

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**LA TENENCIA COMPARTIDA JUDICIAL Y EL DERECHO DEL NIÑO Y  
ADOLESCENTE A VIVIR EN FAMILIA**

**Tesis para optar el Título Profesional de Abogado**

**Tesista: Bach. Rosa Antonia Vengoa Valdiglesias**

**Asesor: Mgt. Pedro Crisólogo Aldea Suyo**

**Cusco, Perú**

**2020**

## **DEDICATORIA**

A Dios, por proteger e iluminar mi sendero.

Con gratitud a mis padres y hermanos, quienes son ejemplo de dedicación, perseverancia y fortaleza.

A mis docentes por incentivar mi pasión por la ciencia jurídica.

A mis amigos, quienes alientan la consecución de mis metas.

## RESUMEN

Constitucionalmente, el Estado protege a la familia, y reconoce a este como un instituto natural y fundamental de la sociedad, en esa línea de ideas, se tiene que la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables.

Ahora bien, la Convención de los Derechos del niño, contempla en el artículo 9.3, que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Nuestra legislación reconoce el derecho del niño y el adolescente a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. Así, el niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado, no pudiendo ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

De las precisiones legales anteriormente descritas, podemos inferir la importancia del desarrollo del niño en el seno familiar, primando en todo momento el interés superior del niño, entendido este como la protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la Convención).

Es así que mediante Ley N° 29269 se incorpora la tenencia compartida, denominada también coparental, entendida esta como una atribución de la patria potestad, de tal modo

que ambos padres, ejerciendo una paternidad responsable, velen por el desarrollo integral del menor.

Consecuentemente, se esgrime la importancia del establecimiento, desarrollo y fortalecimiento del vínculo del menor con ambos progenitores, permitiendo de esta manera la preeminencia del derecho fundamental de éste a vivir en familia, y de los derechos conexos.

**Palabras clave: Tenencia, Tenencia compartida, Coparentalidad, Corresponsabilidad,**

**Interés Superior del niño, Derecho a vivir en familia del niño y adolescente**

## SOMMARIO

Costituzionalmente, lo Stato protegge la famiglia e riconosce questo come un istituto naturale e fondamentale della società, in quella linea di idee, si ritiene che la politica nazionale sulla popolazione miri a diffondere e promuovere la paternità e la maternità responsabili.

Tuttavia, la Convenzione sui diritti del fanciullo, nell'articolo 9.3, contempla che "gli Stati Parti devono rispettare il diritto del fanciullo che è separato da uno o entrambi i genitori di mantenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori su base regolare, salvo se ciò è in contrasto con l'interesse superiore del minore ”.

La nostra legislazione riconosce il diritto dei bambini e degli adolescenti di vivere, crescere e svilupparsi all'interno della propria famiglia. Pertanto, i bambini e gli adolescenti che non hanno una famiglia naturale hanno il diritto di crescere in un ambiente familiare adeguato, non potendo essere separati dalla loro famiglia ma da circostanze speciali definite nella legge e con il solo scopo di proteggerli. I genitori dovrebbero garantire che i loro figli ricevano le cure necessarie per il loro adeguato sviluppo integrale.

Dai dettagli legali sopra descritti, possiamo dedurre l'importanza dello sviluppo del bambino nella famiglia, dando sempre la priorità al miglior interesse del bambino, inteso come protezione integrale e simultanea dello sviluppo integrale e della qualità o "adeguato standard di vita" "(art. 27.1 della Convenzione).

Pertanto, attraverso la legge n. 29269, il mandato condiviso, noto anche come coparentale, viene incorporato, inteso come un'attribuzione dei diritti dei genitori, in modo che entrambi i genitori, esercitando la paternità responsabile, assicurino lo sviluppo integrale del bambino.

Di conseguenza, viene utilizzata l'importanza di stabilire, sviluppare e rafforzare il legame del bambino con entrambi i genitori, consentendo così la preminenza del diritto fondamentale del bambino a vivere in famiglia e i relativi diritti.

**Parole chiave: Custodia, Affidamento condiviso, coparents, responsabilità congiunta, miglior interesse del bambino, Diritto dei bambini e delgi adolescente a vivere in familia.**

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	ii
RESUMEN.....	iii
SOMMARIO.....	v
ÍNDICE DE TABLAS .....	xii
INTRODUCCIÓN .....	xiv
CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	1
1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA .....	1
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
1.2.1 PROBLEMA GENERAL .....	4
1.2.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS .....	4
1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	4
1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	5
1.4.1 OBJETIVO GENERAL.....	5
1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	5
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	7
2.1 BASES TEÓRICAS.....	7
2.1.1 LA TENENCIA EN EL DERECHO DE FAMILIA: BASES JURÍDICO CONCEPTUALES RELATIVAS A LA TENENCIA .....	7

2.1.1.1 La familia y su protección en el sistema jurídico peruano.....	7
2.1.1.2 Evolución del Derecho de familia en el sistema jurídico peruano.....	11
2.1.1.3 El matrimonio y la unión de hecho, y su protección en el sistema jurídico peruano.....	13
2.1.1.4 La separación de cuerpos y/o divorcio.....	16
2.1.1.5 Definición de Patria Potestad.....	17
2.1.1.6 Tenencia.....	18
2.1.1.7 Regulación jurídica de la tenencia en el derecho nacional y comparado.....	21
2.1.2 LA TENENCIA COMPARTIDA O COPARENTALIDAD.....	31
2.1.2.1 Evolución histórica de la tenencia compartida.....	32
2.1.2.2 Principios de coparentalidad y corresponsabilidad.....	35
2.1.2.3 Modalidades de la tenencia compartida o coparentalidad.....	37
2.1.3 DERECHO A VIVIR EN FAMILIA.....	38
2.1.3.1 Declaración de los Derechos del Niño.....	41
2.1.3.2 Convención sobre los Derechos del Niño.....	42
2.1.3.3 El derecho del niño y adolescente a vivir en familia.....	47
2.1.3.4 Principio- derecho Dignidad de la persona humana.....	52
2.1.3.5 Derecho a la vida y la integridad personal.....	53
2.1.3.6 Derecho del niño a la identidad.....	54
2.1.3.7 Derecho al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar.....	57
2.2 MARCO CONCEPTUAL.....	58



2.3 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	59
2.3.1 Internacional.....	59
2.1.2 Nacional .....	60
2.1.3 Locales .....	61
 CAPITULO III HIPOTESIS Y CATEGORIAS.....	 66
3.1 HIPÓTESIS.....	66
3.2 CATEGORÍAS DEL ESTUDIO.....	66
 CAPÍTULO IV METODOLOGÍA .....	 68
4.1 Ámbito de estudio .....	68
4.2 Tipo y nivel de investigación .....	68
4.3 Unidad de análisis .....	70
4.4 Población.....	70
4.5 Técnica de selección de estudio: Muestra no probabilística .....	70
4.6 Técnicas e instrumentos de recolección de información.....	70
4.6.1 Técnicas.....	70
4.6.2 Instrumentos.....	70
4.7 Técnicas de análisis e interpretación de la información.....	71
 CAPÍTULO V RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	 72

5.1 REGULACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO Y COMPARADO .....	72
5.1.1 La tenencia compartida en el Perú y sus fuentes jurídicas.....	72
5.1.1.1 Convención sobre los derechos del niño.....	72
5.1.1.2 Fuente legislativa .....	73
5.1.1.4 Fuente jurisprudencial.....	74
5.1.2 La tenencia compartida en el Derecho comparado .....	76
5.1.2.1 Legislación y jurisprudencia española: La guarda y custodia compartida.....	77
5.1.2.2 Legislación italiana: <i>Affidamento condiviso</i> .....	86
5.1.2.3 Legislación Brasileña: La guarda compartida.....	89
5.4.2.3 Legislación Chilena: Tuición compartida .....	90
5.2 PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE A VIVIR EN FAMILIA, EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO.....	92
5.2.1 Constitución Política del Perú.....	93
5.2.2. Legislación Peruana .....	94
5.2.2.1 Artículo 233 del Código Civil.....	94
5.2.2.2 Artículo 8 del Código del Niño y Adolescente .....	95
5.2.2.3 Decreto Legislativo 1408 .....	96
5.3 VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN FAMILIA EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE TENENCIA.....	98

5.4 APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN BASE AL TRATAMIENTO LEGISLATIVO Y DOGMATICO EN EL PERÚ.....	101
5.4.1 Análisis e interpretación de casos de tenencia compartida en el Distrito Judicial de Cusco.....	103
5.4.2 Análisis e interpretación de entrevista a magistrados .....	117
5.4.3 Análisis de entrevista a experto.....	120
5.5. INCIDENCIA DE LA INAPLICACIÓN JUDICIAL DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL Y HUMANO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTE .....	125
5.6 RESULTADOS: FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS EN FAVOR DE LA TENENCIA COMPARTIDA .....	125
CONCLUSIONES .....	128
RECOMENDACIONES .....	130
PROYECTO DE LEY QUE PROPONE MODIFICAR LOS ARTÍCULOS 81 Y 84 DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE PARA LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA.....	131
BIBLIOGRAFÍA.....	135
ANEXOS.....	145

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 – Categorías y subcategorías de estudio. ....	66
Tabla 2 – Tipo y Nivel de Investigación. ....	68
Tabla 3 - Pretensiones relativas a tenencia, interpuestas en el Primer Juzgado de Familia...	103
Tabla 4 - Demandantes en procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Primer Juzgado de Familia.....	103
Tabla 5 - Estado de los procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Primer Juzgado de Familia.....	104
Tabla 6 - Interrelación de la pretensión y los demandantes en procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Primer Juzgado de Familia .....	104
Tabla 7 - Pretensiones relativas a tenencia, interpuestas en el Segundo Juzgado de Familia	105
Tabla 8 - Demandantes en procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Segundo Juzgado de Familia.....	105
Tabla 9 - Estado de los procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Segundo Juzgado de Familia.....	105
Tabla 10 - Interrelación de la pretensión y los demandantes en procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Segundo Juzgado de Familia .....	106
Tabla 11 - Pretensiones relativas a tenencia, interpuestas en el Tercer Juzgado de Familia .	106
Tabla 12 - Demandantes en procesos relativos a tenencia, interpuestas.....	107
Tabla 13 - Estado de los procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Tercer Juzgado de Familia.....	107
Tabla 14 - Interrelación de la pretensión y los demandantes en procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Tercer Juzgado de Familia .....	107
Tabla 15 - Pretensiones relativas a tenencia, interpuestas en el Cuarto Juzgado de Familia.	108

Tabla 16 - Demandantes en procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Cuarto Juzgado de Familia.....	108
Tabla 17 - Estado de los procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Cuarto Juzgado de Familia.....	109
Tabla 18 - Interrelación de la pretensión y los demandantes en procesos relativos a tenencia, interpuestas en el Cuarto Juzgado de Familia .....	109

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación da cuenta de la relación directa de la tenencia compartida declarada judicialmente con el goce pleno del niño y/o adolescente a vivir en familia, habiéndose sido evidenciada como la figura de tenencia que mejor cautela los derechos del niño y adolescente, y busca su desarrollo integral, tras la ruptura del vínculo de los cónyuges y/o convivientes por razones de diversa índole.

A continuación, se describe el contenido de la investigación de manera general, conforme las exigencias y los parámetros establecidos para el desarrollo de la misma:

El primer capítulo titulado Planteamiento del problema, aborda la situación problemática, y a continuación la formulación del problema general y problemas específicos, mediante los cuales se canaliza la situación problemática que ha dado pie a nuestra investigación, efectuando posteriormente las justificaciones de la investigación, para finalizar con el objetivo general y los objetivos específicos, los mismos que coadyuvaran al fin investigativo.

El segundo capítulo titulado Marco Teórico conceptual aborda el desarrollo de la Bases teóricas, a saber, la Tenencia en el Derecho de familia: Bases jurídico conceptuales relativas a la tenencia, la Tenencia compartida o coparentalidad y Derecho a vivir en familia, a continuación el Marco Conceptual que contiene la conceptualización de terminología relevante; y finalmente los Antecedentes de la Investigación, a nivel internacional, nacional y local.

El tercer capítulo titulado Hipótesis y categorías, que plantea la hipótesis de la investigación, así como las categorías del estudio, al tener la investigación un enfoque cualitativo.

El cuarto capítulo titulado Metodología, en el que se precisa el ámbito de estudio, tipo y nivel de investigación, la unidad de análisis, población, técnica de selección de estudio, técnicas e instrumentos de recolección de información, y finalmente la técnica a utilizar para el análisis e interpretación de la información

El quinto capítulo titulado Resultados y discusión, en el que se aborda temas de incidencia en correlato a los objetivos planteados, a saber, la regulación de la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano, la protección del derecho del niño y adolescente a vivir en familia en los procesos judiciales de tenencia, aplicación de la tenencia compartida en base al tratamiento legislativo y dogmático en el Perú, Incidencia de la inaplicación judicial de la tenencia compartida en el derecho fundamental del niño y adolescente a vivir en familia.

Se finaliza con las conclusiones y correspondientes recomendaciones, y al ser una investigación de tipo propositiva se efectúa el alcance del proyecto de ley formulado, a la luz de nuestra investigación.

## **CAPÍTULO I**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA**

En el Perú, la figura de la tenencia fue incorporada dentro del Código del Niño y del Adolescente, mediante la ley N° 27337 de fecha 08 de agosto de 2000, teniendo prevista únicamente la tenencia exclusiva o monoparental; posteriormente, la ley 29269, de fecha 17 de octubre de 2008, contempla la figura de tenencia compartida o biparental.

Entendamos la tenencia como aquel atributo de la patria potestad que está relacionada con el cuidado directo de los hijos, y para cuya realización necesitan la convivencia del progenitor con el niño o niña. (Rabadán, 2003)

La ley N° 29269, modifica los artículos 81 y 84 del Código de Niños y Adolescentes, incorporando la figura de tenencia compartida; así, precisa que la aplicación de ésta puede ser dispuesta por el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento; sin embargo, se advierte que la referida institución es regulada de manera insuficiente, al solo ser mencionada y sin dotar de los criterios necesarios para su viabilidad.

Es de advertir en tal sentido, que los criterios para determinar la tenencia de los hijos no se encuentran debidamente establecidos o regulados, dejándose al simple arbitrio del juez la forma del establecimiento del régimen de tenencia, lo cual conlleva a aplicar criterios difusos y en muchos casos divergentes, basados en conceptos arcaicos, estigmatizantes, discriminatorios, inconsistentes y genéricos, sin una previa evaluación real, es decir, de



acuerdo a cada caso en específico, en el que se omite verificar las posibilidades, condiciones y destrezas que tiene cada progenitor para el cuidado de sus hijos.

Siendo ello así, y habiendo variado los paradigmas respecto de los roles de cada progenitor, madre “ama de casa” y el padre “proveedor”, en tiempo que se enarbola el derecho de igualdad, es preciso reformular la institución familiar de la tenencia, bajo la premisa de que ambos padres están en igualdad de condiciones de brindar cuidado, protección, provisión, afecto y promoción de sus capacidades para con sus hijos.

Por lo que, en la búsqueda de otorgar igualdad por razones de género, en fecha 12 de marzo de 2007, se promulga la Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, ley que tiene por objeto “establecer un marco normativo, institucional y de políticas públicas, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos de igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida (...)”

Sin embargo, es la práctica social y judicial de las diferentes instituciones del Derecho de familia, que se practican en un basamento tradicional, principalmente motivadas por apreciaciones subjetivas que terminan limitando derechos de los integrantes de la familia, usualmente consideraos como las partes que provocaron un perjuicio, como el caso de la crisis o la separación conyugal. (Bermúdez, 2012)

De otro lado, se tiene una inadecuada concepción de régimen de tenencia que se analiza y establece desde la perspectiva de los padres, y no así desde el derecho que tienen los hijos a relacionarse con sus progenitores, aun cuando estos estuviesen separados. El establecimiento de régimen de tenencia exclusiva afecta la dignidad de los hijos, ya que los cosifica o instrumentaliza, con fines subterfugios de índole económica, personal, social y otros que generan la alienación parental, deterioro de la relación parental (padrectomía), lo que desemboca en una violencia de tipo psicológico, lo cual es atribuible no solo a los

padres, sino a los propios operadores de justicia, al no avizorar la nefasta consecuencia de tenencia exclusiva, que casi de forma automática se fija a favor de la madre, y un régimen de visita al padre, sin evaluar adecuadamente las verdaderas condiciones personales, socioeconómicas, afectivas y morales que puede ofrecer cada uno de los progenitores.

En ese entender, se tiene que, conforme es consagrado por la Convención de los Derechos del Niño, “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer, y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos”, por lo que “se debe concebir a la tenencia, no solo como un derecho de los padres, sino como derecho de los hijos a vivir en familia” (Aguilar, 2013, p. 197). Ahora bien, la misma norma supra nacional señala en el artículo 9.3 que “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”; siendo ello así, se advierte que la modalidad de tenencia por la que se opte, tras una ruptura del vínculo matrimonial o convivencial, tendrá incidencia en el goce pleno del Derecho del niño y del adolescente a vivir en familia.

De continuar la deficiente regulación sobre la tenencia del niño, estaríamos ante un problema multifactorial, como es que el menor se desarrolle sin afecto compartido, ni atención de ambos progenitores, por ende, con repercusión en la sociedad, fragmentando y disolviendo su proyecto de vida.

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1 PROBLEMA GENERAL**

¿De qué manera la tenencia compartida judicial incide en el Derecho fundamental y humano del niño y adolescente a vivir en familia?

### **1.2.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS**

1° ¿Cómo está regulada la institución jurídica de la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano?

2° ¿De qué forma se protege el derecho fundamental de vivir en familia en el Perú?

3° ¿De qué manera se vulnera el derecho fundamental de vivir en familia de los niños y adolescentes en los procesos judiciales de tenencia en el Perú?

4° ¿De qué manera el tratamiento legislativo y dogmático de la tenencia compartida en el Perú permite su aplicación efectiva?

## **1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

El presente estudio se justifica por las siguientes razones:

### **CONVENIENCIA**

Es conveniente realizar esta investigación, por tratarse de un problema que amerita el interés por parte de los operadores judiciales (jueces y fiscales).

### **RELEVANCIA SOCIAL**

La presente investigación es realizada a razón de la observancia de las desavenencias tras la separación o divorcio de los cónyuges, las mismas que afectan las relaciones de los padres con los hijos, por lo que consideramos que, la aplicación de la tenencia compartida

permitirá al niño y/o adolescente mantener un vínculo estrecho y armónico con ambos progenitores, teniendo un enfoque a partir del derecho del menor, a vivir en familia.

Así, se tiene que la referida figura jurídica, permitiría tanto al padre como a la madre ejercer una paternidad responsable, participativa de los quehaceres, desarrollo y formación de sus hijos.

### **IMPLICACIONES PRACTICAS**

Esta investigación ayudará, al juez especializado en materia de familia, en la utilización de criterios unificados para la evaluación de aplicabilidad de la tenencia compartida para cada caso en concreto.

### **VALOR TEÓRICO**

La presente investigación nos permitirá unificar los criterios empleados por los jueces para determinar el tipo de tenencia a la que será sometido el menor.

## **1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1 OBJETIVO GENERAL**

Determinar de qué manera la tenencia compartida judicial incide en el Derecho fundamental y humano del niño y adolescente a vivir en familia.

### **1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- 1° Determinar la regulación de la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano.
- 2° Identificar de qué forma se protege el derecho fundamental de vivir en familia en el Perú.

3° Identificar de qué manera se vulnera el derecho fundamental de vivir en familia de los niños y adolescentes en los procesos judiciales de tenencia en el Perú

4° Analizar de qué manera el tratamiento legislativo y dogmático en el Perú permite la aplicación efectiva de la tenencia compartida.

## **CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL**

### **2.1 BASES TEÓRICAS**

#### **2.1.1 LA TENENCIA EN EL DERECHO DE FAMILIA: BASES JURÍDICO CONCEPTUALES RELATIVAS A LA TENENCIA**

##### **2.1.1.1 La familia y su protección en el sistema jurídico peruano**

Desde un punto de vista social, señala Lasarte (2005), la familia es definida como un grupo social, el mismo que forma, intrínsecamente, un sistema de relaciones personales, constituido por las relaciones de filiación, las relaciones conyugales y las relaciones de fraternidad.

Desde un punto de vista jurídico, a consideración de Salanova (1995), es un vínculo, creado entre dos personas físicas, del que emana un conjunto de derechos y obligaciones de carácter personal y patrimonial, reguladas por el ordenamiento jurídico.

La familia ha sido entendida como la institución social, en la que existen relaciones de subordinación, ocupando uno de sus miembros una posición de preminencia o de jefatura al que los demás se encuentran sometidos; sin embargo, conforme el paso del tiempo esta estructura se ha revestido de criterios más igualitarios, teniendo que, tanto el varón como la mujer ocupan una misma posición de preminencia. Lo cual se advierte en el artículo 419 de Código Civil, en el que se precisa que “La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo”. Debemos señalar además que, la familia tiene repercusión en desarrollo y evolución tanto del

hombre como de la sociedad; razón por la cual es considerada también una institución jurídica (Garay, 2009).

Señalan Díez- Picazo y Gullon (2006) que, “la familia es el eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros y, como ámbito de transferencias intergeneracionales” (p. 23).

