia y custodia de su menor hijo, Giancarlo Edison Vargas Cabrera** contra **Edison Vargas Estrada**; siendo sus fundamentos de hecho, la conducta del demandado; **el alcoholismo, incumpliendo con sus obligaciones económicas, amenazaba permanente con quitárselo. A su menor hijo.** El veintiséis de diciembre de dos mil doce el demandado llevo a la ciudad del Cusco al menor sin su consentimiento. El demandado se negó a devolverle a su menor hijo, aduce que el demandado es la persona menos indicada para estar a su cuidado, por ser una persona emocionalmente **inestable, abusivo, obsesivo, irresponsable y violento.**

Edison Vargas Estrada contesta la demanda señalando que es **empleado, estable en el Hospital de Es salud de Cusco,** siendo **falso que tenga problemas de alcoholismo,** que Nunca desamparó económicamente a su menor hijo, **ante el abandono moral, económico , grave peligro que corre su integridad física, psicológica y moral,** el veintidós de diciembre de dos mil doce, visitó a su hijo en la ciudad de Arequipa, encontrándolo en estado calamitoso, sin aseo personal, con ropa no adecuada, mal de salud, además que **la demandante pidió que el menor esté a su cuidado y que lo llevara a la ciudad del Cusco** Sorprendentemente la accionante había asentado una denuncia en la ciudad de Arequipa y, posteriormente, en la ciudad del Cusco, **Asevera que él brinda mejores atención, desarrollo, un clima de tranquilidad ,armonía y paz, considerando, su formación educativa a matriculado al menor en la Institución Educativa Nuestra Señora del Rosario,** dedicándose a su trabajo y al cuidado exclusivo de su menor hijo.

Seguido el juicio de primera instancia, se advierte que: La sala civil de la corte de cusco, mediante sentencia de **FOJAS NOVECIENTOS VEINTE, DE FECHA VEINTIOCHO DE ENERO DE DOS MIL QUINCE,** **declara fundada la demanda.**

fundamentos de su decisión,

- que el demandado apartó al menor de su cuidado de la demandante.
- no se demostró los hechos de violencia familiar
- no existe posibilidad de riesgo contra la integridad física y moral del menor conforme han arrojado los informes psicológicos,
- el demandado es inestable emocionalmente, es violento, vulgar y sarcástico,
- la accionante **Elvira Erika Cabrera Huayllani,** no presenta **sintomatología psicopatológica** que le impida una adecuada percepción y evaluación de la realidad, **presenta una reacción ansiosa mixta depresiva que está asociada a la situación de su menor hijo y al proceso judicial de Tenencia.**
- Finalmente, a fojas quince, obra la Resolución número uno, de fecha cinco de noviembre de dos mil cinco, sobre un proceso de Alimentos, 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

La defensa del demandado **EDINSON VARGAS ESTRADA** interpone recurso de **APELACIÓN** a 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 la sentencia recurrida de primera instancia**

como fundamentos expone

- que el sistema peruano ha optado por la **tenencia de carácter monoparental**;
- que el menor actualmente cuenta con seis años de edad y vive con su padre, quien no le permite ver al menor a la recurrente 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);
- se requirió en varias ocasiones que el demandado cumpla con la entrega del menor a su madre,
- En las diferentes entrevistas realizadas al menor, 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; **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**.

la defensa técnica del demandado Edison Vargas Estrada interpuso CASACIÓN 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.

Cumplido los trámites procesales, la sala civil de la corte suprema de justicia de la republica vista la causa número tres mil setecientos sesenta y siete del dos mil quince, integrantes de la Sala civil de la corte suprema de Justicia de la República, **acordaron:**

1. **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco; por consiguiente,
2. **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, **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;

1. **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.
2. **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
3. **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*.

Teniendo presente que la decisión antes acotada, por los integrantes de la Sala Civil transitoria de la corte suprema de justicia de la republica se debió a los siguientes fundamentos:

1. 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, 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.

2. 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.

3. 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.

4. 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

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 373.

DISCUSIÓN

- **INDEBIDA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 418 Y 423 INCISO 5 DEL CÓDIGO CIVIL**

Señala que si bien el artículo 418 del Código Civil define la patria potestad como el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo que es distinto a la pretensión demandada que es el derecho a la tenencia y custodia del menor, el *Ad quem* **no ha tomado en cuenta la opinión del menor expresada en la audiencia complementaria** de fecha diez de julio de dos mil trece.