Es así, que el hombre al tener carácter de ser gregario, necesita, para un desarrollo estable, un entorno cercano que le permita desarrollar su personalidad, siendo la familia este soporte en el entramado social.

A nuestra consideración, es necesario precisar lo manifestado por el Tribunal de Derechos Humanos, (Esholz vs Alemania, 2000):

“La familia nace de un grupo de personas, basado o no en el matrimonio y sigue existiendo, aunque los cónyuges se separen, o los hijos sean separados de alguno de sus progenitores como consecuencia de la medida adoptada por el órgano correspondiente.”

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano, refiere al modelo constitucional de familia, manifestando que al ser este un “instituto natural y fundamental de la sociedad (...) el Estado y la comunidad deben prestarle protección”. Siendo reconocido como tal, además, por el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 23.y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A su vez, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, precisa que “los hombres y mujeres a partir de edad núbil tienen derecho a casarse y fundar una familia”, en ese sentido tienen derecho a la protección de la sociedad y el Estado” (STC 09332-2006-PA/TC, 2006) Se advierte que no se hace precisión

o diferenciación respecto a qué tipo o tipos de familia hace referencia, siendo ello así, en aplicación del principio de que no se debe distinguir donde la ley no distingue (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), se entiende que se otorga protección general para todos los tipos de familia. Dicho esto, se considerará más bien las leyes internas que regulan la materia, es decir la regulación nacional, ello sin llegar al detrimento del derecho esencial. (Badilla, 2008)

“La familia no es la misma de antes, ni se mantendrá como está, en el futuro” (Varsi, 2004, p. 04). La familia, como una institución social, es dependiente de factores endógenos y exógenos, está sujeta a constantes cambio y adaptación, conforme a las circunstancias que se presentan, a saber, separación de los padres, cambio de residencia, movilidad en su status socio económico, etc.; es en ese sentido, que podemos señalar que la familia como parte de la estructura social, se encuentra en una permanente evolución, a lo largo de la historia.

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra a merced de los nuevos escenarios sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social e inserción laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. A consecuencia de ello, se ha dado lugar a familias con estructuras distintas a la tradicional, tales como las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (STC 09332-2006-PA/TC, 2006). En ese entender, la legislación nacional debe tener cuidado especial de no efectuar regulaciones que puedan ser restrictivas para familias diferentes a la tradicional familia nuclear. (Oficina del Alto Comisionado de los derechos humanos, 1990)



A continuación, efectuaremos un desarrollo respecto a los tipos de familia existentes, según plantea el maestro Varsi (2012):

**Familia general:** Denominada también amplia o extensa, formada por personas con vínculos de parentesco, afinidad, y otras relaciones de afecto; es decir, se conforma por abuelos, tíos, padres, hijos. En este tipo de familia prima el apoyo intergeneracional.

**Familia reducida:** Denominada restringida o nuclear, integrada por padres e hijos. Tiene lugar tras la industrialización, independización de las mujeres y la reducción del número de hijos.

Respecto a este tipo de familia, se efectúa una subclasificación:

- Monoparental: Un solo progenitor con sus hijos.
- Biparental: Ambos padres y sus hijos

**Familia matrimonial:** Se basa en el vínculo matrimonial, trasuntando su importancia conforme es vislumbrado de la promoción constitucional efectuada por el Estado.

**Familia extramatrimonial:** Este tipo de familias recibe diversas denominaciones, a saber, concubinato, amasiato, unión de hecho o unión estable.

**Familia anaparental:** Personas relacionadas por vínculo colateral o sin vínculo, es el caso de los hermanos, y de los amigos o compañeros (roomates). El tratamiento de este tipo de familia no es definido; sin embargo, es reconocido de manera indirecta, al mencionar, en el Código del niño y adolescente, que podrán solicitar visita los terceros no parientes (art. 90).

**Familia pluriparental:** Llamada familia ensamblada, recompuesta, reconstituida, agregada o familiastra. Este tipo de familia se da en parejas en segundas nupcias tanto con hijos de uno o de ambos, como comunes, de ser el caso. Es decir, se construye sobre la base de otra. Asimismo, se precisa que si solo uno de ellos tuvo un compromiso previsto se denomina ensambla simple, y si es el caso de ambos, ensamblada compleja.

### **2.1.1.2 Evolución del Derecho de familia en el sistema jurídico peruano**

La regulación jurídica del derecho de familia fue recogida en tres cuerpos normativos, Código Civil de 1852, Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984, vigente en la actualidad.

A decir de Garay (2009), esta evolución legislativa se manifiesta del modo siguiente:

- a) Código Civil de 1852: En la estructura de este código, los derechos de familia formaban parte del Libro Primero “De las personas y sus derechos”, observando que no tenía una regulación específica. Poseía las siguientes características:
  - La familia aparece como un organismo de ética estricto
  - Es un núcleo social fuertemente constituido
  - Se tiene autoridad sobre la mujer siendo una suerte de poder de tutela.
  - El marido posee un lugar preminente en los aspectos patrimoniales
- b) Código Civil de 1936: En la estructura de este código, los derechos de familia formaban parte del Libro Segundo “De las relaciones familiares”, tampoco gozaba de una regulación específica. Poseía las siguientes características:
  - Se instaura el matrimonio civil.
  - No existe distinción entre hijos legítimos e ilegítimos
  - No era permitida la investigación de la paternidad

- Se precisa que “En caso de divorcio la patria potestad era ejercida por el cónyuge a quien se confiaban los hijos”, conforme el artículo 393 del Código Civil de 1936
  - Si ambos cónyuges eran culpables del divorcio, lo hijos varones mayores de 07 años quedaban a cargo del padre y las hijas menores de edad al cuidado de la madre, salvo la mejor consideración del juez, conforme señalaba el artículo 256 del Código Civil de 1936.
  - Durante el juicio de divorcio y separación de cuerpos los hijos continuaban al cuidado de la mujer, así era señalado por el artículo 285 del Código Civil de 1936.
- c) Código Civil de 1984: Se observa un cambio notable respecto a la organización del derecho de familia y de la concepción de esta institución, de ello se tiene los siguientes caracteres:
- Existe igualdad jurídica del varón y la mujer dentro del matrimonio.
  - El esposo y la esposa tienen de forma conjunta la dirección familiar.
  - Desaparece la distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos.
  - Se posibilita la investigación de la paternidad
  - Se aprecia el reconocimiento de nuevas formas de grupos y tipos de familia, como la unión de hecho, familias ensambladas, entre otras. (p. 42)

De otro lado, Varsi (2011) identifica los siguientes principios relativos a la familia de nivel constitucional:

- El principio de protección de la familia: Se establece que la sociedad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. (Art. 4º). Y teniendo el Estado la obligación de brindarle mecanismos para su desenvolvimiento en la sociedad, desarrolló el Plan Nacional de Apoyo a la Familia, el mismo que tiene como lineamiento principal: “Protección, apoyo y promoción de la

familia velando porque las personas que la conforman se desarrollen integralmente en un ámbito de respeto a sus derechos, de reconocimiento de sus deberes y de igualdad de oportunidades”

Así, señala el autor que la protección de la familia significa, además, el reconocimiento a sus formas de constitución, de disolución y de debilitamiento.

- El principio de promoción del matrimonio: En la Constitución de 1979 se sentó el principio de protección del matrimonio, a diferencia de la de 1993 en la que se precisa el principio de promoción del matrimonio, implicando fomentar la celebración del matrimonio, así como la conservación del vínculo si al celebrarlo existiera algún vicio subsanable (Art. 4º) La concepción de la familia se encuentra estrechamente relacionada con la institución del matrimonio, por lo que es política del Estado incentivar la contracción de nupcias.
- El principio de igualdad de categoría de filiación: Es denominado como principio igualdad de los hijos. Decanta que los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres, entiéndase hijos a los matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos.

### **2.1.1.3 El matrimonio y la unión de hecho, y su protección en el sistema jurídico peruano**

Antes de la constitución de 1979, se reconocía solamente como institución origen de la familia al matrimonio, es con esta constitución que se ampara también la familia a partir del concubinato, existiendo así una dimensión binaria del origen familiar; sin embargo, es con el Código Civil de 1984 que se desarrolla el tratamiento normativo de esta institución, como veremos a continuación.

#### **i) El matrimonio**

Basado en una corriente institucionalista, Hinojosa (2008) señala que, “el matrimonio es una institución del derecho, ello, por las consecuencias jurídicas que genera, pues no depende de la exclusiva voluntad de los contrayentes, quienes generalmente las ignoran al momento del acto matrimonial; y también por su duración, porque a pesar de que el matrimonio se extinguió, sus efectos se perpetúan en los hijos habidos en él” (p. 19).

Ahora bien, el código civil peruano en su Artículo 234°, define el matrimonio como “la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código a fin de hacer vida en común”. De lo que se advierte que, los elementos estructurales recogidos por nuestro ordenamiento son: la voluntad de cada individuo devenida en el consentimiento, que los contrayentes sean uno de sexo opuesto al otro, la aptitud nupcial de los mismos, y finalmente que la razón de dicha unión sea la vida en común.

En palabras de Moro y Sánchez (2002) el matrimonio se define como “la unión estable de un hombre y una mujer, dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida, la misma que se proyecta con carácter de permanente o indefinido, lo que no impide que después se pueda frustrar y se produzca su disolución a través del divorcio”. (p. 22)

Contrariamente a lo esgrimido por Moro y Sanchez, Cabanellas (1986), precisa que, entre los caracteres que atañen al matrimonio, no deben ser considerados como fundamentales los siguientes:

- a) La perpetuidad de la unión, porque se reconoce la institución del divorcio.
- b) La procreación de hijos, porque llevaría a prohibiciones contra los estériles y/o infértiles.

- c) La fidelidad, pues el consentimiento de un cónyuge ante los deslices de otro consorte no rompe el vínculo matrimonial.
- d) La convivencia, ya que la larga separación entre los cónyuges no atenta contra la existencia del vínculo matrimonial. (p.74)

Conforme los caracteres precisados como no fundamentales se tiene el reconocimiento del rompimiento del vínculo matrimonial a través del divorcio, institución jurídica que veremos en líneas posteriores.

En cuanto a la protección de la cual goza la institución del matrimonio, se debe referir que, a más del reconocimiento legal efectuado en el código civil, posee reconocimiento constitucional, ya que el artículo 4° señala que, el estado y la comunidad, promueven el matrimonio, y lo reconocen como instituto fundamental y natural de la sociedad, incide además que sus formas serán reguladas por ley.

## **ii) La unión de hecho**

Señala Varsi (2011), que “la unión de hecho es denominada también concubinato o amasiato” (p. 64), refiere además que, encuentra reconocimiento legal en la Constitución de 1979; posteriormente, en el Código Civil de 1984, dando lugar a relaciones filiales y patrimoniales.

Regula el artículo 326 del Código Civil, que podrá referirse a una unión de hecho cuando esta sea voluntariamente realizada por un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, buscando alcanzar finalidades semejantes a las del matrimonio; precisa además que, esta originará una sociedad de bienes sujeta al régimen de gananciales, cuando esta unión haya tenido lugar durante dos años continuos.

Asimismo, es de precisar que esta institución tiene reconocimiento de carácter constitucional, precisando el artículo 5°, que “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.” De ello, se develan los requisitos básicos (sexos opuestos y ausencia de impedimentos matrimoniales), y como efectos de esta unión se tiene la subsunción en el régimen de sociedad de gananciales.

Debemos de referir además que, “cuando existe una unión de hecho con impedimentos matrimoniales, esta se denominará concubinato impropio, imperfecto o contubernio”. (Varsi, 2011, p. 75)

#### **2.1.1.4 La separación de cuerpos y/o divorcio**

Como hemos visto, las instituciones familiares han ido variando con el devenir del tiempo, así, originalmente las legislaciones rechazaban el divorcio, por lo que únicamente adoptaban la separación de cuerpos, autorizando a los cónyuges a vivir separados. Dicha figura fue conocida también como divorcio, pero al no disolver el matrimonio, fue denominado divorcio relativo, tal como lo encontramos en el Código Civil peruano de 1852 y el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

La separación de cuerpos, es llamada también separación personal, o divorcio no vincular, la misma que se diferencia del divorcio porque la primera, si bien es declarada por sentencia judicial, no disuelve el vínculo, dando lugar sí a la extinción de los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, siendo que el segundo, además de los deberes referidos, da por terminado el vínculo matrimonial. (Garay, 2009)

En nuestra legislación, existen dos modalidades en cuanto al divorcio, por un lado, la forma convencional, denominada separación por mutuo disenso, y la otra por causales, las mismas que se encuentran enumeradas en el artículo 333 del Código Civil.

Ahora bien, entre estas causales, tenemos, por un lado, las que se refieren a un divorcio- sanción y por otro divorcio- remedio. En caso del primero, se regulan causas de inculpación, es decir, incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales; y en caso del segundo, causas no inculporias como la separación de hecho y separación convencional. (Plácido, 2001)

Es necesario precisar que, respecto a los hijos, tanto la separación personal como el divorcio vincular exigen la revisión de los regímenes de la patria potestad y de los alimentos, la que generalmente es precisada por el juez.

#### **2.1.1.5 Definición de Patria Potestad**

En términos constitucionales, la Patria Potestad, es el deber y derecho de los padres, de brindar alimento, educación, seguridad, conforme es señalado en el artículo 6; y el deber derecho de los padres de cuidar de sus hijos menores y de los bienes de estos, tal como refiere el artículo 418 del Código Civil.

Varsi (2004), al referirse a la naturaleza jurídica de la patria potestad, manifiesta que: “(...) es una institución típica de derecho de familia, que implica una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad” (p. 4)



Los intereses jurídicos que refiere el autor citado, son los de velar por los hijos, compañía, alimentos, educación y formación y la facultad de corrección, representarlos, administrar los bienes, los que se encuentran en el artículo del 423° Código Civil.

### **2.1.1.6 Tenencia**

#### **i. Definición de tenencia**

La tenencia es entendida como la convivencia de los progenitores con sus hijos, teniendo una relación fáctica, la misma que permitiría el ejercicio de los demás derechos y deberes correspondientes a la patria potestad. (Aguilar, 2013)

Conforme se tiene del texto normativo, Código del Niño y Adolescente, artículo 74, literal e) “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuese necesario para recuperarlos”

En ese sentido, podemos señalar que, denominamos tenencia a aquella facultad de la patria potestad que se encuentra relacionada con el cuidado directo de sus hijos, por cuanto se requiere la convivencia del progenitor con el menor; así, la tenencia será ostentada por el progenitor que convive con el hijo. (Rabadán, 2003)

Para hacer referencia a esta institución se han empleado diversa terminología, según el país, de ello se tiene denominaciones como tenencia, guarda y custodia, custodia legal, cuidado personal, guardia, guarda, o tuición, aludiendo, cada uno de estos, al reconocimiento del deber-derecho de los padres sobre los hijos de convivencia con los mismos. (Zannoni, 1981)

Sin embargo, atendiendo a una constante dialéctica, tenemos que los términos “Tenencia” y “Patria Potestad”, no resulta idóneo respecto al contenido al que aluden (Garay, 2009, p. 42).

Considerando así, que el término “tenencia” sería más propio de objetos, desnaturalizando la institución jurídica y dando una idea cosificante, respecto al que debería entenderse como un vínculo paterno filial.

Al respecto Grosman (2004), señala:

(...) la denominación ‘patria potestad’ responde a concepciones arcaicas, pues en latín significa el poder del padre, sin embargo, ya que no puede hablarse de un poder ya que hoy en día se trata de una función de ambos progenitores destinada a satisfacer las necesidades de los hijos teniendo como preocupación esencial su interés superior. Razón por la cual, otros países han reemplazado esta locución por terminología como ‘autoridad parental’ o ‘responsabilidad parental’, siendo la última mas apropiada a nuestro parecer para traducir la labor de crianza y formación del hijo.

De otra parte, el término ‘tenencia’, significa ‘ocupación y posesión actual y corporal de una cosa’. Por esta razón, otras legislaciones utilizan terminología como ‘convivencia con el hijo’ ‘cuidado personal del hijo’ o ‘residencia habitual del hijo’

Precisa además que hablar del ‘derecho de visitas’ desmerece el vínculo que debe existir entre padres e hijos, a razón de ello, en la legislación argentina ha sido cambiada por la denominación ‘derecho de comunicación’(p. 43)

## ii. Clases de tenencia

Como desarrollamos líneas previas, mientras los padres permanecen juntos, es decir, en una situación convivencia con los hijos, ya sea por matrimonio o unión de hecho, ambos de forma conjunta ejercen la tenencia de los menores; sin embargo, tras una situación de separación de hecho o divorcio, es necesario determinar la forma de tenencia que se empleará respecto del menor, esto es, o la denominada tenencia exclusiva o monoparental; o la tenencia compartida o biparental.

- a) **Tenencia Exclusiva:** La tenencia exclusiva o monoparental, refiere la convivencia únicamente con uno de los progenitores, fijándose de tal modo un régimen de visitas para el progenitor que no la hubiese obtenido, si ello resultase favorable para el menor.
- b) **Tenencia Compartida:** La tenencia compartida, biparental o conjunta, da lugar a que ambos progenitores puedan residir con sus hijos, fijándose una suerte de cronogramación para dichos efectos, permitiéndose de este modo que, el vínculo paterno filial se mantenga y se fortalezca.

Sin embargo, la realidad social ha llevado a que la doctrina efectúe además una clasificación diferente, ello tomando en cuenta si la decisión de la tenencia tiene basamento de carácter judicial (Juez de Familia); o si es producto de lo adoptado por los progenitores; en el primer caso nos referimos la tenencia de derecho y respecto al último es la denominada tenencia de hecho. (Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2008) Además, cabe precisar que la legislación peruana ha adoptado como alternativa de solución de conflictos la conciliación, mediante ley N° 26872.

Hecha estas precisiones, debemos referir que la presente investigación aborda la tenencia compartida a razón de una resolución judicial.

### **2.1.1.7 Regulación jurídica de la tenencia en el derecho nacional y comparado**

#### **i. Regulación jurídica de la tenencia en el derecho nacional**

El Código Civil peruano refiere a la institución de la tenencia, a partir del desarrollo de los atributos de la patria potestad, precisando lo siguiente “Art. 423.- Son deberes y derechos de los padres: (...) Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario”. En esa línea de ideas, el artículo 74 del Código del Niño y del Adolescente, señala como atributo de la Patria potestad “e. Tenerlos en su compañía, recurriendo a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos”

Ahora bien, el Código del Niño y del Adolescente desarrolla la regulación de la tenencia, primigeniamente, a partir de la situación jurídica de separación de hecho de sus padres, señalando 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 al parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento”. Es a través de la Ley 29269 que se agrega que en los casos que el Juez especializado resuelva la Tenencia, además de dictar las medidas necesarias para su cumplimiento, podrá disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Asimismo, se precisa en un párrafo final en el artículo 84 estableciendo 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.

Respecto a la norma adjetiva, se tiene que se seguirán las reglas aplicadas al Proceso único, siendo que la presentación de la demanda deberá observar los requisitos establecidos en el artículo 424 y 425 del Código Procesal Civil, adjuntando además el documento de identidad del demandante, la partida de nacimiento del hijo y las pruebas que considere pertinente. Declarada su admisibilidad, se notificará a la parte demandante, teniendo 10 días para la fijación de la audiencia única. En esta audiencia se actuarán las pruebas, y se dará lugar a tachas y oposiciones, siendo posible la continuación de la misma dentro de los tres días siguientes, finalizada esta el juez remitirá los autos al Fiscal para que en 48 horas emita dictamen, y en plazo similar el juez emita sentencia.

### **Jurisprudencia peruana**

La tenencia tiene regulación expresa a partir del primer Código de los Niños y Adolescentes en el Perú; empero, es definida mediante resoluciones judiciales emitidas a nivel nacional; ello, incluso antes de la entrada en vigencia del CNA.

“(…) La tenencia es un atributo de la patria potestad, que encontrándose los padres en desacuerdo respecto a su ejercicio, el juez debe resolver considerando lo más conveniente para el menor de edad, atendiendo al principio de interés superior del niño, recogido en el artículo Tercero de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y Adolescentes” (STC 484-1997, 1998)

La jurisprudencia precisa la distinción entre patria potestad y tenencia, manifestando que:

“(…) La patria potestad es el deber y el derecho que tiene los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, ésta no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres; que no debe

confundirse la patria potestad con la tenencia, siendo ésta última atributo de la patria potestad, la cual si bien es cierto puede ser materia de convenio, también lo es que dicho acuerdo, no tiene carácter definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que se más conveniente al menor adolescente (...)"