- **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DEL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

Norma que regula la tenencia del niño y del adolescente, **puesto que la Sala Superior no ha considerado el extremo de la citada norma en cuanto dispone que se determine la tenencia tomando en consideración el parecer del menor**, por cuanto, a lo largo de la declaración de éste, ha hecho alusión, de que quiere quedarse bajo la custodia de su padre. Ello se debe a que, como se encuentra acreditado en autos, **la madre abandonó a su menor hijo para irse a vivir con una tercera persona, hecho que no ha sido desacreditado a lo largo del proceso.**

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 N° 29269, en adelante, se tiene que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, **el juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable**; que **el hijo menor de tres años permanecerá con la madre**; y para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas, siendo además que en cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. Siendo así, se tiene que no se aprecia tal infracción normativa, toda vez que los criterios establecidos en dicha disposición están sujetos a ser aplicados según el interés del menor.

• **INFRACCIÓN NORMATIVA DEL ARTÍCULO 139 INCISO 3 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Alega que la sentencia de vista ha perjudicado su derecho en beneficio de la demandada, máxime si ella no apeló la sentencia. La doctrina nacional e internacional es unánime al prescribir que **no se puede reformar la sentencia de manera peyorativa** para la única parte apelante, es decir, **el Ad quem ha incurrido en reformatius in peius, la Sala Superior sólo pudo reformar la sentencia a favor del recurrente y no en contra como ha ocurrido en el presente caso**, al haber concedido la tenencia de su menor hijo a la parte demandada. De la simple lectura del proceso se puede constatar que la demandada se limitó a solicitar la tenencia compartida, por ende, al otorgársele la tenencia total de su menor hijo, el recurrente alega encontrarse frente a un fallo *extra petita*, pues la sentencia rebasa el marco de la demanda en términos cualitativos, es decir, se pronuncia otorgando contraria. El fundamento central para sancionar el fallo extra petita en nuestro sistema procesal radica en que constituye éste una infracción al debido proceso contemplado en la norma antes citada pretensiones que no han sido materia de la demanda, esto es, cuando se otorgan conceptos o derechos que no forman parte del petitorio de la misma y menos, se fijó como punto controvertido la tenencia a favor de la parte.

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**.

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 periodos 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.

CONCLUSIONES

1. **LA TENENCIA MONOPARENTAL**, es una figura jurídica que **disocia la relación paterno-filial** que desvincula y **provoca una semi orfandad artificial** sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad (según a quien se le otorgó la responsabilidad de custodia).
2. **LA TENENCIA MONOPARENTAL**, representa el **poder hegemónico** asentado generalmente en la madre, quien con diversos atributos otorgados logran desdecir de la paternidad.
3. **LA TENENCIA COMPARTIDA**, es el reflejo de la tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, como referente que **modula la función paternal con un clima y equilibrio interaccional dinámico, basada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño**, que potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socio afectivos como alianza coparental constituyéndose en soporte mutuo en la trama emocional con los hijos.
4. **EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO** es un factor importante, mediante aplicación, que considera al niño como sujeto de **derechos, que garantiza su desarrollo integral, en virtud que sea participe del proceso familiar de responsabilidad compartida**, esto permite la integración con sus padres, quienes son responsables de salvaguardar el principio de interés superior, de garantizar la protección en actos que puedan afectar a sus hijos.
5. Se determinó que varias sentencias analizadas, **en el tema de tenencia de menor se otorgaron la Tenencia Monoparental, exclusivamente a favor de la madre**, quien fue la demandante. El órgano jurisdiccional debe analizar la norma y aplicarla correctamente en cada caso concreto.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda Aplicar **Tenencia Compartida** o Coparental, como regla general, que implica contribuir y relacionar aspectos socio-jurídicos, con la adecuada aplicación de los criterios y correcta discrecionalidad del juez, **sostener la familia partida**, para que el padre y la madre sean participe parentalmente, en consideración de afectividad y el rol socializador suministrado por las figuras parentales. Que permite el sostenimiento del lazo paterno-filial, la obligación económica dual, la reducción del alejamiento paternal, la disminución de la sobrecarga de la maternidad y la separabilidad entre parentalidad y conyugalidad.

2. El Principio del Interés Superior del Niño, es un mecanismo efectivo de protección de los derechos de los niños, ligados a la protección general de los derechos humanos, los jueces especializados en Familia, deberán aplicar la correcta discrecionalidad, integrando factores que objetivise el otorgamiento de la Tenencia de menores, en razón de reconocer que los niños pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres, que comprenden su desarrollo integral difiriendo de su edad.

3. Se recomienda, a los jueces especializados en Familia, mayor reserva con la aplicación y formulación de su criterio para otorgar o reconocer la Tenencia Monoparental, ya que puede generar inculcación maliciosa y comportamiento alienador de los diversos síndromes de alienación parental (SAP) un poder de sugestión y coacción, lesionando al niño, al entorno familiar y específicamente a la madre o padre, provocando parentectomías y el alejamiento parental.

▶ GRACIAS