En ese sentido, la Sala de Familia, ha establecido lo siguiente:

“Que, asimismo este superior colegiado, ejerciendo la potestad jurisdiccional del Estado en asuntos referentes a niños y adolescentes, conviene precisar que los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, institución reguladora de la relación paterno-filial, no pueden ser objeto de convenio o de renuncia por los padres, admitiéndose la suspensión o privación de la misma, solo por mandato legal y con carácter de sanción, no debiendo confundirse tampoco con la tenencia, ni con la representación legal del hijo, atributos de la misma y , si bien es cierto el código sustantivo, en su artículo 345, segundo párrafo preceptúa que son aplicables a la separación convencional, en cuanto a patria potestad, las disposiciones contenidas en el artículo 340, último párrafo del acotado y, que éste establece que le padre o madre a quien se hayan confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos y el otro queda suspendido en el ejercicio, también lo es que corresponde al juez fijar, conforme a lo dispuesto por el artículo 345 del Código Civil, en caso de separación convencional, el régimen de la patria potestad y, acoger en la sentencia, tal como lo establece el artículo 579 del Código Procesal Civil, la propuesta de convenio, siempre que asegure adecuadamente, entre otros aspectos, los deberes inherentes a la patria potestad. Que, consecuentemente, cuando se trata de una disolución de vínculo matrimonial basada en una sentencia de separación convencional, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores, situación distinta a los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, prevista

en el artículo 340, concordante con el artículo 420 del código sustantivo, en los que, como sanción legal, se suspende de su ejercicio, en cuanto a los derechos que conlleva a uno o ambos padres y se confía la misma a la que ha obtenido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, a criterio de juez atendiendo siempre al bien de los hijos ”

## **ii. Regulación jurídica de la tenencia en el derecho nacional**

### **Legislación España**

La guarda y custodia, en un estado regular de integración familiar, se manifiesta dentro de la patria potestad dual. Es decir, la facultad es ejercida por ambos progenitores, tanto en situación de convivencia matrimonial como en caso de una pareja de hecho.

En situación de crisis matrimonial, la guarda y custodia de los menores se separa de la patria potestad. Sin embargo, esta situación no parametra que se conciba sólo como función llevada a cabo únicamente por el progenitor custodio, quien lleva a cabo el cuidado diario del hijo, más al contrario, que dentro de la guarda y custodia el progenitor no custodio puede desarrollar una relación con el hijo, en virtud de los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad. (De Inza, 2014)

Señala Cruz (2012) que el Código Civil en concordancia con el artículo 39.2 de la Constitución Española, otorga elementos esenciales para garantizar la función de guarda y custodia de los hijos durante la crisis matrimonial. Siendo ello así, estos elementos permiten distinguir dos formas de ejercer esta función: la atribución exclusiva o unilateral de guarda y custodia y, la guarda y custodia compartida.

En ese sentido, se precisa que los elementos en referencia son los siguientes:

- ✓ El derecho del hijo menor de relacionarse con ambos progenitores.
- ✓ La separación, nulidad o divorcio no eximen de responsabilidades a los padres para con los hijos, la no separación de los hermanos.
- ✓ La práctica de la audiencia de los hijos menores de edad
- ✓ El dictamen de los especialistas que facilitan la labor del juez para determinar el régimen de guarda y custodia. (p. 22)

Una institución relativa al tema tratado, es la actualmente denominada “Régimen de comunicación y estancia”, denominación que supera el término de “Régimen de visitas”, conforme es vislumbrado en el artículo modificado 90, literal a), del Código Civil Español, la misma que tiene lugar en cuanto la guarda exclusiva es otorgada.

Ahora bien, en cuanto a la normatividad regulatoria de la tenencia, se tiene que el Art 92 del Código Civil Español, precisa lo siguiente:

- “1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.



5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialista debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

### **Legislación Italiana**

La legislación italiana denomina a la institución de tenencia como “affidamento”, el mismo que ha sido sujeto de diversas modificaciones, conforme la realidad social lo ha requerido.

El código civil de 1865 no contempló ningún parámetro para aplicar la guarda de los hijos menores en caso de separación. En el código de 1942, en el artículo 55°, sólo se afirmó que el tribunal debía indicar cuál de los cónyuges se haría cargo de los menores.

Posteriormente, el affidamento fue recogido en dos normas diferentes, en el artículo 155.1 del código civil (Codice civile), donde se preveía únicamente el *affidamento esclusivo*; y, en la Ley N° 898 con posterior modificatorias a través de la Ley N° 74, de 6 de marzo de 1987, en la que establecía en el art. 6.2 la posibilidad de establecer también el *affidamento congiunto* y el *alternato*. (Ansaldo, 2008)

Así, durante este periodo coexistieron tres posibles regímenes de affidamento de los hijos menores en los supuestos de crisis de pareja: *esclusivo*, *congiunto* y *alternato*.

El *affidamento esclusivo* se caracteriza porque la responsabilidad parental es ejercida por uno de los progenitores, el *affidatario*, por lo que solo este tiene el ejercicio de la responsabilidad parental. Sin embargo, se señaló que, salvo disposición distinta, las decisiones más trascendentales debían ser adoptadas por ambos progenitores. Además, se señala que el no

affidatario tiene el derecho y la obligación de vigilar la instrucción y educación de los hijos, facultándole acudir al juez en caso de que las decisiones adoptadas por el affidatario perjudicaran al interés superior del menor. (Batà y Spirito, 2012)

La regulación del *affidamento congiunto* y el *alternato*, no fue precisado por la ley, siendo suplido por la doctrina en la forma siguiente:

- ✓ Affidamento congiunto, se consideró que suponía el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, respecto a todo tipo de decisiones relativas al menor.
- ✓ Affidamento alternato, supone la equidad en cuanto al lapso de permanencia del menor con cada uno de los progenitores. (Ansaldo, 2008, pp. 173-178)

La Ley N° 54, entra en vigencia el 16 de marzo de 2006, regulando el affidamento en los artículo 155 del Codice Civile. A su incorporación en el tráfico normativo, se prescindió del *affidamento congiunto* y del *alternato*.

Así, se tiene únicamente dos modelos de *affidamento*: el *condiviso* (art. 155.2 del Codice Civile) y el *esclusivo* (art. 155 bis del Codice Civile). La reforma estuvo inspirada en el principio de *bigenitorialità*, que sustituyó al de *monogenitorialità* y que supone que ambos progenitores deben tener un contacto continuado con sus hijos menores y desempeñar un rol paritario en su educación, formación y cuidado. (Cicero, 2013)

En cuanto al principio de *bigenitorialità*, podemos señalar que, este se identifica en esencia con los principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental, los mismos que serán desarrollados en líneas posteriores.

## Legislación Brasileña

La institución de la guarda se encuentra regulada en el Código Civil, en el Capítulo XI, denominado “*Da proteção da pessoa dos filhos*” (De la protección de la persona de los hijos”, señalando lo siguiente que:

Artículo 1.583. La guarda sería unilateral o compartida.

1. Entiéndase por guarda unilateral la atribuida a uno solo de los progenitores o a alguien que los substituye y por guarda compartida la responsabilización conjunta del ejercicio de los derechos deberes del padre y de la madre que no viven bajo el mismo techo concerniente al poder familiar de los hijos comunes.
2. La guarda unilateral será atribuida al progenitor que revele mejores condiciones para ejercerla y, objetivamente, más aptitud para fomentar en los hijos los siguientes factores:
  - I. Afecto en las relaciones con el progenitor y con el grupo familiar;
  - II. Salud y seguridad;
  - III. Educación
3. La guarda unilateral obliga al padre o a la madre que no lo detenta a supervisar los intereses de los hijos”

Artículo 1.584. La guarda, unilateral o compartida podrá ser:

- I. Peticionada, por consenso por el padre y por la madre, o por cualquiera de ellos, en acción autónoma de separación, de divorcio, de disolución de unión estable, o a través de una medida cautelar;

- II. Decretada por el juez, en atención a las necesidades del hijo, o en razón de la distribución del tiempo necesario para la convivencia de éste con el padre y con la madre
  1. En la audiencia de conciliación, el juez informará al padre o a la madre el significado de la guarda compartida, su importancia, la similitud de deberes y derechos atribuidos a los progenitores y las sanciones por el incumplimiento de sus cláusulas.

De la redacción del texto normativo, se advierte que, el legislador ha procurado que la separación de los padres no tenga consecuencias vulneratorias del derecho del hijo a mantener contacto con ambos, por lo que busca dar normas eficientes y claras, tanto para la guarda unilateral como para la compartida. (Kemelmajer, 2012)

### **Legislación Chilena**

El artículo 225 del Código Civil chileno, primigeniamente, señaló que: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”. Actualmente, a la vigencia de la Ley N° 20680, se tiene que el artículo 225 regula de la siguiente manera:

“Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

Del texto normativo, se advierte como aspectos relevantes, el refrendo de la tuición monoparental y la inclusión de la tuición compartida, y más significativamente, en caso de otorgarse la tuición monoparental, el reconocimiento de la importancia de mantener una relación directa y regular con el padre que no obtiene la tuición.

### **2.1.2 LA TENENCIA COMPARTIDA O COPARENTALIDAD**

En contraposición al tradicional modelo de tenencia o custodia exclusiva o monoparental, se erigide la figura de la tenencia o guarda compartida, ello sobre las bases del principio de coparentalidad. Esta institución ha sido merecedora de diferentes denominaciones, a saber, coparentalidad, responsabilidad parental conjunta o custodia compartida. (Garay, 2009)

Señalan, Gil Dominguez, Fama, y Herrera (2006), que “La tenencia compartida- en sus múltiples variantes- es un sistema que reconoce a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental. (...) Apunta a agantizas mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias conyugales” (p. 326)

Esta figura jurídica tiene como factor originador, el desequilibrio de los derechos parentales, dentro de una cultura que desplaza al menor como centro de interés, siendo que se reconoce la sociedad como una de tendencias igualitarias, empero da preferencia a las madres para otorgar el ejercicio de la tenencia. En ese sentido, la tenencia compartida busca la reorganización de las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, de modo que se disminuyan los traumas consecuentes de la separación de los padres. (Garay, 2009) Además, precisa Campaña (2013) que: "el equilibrio de papeles, valorando la paternidad y la maternidad, conlleva un desarrollo físico y mental más adecuado en los casos de fragmentación de la familia". (p. 87)

Con estas precisiones, señala Garay (2009) que la tenencia compartida puede ser definida como:

La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación con todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños y adolescentes a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre exesposos, pero aún socios parentales. (pp. 153-154)

A nuestra consideración la tenencia compartida, es la modalidad de tenencia que da lugar a que ambos progenitores ejerzan de modo regular la patria potestad, así, tras la ruptura del vínculo matrimonial o de la unión de hecho, puedan cuidar de los hijos y de los bienes de estos, garantizando además la convivencia de padres e hijos, y fortaleciendo el vínculo entre estos.

### **2.1.2.1 Evolución histórica de la tenencia compartida**

Para tener mayor entendimiento sobre una institución social, es necesario conocer sus orígenes y su evolución, por lo que consideramos necesario precisar que, esta institución tuvo su génesis en el derecho anglosajón, al promulgarse en Inglaterra la “The guardianship of infants act”, ya que es el primer texto que reconoce a la madre derechos iguales al padre respecto de los hijos, siendo que primigeniamente era el padre quien ostentaba una potestad suprema, exclusiva y excluyente. Esta norma consagró que en los casos de guarda y custodia debía velarse como consideración superior el bienestar de los niños, este principio fue introducido en los años siguientes en todos los Estados australianos, Inglaterra lo recoge en 1989 a través de “*The children Act*”, en su sección I. Socialmente, se tiene que este fenómeno tiene lugar en un momento en el que las mujeres exigían mayor protagonismo en el ámbito privado, conforme la ideología feminista, buscando alcanzar real igualdad entre hombres y mujeres, en este caso, en

el plano familiar, ello, particularmente, sobre la base de un nuevo modelo de estructura familiar posdivorcio. (Lathrop, 2008)

Ahora bien, para la aplicación de esta figura se adoptaron diversas doctrinas, a saber, los años tiernos o preferencia materna (*tender years maternal preference*), la regla de la dualidad paternal (*dual responsibility*) la regla de la aproximación (*approximation rule*), el dador de cuidados básicos (*primacy caretaker presumption or primary caregiver*) y la custodia compartida propiamente dicha (*joint custody*).

### **i) Doctrina de los años tiernos**

Surge en Inglaterra en 1880, aproximadamente, alcanzando apogeo en el siglo XX, y fue aplicada rigurosamente hasta la década de los setenta en Estados Unidos. Su basamento se encuentra en la presunción de que toda madre tiene per se las aptitudes suficientes para efectuar los cuidados que requieren los hijos. Siendo ello así, los niños de corta edad eran entregados a la madre, salvo que esta presentase una incapacidad manifiesta para dichos fines. (Espinoza, 2019) Sin embargo, a resultas de estos cambios, movimientos feministas exigieron el cambio de la aplicación de esta doctrina, pues una vez más se había estereotipado el rol de la mujer, por lo que esta presunción legal fue derogada, siendo California el pionero en abandonar esta doctrina de preferencia materna. (Espinoza, 2019)

Respecto a nuestra legislación, advertimos que esta doctrina sigue presente, como se tiene señalado en el literal b) del artículo 84 del Código del Niño y Adolescente, que textualmente precisa “En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: (..) b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre”.



## **ii) Doctrina del dador de cuidados básicos**

Esta doctrina tiene lugar en Estados Unidos a fines de la década de los ochenta, buscó crear criterios alternativos para el cuidado personal de los hijos con la finalidad de resolver los problemas derivados de la indeterminación y vaguedad del concepto del favor filii; así como poner freno al incremento de la custodia compartida. Fue recogida, aunque por breve tiempo, en las legislaciones de Minnesota y West Virginia. Esboza la evaluación del desarrollo de la vida del hijo antes del divorcio de sus padres, por lo que se trata de establecer quién de los padres construyó con él vínculos afectivos más fuertes hasta antes de la crisis matrimonial. En ese sentido, esta teoría, busca un estándar neutral en cuanto al sexo de los progenitores, teniendo como criterio principal la preservación de las relaciones del hijo con el padre que ha ejercido la crianza y el cuidado primario del hijo durante el matrimonio. (Lathrop Gómez, 2008)

Respecto a nuestra legislación, advertimos que esta doctrina tiene cabida, conforme se tiene señalado en el literal b) del artículo 84 del Código del Niño y Adolescente, que textualmente precisa “En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable”

## **iii) Regla de la aproximación**

Denominada “*the past caretaker standard*”, propuesta por Elizabeth Scott (1998), quien muestra una estructura en la que no existen los roles tradicionales de padre custodio, padre no custodio y las visitas. En ese sentido, busca favorecer la asignación de la responsabilidad en el cuidado del hijo (custodial responsibility), teniendo una distribución de funciones similares a

las que ejercían antes de la intervención judicial; así, intenta conservar, de la mayor forma posible, las rutinas y deberes que ambos padres habían adquirido y desarrollado antes de la ruptura matrimonial, haciendo símil a la situación familiar anterior a la separación.

#### **iv) Doctrina de la dualidad paterna (dual responsibility)**

Señala Czapanskiy (1993), que su teoría se basa en una situación de crisis familiar, y aun ésta, subsista paralelamente un régimen de comunicación, siendo ello así no solo se tomará en consideración la horas que el padre pase con su hijo, sino también la frecuencia y la normalidad de participación del progenitor en la vida del menor). Entonces, tanto el padre custodio como el no custodio, tendrán participación en la vida y desarrollo del niño, a través de bases predecibles y regulares. El objeto de esta doctrina es que ambos padres puedan ser partícipes de la vida del menor, significando, además, tiempo para si mismos. (Espinoza, 2019)

#### **2.1.2.2 Principios de coparentalidad y corresponsabilidad**

Conforme se ha pronunciado la doctrina, es posible identificar las siguientes posturas respecto a estos principios: Por un lado, las que equiparan coparentalidad y corresponsabilidad parental; por otro lado, las igualan custodia compartida y coparentalidad; y, finalmente las que entienden la coparentalidad con un sentido propio distinto e independiente, aunque relacionado con la corresponsabilidad parental y con la custodia compartida

“Para la primera corriente, ambos principios son definidos como aquella relación en la que los dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre sí y mantienen una relación de apoyo mutuo centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas, estando ambos implicados activamente en las vidas de sus hijos” (Yarnoz, 2010, p. 296) Es decir, se encuentra enfocado en los progenitores. Respecto a la segunda corriente, se utiliza la terminología

custodia compartida y principio de corresponsabilidad indistamente, considerando tener un significado equivalente (Romero, 2009)

Ahora bien, tomando la tercera postura, en la que se hace una diferenciación entre ambos principios, debemos partir señalando que, la corresponsabilidad parental es considerada a partir del punto de vista de los padres, y la coparentalidad es determinada desde la óptica de los hijos.

Así, se tiene que, el principio de corresponsabilidad “se concreta en el reparto equitativo de los derechos y los deberes que los progenitores deben ejercer sobre sus hijos” (Gonzalez- Espada, 2013, p. 43). Es consagrado en el artículo 18 de la Convención sobre Derechos del niño, estableciendo que: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño”. En ese sentido, se tiene que tras la separación de los padres, la figura de la tenencia compartida garantiza de mejor manera el principio de corresponsabilidad.

Respecto al principio de coparentalidad, este es entendido como “el derecho que tiene todo menor a mantener una relación equilibrada y continua con ambos progenitores, aun producida la ruptura de la convivencia de sus padres” (Gonzalez- Espada Ramirez, 2013, p. 45) Es decir, por este principio se permite que el vínculo paterno-filial pueda coexistir a la ruptura del vínculo matrimonial.

Con estas consideraciones, se esgrime la importancia de ambos principios para la consecución de los fines de la institución de la tenencia compartida, como búsqueda de la conquista del derecho del niño y adolescente, con padres separados, a vivir en familia.

### 2.1.2.3 Modalidades de la tenencia compartida o coparentalidad

Existen diversas modalidades en las que se ha reconocido la tenencia compartida, ello conforme la realidad social lo ha requerido. Ahora bien, según lo precisado en la Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act “Ley Uniforme de Jurisdicción y cumplimiento de Custodia de hijos” (National Conference of Commissioners, 1997), la tenencia compartida es clasificada de la siguiente manera:

**-Custodia física conjunta:** En este caso, se divide la permanencia del niño en intervalos similares con uno u otro progenitor. Sin embargo, esta ha tenido manifestaciones distintas, a saber, que el hijo o hija rote entre la casa del padre y la madre, así como que sean los padres quienes roten del domicilio en el que permanece el menor, esta última práctica es usual en Francia.

**-Custodia legal conjunta:** El niño o niña, reside de forma exclusiva con uno de sus progenitores, empero teniendo una relación fluida con el otro, que, a diferencia del régimen de visitas, carece de rigores. Así, los padres compartirán la responsabilidad, la autoridad y el derecho de decisión en todas las cuestiones de importancia que puedan afectar al niño. Esta modalidad es de frecuencia en Estados Unidos.

**-Custodia física y legal conjunta:** El hijo o hija tienen periodo con cada uno de los padres, conforme las singularidades de la organización y las posibilidades de la familia, esta convivencia va, naturalmente, acompañada de todos los cuidados, conforme se ha reconocido por la convención sobre los derechos del niño.

A decir de Grosman (2004), la tenencia compartida se divide en dos modalidades:

- **Tenencia o guarda alternada:** El niño pasa periodos con cada uno de los padres, conforme la singularidad de la organización y posibilidades de esta familia, siendo acompañada de todas las actividades que requiere su formación.

- Una segunda modalidad, que no ha sido precisada con una denominación, refiere que los hijos residen de manera principal con uno de los progenitores, empero ambos comparten la decisión, distribuyéndose además de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado, como atención de la salud, recreación, ayuda de las tareas escolares, y otras de cotidianidad.

Con estas consideraciones previas, precisamos que la aplicación de la presente investigación se enfoca en la familia que tiene como origen una estructura nuclear o tradicional, es decir aquella constituida por padres e hijos, ya sea en mérito a una unión matrimonial o unión de hecho, y que posteriormente a razón de una separación de hecho o divorcio se da origen a una nueva estructura familiar, monoparental.

### **2.1.3 DERECHO A VIVIR EN FAMILIA**

Cuando hacemos referencia a los derechos fundamentales, implícitamente asociamos la noción de dignidad humana y un aspecto histórico, siendo que la primera exige que el Estado y la sociedad respeten las esferas de libertad, igualdad y desarrollo de la personalidad del hombre; y el segundo, ya que es a través del tiempo que el hombre “descubre” y posteriormente “normativiza” aquellas facultades que le sirven para asegurar las condiciones de una existencia y coexistencia cabalmente “humanas”. (García Toma, 2018, p. 16) En ese sentido, como expresa Rubio Correa (2010), el catálogo de los derechos “ha ido variando y, se ha ido ampliando a lo largo de la evolución de la historia en función de los valores y principios

políticos, ideológicos, morales y religiosos imperantes o predominantes en una realidad social histórica determinada” (p. 21)

Los derechos humanos, se guían además por principios, a saber, principio de universalidad, indivisibilidad, interdependencia, y progresividad. Universalidad, en el sentido de que los derechos humanos son adscritos a todos los seres humanos. (Peces-Barba, 1994) por lo que, “estos derechos son exigibles por todos los seres humanos en cualquier contexto político, jurídico, social, cultural, espacial y temporal”. La indivisibilidad y la interdependencia, por su parte refieren, que entre los distintos derechos existe una unidad. Así, se consideran indivisibles en la medida en que no deben tomarse como elementos separados o aislados, más al contrario como un conjunto; y son interdependientes, en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos. (Vasquez, 2002) Ambos principios fueron institucionalizados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, al señalar mediante la Resolución N° 32/130 de 1977 que “Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales (...)” En cuanto al principio de progresividad, este refiere tanto progreso como gradualidad; el progreso considerará el constante avance en la conquista de los derechos, y la gradualidad que se entiende como un proceso, los derechos no son adquiridos en un solo momento si no que han tenido lugar a través de diversos hechos sociales. (Abramovich, 2006)

Ahora bien, apuntando a la estructura de los derechos humanos, corresponde señalar que la doctrina dilucida un componente o contenido esencial (medular) y uno no esencial (adjetivo). El contenido esencial “comprende la sustancia del derecho, sin la cual este deja de ser tal” (Villaseñor Goyzueta, 2003, p. 5) Entonces, el contenido esencial se traduce como la parte

indisponible e indispensable que permite al titular del derecho gozar de los beneficios, facultades, o atributos que esta declara. (García, 2018)

El Tribunal Constitucional (2005), a través del Expediente N° 00050-2004-AI/TC), ha señalado que el contenido esencial de los derechos fundamentales puede ser determinado, considerando las disposiciones constitucionales expresas, así como los principios y los valores constitucionales. Al respecto, García Toma (2018), señala que en todo caso la referida determinación deberá realizarse considerando los alcances de los principios de unidad y concordancia práctica; es decir, buscando el resguardo de la relación e interdependencia de los elementos normativos con el conjunto de preceptos básicos de la Constitución.

Respecto al denominado “contenido no esencial” de los derechos fundamentales, la doctrina hace referencia a un ámbito material externo, el mismo que es pasible de ser desligable del espacio protegido e inmodificable de un derecho fundamental. Pudiendo ser “intervenida” reglamentariamente, a efectos de optimizar el ejercicio o defensa de otros derechos o bienes constitucionales. Así, el legislador puede modificar el marco normativo con la finalidad de concordar el goce o resguardo, empero respetando los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. (Bastida, 2004)

Desarrollado este preámbulo, corresponde señalar que la familia, como derecho fundamental, goza de protección internacional, habiendo sido reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16. 3, como el elemento natural y fundamental de la sociedad, siendo ello así, goza de protección de la sociedad y del Estado; siendo suscrita dicha protección por el sistema interamericano, a través de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Para entender adecuadamente el derecho a vivir en familia debemos considerar como elementos importantes la Declaración de los derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, como instrumentos normativos. Y siguiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional Peruano, en cuanto precisa que el Derecho del niño a tener una familia, encuentra sustento en el derecho de dignidad de la persona humana, así como el derecho a la vida, la identidad, la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar, abordaremos los referidos derechos.

Todo ello buscando lo que es la génesis y télesis del Derecho a vivir en familia, el que lo desarrollamos a continuación:

#### **2.1.3.1 Declaración de los Derechos del Niño**

Históricamente, se tiene que la Sociedad de Naciones (predecesora de la Organización de la Naciones Unidas), en 1924, aprueba la Declaración de Ginebra, reconociendo a través de ésta la existencia de derechos específicos de los niños, y la responsabilidad de los adultos hacia ellos.

En 1942, entra en vigencia la denominada Declaración de las oportunidades para el niño, esta tiene origen en el VII Congreso Panamericano del Niño, y regula la vida de familia, la educación, salud, responsabilidad y trabajo, la formación ciudadana y responsabilidades para el niño. (Barletta, 2018)

Tras la Segunda Guerra Mundial, se fundó la Organización de la Naciones Unidas, dando lugar a la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, y advertida la trascendencia de los Derechos Humanos, se evidencia las insuficiencias en la Declaración de Ginebra.



Así, el 20 de noviembre de 1959, se aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, la misma que, en su preámbulo refiere dos considerandos de importancia:

“Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”

“Considerando la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niños, y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”

De ello, se devela conjuntamente la trascendencia de la Declaración de Ginebra y la Declaración Universal de Derechos Humanos, encontrando convergencia en la Declaración de los Derechos del Niño. Siendo relevante para nuestro estudio, en cuanto refiere lo siguiente:

“Principio 6.- El niño (...) deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia (...)”

### **2.1.3.2 Convención sobre los Derechos del Niño**

En 1978, el Gobierno Polaco, presentó ante la Naciones Unidas una versión provisional de una Convención sobre los Derechos del niño, tras diez años de tratativas con gobiernos, líderes

religiosos, y otras instituciones, se logra aprobar el texto final de la referida convención, obteniendo éste carácter obligatorio. (UNICEF, 2018)

Como señala la parte introductoria de la Convención, esta fue aprobada como Tratado Internacional de Derechos Humanos el 20 de noviembre de 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

### **i. La Doctrina de la Protección Integral**

La Convención sobre los Derechos del Niño, marcó un hito en la concepción jurídica del niño, pues a la luz de las Declaraciones, el niño fue supeditado a un control- protección, considerado como objeto de protección, es decir, una regulación jurídica que lo mostraba como objeto de derecho y no como sujeto de derecho (Cardoma, 2019), por lo que queda invisibilizado su rol activo, y se desarrolla la llamada “Doctrina de la situación irregular”.

Es con la Convención sobre los Derechos del Niño que se instala definitivamente la denominada “Doctrina de la Protección Integral”, la cual otorga resguardo a todos los derechos de los niños y adolescentes sin distinción alguna, de cara a un reconocimiento internacional de derechos.

Así, se busca erradicar la estrategia de “control-protección”, propia de la doctrina de la situación irregular, para dar paso a una protección integral, cuyo objetivo principal es la intervención justificada en la vida privada y familiar de los menores a fin de garantizar y restituir el ejercicio efectivo de sus derechos, cuando estos se encuentran bajo su jurisdicción. Permitiendo además que el niño deje de ser concebido como un sujeto pasivo de protección para ser concebido como un sujeto activo y participe en la promoción y defensa de sus derechos. (Barletta, 2018)

## **ii. Principios jurídicos relativos a los Derechos del Niño, a la luz de la CDN**

A decir de Pinto (1988), la Convención de los Derechos del Niño, permitió la incorporación de la “Doctrina de la Protección Integral”, la misma que prepondera principios jurídicos como “El niño como sujeto de derechos” y “El interés superior del niño”, dejando atrás la Doctrina de la situación irregular, es decir, “no se trata de proteger la infancia y la adolescencia, sino de proteger los Derechos de la infancia y la adolescencia” (Cardoma, 2019). Se advierte además que, el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia N° 01817-2009-PHC-TC (Caso J.A.R.R.A y V.R.R.A), ha precisado la observancia de los principios de Protección especial del niño e Interés Superior del niño, así como los derechos de Tener una familia y no ser separado de ella, Derecho a crecer en un ambiente de afecto, seguridad moral y material, así como el Derecho al desarrollo armónico e integral, los mismos que se desarrollan a continuación.

### **Protección especial del niño y el niño como sujeto de derechos**

Como vimos previamente, la génesis de este principio es la Declaración de Ginebra, en la que se señala que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, por lo cual merecen especial protección.

Posteriormente, este principio es recogido y precisado por la Declaración de los Derechos del Niño, en la que se señala “Principio 2: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse mental, física, moral, social y espiritualmente en forma saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad”

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25.2 señala que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”. En esa línea, la Convención sobre

los derechos del niño, en el artículo 3.1 reconoce que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que seas necesarios para su bienestar”.

Encuentra sustento constitucional en la primera parte del artículo 4 de la Constitución Política del Perú, en el que se señala que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”. Del referido artículo, se vislumbra que, la finalidad de la protección es de carácter garantista para el resguardo de los derechos del niño y adolescente. (Barletta, 2018)

El Tribunal Constitucional, ha señalado sobre el particular:

“(...) este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños y que impone tanto al estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar un desarrollo libre, armónico e integral” (STC 1817-2009, 2009)

Sin embargo, debemos precisar que, al aludir la condición del niño como sujeto de derechos no referimos el requerimiento de brindarle protección desde una perspectiva asistencialista o de minusvalía, sino más bien, se prepondera su condición de persona humana, la misma que, lo hace merecedor de respeto y resguardo de sus derechos, y consecuentemente, la protección de su dignidad (Barletta, 2018). Además, refiere Pacheco (2001), que la Convención sobre los Derechos del Niño produjo un giro interpretativo, sosteniendo que “De la Convención se deriva el abandono del concepto del menor como objeto de decisión, para adoptarse el de niño, niña

y adolescente como sujeto de derechos y obligaciones”(p. 5). En esa línea de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los niños deben ser entendidos como “titulares de derechos y no sólo objeto de protección” (CIDH, 2002)

De ello podemos desprender el derecho específico del que goza el menor de participar activamente en situaciones que atañen a su persona, a saber, el reconocimiento del derecho a la opinión de los niños y adolescentes. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que “el niño y adolescente tiene derecho a la opinión, estando su ejercicio supeditado a la condición que este pueda formarse un juicio propio, siendo valorada su opinión en función a su edad y madurez”.

### **El interés superior del niño**

Conforme precisa la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), el interés superior del niño, es el principio regulador de las normas relativas a los derechos del menor, el mismo que se funda en la dignidad de la persona, y en las características propias de niños, para garantizar su desarrollo, teniendo en cuenta sus potencialidades.

En palabras de Cillero (1998) el interés superior del niño, es considerado como una garantía de que “los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”. (p. 71)

Es a través de la Convención sobre Derechos del niño, que se reconoce expresamente el Principio del Interés Superior del niño; sin embargo, los documentos internacionales precedentes, hacen mención de manera incipiente al referido principio. La Declaración de Ginebra acuña la frase “los niños primero”, y la Declaración de los Derechos del Niño, refiere en sus consideraciones que “la humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle”, asimismo,

señala en el Principio 2 “Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”, y en el Principio 7 “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”

La Convención regula este principio de manera que, en todas las medidas concernientes a los menores, que una entidad estatal otorgue, deberá atenderse al interés superior del niño como una consideración primordial. (Garay, 2009)

El Instituto Interamericano del niño (2003), señala que este principio refleja el carácter integral de la doctrina de la protección de derechos, definiendo su indivisibilidad e integralidad, y a su vez la relación con los propios derechos humanos. Precisa, además, que su supremacía deberá impactar directamente en las reformas legislativas, para la coexistencia de marcos normativos, basados en un control de convencionalidad.

A decir de Barletta (2018), el interés superior de niño permite, además, adoptar decisiones en pro de generar la coparentalidad o el trato continuo del niño con sus padres, sin importar que estos vivan separados, lo cual exigirá que los progenitores antepongan los derechos e intereses de sus hijos a los suyos.

En ese sentido, podemos concluir que el Interés superior del niño, es el filtro por el cual el niño puede gozar a plenitud de sus derechos, considerando lo que sea mejor para este.

### **2.1.3.3 El derecho del niño y adolescente a vivir en familia**

Como hemos visto el niño y adolescente, tiene un tratamiento especial, el mismo que se fundamenta en su condición de desarrollo en todas sus facetas (a nivel físico, psicológico, social

y emotivo), y goza de derechos específicos relativos a su edad, siendo la familia la institución jurídica y social que le permite la efectiva vigencia de sus derechos. En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que el rol de la familia trasciende por el lugar que ocupa en la vida del niño, así como por el rol protector, de cuidado y de crianza que esta soporta; en sus primeros años de vida la dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, pues existe estrecha vinculación entre el derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013)

El derecho internacional, reconoce a la familia como el núcleo de protección de la infancia y la adolescencia, reconociendo además el derecho que los niños tienen de vivir con su familia; distingue a la familia como el medio natural para el crecimiento de sus miembros, y en particular de los niños. (Opinión Consultiva 17, 2002)

Los Derechos del niños, y su efectiva vigencia consideran como pilar fundamental el principio del interés superior del niño, el mismo que se vincula, de modo particular a la concreción de los derechos e intereses del niño con dos elementos: i) Los derechos y deberes de los padres o de los responsables legales del niño, ii) Con la responsabilidad de los Estados de velar por la protección y el cuidado que sean necesarios para el bienestar del niño.

Esta vinculación hace visible la importancia que la familia tiene en la vida del niño y en la realización de sus derechos y su interés superior, (con mayor preminencia en la primera infancia), estableciendo simultáneamente la obligación del Estado de velar por la existencia de las condiciones para que esta protección efectiva pueda darse por parte de los progenitores y la familia del niño, considerando la realización de todos los derechos del niño y, en caso que ello

no fuera posible o se vulneraran sus derechos, adoptar las medidas adecuadas para la protección del niño.

La Convención sobre los Derechos del niño, declara en sus disposiciones el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos, así como el deber de los Estados para coadyuvar al cumplimiento cabal de las funciones familiares. Reconoce además la posibilidad de que los padres, por razones de diversa índole, se separen, rompiendo así el vínculo entre estos; sin embargo, precisa que la separación de estos con sus hijos tendrá lugar solamente bajo los principios de necesidad, temporalidad y excepcionalidad, reconocidos en los artículos 11.2 , 17.1 y 19 de la Convención, así en los artículos V y VI de la Declaración Americana de los Derechos de los derechos y deberes del hombre. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013) Así, mediante las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, señala:

[1]a separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible. Las decisiones relativas a la remoción de la guarda han de revisarse periódicamente, y el regreso del niño a la guarda y cuidado de sus padres, una vez que se hayan resuelto o hayan desaparecido las causas que originaron la separación, debería responder al interés superior del niño [...]. (Organización de la Naciones Unidas, 2010, Directriz N° 14)

Siendo ello así, se evidencia que el mejor medio de desarrollo para los niños y adolescentes, es al lado de sus padres, con una relación regular, de modo que se les permita afianza y fortalecer los vínculos entre estos, otorgando seguridad, confianza y autoestima.



#### **2.1.3.3.1 El derecho del niño a tener una familia: ser cuidado por sus padres y no ser separado de ellos**

La Convención, precisa, además, en el artículo 7, el derecho del niño a ser cuidado por sus padres al manifestar que, “El niño (...) tendrá derecho (...), en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Sistemáticamente, debemos observar lo señalado por el artículo 5, “Los Estados Partes respetarán las *responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres (...)*, según establezca la costumbre local, (...), en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”; además de lo precisado en el artículo 9, que señala, “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. En este último artículo, incide la norma que, esto se dará solo en casos particulares, como el de sometimiento a maltrato o descuido, o a razón de la separación de los padres.

#### **2.1.3.3.1 El derecho del niño con padres separados a vivir, crecer y desarrollarse en familia**

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 16.3, define a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a través del artículo 23, suscribe lo precisado por la Declaración Universal, señalando que esta goza de protección del Estado y la sociedad pero, además precisa que los Estados partes tomarán las medidas apropiadas para brindar la seguridad necesaria a los hijos tras la disolución del vínculo matrimonial; y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, refiere la obligación del Estado de velar por el mejoramiento del estado moral y material de la familia.

Sin embargo, es fundamental considerar que la protección efectiva a la familia, debe tener como premisa que, esta “no es una institución estática y anquilosada en el tiempo, sino que se encuentra en cambio continuo por su interacción con las demás instituciones sociales” (Barletta, 2018, p. 103)

Por ello, dada la realidad, y precisando de los cambios de la estructura y la dinámica familiar, el Comité de Derechos del Niño, se ha pronunciado en el sentido siguiente: “El Comité observa que, en la práctica, los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños (...)” (Comité de Derechos del niño, 1948)

Ahora bien, la referida Convención estipula los derechos de la infancia, entre ellos el Derecho a vivir en familia, así, reconoce en su preámbulo:

“(...) el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”

En esa línea de ideas, la Convención en el artículo 9 precisa lo siguiente:

“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...)”

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

Señala el artículo 18 de la Convención sobre los derechos del niño, que “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. (...) Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

De ello se observa que, la Convención sobre los Derechos del Niño, a través del artículo 9.3 reconoce de forma innominada el Derecho del niño a vivir en familia, aun cuando este se encuentre separado de uno o ambos padres, precisando que se le permitirá “*mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular*”.

Se colige así que la Convención busca que las relaciones paterno filiales subsistan y se afiancen, aunque los padres se encuentren separados, y que, al ser una relación de modo regular, no tengan a un progenitor de manera permanente, y otro meramente visitador.

#### **2.1.3.4 Principio- derecho Dignidad de la persona humana**

La dignidad se reconoce inherente a la persona, conforme es precisado por instrumentos internacionales, a saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, por su parte la Convención sobre los derechos del niño, reconoce a los niños y niñas como titulares de derechos, así como de su dignidad como personas en desarrollo.

La norma constitucional nacional, en consideración a la preponderancia de la dignidad humana, ha referido el respeto a la misma como el fin supremo de la sociedad y el estado, ello en su artículo 1°.

Así, se precisa a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que la exigibilidad de los derechos humanos tiene exigibilidad, por el reconocimiento de la dignidad de la persona, por lo cual exigen tutela y promoción permanente para lograr su plena vigencia.

En ese sentido, el derecho a vivir en familia, del cual gozan los niños y adolescentes, tiene asidero en la concreción y reconocimiento de la dignidad humana, como principio y derecho.

#### **2.1.3.5 Derecho a la vida y la integridad personal**

El derecho del niño a la vida, que implica calidad de vida y el derecho a la integridad, son derechos que se relacionan al derecho al desarrollo integral, lo que resulta fundamental cuando referimos una etapa de desarrollo humano, que tendrá necesariamente consecuencia en las subsiguientes y que constituye el constructo de personalidad respecto a cada individuo. (Barletta, 2018)

En ese sentido, el Preámbulo de la Convención precisa que “el niño, por su falta de madurez, física mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”

La trascendencia de este derecho es recogida en la definición que García (2001) le confiere, precisando que es “el atributo natural por excelencia, por cuanto de su reconocimiento depende la realización de los demás derechos o libertades” (p. 20)

Siendo de tal relevancia, se le otorga reconocimiento a través del artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al precisa que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona”; a través del artículo 6.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. En esa línea de ideas, el artículo 2.1 de la Constitución del Estado, establece que “Toda persona tiene derecho a la vida”

Respecto al derecho a la integridad, hemos de precisar que este constituye un atributo, que alcanza diferentes planos de la personalidad, esto es físico, espiritual y psíquico, siendo tal la trascendencia de este derecho y su interdependencia con el derecho a vivir en familia, al considerarse como soporte indispensable. Así tenemos que el derecho a la vida exige el reconocimiento antelado al derecho a la integridad, pues se considera que la vulneración de este segundo afectará directa o indirectamente la conquista del primero. (Cacerrada, 1986)

Teniendo lo precedentemente señalado es innegable la trascendencia del reconocimiento de este derecho, aun mas por permitir el acceso a los demás derechos, tales como el derecho a vivir en familia, el mismo que es de interés para este estudio.

### **2.1.3.6 Derecho del niño a la identidad**

La identidad es definida como el conjunto de características psicosomáticas y atributos que permiten individualizar a una persona frente a una sociedad; en ese sentido, vendría a ser todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no uno diferente. Así, la identidad tiene un componente individual y otro social, la primera denominada también como estática, refiere a aquello que permanece en el tiempo, como es el sexo, idioma de origen, nacionalidad, carga

genética, parentesco biológico, huella dactilar, las vivencias, la historia de vida o recuerdos del pasado, entre otros; la segunda denominada identidad dinámica, alude a los componentes de la personalidad que por causas naturales varían, como son: la fisonomía, la edad, experiencia, el entorno familiar (nacen y fallecen miembros de la familia), y respecto a este último las experiencias, costumbres, hábitos, gestos y otros adquiridos por este entorno, también coadyuvan a forjar la identidad social (Fernández, 1988,)

Respecto al resguardo del derecho a la identidad en los niños y adolescentes, la doctrina ha planteado nuevos hitos para su análisis, entre ellas la identidad biológica y el estado familiar o las relaciones familiares, que se constituyen como cuestiones medulares. (Barletta Villarán, 2018)

El reconocimiento de la identidad como derecho fundamental se encuentra vigente en el inciso 1 del artículo 2 de la norma constitucional, conjuntamente con el reconocimiento al derecho a la vida, a la integridad moral psíquica física, y al libre desarrollo y bienestar, de ahí que se devela la trascendencia de la que se le reviste al derecho de identidad. Es así, que el Tribunal Constitucional, refiere respecto a este “Derecho de todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es (...), el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos” (Tribunal Constitucional, 2005)

El Código de los Niños y Adolescentes, prevé la identidad, como el derecho a tener un nombre, a una nacionalidad, así como, en la medida de lo posible conocer a sus padres y llevar sus apellidos. De este texto se devela el carácter restrictivo del reconocimiento del contenido de este derecho, por lo que hemos de recurrir al aporte de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que en el Artículo 8, señala que:

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Esta norma internacional, marca una pauta refiriendo el componente específico del derecho a la identidad, ya que incide en ser este un derecho especial de los niños y adolescentes, y orienta, así, a las relaciones familiares o posesión constante de estado. (Barletta Villarán, 2018)

La Corte Suprema ha interpretado este derecho considerando tanto los componentes de la identidad estática como la dinámica, al aludir el estado de familia que origina derechos y deberes recíprocos entre sus miembros, es decir, las relaciones jurídicas que garantizan el desarrollo y bienestar integral de los mismos, lo que es señalado como sigue: “(...) el derecho de identidad de la persona, el que en extenso involucra el derecho de toda persona de conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con todos los privilegios que por ello le pudiera corresponder” (Corte Suprema de Justicia, 2002)

Además, como antecede la Convención sobre los Derechos del Niños, precisa en el artículo 7.1 la exigencia de conocer a los padres y ser cuidados por ellos, siendo esta una conceptualización del derecho a la identidad de manera integral. Y como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013):

El derecho a la familia se vincula también de modo particular con el derecho a la identidad (...) reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana. (Fundamento 58)

### **2.1.3.7 Derecho al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala a través de la Opinión Consultiva OC-17/12, que “La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos” (Opinión Consultiva 17, 2002, párr. 53). Afirmación que es suscrita por el Comité de los Derechos Humanos, a través del Comentario General 17.

Se reconoce a través de la Constitución Política del Estado, en el artículo 2, inciso 1), que toda persona tiene derecho (...) “a su libre desarrollo y bienestar”, derechos que se encuentran reconocidos conjuntamente con el derecho a la vida y la integridad, por lo que se devela la importancia que el legislador le otorga, más aun cuando referimos que este derecho le atañe al niño y adolescente, quienes se encuentran en etapas de su vida en las que se erige su personalidad.

La Convención sobre los Derechos del niño, en su preámbulo, manifiesta que, para la consecución del pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño, es insoslayable que éste crezca en el seno familiar, rodeado de un ambiente de amor, comprensión y felicidad. Reconoce, además, a la familia, como medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, haciendo particular incidencia en los niños.



De lo referido, se desprende la preponderancia que se le otorga a la familia, siendo que esta tiene relación directa tanto con el pleno desarrollo del niño, como con su bienestar.

## 2.2 MARCO CONCEPTUAL

**Niño:** Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad.

**Adolescente:** Se considera adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

**Tenencia:** Atributo de la patria potestad que está relacionada con el cuidado directo de los hijos, y para cuya realización necesitan la convivencia del progenitor con el niño o niña. (Rabadán, 2003)

**Tenencia compartida:** Sistema que reconoce a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental. (Gil, Fama, y Herrera, 2006)

**Coparentalidad:** “El derecho que tiene todo menor a mantener una relación equilibrada y continua con ambos progenitores, aun producida la ruptura de la convivencia de sus padres” (Gonzalez- Espada Ramirez, 2013, p. 45)

**Corresponsabilidad:** Principio que se concreta en el reparto equitativo de los derechos y los deberes que los progenitores deben ejercer sobre sus hijos” (Gonzalez- Espada, 2013, p. 43)

**Interés Superior del niño:** Principio regulador de la normas relativas a los derecho del menor, el mismo que se funda en la dignidad de la persona, y en las características propias

de niños, para garantizar su desarrollo, teniendo en cuenta sus potencialidades. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, Fundamento 56)

**Derecho a vivir en familia:** Derecho fundamental que implica entender a la familia no solo como elemento objetivo y base de un verdadero Estado Democrático y Social de Derecho, sino como derecho humano exigible tanto al Estado como a los particulares” (Defensoría del Pueblo, 2010). Su reconocimiento tiene asidero en el preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño, donde señala que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (STC N° 01817-2009-PHC-TC, 2009)

## **2.3 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

### **2.3.1 Internacional**

España: Amieva (2016), en su investigación titulada “Los criterios actuales para la atribución de la custodia compartida”, arribó a las siguientes conclusiones:

- i.** En el año 2005, fue recogido por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el régimen de custodia compartida, teniendo su fundamento en dar respuesta a los cambios sociales, las nuevas formas familiares las reclamaciones hechas por asociaciones de padres que consideraban una privación de su derecho el sistema generalizado de guarda y custodia exclusiva a favor de la madre. Supuso, por tanto, la ruptura con la tradicionalidad por parte de los tribunales en relación a la atribución de la guarda y custodia.
- ii.** Desde su entrada en vigor, tanto el legislador como la jurisprudencia han tenido una tendencia a favorecer y aplicar este sistema. Así pues, la jurisprudencia se ha

encargado de exhibir los beneficios de su aplicación y, debido a las lagunas legislativas, ha sido la encargada de establecer los requisitos necesarios para la atribución de la custodia compartida, adaptándolos al caso concreto y respetando el interés superior del menor. Por su parte, el legislador, debido al gran aumento de la atribución de la custodia compartida en los últimos años y a las lagunas existentes, aprobó el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, dando respuesta así a la actual realidad social.

- iii. La custodia compartida cuenta con una limitación en su aplicación, pues no se podrá establecer cuando alguno de los progenitores este incurso en una causa de violencia intrafamiliar, o bien debido a sus circunstancias personales sea incapaz para el cumplimiento de sus obligaciones paterno- filiales. (pp. 34-35)

### **2.1.2 Nacional**

Noblecilla (2014), en su investigación titulada “Factores determinantes de la tenencia de menores en los Juzgados de Familia de Trujillo: La primacía del interés superior del niño”, arriba a las siguientes conclusiones:

- i. La Tenencia Monoparental, se presenta como una figura disociadora de la relación paterno-filial desvinculándola, provocando una semiorfandad artificial sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad (dependiendo a cuál de los progenitores fue otorgada la custodia).
- ii. “En la Tenencia Monoparental, como se pudo apreciar en las sentencias expedidas por los juzgados de familia, se presenta el poder hegemónico asentado generalmente en la madre, quien con diversos atributos otorgados desdibuja la paternidad.

- iii. La Tenencia Compartida, se refleja como el tipo de tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, es el referente que modula la función paterna en un clima y equilibrio interaccional dinámico, anclada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, que en su estilo cooperativo reforma y potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socioafectivos y como alianza coparental constituye el espacio vincular que opera como soporte mutuo en la trama emocional con los hijos.
- iv. Se determinó que de 10 sentencias analizadas 7 otorgaron la Tenencia Monoparental, exclusivamente a favor de la madre, quien fue la demandante.” (pp. 102-103)

### **2.1.3 Locales**

-Acuña (2016), en su investigación titulada “Tenencia exclusiva y tenencia compartida en los procesos de familia en el Perú: Análisis comparado en relación a una protección eficaz del Principio del interés superior del niño”, arriba a las siguientes conclusiones:

- i. En el desarrollo de nuestra investigación, se ha demostrado con suficiencia que existen razones sociales y jurídicas que justifican la aplicación de una Tenencia Compartida en los procesos de familia en el Perú, comprobando que esta viene a ser la medida que cautela de mejor manera el interés superior del niño, puesto que, el objetivo de esta figura del Derecho de Familia busca generar los medios necesarios para que el menor, que se encuentre en medio de la separación de sus progenitores, logre alcanzar su pleno desarrollo integral al mantener el contacto continuo y activo con ambos progenitores. Solo de esta forma se garantiza la protección eficaz del interés superior del niño y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; demostrando, las ventajas de la tenencia compartida sobre la tenencia exclusiva.

**ii.** En cuanto a la naturaleza jurídica de la Tenencia Exclusiva y Tenencia Compartida, se ha tomado en cuenta el desarrollo teórico y jurisprudencial de ambas figuras jurídicas del Derecho de Familia. Estas figuras presentan una doble naturaleza como derecho-deber. Es un Derecho de los padres e hijos a seguir contando con el contacto entre ellos después de la ruptura familiar; y, viene a ser un Deber de los padres de continuar con sus responsabilidades parentales durante el desarrollo del menor, incluso después de haber alcanzado la mayoría de edad. Asimismo, algunos autores consideran también que, la Tenencia Compartida tiene una naturaleza garantista, ya que su contenido y aplicación resguarda los derechos del niño, por lo que se busca con la tenencia es resguardar la mejor situación posible para el menor.

**iii.** Así mismo, se ha determinado que la Doctrina de la Protección Integral debe ser entendida como el conjunto de criterios sociales, jurídicos y filosóficos que determinan cómo debe tratarse los derechos del niño en base a tres fundamentos: el niño como sujeto de derecho, el derecho a la protección especial y el derecho a vivir en condiciones que permitan su desarrollo integral. Esta doctrina se sostiene gracias a cuatro principios rectores: el principio de solidaridad, igualdad, prioridad absoluta y principio del interés superior del niño.

El principio del interés superior del niño, constituye parte fundamental de la Doctrina de Protección Integral; en ese sentido, es una garantía para el respeto de los derechos del niño y es una medida de protección frente a las decisiones que se tomen respecto a ellos ya sea en la esfera pública o privada. Reconocido internacionalmente como un principio fundamental del Derecho de Menores.

**iv.** Respecto a las repercusiones que se derivan de la aplicación de la Tenencia Exclusiva en los procesos de familia, se ha desarrollado ampliamente aquellos aspectos de este tipo de tenencia que desfavorece directamente al principio del interés superior del niño;

además, se ha expuesto las razones por las que esta tenencia afecta perjudicialmente al desarrollo integral del menor, lo que a su vez afecta el derecho del menor de gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal; así mismo, se ha considerado los efectos negativos sobre los menores, siendo uno estos el Síndrome de Alienación Parental.

Asimismo, en los aspectos que favorece la aplicación de la Tenencia Compartida se ha identificado que existe una mejor distribución de la responsabilidad y obligaciones en cuanto al cuidado, protección y educación del menor; contribuye a la formación y fortalecimiento del vínculo familiar; permite al menor desarrollar un sentimiento básico de confianza y seguridad; contribuye en el desarrollo psicológico del menor en la formación de su personalidad y; ayuda al menor a tener una experiencia menos traumática al pasar por el proceso de separación de los padres.

- v. Mediante el análisis documental, se ha revisado un conjunto de sentencia de los Juzgados de Familia del Cusco, los que se pronuncian acerca de tenencia de menores. Como resultados se ha concluido que, existen casos en los que se sentencia Tenencia Exclusiva sin tener en cuenta el principio del interés superior del niño, pudiendo haber otorgado una Tenencia Compartida que resguarda de mejor manera dicho principio y el desarrollo integral del menor. Esta situación denota una falencia del sistema judicial, puesto que esta praxis no contribuye con la labor protectora del sistema de justicia hacia los menores.
- vi. Mediante los resultados obtenidos por las encuestas realizadas a profesionales vinculados al tema, se ha concluido que los profesionales han realizado una opinión favorable a la aplicación de la Tenencia Compartida como una experiencia que favorece resguarda de mejor manera el principio del interés superior del niño, así mismo

manifestaron las ventajas que se derivan de este tipo de tenencia sobre el desarrollo del menor, y por otro lado, manifestaron que la poca aplicación de la tenencia compartida se debe a la escasa información sobre este tema, por lo que sería beneficioso que nuestro ordenamiento jurídico priorice la aplicación de la Tenencia Compartida.

1. Mediante los resultados obtenidos por las encuestas realizadas a personas que vivieron bajo un régimen de Tenencia Exclusiva, se ha concluido que en su mayoría estas personas consideran que hubiera sido beneficioso para su desarrollo personal el haber mantenido constante contacto con ambos padres, así mismo considera que la Tenencia Exclusiva ha ocasionado el deterioro de las relaciones afectivas con sus progenitores; por otro lado, reconocen que la Tenencia Compartida les hubiera brindado mayores ventajas dentro de su desarrollo integral, por lo que de haber tenido la oportunidad de elegir un régimen de tenencia hubieran elegido la Tenencia Compartida.” (pp. 199-203)

-Cáceres (2016), en su investigación titulada “Vulneración y violación del interés superior del niño, en la tenencia compartida de familias disfuncionales en el distrito del Cusco año 2015”, arribó a las siguientes conclusiones:

- i. “De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más, pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.
- ii. Se advierte que, al otorgárseles la tenencia compartida en familias disfuncionales, no se ha tomado en cuenta para nada la opinión del niño, como un derecho que tiene y que debió priorizarse, de que los niños tienen derecho a querer y ser queridos, a expresar su opinión, a no recibir malos tratos, tener una familia en la medida de lo

posible a crecer en ella, a ser protegidos y cuidados, y a desarrollar plenamente su personalidad.

- iii.** En el ámbito internacional, se han logrado avances bastante importantes, ya que sea a nivel interno como consecuencia de la suscripción de dicho tratado internacional de la Convención de los derechos del niño. Pero, en cambio en nuestro país, no se han fijado parámetros y garantías procesales, en las decisiones judiciales, menos o casi nada en la tenencia compartida en familias disfuncionales. (pp. 146-148)



### CAPITULO III HIPOTESIS Y CATEGORIAS

#### 3.1 HIPÓTESIS

LA INAPLICACIÓN JUDICIAL DE LA TENENCIA COMPARTIDA GENERA LA AFECTACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL Y HUMANO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN FAMILIA

#### 3.2 CATEGORÍAS DEL ESTUDIO

Considerando que la presente investigación es de enfoque cualitativo, el estudio no requiere operacionalizar las variables, ya que no es propósito de la investigación efectuar una medición estadística, por ello de acuerdo a la epistemología de este tipo de estudio solo consignaremos categorías temáticas a priori.

TABLA 1 – CATEGORÍAS Y SUBCATEGORÍAS DE ESTUDIO

Categorías de estudio	Subcategorías
<b>Categoría 1°</b>  <b>Tenencia compartida Judicial</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Alcances de la tenencia compartida judicial desde una perspectiva genérica</li><li>- Alcances de la tenencia compartida judicial sistema jurídico peruano</li><li>- Aplicación de la tenencia compartida judicial</li></ul>

<p><b>Categoría 2°</b></p> <p><b>Derecho del niño y adolescente a vivir en familia</b></p>	<p>-Protección del derecho fundamental de vivir en familia en el Perú</p> <p>-Contenido y alcances del derecho del niño y adolescente a vivir en familia</p> <p>-Derecho del niño y del adolescente con padres separados a vivir en familia</p>
--	---

Fuente: Elaboración propia

## CAPÍTULO IV METODOLOGÍA

### 4.1 Ámbito de estudio

Dado el alcance general de la presente investigación, la misma que aborda la aplicación de la tenencia compartida como la concreción del derecho del niño y adolescente, de padres separados, a vivir en familia, el ámbito de estudio lo constituye el territorio nacional peruano.

### 4.2 Tipo y nivel de investigación

TABLA 2 – TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.

<b>Enfoque de investigación</b>	<b>Cualitativo</b>	<b>Aplicación en la investigación</b>
	Este enfoque de investigación “utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación” (Hernández, 2014, p. 7)	Porque tiene como objetivo determinar mediante el análisis y la argumentación de qué manera la inaplicación judicial de la tenencia compartida afecta al derecho del menor a vivir en familia.

<p><b>Tipo investigación jurídica</b></p>	<p><b>Dogmático interpretativo</b></p> <p>Conforme la clasificación efectuada por Witker (1995), quien manifiesta que este tipo de investigación jurídica estudia las estructuras del derecho objetivo, teniendo basamento principalmente, en las fuentes formales del derecho objetivo</p>	<p><b>Aplicación en la investigación</b></p> <p>Porque el estudio analiza la institución jurídica de tenencia compartida judicial en torno al derecho de los hijos a vivir en familia</p>
<p><b>Clase de investigación</b></p>	<p><b>Propositiva</b></p> <p>Se formula una propuesta de modificación, derogación o creación de una norma jurídica, toda vez que busca el cuestionamiento en la legislación vigente. (Witker, 1995)</p>	<p><b>Aplicación en la investigación</b></p> <p>Nuestra investigación propicia un nuevo conocimiento, traducido en un proyecto de ley.</p>

Fuente: Elaboración propia

### **4.3 Unidad de análisis**

La unidad de análisis temático de nuestra investigación está constituida por la aplicación de la tenencia compartida como la concreción del derecho del niño y adolescente, de padres separados, a vivir en familia,

### **4.4 Población**

En la presente investigación la población lo constituyen los niños y adolescentes inmersos en procesos de tenencia, en el ámbito nacional, cuyo análisis estuvo enfocado en los cuatro juzgados de familia del Cercado del Cusco, adscritos a la Corte Superior de Justicia de Cusco, específicamente al año 2018, habiendo sido objeto de análisis un total de 113 procesos.

### **4.5 Técnica de selección de estudio: Muestra no probabilística**

Por la naturaleza cualitativa de nuestro estudio, la muestra será no probabilística y se conforma mediante el muestreo no probabilístico por conveniencia.

### **4.6 Técnicas e instrumentos de recolección de información**

#### **4.6.1 Técnicas**

Para el presente estudio se utilizará las siguientes técnicas:

- a) La observación.
- b) Encuesta.
- c) Análisis documental

#### **4.6.2 Instrumentos**

Los instrumentos que corresponde a las técnicas elegidas son:

- a) Ficha de análisis de casos.
- b) Entrevista.

#### **4.7 Técnicas de análisis e interpretación de la información**

Luego de aplicar las fichas de análisis documental se procedió a la limpieza de datos con el fin de seleccionar la información para ser procesada. Al concluir esta acción se procesó la información de la forma que se indica a continuación:

- a.** Orden y sistematización de la información recogida en el trabajo de campo.
- b.** Análisis e interpretación
- c.** Elaboración de conclusiones.

## **CAPÍTULO V RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

### **5.1 REGULACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO Y COMPARADO**

#### **5.1.1 La tenencia compartida en el Perú y sus fuentes jurídicas**

Como hemos señalado líneas arriba, la coparentalidad es un derecho común de todos los niños y adolescentes, se encuentren sus padres juntos o separados de hecho, o por divorcio. Esta figura ha sido adoptada en el Perú, conforme las fuentes jurídicas que a continuación son desarrolladas.

##### **5.1.1.1 Convención sobre los derechos del niño**

La convención sobre los derechos del niño, entro en vigencia el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por nuestro país mediante Resolución Legislativa N° 25278, de fecha 03 de agosto de 1990, como hemos señalado precedentemente, la referida Convención da lugar a la doctrina de protección integral, significando ello el reconocimiento de derechos específicos de los niños y adolescentes, además de los precisados por la Declaración Universal de Derechos Humanos,

Para nuestros fines, consideramos de importancia, lo artículos 3, 7, 9.3 y 18. Siendo que, el artículo 3 refiere el interés superior del niño acogido en nuestra legislación, habiéndose desarrollado al respecto una ley autónoma; el artículo 7, reconoce el derecho del niño a ser cuidado por sus padres; el artículo 9.3, que prescribe que el niño que se encuentre separado de

uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular; y el artículo 18, que reconoce que ambos padres tienen obligaciones en la crianza y el desarrollo del niño.

#### **5.1.1.2 Fuente legislativa**

-El Código civil refiere a la tenencia únicamente en artículo 340, nominado como efectos de la separación respecto a los hijos, artículo en el que se precisa que “los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica”, a no ser que el juez determine que sea el otro cónyuge a quien se le encargue uno o todos los menores. Señala, además, como pauta que en caso de ambos cónyuges ser culpables, los varones mayores de siete años estarán al cuidado de su padre, y los varones menores de siete años y las mujeres menores de edad a cargo de la madre, salvo mejor determinación del juez.

-Código de Niños y adolescentes: La tenencia compartida entra en vigencia en nuestro país a razón de la Ley 29269, mediante la cual se modifican lo artículo 81 y 84 del CNA, siendo este, el primer precedente normativo que da luz a una posibilidad alterna a la tenencia monoparental.

Esta ley tiene como antecedente el proyecto de Ley N° N°199/2006-CR, mediante el cual se propone incorporar la Tenencia Compartida, con el objeto de que tanto la madre como el padre tengan igualdad frente a sus hijos, tanto en los derechos como en los deberes que emanan de la patria potestad, como es señalado

-Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Ley N° 28983: Ley por la cual se busca garantizar el ejercicio de derechos de mujeres y hombres, en igualdad de condiciones, y sin discriminación por razones de género, propendiendo a la plena igualdad. Para dichos efectos, basa la normativa en principios generales de igualdad, respeto por libertad, dignidad,



seguridad y vida humana; y principios específicos como el reconocimiento de la equidad de género, desterrando prácticas que justifiquen la superioridad de algunos de los sexos. Así, respecto de los lineamientos del Poder Judicial y del Sistema de Administración de Justicia, se tiene establecido lo siguiente:

a) Garantizar el acceso a la justicia en igualdad de oportunidades, impulsándose la modificación de concepciones, actitudes y valores discriminatorios de los operadores de justicia.

(...)

c) Desarrollar programas de formación y capacitación del personal de la administración de justicia y de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley, incorporando en dichos programas, contenidos sobre género, interculturalidad y derechos humanos de las mujeres y hombres.

#### **5.1.1.4 Fuente jurisprudencial**

##### **Fuente jurisprudencial en materia civil**

###### **1. CASACIÓN N° 1252-2015**

La Corte Suprema de Justicia de la República- Sala Civil Transitoria, ha señalado:

FUNDAMENTO SEXTO.- Sobre el particular debe anotarse que la tenencia compartida es factible jurídicamente, en atención a lo previsto por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; más aún, si se tiene en cuenta que el propio Ad quem ha determinado en la recurrida que las conductas de ambos padres del menor no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del mismo, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos. (CAS 1252-2015, 2016)

## 2. CASACIÓN N° 3767-2015

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha señalado:

Fundamento 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. (CAS 3767-2015, 2016)

### **Fuente jurisprudencial en materia constitucional**

#### 1.. CASO N° 01817-2009

El Tribunal Constitucional, precisa como fundamentos que:

El hecho de no permitir a los menores ver a su madre, colisiona los principios de protección especial del niño, y el interés superior del niño; y los derechos de tener una familia y no ser separado de ella, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, y el desarrollo armónico e integral.

Señala además que:

(...) El derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a

la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1 ° Y 2°, inciso 1) de la Constitución.

15. En buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

### **5.1.2 La tenencia compartida en el Derecho comparado**

La guarda compartida es entendida como el derecho de hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno- filial y materno-filial igualitaria; un derecho al que no se puede ni debe renunciar, que nace de la familia, y no del matrimonio, dando lugar a que tras la crisis los derechos y responsabilidades de cada uno continúan siendo iguales a los que tenían con anterioridad; tomando en cuenta el juzgador siempre el interés superior del menor, que es reconocido como el *favor filii*. (Kemelmajer, 2012)

La guarda compartida, existente en varios países escandinavos desde hace muchos años, hoy está extendida en prácticamente toda Europa. (Zambrano, 2008) Así, en Francia se introdujo en 1987, raramente aplicada en esa época, devino regla a partir de 1993, y se consolidó en 2002, cuando la ley previó la posibilidad de que el menor tenga una doble residencia: una con cada uno de sus padres. En Alemania, el principio de la continuidad del cumplimiento de los deberes

de los padres hacia sus hijos, aun después del divorcio, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, es afirmado por la doctrina y por la jurisprudencia. En Inglaterra y en Gales, la Children Act de 1989, vigente desde 1991, establece el ejercicio conjunto de la patria potestad aun después del divorcio; además, modifica sustancialmente el lenguaje: no habla de guarda (custody) y visita (access), sino de residencia (residence) y contacto (contact); sustituye la expresión “derechos y obligaciones parentales” (parental rights and duties) por la más genérica de parental responsibility. En Holanda, desde 1998, la guarda compartida es la regla, y la guarda exclusiva, la excepción.

El fenómeno se extiende a otros continentes. Así, la reforma australiana de 2006 se denomina Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility). En los Estados Unidos la joint custody constituye el régimen preferido y prevaleciente. La jurisprudencia presume que ésta es la mejor solución para el menor y, como regla, corresponde a su efectivo interés; no es obligatoria en todos los estados, pero en la mayor parte, quien se opone, debe demostrar su no conveniencia para el caso concreto. (Pocar y Ronfani, 2007)

#### **5.1.2.1 Legislación y jurisprudencia española: La guarda y custodia compartida**

La legislación española no ha dotado de una definición a esta figura; sin embargo, frente a la omisión legal, señala Kemelmajer (2012), que los Tribunales de Barcelona, expresan que:

Es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos.

La guarda conjunta fue incorporada expresamente al sistema legal español por la Ley 15/2005, del 8 de julio de 2005, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Su regulación constitucional se encuentra en el artículo 39.2, que establece la obligación de los poderes públicos de “asegurar la protección integral de los hijos”, es decir alude al Principio favor filii. Este principio inspira preceptos del Código Civil, y constituyendo el núcleo básico de la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor.

Ahora, bien la regulación de esta institución se encuentra precisada en el artículo 92 del Código Civil español, y para su desarrollo refiere que:

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

6. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad,

la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”

#### **i. Pautas para la determinación del interés superior del niño en el caso concreto (jurisprudencia)**

La noción de “interés superior del niño” es un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido exige atender a las circunstancias especiales que el caso presenta. (Kemelmajer, 2012)

Si bien la guarda conjunta busca mantener relaciones fluidas entre padres e hijos; existen situaciones en que estas relaciones pueden ser perjudiciales para el hijo. En tal sentido, la jurisprudencia resuelve que “sin desconocer que los padres gozan del derecho de relacionarse con sus hijos, a la hora de establecer el régimen de la guarda y custodia de los menores ha de procurarse, ante todo, el interés del niño”. (STC 864-2005, 2005) Dicho de otro modo: “debe

primar el interés de los menores sobre el interés de cada uno de los progenitores”. (STC 675-2006, 2006)

El artículo 92.6 prevé que “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor...”

Respecto al Informe del Ministerio Fiscal, cabe precisar que este no será de carácter vinculante cuando exista convencionalidad respecto a la solicitud de la guarda conjunta; contrario sensum, será vinculante cuando esta sea solicitada solo por uno de los progenitores.

En cuanto a la “Escucha a los menores”, es cuestionable el valor que se le otorgara a la opinión de estos, visto ello, la jurisprudencia afirma que:

El deber procesal de oír judicialmente a los hijos permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Ahora bien, este interés puede, en determinados supuestos, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática... El deseo de los hijos constituye una circunstancia esencial capaz de fundamentar una eventual modificación de la medida relativa a su guarda y custodia, dada la trascendencia que dicha voluntad tiene desde la perspectiva de su desarrollo afectivo y protección integral, siempre que, naturalmente, ese deseo responda a una *voluntad autónoma, firme y decidida, ajena a inducciones o influencias extrañas y a caprichos o inclinaciones pasajeros*, que no se acomodan al verdadero interés

legalmente tutelado, y que exprese una voluntad razonable y razonada sobre la base de causas objetivas que sean susceptibles de valoración judicial con el auxilio, en su caso, de especialistas. (STC 328/2005, 2005)

En esa línea de ideas, la jurisprudencia española ha señalado que:

La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido de dicho interés, ya que no puede ser determinado con carácter general de forma abstracta. Se pueden barajar conceptos como los de estabilidad emocional, equilibrio psicológico, formación integral, pero el contenido de dichos conceptos sólo puede delimitarse caso a caso, en función y en atención a las circunstancias personales y familiares de cada niño. Pueden establecerse a priori determinados presupuestos objetivos favorecedores de un sistema de custodia compartida, pero ello no significa que de concurrir todos y cada uno de estos presupuestos resulte siempre beneficioso para el menor la custodia compartida, ni que, de no concurrir alguno de ellos, deba denegarse sin más dicho sistema de custodia. La dinámica de las relaciones familiares, tanto la anterior, como la posterior a la ruptura de pareja, es extraordinariamente compleja y variada y es dicha dinámica la que determinará cual es el sistema de custodia más beneficioso para los menores. (STC 23/2006, 2006)

En sentido se tiene que, el interés superior del menor se encuentra sujeto a diversas circunstancias. Así, por ejemplo, se ha tenido en cuenta:

- a) La **aptitud de los padres** para asumir de forma adecuada la alternancia en la guarda y la implicación de ambos progenitores en las tareas del hogar. En este sentido se ha resuelto que: “Se trata de que ambos progenitores *hayan demostrado saber*



*diferenciar el conflicto personal de la relación paterno filial y que afronten en un plano de colaboración su común responsabilidad para con los hijos, de modo que, proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo, creen un marco referencial único para éste apartándole de las tensiones que de ordinario surgen en las situaciones de conflicto matrimonial.” (STC 44/2006, 2006)*

- b) **Antecedentes o situación previa**, en el sentido de si existía un cuidado compartido de los hijos con anterioridad al cese de la convivencia, y la fluidez en la comunicación entre los progenitores. (Kemelmajer, 2012)
- c) **Situación patrimonial y económica de la familia**. Se precisa que la precariedad de uno de los progenitores claramente dificulta *ab initio* la adopción de un régimen de custodia compartida. La guarda compartida aconseja que ambos progenitores puedan responder materialmente a la situación que se crea. En este sentido, no faltan sentencias que tienen en consideración la situación laboral y emocional de los progenitores. (Ivars, 2007)
- d) **Disponibilidad de dos viviendas en un lugar adecuado**, es decir, se busca que ambos lugares no se encuentren muy distantes entre sí. Para ello, la jurisprudencia española ha realizado las precisiones siguientes:

“El proyecto de guarda y custodia compartida no supone una distorsión ambiental de la menor, ya que la proximidad geográfica entre los hogares parentales ayuda a que la menor mantenga referencias vitales, percibiéndose además la capacidad de ambos progenitores para legitimar al otro referente y respetar el estilo educativo, estilos que se perciben diferentes pero complementarios.” (STC 326/2006, 2007)

“Por eso, si los padres residen en localidades diferentes pero cercanas entre sí, se otorga la guarda por meses alternados”. (STC 108/2005, 2005)
- e) **Edad de los menores y situación escolar, de salud y de relación con**

**amigos y familiares.** La jurisprudencia mayoritaria desaconseja este régimen para los menores de muy corta edad. En ese sentido, se ha decidido que “atendida la edad del menor (6 años), es más conveniente otorgar la guarda y custodia a la madre, con la que siempre ha estado, y otorgar al padre un régimen de visitas amplio”. (STC 102/2007, 2007)

- f) **Unidad en el régimen de hábitos, horarios y organización entre ambos progenitores, o cuando menos una gran semejanza.** Al respecto, se ha precisado que la guarda y custodia compartida exige que se constate la compatibilidad y complementariedad educativa de los padres, permitiendo adaptabilidad a este régimen, compenetrando horarios y detalles cotidianos de la vida doméstica. (STC 387/2006, 2006)

Además, conforme establece el artículo 92 del Código Civil, la guarda conjunta no procederá en caso de que cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad del otro cónyuge o de los hijos que conviva con ambos; así como cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

En definitiva: “el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia”. (STC 44/2006, 2006)

Kemelmajer (2012), señala que revisada la casuística española ha advertido diversas variantes en cuanto a la forma de su aplicación temporal, teniendo alternancia de seis meses con cada progenitor, alternancia semanal, días fijos de la semana, e incluso permanencia del hijo en el mismo inmueble y realizando el cambio de hogar el progenitor. (248)

## **ii. Valoración de la figura**

La jurisprudencia española ha efectuado una valoración de esta figura, haciendo la siguiente precisión:

Empezando por los inconvenientes, es de destacar: la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. Las ventajas o beneficios son realmente mayores y superiores ya que con la custodia compartida: a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales, y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; e) no se cuestiona la

idoneidad de ninguno de los progenitores; f) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; g) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.

Así, se advierte que con la aplicación de la guarda y custodia compartida, los problemas a corto y largo plazo que se vislumbran a razón de la separación de los padres son afrontados de forma más eficaz. (STC N° 102/2007, 2007)

En cuanto a los alimentos, la custodia compartida permite la eliminación del concepto de alimentos originario, pasando a señalar medidas para la distribución de los gastos originados. Siendo ello así se ataca también el problema que acarrear los alimentos impagos.

Al respecto la jurisprudencia ha manifestado que:

Si los dos cónyuges trabajan y cuentan con salario propio, ambos pueden resolver asumir los gastos generados por el menor durante el tiempo que esté a su cuidado. Dada la igualdad de recursos económicos de ambas partes, se declara la obligación de la manutención de los menores en los periodos que estén con cada parte. (STC 439/2006, 2005)

Ahora, respecto a la vivienda, los estrados judiciales españoles han efectuado el razonamiento siguiente:

El artículo 96 del Código Civil establece como criterio prioritario que el uso de la vivienda corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Este precepto concuerda con la concepción anterior de la custodia exclusiva de un cónyuge, y la reforma de la Ley 15/2005 no lo ha modificado para adecuarlo a la posibilidad de custodia compartida, lo que plantea serios problemas cuando se adopta una custodia de este tipo. Las opciones que se plantean son dos: que cada cónyuge tenga su propia vivienda, alternando el niño su residencia en una y otra, o que sea el hijo quien disponga siempre de su propia vivienda, siendo los padres los que entren y salgan periódicamente de la misma. Ambas posibilidades no están excluidas expresamente por la ley, por lo que cabe acudir a una u otra, debiendo tomarse la decisión en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Por lo que se advierte que, si bien la ley no efectúa precisiones pormenorizadas es la jurisprudencia la que permite integrar estos vacíos legales, a efectos de la aplicación y dinamicidad de la ley.

#### **5.1.2.2 Legislación italiana: *Affidamento condiviso***

La legislación italiana, prevé la guarda conjunta, a través de una modificación efectuada en su legislación, Ley N° 54 del 08 de febrero de 2006. Incorporando así el siguiente texto normativo:

Art. 155 (Procedimiento con relación a los hijos). Aún en caso de separación personal de los progenitores, el hijo menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de ellos, a recibir cuidado, educación e instrucción por parte de

ambos, y a conservar relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de cada rama de ambos progenitores. (...)

Con esta modificatoria, busca el legislador, expresar que, si bien el vínculo entre los padres se encuentra resquebrajado o terminado, dicha separación no significa un momento de interrupción y fractura de la relación padre-hijo, aunque ello signifique nuevas reglas (Asprea, 2006). Añade Kemelmajer (2012), que “la guarda conjunta no exige igualdad acerca de la modalidad y el tiempo de desarrollo de la relación entre el hijo y cada uno de sus progenitores, sino conservación de efectiva responsabilidad de ambos”(p. 268)

La norma señala, además, que para la guarda conjunta la resolución dictada tendrá base exclusiva en el interés moral y material de la prole. En cuanto a los alimentos, cada uno de los padres provee al mantenimiento de los hijos en medida proporcional a sus propios ingresos; para dichos fines, el juez establecerá, una cuota periódica a fin de hacer efectivo el principio de proporcionalidad, considerando:

1. Las actuales exigencias del hijo.
2. El tenor de vida gozado por el hijo cuando convivía con ambos progenitores.
3. El tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores.
4. Los recursos económicos de cada uno de los progenitores.
5. El valor económico de las funciones domésticas y de cuidado asumido por cada progenitor.

#### **i. Pautas para la determinación de guarda**

El Sistema italiano actual, pone de manifiesto a la guarda compartida como la regla, siendo que solo hace posible la guarda exclusiva en hipótesis límites (Pignataro, 2011)

Por un lado, la norma prevé el derecho del niño a ser escuchado, siendo un aspecto a considerar para el otorgamiento de la guarda, cuando el niño sea mayor a 12 años o tenga capacidad de discernimiento (art. 155. 6). Y por otro, señala que solo se optará por la guarda exclusiva, cuando se determine que el otorgársele al otro progenitor es contrario al interés del menor.

La doctrina desaconseja aplicación de la guarda conjunta en los casos siguientes:

- a. Que uno de los padres resida en una ciudad o un país lejano al del otro progenitor.
- b. La aversión o rechazo del niño, no obstante, los esfuerzos para la recuperación de la relación rechazada.
- c. La enfermedad psíquica que ponga en duda la capacidad del cuidado del niño
- d. Características personales, que muestren que uno de ellos es manifiestamente inidóneo para ocuparse del cuidado del menor.
- e. Conducta inmoral y completamente irresponsable
- f. Autor de delitos de violencia física o psicológica en contra de sus hijos.

## **ii. Valoración de la figura**

En cuanto al “mantenimiento”- derecho de alimentos en nuestra legislación- la determinación de la cuota se efectuará bajo el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo 148 del CC, el mismo que señala:

Los cónyuges deben cumplir la obligación prevista en el artículo precedente (deberes hacia los hijos de ambos cónyuges consistentes en mantener, instruir y educar a la prole teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los

hijos) en proporción a las necesidades y según su capacidad de trabajo profesional o doméstico. los cónyuges deben cumplir la obligación prevista en el artículo precedente (deberes hacia los hijos de ambos cónyuges consistentes en mantener, instruir y educar a la prole teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los hijos) en proporción a las necesidades y según su capacidad de trabajo profesional o doméstico.

Respecto a la vivienda, la legislación denota la prevalencia del interés del niño, señalando que el juez debe buscar que el trauma generado por la separación de sus padres sea aminorado, por lo que se propende a mantener la vivienda en la que vivían antes de la separación. Precizando que el progenitor que se queda en la vivienda deberá hacerse cargo de las obligaciones fiscales que devengue. Refiere además que en caso se produzca un cambio de vivienda por alguno de los progenitores que signifique interferencia en la modalidad de guarda, será sujeto a modificación en los acuerdos y resoluciones adoptadas.

### **5.1.2.3 Legislación Brasileña: La guarda compartida**

El texto normativo brasileño proporciona un concepto de esta institución, refiriéndola como “la responsabilización conjunta del ejercicio de los derechos y deberes del padre y de la madre, que no viven bajo el mismo techo, concerniente al poder familiar de los hijos comunes”

#### **i. Pautas para la determinación de guarda**

Respecto a su determinación se tiene por un lado un acuerdo de ambos cónyuges, y por el otro, cuando no existe este acuerdo, en caso del primero este tiene un valor significativo para el mejor logro de la figura, y en caso del segundo, la norma señala que será aplicada la guarda compartida, siempre que sea posible.



De ello se deleva que la legislación en este país muestra a la guarda compartida como la regla. Se precisa, además, que, el juez podría decidir por esta modalidad, aunque ninguno de los progenitores la haya solicitado.

En cuanto a los alimentos y el régimen de visitas la normativa nos las refiere; sin embargo, la práctica judicial evidencia la aplicación de los mismos criterios generales expuestos al analizar el régimen español y el italiano. Se considera además el cambio cultural que supondría la aplicación de la figura, razón por la cual se permite la intervención de los Equipos multidisciplinares para el asesoramiento a las partes (Kemelmajer, 2012)

#### **5.4.2.3 Legislación Chilena: Tuición compartida**

Denominada Tuición compartida o cuidado personal compartido, su definición legal refiere ser “el principio de corresponsabilidad en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.” (Ley N° 20680, 2013)

La incorporación de la tuición compartida en su legislación tiene como objeto la protección de la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, tal como es advertido de la introducción de la modificatoria legal.

Así la Ley N° 20680, prevé que:

“El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.”

De lo señalado, en principio, se tiene que cuidado personal compartido es considerado como una forma de organización familiar que tiene cabida luego de una ruptura de la relación entre los progenitores (Mesías Toro, 2017). Se advierte, además, que las bases de esta ley son inspiradas, tanto en la protección de la integridad del hijo menor y el derecho de este a no ser separado de sus padres, como en el deber-derecho de los padres a continuar con la crianza y educación de sus hijos, por lo que se hace mención al principio de corresponsabilidad. (Lathrop, 2013)

#### **i. Pautas para la determinación de tuición**

A efectos de la determinación, la norma ha previsto que, a falta de acuerdo respecto al cuidado del hijo, se continuará con el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. Sin embargo, pondera el interés superior del hijo, al señalar que en cualquiera de los casos se tomará este en cuenta, a efectos de lograr lo más conveniente para el hijo.

En caso de resolver por la guarda exclusiva, señala la norma, que se deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una *relación directa y regular* con los hijos, considerando su interés superior

Se precisa, además, que, no se considera como fundamento principal, en ningún caso, la capacidad económica de los padres.

Además, la norma establece, en el artículo 2265.2 como criterios específicos los siguientes:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.

- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

Por lo que se entiende que, al cumplir ambos padres con estos estándares, en forma adecuada y paralela, habrá de optarse por la tuición compartida.

## **5.2 PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE A VIVIR EN FAMILIA, EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO**

Actualmente, resulta innegable el reconocimiento del derecho a la familia no solo como institución constitucionalmente protegida, sino, y, sobre todo, como derecho fundamental, ello tanto en las Constituciones Políticas como las normas internacionales de protección de los derechos humanos.

“Este carácter de derecho fundamental implica entender a la familia no solo como elemento objetivo y base de un verdadero Estado Democrático y Social de Derecho, sino como derecho humano exigible tanto al Estado como a los particulares” (Defensoría del Pueblo, 2010)

### **5.2.1 Constitución Política del Perú**

En el caso peruano, la tutela de la familia, es reconocida por primera vez de manera expresa, en la Constitución de 1933; así, precisa en el artículo 53 que “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”. Por su parte, la Constitución de 1979, refirió a la familia como la “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”. La constitución actual, refiere la protección de la familia, en la tanto la reconoce como un instituto natural y fundamental de la sociedad. (STC 09332-2006-PA/TC, 2006)

Ahora bien, de la lectura de los artículos 4 y 6 de la Constitución, podemos deducir que la familia se encuentra determinada por el cumplimiento de fines familiares, teniendo especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, y dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse de ellos. Dentro de los fines familiares debe considerarse el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que se refiere este último precepto. (Plácido Vilcachagua, 2013, p. 83)

Así, se devela la existencia de principios constitucionales relativos a la familia, siendo estos:

- a) Principio de protección de la familia
- b) Principio de promoción al matrimonio
- c) Principio de amparo de las uniones de hecho
- d) Principio de igualdad de categorías de filiación

En esa línea de idea, habiendo referido la protección de rango constitucional del que goza la familia, es menester abordar el derecho del niño y del adolescente a vivir en familia, en el marco de nuestra carta magna. Así, el Tribunal Constitucional, ha referido, que este derecho constitucional se encuentra implícito, y que su sustento yace en el principio- derecho de dignidad de la persona humana, así como en los derechos a la vida, a la integridad personal, a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar, todos ellos consagrados en la Constitución Política del Perú. Precisa, además, que el disfrute mutuo entre padres e hijos es una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella. (STC N° 00869-2015-PHC/TC, 2015) Al respecto, debemos señalar, que, si bien no menciona de manera expresa “el derecho del niño y adolescente a vivir en familia”, la locución “derecho de tener una familia y no ser separado de ella”, la refiere íntegramente, ya que, claramente, no basta tener una familia, sino que es la convivencia con ésta la que permite la conquista del referido derecho.

Entonces, ¿cuál es la importancia de que el niño o adolescente viva en familia? Al respecto, señala el Tribunal Constitucional que, el niño necesita, para su crecimiento y bienestar, del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres. Por lo que, impedirselo o negárselo sin que medien razones determinantes, entorpece su crecimiento y suprime los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como viola su derecho a tener una familia. (STC 1817-2009, 2009)

## **5.2.2. Legislación Peruana**

### **5.2.2.1 Artículo 233 del Código Civil**

Este artículo refiere que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, ello en armonía con las normas y principios proclamados en la Constitución.

Consideramos que, la consolidación y fortalecimiento, al que dicho artículo hace referencia, debe realizarse conforme las estructuras familiares actuales, y brindar protección y regulación, a cada una de estas. Precisamos, además que, los principios a los que hace referencia son los desarrollados en líneas precedentes, y son estos los que inspiran el sistema jurídico peruano.

Al respecto, señala Abarca (2010) que, este artículo reviste de singular importancia, ya que, en la correcta comprensión de su contenido y alcance, podrá servir como directriz en la labor de interpretación de los artículos posteriores, e incluso permitir llenar vacíos legales. Pero, además, realiza un análisis exegético, precisando que:

En primer lugar, (...) esta norma dicta que el Derecho de Familia es un instrumento, que busca lograr algo; en segundo lugar, las normas que contiene el Derecho de familia están en función de los miembros que la conforman o componen; en tercer lugar, creemos que el Derecho de Familia busca la efectividad (el concreto cumplimiento) de los derechos fundamentales.

En ese sentido, arriba a la conclusión que “la referida norma afirma que el Derecho de Familia busca la protección y la efectividad de los derechos fundamentales de los miembros que componen una familia y que, por tanto, el tratamiento legal que se le hace en el Código Civil debe tener dicha finalidad” (pp. 171-172)

#### **5.2.2.2 Artículo 8 del Código del Niño y Adolescente**

El Código del Niño y adolescente, consagra el derecho a vivir en familia, precisando que “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”; es decir, el reconocimiento no es al mero derecho de “tener o conocer” a su familia sino la convivencia con esta, el crecimiento al lado de ésta y finalmente, que esta le otorgue las

herramientas necesarias para desarrollarse. A continuación, refiere la condición especial de los niños y/o adolescentes quienes son separados de su familia, respecto a quienes precisa que dicha situación tendrá lugar solo en circunstancias especiales, las mismas que deban ser definidas en la ley, considerando que la finalidad de dicha medida, será exclusivamente su protección.

Efectuando una interpretación sistemática, se tiene que el Artículo 177° del mismo texto normativo refiere que “el Juez dictará las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente. El Juez adoptará las medidas necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan violencia física o psicológica, intimidación o persecución al niño o adolescente. (...)”

Es esa línea de ideas, se colige que todo niño tiene el derecho a vivir en familia, y que, únicamente los niños serán separados de su familia, por decisión judicial, cuando esta vulnere su integridad física o psicológica, considerando además la intimidación o persecución en contra del niño o adolescente.

### **5.2.2.3 Decreto Legislativo 1408**

Este decreto, pone en vigencia la denominada “Ley para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias”, ley que consideramos importante para nuestra investigación, puesto que tiene como finalidad la contribución en el fortalecimiento de familias democráticas; y para ello, señala que, en la toma de decisiones, ha de considerarse los intereses y necesidades de todos sus integrantes, propiciando relaciones igualitarias, inclusivas, respetuosas y libres de violencia, en armonía con los derechos consagrados en la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por nuestro país.

Consideramos relevante, además, los principios que esta ley prevé, tales como la protección de las familias en sus diversas formas de organización; igualdad y no discriminación, que reconoce el respeto por cada integrante de la familia, pero además el ejercicio de las obligaciones de participación, gestión y cuidado de los integrantes más vulnerables, que para nuestros fines son los niños y adolescentes; el interés superior de la niña, niño y adolescente, en el que se precisa que la familia, la comunidad y el Estado, le brindan a estos especial protección, y que las decisiones tomadas en relación a estos sean a consideración de su desarrollo integral, garantizando sus derechos fundamentales y su interés superior; la corresponsabilidad familiar, principio por el que se reconoce que tanto varones como mujeres tienen distribución igualitaria de las tareas domésticas, siendo este un elemento clave para el desarrollo de las personas y de la familia propiamente.

En esa línea de ideas, consideramos que esta ley recoge aspectos sociales fundamentales, que buscan el fortalecimiento de la estructuras familiares; así, precisa que la familia “constituye el primer espacio de transmisión de afecto, seguridad, orientación, formación, educación, solidaridad y valores esenciales para el desarrollo integral de sus miembros, como seres humanos libres y felices, capaces de ejercer plenamente sus derechos, respetando la integridad y los derechos humanos de las demás personas, y de ejercer una ciudadanía responsable y productiva”. Es a esa consideración, que reconoce además que toda persona tiene derecho a “vivir, crecer, envejecer y desarrollarse integralmente en el seno de una familia, en la medida que no afecte su dignidad e integridad personal o vulnere sus derechos fundamentales”

Por estas consideraciones, podemos señalar que esta ley busca el fortalecimiento de toda estructura familiar, a través del respeto y cuidado de cada uno de sus miembros, reconociendo además la importancia de la familia y, de la vida y desarrollo, en el seno de esta.



### **5.3 VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN FAMILIA EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE TENENCIA**

García Toma (2018), señala que el contenido esencial de los derechos humanos puede verse afectada en las circunstancias siguientes:

- a) Cuando a consecuencia de la legislación reglamentaria aparecen limitaciones irrazonables que hacen imposible o sumamente gravoso el ejercicio de un derecho fundamental.
- b) Cuando a consecuencia de la legislación reglamentaria aparece que el ejercicio de un derecho no conlleva finalmente a la obtención de una ventaja, beneficio o provecho alguno. (p. 25)

El reconocimiento del derecho del niño a tener una familia, se encuentra tácitamente en el preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño, donde señala que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (STC N° 01817-2009-PHC-TC, 2009)

Como señala la norma supra, no se efectúa distinción entre los niños y adolescentes de determinadas formas de familia, por lo que, este derecho tiene sustento a su vez en el Art. 24 de la Convención Americana que señala que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

Como precedentemente se ha desarrollado, las estructuras familiares han venido cambiando conforme diversos fenómenos sociales se han presentado, siendo ello así, la situación del niño y/o adolescente como sujeto de derecho frente a las nuevas organizaciones familiares ha

variado, es por ello que hablamos no solo del derecho del niño a vivir en familia, sino, y con mayor precisión, del derecho del niño y/o adolescente con padres separados a vivir en familia.

Sin embargo, del estudio de casos realizado en la ciudad del Cusco, se advierte que los juzgados optan mayoritariamente por lo tenencia exclusiva, modalidad de tenencia que vulnera el derecho del niño y adolescente a vivir en familia, ya que como se ha desarrollado anteladamente el niño tiene como figura familiar primaria tanto a su padre como a su madre, y que como bien refiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la Convención Americana no protege de manera única un solo modelo tradicional de familia, siendo materia de protección, además, la familia que se deriva tras la ruptura del vínculo matrimonial, situación en la cual los Estados y el Derecho debe ayudar al avance social, caso contrario se correría el riesgo de legitimar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos. (Caso Atala Riffo vs. Chile, 2012) En este caso, se vulnerará además el derecho a la identidad, que como se precisa a través del Informe en materia de Derechos del Niño, se vincula de manera directa con el derecho a vivir en familia. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013)

Ahora bien, se advierte que la ausencia de unos de los progenitores en la vida del niño y adolescente trae consigo secuelas diversa índole. Señala Saucedo, (1996) que los niños cuyos padres están divorciados o sólo separados tienen más probabilidades de desarrollar trastornos psiquiátricos que aquellos que viven en un hogar relativamente estable y completo. Dos padres pueden dar a sus hijos mayor protección, orientación y apoyo que sólo uno. El niño que crece sin el contacto cercano de un padre pierde un modelo importante de identificación. Una niña que crece sin padre puede desarrollar dificultades en su relación con los varones o presentar intentos inadecuados de recuperar al padre perdido. Además, los hijos son expuestos al trauma psicológico que precede al divorcio y a la interacción conflictiva que se dé entre los progenitores después de la separación. Aunque el divorcio puede aumentar los riesgos

emocionales del hijo, no lo condena necesariamente al desajuste psicológico. Probablemente los factores más importantes que determinan el desarrollo o no de reacciones negativas es la naturaleza de las interacciones del niño con sus padres antes y después del divorcio. Aunque muchos menores enfrentan el estrés de la discordia conyugal y la ruptura familiar sin secuelas psicopatológicas, un número significativo de ellos sí las sufren. En ese sentido, y en aplicación de la reciente implementación de la Ley del Principio del interés superior del niño, se tendrá en cuenta la ponderación de derechos, y estando al estado de doble vulneración por ser niño y/o adolescente y el estado de separación de sus padres, se preferirá aquel derecho que garantice a largo plazo su interés y desarrollo de manera integral.

De otra parte, como se tiene de la motivación en el proyecto de ley que permitió la incorporación de la tenencia compartida, la aplicación de la tenencia exclusiva da lugar a la figura de la alienación parental. Varsi (2012) señala que, “el SAP se da a raíz de una fuerte alianza del menor con uno de sus progenitores, denominado padre alienante; y, rechaza una relación con el otro, el padre alienado, sin causas legítimas” (p. 386) En esa circunstancia, el progenitor que goza de la tenencia del menor, genera actitudes de rechazo y emprende una campaña de desprestigio hacia el otro progenitor; ello no quiere decir que la conducta alienante sea exclusiva del progenitor a cargo de la tenencia, sino también puede darse por el progenitor que no goza de ella, por ejemplo a través de sus visitas.

Alvarez Cossi (2015), señala que para poder determinar la existencia del SAP, se considerará si concurren algunas o todas las manifestaciones siguientes en el comportamiento del niño:

- a) Realizar una campaña de denigración sobre el padre alienado (usualmente verbal).
- b) Racionalizar de modo absurdo sus críticas y desprecio al padre alienado.

- c) Ambivalencia en su discurso.
  
- d) Expresar que todo lo que piensan es de iniciativa propia y sin influencia (fenómeno del “pensador independiente”), apoyo reflexivo al padre alienante.
  
- e) Carencia de sentimientos de culpa por sus maltratos al padre alienado o empatía hacia él.
  
- f) Utilización de ejemplos que no le corresponden para apoyar su denigración al padre alienando o de palabras que no son propias de vocabulario.
  
- g) Extender el rechazo o denigración hacia los familiares del padre alienando.

Advertidas estas circunstancias, se tiene la alteración en la conducta del niño,

Así, el mismo autor refiere que como consecuencia del SAP los niños padecen disfunciones y perturbaciones debido a que sus propios procesos de razonamiento han sido interrumpidos o coaccionados, y relacionan sus frustraciones con recuerdos asociados al progenitor alienado; por tanto, conforme vayan creciendo, desarrollarán tendencia a proyectar toda su negatividad psicológica sobre la imagen que tienen de tal progenitor, lo que termina por destruir la relación paterno filial, además de una tendencia a la inseguridad.

#### **5.4 APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN BASE AL TRATAMIENTO LEGISLATIVO Y DOGMATICO EN EL PERÚ**

La tenencia compartida es incorporada en nuestro ordenamiento jurídico (Código del niño y adolescente) a través de la Ley 29269, modificando el texto normativo de la siguiente manera:

Artículo 81.- 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.- En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

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

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

De esto se verifica, que la norma únicamente hace mención a la tenencia compartida, más no da instrumentos para su aplicación, más aún cuando se observa que los supuestos que se tendrán en cuenta para su determinación, hacen referencia y de manera preminente a la tenencia exclusiva.

### 5.4.1 Análisis e interpretación de casos de tenencia compartida en el Distrito Judicial de Cusco

Se efectuó la revisión de los expedientes judiciales del periodo 2018, ello de los cuatro juzgados de familia de Cusco, para ello se tomó en consideración todos los procesos en materia de tenencia, tanto exclusiva como compartida, para posteriormente desglosar según el estado, y el fallo en cada caso.

El primer juzgado de familia tiene 37 casos en materia de tenencia, los que se clasifican de la siguiente manera:

- Por la pretensión:

TABLA 3 - PRETENSIONES RELATIVAS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA

Pretensión	Cantidad
<b>Total</b>	37
<b>Reconocimiento de tenencia</b>	7
<b>Tenencia</b>	21
<b>Tenencia Provisional</b>	1
<b>Variación de tenencia</b>	8

Fuente: Elaboración Propia

- Por el demandante:

TABLA 4 - DEMANDANTES EN PROCESOS RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA

Demandante	Cantidad
<b>Total</b>	37
<b>Abuelos</b>	1
<b>Progenitor</b>	17
<b>Progenitora</b>	19

Fuente: Elaboración Propia

- Por el estado del proceso

TABLA 5 - ESTADO DE LOS PROCESOS  
RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL  
PRIMER JUZGADO DE FAMILIA

Estado del Proceso	Cantidad
<b>Total</b>	37
<b>Archivo</b>	22
<b>Ejecución</b>	1
<b>Trámite</b>	14

Fuente: Elaboración Propia

- Interrelación de los tres factores precedentes (pretensión demandante y estado del proceso)

TABLA 6 - INTERRELACIÓN DE LA PRETENSIÓN Y LOS DEMANDANTES  
EN PROCESOS RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL PRIMER  
JUZGADO DE FAMILIA

Demandante	Total	Pretensión		Variación de tenencia	Reconocimiento de tenencia
		Tenencia	Tenencia Provisional		
<b>Abuelos</b>	1	0	0	0	1
<b>Progenitor</b>	17	9	0	4	4
<b>Progenitora</b>	19	12	1	4	2

Fuente: Elaboración propia

El segundo juzgado de familia tiene 15 casos en materia de tenencia, los que se desgajan de la siguiente manera:

- Por la pretensión

TABLA 7 - PRETENSIONES RELATIVAS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA

Pretensión	Cantidad
<b>Total</b>	15
<b>Reconocimiento de tenencia</b>	3
<b>Tenencia</b>	9
<b>Tenencia Provisional</b>	1
<b>Variación de tenencia</b>	2

Fuente: Elaboración propia

- Por el demandante

TABLA 8 - DEMANDANTES EN PROCESOS RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA

Demandante	Cantidad
<b>Total</b>	15
<b>Progenitor</b>	2
<b>Progenitora</b>	13

Fuente: Elaboración propia

- Por el estado del proceso

TABLA 9 - ESTADO DE LOS PROCESOS RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA

Estado del Proceso	Cantidad
<b>Total</b>	15
<b>Archivo</b>	11
<b>Ejecución</b>	2
<b>Trámite</b>	2

Fuente: Elaboración propia



- Interrelación de dos factores precedentes (pretensión y demandante)

TABLA 10 - INTERRELACIÓN DE LA PRETENSIÓN Y LOS DEMANDANTES EN PROCESOS RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA

<b>Pretensión</b>					
<b>Demandante</b>	<b>Total</b>	<b>Tenencia</b>	<b>Tenencia Provisional</b>	<b>Variación de tenencia</b>	<b>Reconocimiento de tenencia</b>
<b>Progenitor</b>	2	1	1	0	0
<b>Progenitora</b>	13	8	0	2	3

Fuente: Elaboración propia

El tercer juzgado de familia tiene 27 casos en materia de tenencia, los que se disgregan de la siguiente manera:

- Por la pretensión

TABLA 11 - PRETENSIONES RELATIVAS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL TERCER JUZGADO DE FAMILIA

<b>Pretensión</b>	<b>Cantidad</b>
<b>Total</b>	27
<b>Reconocimiento de tenencia</b>	4
<b>Tenencia</b>	17
<b>Variación de tenencia</b>	6

Fuente: Elaboración propia

- Por el demandante

TABLA 12 - DEMANDANTES EN PROCESOS RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS

<b>Demandante</b>	<b>Cantidad</b>
<b>Total</b>	27
<b>Progenitor</b>	12
<b>Progenitora</b>	15

Fuente: Elaboración propia

- Por el estado del proceso

TABLA 13 - ESTADO DE LOS PROCESOS RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL TERCER JUZGADO DE FAMILIA

<b>Estado del Proceso</b>	<b>Cantidad</b>
<b>Total</b>	27
<b>Archivo</b>	13
<b>Ejecución</b>	11
<b>Trámite</b>	3

Fuente: Elaboración propia

- Interrelación de la pretensión y demandante

TABLA 14 - INTERRELACIÓN DE LA PRETENSIÓN Y LOS DEMANDANTES EN PROCESOS RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL TERCER JUZGADO DE FAMILIA

<b>Demandante</b>	<b>Total</b>	<b>Pretensión</b>		
		<b>Tenencia</b>	<b>Variación de tenencia</b>	<b>Reconocimiento de tenencia</b>
<b>Progenitor</b>	12	7	5	0
<b>Progenitora</b>	15	10	1	4

Fuente: Elaboración propia

El cuarto juzgado de familia tiene 34 casos en materia de tenencia, los que se disgregan de la siguiente manera:

- Por la pretensión

TABLA 15 - PRETENSIONES RELATIVAS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL CUARTO JUZGADO DE FAMILIA

<b>Pretensión</b>	<b>Cantidad</b>
<b>Total</b>	34
<b>Reconocimiento de tenencia</b>	3
<b>Tenencia</b>	25
<b>Tenencia Compartida</b>	1
<b>Variación de tenencia</b>	5

Fuente: Elaboración propia

- Por el demandante

TABLA 16 - DEMANDANTES EN PROCESOS RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL CUARTO JUZGADO DE FAMILIA

<b>Demanda</b>	<b>Cantidad</b>
<b>Total</b>	34
<b>Progenitor</b>	10
<b>Progenitora</b>	24

Fuente: Elaboración propia

- Por el estado del proceso

TABLA 17 - ESTADO DE LOS PROCESOS  
RELATIVOS A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL  
CUARTO JUZGADO DE FAMILIA

Estado del Proceso	Cantidad
<b>Total</b>	34
<b>Archivo</b>	18
<b>Ejecución</b>	13
<b>Trámite</b>	3

Fuente: Elaboración propia

- Interrelación de la pretensión y demandante

TABLA 18 - INTERRELACIÓN DE LA PRETENSIÓN  
Y LOS DEMANDANTES EN PROCESOS RELATIVOS  
A TENENCIA, INTERPUESTAS EN EL CUARTO  
JUZGADO DE FAMILIA

Demanda	Pretensión				Total
	Reconocimiento de tenencia	Tenencia	Tenencia Compartida	Variación de tenencia	
<b>Progenitor</b>	1	8	1	0	10
<b>Progenitora</b>	2	17	0	5	24

Fuente: Elaboración propia

Del total de casos revisados, se advierte que solo tres de ellos abordan la tenencia compartida judicial, ya sea para la variación de tenencia exclusiva a compartida, o de tenencia compartida a exclusiva, conforme se detallan con las fichas de revisión de sentencia que se presentan a continuación.

## FICHAS DE ANALISIS DE SENTENCIA

N° 01

<b>EXPEDIENTE:</b>	N° 326-2017
<b>PRETENSIÓN:</b>	Variación de tenencia (De compartida a exclusiva en favor de la progenitora)
<b>FALLO</b>	Primera instancia se resuelve por mantener la custodia compartida. Se confirma sentencia venida en grado de apelación.
<b>MOTIVACIÓN PARA OTORGAR LA TENENCIA:</b>	3.6. 7 La pretensión de tenencia o variación de aquella debe fundarse en elementos probatorios que muestren que uno de los progenitores no está cumpliendo sus deberes para el menor en cuestión o que resulta siendo una mala influencia para el crecimiento del mismo, lo que en el presente caso no se evidencia respecto al progenitor.
	Resulta de nuestro interés el hincapié que ad quem realiza al señalar que más importante es advertir el resultado de la evaluación psicológica del menor, contenida en el Informe N° 255-18-PS-

<b>ANÁLISIS</b>  <b>E</b>  <b>INTERPRETACIÓN</b>	EMD-CSJCU-PJ, pues de ello se colige la preponderancia que el juzgador le da al interés superior del menor. Fundamentos con lo que estamos de acuerdo, porque el ser humano es un ser integral (biopsicosocial)
--	---

## FICHAS DE ANALISIS DE SENTENCIA

N° 02

<b>EXPEDIENTE:</b>	N° 03047-2018
<b>PRETENSIÓN:</b>	Variación de tenencia (dada en favor del progenitor a la progenitora)
<b>FALLO:</b>	Se resuelve declarar fundada en parte en parte, se dispone la variación de tenencia de exclusiva a compartida.
<b>MOTIVACIÓN PARA OTORGAR LA TENENCIA:</b>	16. (...) Permiten a este Despacho admitir la demanda respecto la variación de la tenencia exclusiva que a la fecha ejerce el demandado, por una de tenencia compartida, ya que teniendo en consideración que ambos progenitores tienen la mejor intención de ejercer el cuidado de su hija y que la niña pese a su corta edad ha referido en alguna oportunidad querer vivir con ambos, se deberá optar por establecer un nuevo régimen de tenencia que deberán ejercer ambos progenitores; asimismo, la demandante deberá procurar acondicionar su ritmo de vida, para poder ejercer la

	<p>tenencia compartida de Sayumi y asumir su responsabilidad en cuanto a su cuidado; por su parte el demandado deberá recibir apoyo psicológico a fin de mejorar sus competencias parentales y patrones de crianza asertiva conforme le fue observado en el informe psicológico .</p>
<p style="text-align: center;"><b>ANÁLISIS</b></p> <p style="text-align: center;"><b>E</b></p> <p style="text-align: center;"><b>INTERPRETACIÓN</b></p>	<p>De lo manifestado como ratio decidendi de la sentencia, se desentraña que los criterios tomados en consideración por el juzgador es la voluntad de ambos progenitores de ejercer el cuidado de la niña y la intención de esta de vivir con ambos.</p> <p>Además, es de resaltar que, se ha señalado que, el progenitor deba recibir apoyo psicológico para la mejora y afianzamiento en las competencias parentales.</p> <p>Realizamos hincapié en este aspecto, a razón de que el juzgador en la búsqueda de la protección del principio de interés superior del niño, y de la preservación de relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, utiliza los instrumentos que la ley le permite, avizorando la mayor efectividad de la decisión.</p> <p>Consideramos que el punto medular de la sentencia es el interés superior del niño como principio, pues el juzgador valora la versión de la niña en cuanto ella manifiesta querer vivir con ambos</p>



	<p>progenitores aludiendo que en audiencia señaló “no se ve con su mamá, porque su papa le dijo que hasta que pase la audiencia no podía verla, que ella quiere ver a su mamá, le quiere mucho”, también dijo que si quiere vivir con mamá, que se lleva bien con su papá, no le matraata ni le pega, entre otros argumentos.</p> <p>A nuestro juicio es una decisión adecuada porque los hijos siempre deben tener la protección de ambos progenitores, compartiendo educación, cultura, y apreciando también problemas para que en un futuro el niño pueda afrontarlos en su mayoría de edad.</p>
--	---

## FICHAS DE ANALISIS DE SENTENCIA

N° 03

<b>EXPEDIENTE:</b>	N° 02639-2018
<b>PRETENSIÓN:</b>	Variación de tenencia (de Tenencia exclusiva a Tenencia compartida)
<b>FALLO:</b>	Se declara infundada la demanda de variación de tenencia.
<b>MOTIVACIÓN PARA DECLARAR INFUNDADA LA TENENCIA COMPARTIDA:</b>	<p>1. (...) Se aprecia que es con la demandada con quien mejor se encuentra el niño tutelado, ya que tal como refiere la testigo (fojas 109), cuando el niño vivía con ambos justiciables, convulsionaba y lo tenían que llevar al médico, razón por la que desde que se separaron ambos justiciables, ya no va el niño al médico.</p> <p>2. El testigo (fojas 110), indica que el niño tutelado tenía temor de su padre cuando vivía con él, no se acercaba a él porque era agresivo</p> <p>3. [El menor] ha referido en su entrevista psicológica (fojas 75) "Yo vivo tranquilo con mi mamá, siempre estamos juntos, mi mamá cocina y yo hago mis tareas...yo quiero estar con mi mamá, no</p>

	<p>quiero ir con mi papá, él toma cerveza, está con sus amigos, me pellizca, me grita ".</p> <p>4. (...) Se concluye que el demandante es una persona que ha tenido problemas con su agresividad y con el consumo de alcohol</p>
<p><b>ANALISIS</b></p> <p><b>E</b></p> <p><b>INTERPRETACIÓN</b></p>	<p>De la motivación referida, se tiene que el juzgador toma en consideración la integridad física y psicológica del niño, al ser este un caso sui generis por la vulnerabilidad del menor en cuanto a su salud.</p> <p>Sin embargo, consideramos una omisión que el juzgador no haya previsto que el menor sea sometido a una entrevista psicológica a fin de determinar si este se encontraba afectado por alienación parental. Cuestión que, consideramos relevante, para la preservación de las relaciones parentales y el normal desarrollo de las mismas.</p> <p>El interés superior del niño debe aplicarse conjugando todos los medios probatorios posibles, pues el análisis que precede con lleva a una decisión con motivación aparente, .</p>

#### 5.4.2 Análisis e interpretación de entrevista a magistrados

Se ha aplicado una encuesta a dos magistrados de los juzgados de familia de Cusco (segundo y tercer juzgado de familia), la misma que consta de cinco preguntas.

De la aplicación de la encuesta se tiene que:

<b>ANÁLISIS DEL CUESTIONARIO APLICADO</b>	<b>PREGUNTA N° 01</b> <b>¿Qué criterios considera de mayor relevancia para otorgar la tenencia?</b>
	Los criterios utilizados para la determinación de la tenencia son la edad del niño o adolescente, el tiempo que compartió con el progenitor, el informe psicológico de los padres, informe social, informe psicológico del niño, primando este último siendo que se ha de escuchar al niño conforme le asiste el derecho reconocido a su vez por la opinión consultiva N° 12.
	<b>PREGUNTA N° 02</b> <b>¿Ud. Plantea a las partes la posibilidad de llevar a cabo una tenencia compartida?</b>
	Su aplicación será considerada cuando el niño haya pasado tiempo similar con ambos progenitores, así como cuando exista acuerdo entre estos.

	<p><b>PREGUNTA N° 03</b></p> <p><b>¿Otorgaría Ud. la variación de tenencia de una exclusiva a una compartida?</b></p>
	<p>Se procederá a determinar tenencia compartida por variación evaluando los criterios abordados en el primer ítem.</p>
	<p><b>PREGUNTA N° 04</b></p> <p><b>Para la determinación de la tenencia, Ud. ¿requiere evaluación psicológica de alienación parental?</b></p>
	<p>Se requerirá además de una evaluación psicológica de alienación parental cuando el niño deleve indicios de ellos, como referir situaciones no vividas y sentimientos no acorde a su edad.</p>
	<p><b>PREGUNTA N° 05</b></p> <p><b>¿Usted ha aplicado la figura de tenencia compartida y qué opinión le merece?</b></p>
	<p>- La tenencia compartida es una figura importante, en tanto ambos padres se ven comprometidos con la responsabilidad parental; no obstante, no es aplicada plenamente, toda vez que no posee las condiciones legales y sociales para su viabilidad.</p>
	<p>Se evidencia que los criterios que se consideran trascendentales para la determinación de la tenencia son sesgados, toda vez que estos se revisten principalmente para el otorgamiento de una tenencia exclusiva. Consecuentemente, se esgrime la falta de</p>

<p><b>INTERPRETACIÓN DEL CUESTIONARIO APLICADO</b></p>	<p>estándares para la determinación y aplicación de la tenencia compartida.</p> <p>De otro lado, se reconoce la trascendencia de la incorporación de la tenencia compartida toda vez que permite la promoción de la responsabilidad parental, ello siguiendo los lineamientos de las políticas constitucionales.</p> <p>No obstante, se puede inferir que con señalado en la línea precedente, se observa esta figura desde la óptica de los padres, y no así del niño y adolescente, no valorando además, la trascendencia de la preservación de la relaciones paternofiliales, lo que conlleva además a la inobservancia del artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, cuando se advierte que el niño tiene derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular”, y el principio del interés superior del niño, conforme la Ley 30466, que lo regula, traducido en la ponderación de derechos, siendo que este precisa que “se prefiere aquellos que garanticen a largo plazo su interés y desarrollo de manera integral.”</p> <p>Es de precisar además que, se considera como obstáculo para su aplicación la variación en los hábitos del niño o adolescente. Al respecto, se tiene que es un obstáculo superable toda vez que se deberá requerir implementación del plan de coparentalidad, el mismo que deberá efectuar precisiones respecto a los modos y</p>
--	---

	costumbres bajo los cuales se regirá la crianza del niño o adolescente.
--	---

### 5.4.3 Análisis de entrevista a experto

<b>CUESTIONARIO APLICADO</b>	<p><b>PREGUNTA N° 01</b></p> <p><b>¿Qué opinión le merece la figura de la tenencia compartida?</b></p>
	<p>La institución de la <i>Tenencia Compartida</i>, es una alternativa que valora la individualidad y condición de sujeto de derechos a los hijos involucrados en el medio del conflicto entre sus progenitores. Sin embargo, exige que sus progenitores deban tener las condiciones idóneas para atender sus propias condiciones y responsabilidades frente a sus hijos por tanto, no es viable cuando se inicia el conflicto judicial.</p>
	<p><b>PREGUNTA N° 02</b></p> <p><b>¿Considera usted, que esta figura resguarda de mejor manera el vínculo paterno filial que una tenencia exclusiva?</b></p>
	<p>Está demostrado en el ámbito de varios estudios psicológicos y vinculados al ámbito del desarrollo escolar que la <i>crianza a cargo de un único progenitor</i> es deficiente en el desarrollo</p>

psicológico, social y familiar de un niño, especialmente porque no le permite asumir comportamientos idóneos frente a situaciones críticas o especiales.

Además, la crianza exclusiva de un progenitor usualmente implica o una condición de violencia por contexto de abandono de algún progenitor o porque no existen las condiciones para que el progenitor sin tenencia pueda tener contacto con el hijo. En ambos sentidos, la capacidad de desarrollo social del niño queda limitada.

Una situación diferente a la que sucede en los adolescentes por cuanto estos asumen otra condición respecto de su propio entorno familiar y personal. Las diferenciaciones entre “niño” y “adolescente” respecto de un conflicto familiar son pues elementos que deben ser evaluados.

### **PREGUNTA N° 03**

**¿Considera usted que la tenencia compartida judicial incide en el Derecho fundamental y humano del niño y adolescente a vivir en familia?**

Es la única figura jurídica que permite garantizar el derecho de todo niño y/o adolescente a vivir en un *entorno familiar saludable*. Esto es muy diferente a “vivir en familia” por cuanto



los *tipos de relaciones familiares* son muy distintos, y cuando la Tenencia Compartida se emplea es porque se trata de contextos de familias separadas, divididas, ensambladas y paralelas.

**PREGUNTA N° 04**

**En relación a la pregunta precedente ¿el derecho fundamental a vivir en familia es protegido en el Perú?**

Si, pero hay que diferenciar. Una cosa es “vivir en familia” y otra cosa es la “tutela de la familia”. Lo segundo está normado en la constitución, lo primero en el Código Civil y todo está sujeto a las condiciones en las cuales se establecen las relaciones familiares.

**PREGUNTA N° 05**

**¿Considera que el derecho fundamental de vivir en familia de los niños y adolescentes es vulnerado en los procesos judiciales de tenencia en el Perú?**

Todo conflicto familiar que se judicializa está próximo a provocar mayores inconvenientes en las personas involucradas y por ende se amplifica el efecto nocivo en los niños y adolescentes que están en medio del conflicto.

**PREGUNTA N° 06**

**¿Considera que la normativa vigente respecto a la tenencia compartida permite su aplicación efectiva?**

No, es más la limita porque en la actualidad la legislación sobre *violencia familiar* es muy difusa y genera una serie de situaciones que amplifican negativamente el conflicto familiar.

**PREGUNTA N° 07**

**Conforme la realidad social de nuestro país considera que, ¿es posible su aplicación?**

No, porque los jueces perciben que se trata de un régimen de visitas al 50% a favor de cada progenitor y no toman en cuenta que en el conflicto, los “hijos” son también sujetos de derechos pero no son tomados en cuenta porque no “son parte procesal” en el trámite del expediente.

Adicional, la doctrina nacional es muy deficiente en abordar estos temas y solo reproducen lo expuesto en la ley; hacen una pésima referencia a estudios interdisciplinarios y no logran comprender el conflicto familiar.

Finalmente, hay muchos “especialistas” que no son profesores universitarios, no tienen grados académicos o por último no investigan en un nivel objetivo (no publican sus trabajos en

	<p>revistas indizadas o publican libros) y asumen que sus opiniones son definitivas. En este punto, es donde mayormente descansa el derecho de familia en la actualidad y por eso es que no se solucionan los casos de violencia.</p>
<p><b>INTERPRETACIÓN DEL CUESTIONARIO APLICADO</b></p>	<p>El experto entrevistado ha referido que la tenencia compartida no es viable cuando existe conflicto judicial, delo que se deduce que existe una discordancia para los fines de una coparentalidad efectiva, y sobre todo en favor los hijos, en ese sentido, consideramos que este aspecto a de verse superado con el empleo de un plan de coparentalidad adecuado, conforme se ha vislumbrado en legislaciones comparadas, siendo que su aplicación ha permitido la conductividad de esta modalidad de tenencia.</p> <p>De otro lado, precisa los mayores beneficios que tiene una tenencia compartida frente a una tenencia exclusiva, siendo resaltante el pleno desarrollo psicológico, social, familiar, así como evitar situaciones de violencia por un estado de abandono de parte de uno de los progenitores.</p> <p>Asimismo, advierte los limitados recursos para su aplicación, trayecto a colación además un tema de polémica actual, esto es, la legislación sobre violencia familiar, refiriendo que genera la amplificación del conflicto familiar.</p>

Finalmente, refiere que la tenencia compartida no es aplicable por la concepción o errada de los jueces, quienes no brindan tutela real a los verdaderos afectos en el proceso, los hijos.
--

### **5.5. INCIDENCIA DE LA INAPLICACIÓN JUDICIAL DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL Y HUMANO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTE**

Llegado a este punto, se advierte que la Tenencia compartida no es aplicada en la realidad judicial, ello a consideración de que la norma que la incorpora en nuestra legislación, no evidencia parámetros claros, existiendo un alto grado de indeterminación sobre su contenido, alcances y forma de aplicación establecidos que le permitan al juzgador la aplicación de esta modalidad de tenencia, praxis que incide de forma negativa en el goce pleno del Derecho Fundamental de los niños y adolescentes con padres separados, a vivir en familia, trayendo consigo, consecuencias negativas para su desarrollo psicosocial.

### **5.6 RESULTADOS: FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS EN FAVOR DE LA TENENCIA COMPARTIDA**

Señala Espinoza (2019), que es apremiante se fomente el uso y aplicación de la tenencia compartida pues esta permite que los derechos y obligaciones que contiene la patria potestad sean ejercida plenamente por los cónyuges a la igualdad de género, rigiéndose por el principio de corresponsabilidad parental. Así, la tenencia compartida es forma más eficaz para tutelar el vínculo familiar de los hijos con progenitores separados.

En palabras de Barletta (2018), “el interés superior del niño permite adoptar decisiones a favor de generar la coparentalidad o el trato continuo del niño con sus padres, no importando que

estos vivan separados, esto exige, que los padres antepongan los derechos e intereses de sus hijos a sus propios intereses” (p. 126)

Argumentos que consideramos de importancia, toda vez que coadyuva con los fines de la norma constitucional, ya que precisa en el artículo 6° que “la política nacional tiene como objeto difundir la paternidad y maternidad responsables”.

Garay (2009), precisa que promover la tenencia compartida, que significa:

(...) sostener en la conciencia de los progenitores la responsabilidad de que sobre ambos pesa el cuidado y la educación de los hijos, no obstante, además, de preservar el fin querido de que no sea uno, sino ambos padres quienes tomen las decisiones, atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos, habida cuenta de que se ha de tener en claro que la ruptura de vínculo que se da es entre los padres y la relación paternofilial a de quedar inalterada (p. 211)

Recogemos la opinión vertida por Garay, toda vez que el artículo 340 del Código Civil, hace referencia al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, es decir, el conyuge considerado no culpable, a quien se confiará el cuidado de los hijos, lo que nos lleva a dilucidar que existe una equivocada percepción respecto a cual es la relación que se quiebra, que en este caso viene a ser el vínculo matrimonial, por cuanto optar por el criterio del “conyuge culpable”, resulta sesgado y carente de fundamento sólido.

Para Aguilar (2006), “la práctica de la figura de la coparentalidad o guarda compartida evita que existan situaciones en que los hijos se vean hostigados por conflictos de lealtades”. (p. 22)

Otro beneficio a destacar de la custodia compartida es que garantiza la misma importancia de ambos padres en la vida del niño, y no da lugar a que uno de estos sea solo un espectador o una

mera visita obligatoria que no tiene que ver con la vida familiar, ya que el contacto ocasional con uno de los progenitores acaba teniendo poca importancia para los hijos. Es como una visita obligatoria que no tiene nada que ver con la vida familiar. Por otro lado, de no aplicarse la tenencia compartida, los niños al no comprender la situación familiar, llegan a culparse de estos hechos, desencadenando así, daños en su seguridad, su autoestima y su rendimiento escolar, además de sentimientos de abandono y pérdida. (Green, 2009)

Este sistema de coparentalidad, permite el reconocimiento tanto de la figura paterna como materna en la socialización de los hijos. El basamento de las decisiones judiciales de reconocimiento de igualdad entre sus padres se trasunta en el derecho del niño a mantener contacto con ambos progenitores. Añade que, el régimen de visitas conlleva a la desestabilidad de la dinámica interaccional paternofilial, desarticulando la cotidianeidad. (Cataldi, 2015)

## CONCLUSIONES

### CONCLUSIÓN GENERAL

La tenencia compartida le permite al niño y adolescente afianzar sus vínculos con ambos progenitores, y da lugar a que el niño y adolescente pueda comprender la relación paterno filial subsiste en toda circunstancia, dándole seguridad a este y borrando sentimientos de rechazo y/o de abandono respecto a alguno de los progenitores, por lo que incide de manera directa y positiva en el goce pleno del derecho fundamental y humano a vivir en familia.

### CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

**Primera:** La tenencia compartida se encuentra regulada de forma precaria e insuficiente en el artículo 81° y 84° del Código del Niño y Adolescente, no existiendo mayor desarrollo normativo que la mera referencia a la existencia de esta figura de tenencia.

**Segunda:** El derecho fundamental a vivir en familia en el Perú, ha sido reconocido constitucionalmente en el artículo 4°, legamente en el artículo 8° del Código del Niño y del Adolescente, y jurisprudencialmente a podemos citar el Caso J.A.R.R.A. y V.A.R.R.A (Exp. 1817-2009-PHC/TC), siendo estos instrumentos normativos los que otorgan amparo y protección al referido derecho.

**Tercera:** La normatividad peruana reconoce la situación fáctica de las familias denominadas disfuncionales, y que a partir de estas surge una nueva estructura familiar, en la cual el vínculo de los progenitores (cónyuges o convivientes) se ve resquebrajado; sin embargo, este hecho no supone la ruptura del vínculo paterno- filial. En ese contexto, al no existir estándares definidos para la tenencia compartida, da lugar a la preminencia de la aplicación de la tenencia exclusiva, vulnerando de esta manera el derecho fundamental de los niños y adolescentes a vivir en familia.

**Cuarta:** La tenencia compartida en el Perú tiene tratamiento legislativo, incorporándose como una figura de la tenencia a través de la Ley N° 29269, modificando el artículo 81 del Código del Niño y del Adolescente, mediante el cual se señala únicamente que se puede disponer la tenencia compartida; sin embargo, no se hace mayor precisión en cuanto a sus estándares para su aplicación, y los criterios ya existentes hacen remisión únicamente a la tenencia exclusiva.



## RECOMENDACIONES

**Primera:** El abordaje de la institución de tenencia compartida debe ser considerada dentro del desarrollo de los cursos de Derecho de familia en el ámbito universitario nacional a través de sus facultades de derecho, de modo que se permita un mejor tratamiento teórico de la referida institución.

**Segunda:** La institución de la tenencia compartida debe tener un desarrollo dogmático y legislativo, a nivel del Código Civil peruano en materia de familia, de modo que se establezcan los parámetros para su otorgamiento.

**Tercera:** El derecho fundamental a vivir en familia en el Perú, al haber sido reconocido constitucionalmente en su artículo 4, debe ser difundido en los centros educativos, como es en la básica regular y educación superior, de carácter transversal.

**Cuarta:** El derecho a vivir en familia, debe merecer una correcta difusión en la educación de los padres, quienes deben respetar el derecho del niño o adolescente observando además el Principio del interés superior del niño, difusión que puede realizarse mediante medios de comunicación, radiales televisivos y escritos.

**Quinta:** La tenencia compartida debe ser explicada considerando sus beneficios a favor del niño y adolescente, cuyos padres decidieron divorciarse o separarse, a través de tutorías educativas que deben constar los colegios y universidad.

**PROYECTO DE LEY QUE PROPONE MODIFICAR LOS ARTÍCULOS 81 Y 84 DEL  
CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE PARA LA INCORPORACIÓN DE  
CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA**

**CONSIDERANDO**

Que, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y VII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, insta a los Estados Miembros a tomar todas las medidas necesarias para garantizar la vigencia efectiva de los derechos de los niños, removiendo para ello todos los obstáculos, y tomando en consideración las particulares condiciones y retos que enfrentan los niños para el goce de sus derechos.

Que, nuestro ordenamiento reconoce diferentes tipos de estructuras familiares, es el caso de las familias denominadas “disfuncionales”, que originan un contexto y funcionalidad familiar diferente, donde existe la ruptura del vínculo entre los progenitores, más subsiste toda vinculación paterno filial.

Que, la realidad nacional actual demuestra que el número de separaciones de hecho y divorcios, ha venido creciendo, hecho que, si bien es decisión de los cónyuges o convivientes, repercute de manera directa en los niños procreados en ese hogar.

El niño goza de protección especial, fundamentada en el reconocimiento de su condición de persona en pleno desarrollo integral, esto es, a nivel físico, psicológico, cognitivo y social. Y siendo que los derechos del niño son reconocidos como derechos humanos, el Estado se encuentra en una posición de garante, lo cual implica la adopción de una serie de medidas dirigidas a la niñez.

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

En nuestro ordenamiento, la figura de la tenencia fue incorporada dentro del Código del Niño y del Adolescente, mediante la ley N° 27337 de fecha 08 de agosto de 2000, teniendo prevista únicamente la tenencia exclusiva o monoparental; posteriormente, la ley 29269, de fecha 17 de octubre de 2008, contempla la figura de tenencia compartida o biparental.

La ley N° 29269, modifica los artículos 81 y 84 del Código de Niños y Adolescentes, incorporando la figura de tenencia compartida; así, precisa que la aplicación de ésta puede ser dispuesta por el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento; sin embargo, se advierte que la referida institución es regulada de manera insuficiente, al solo ser mencionada y sin dotar de los estándares necesarios para su viabilidad.

Es de advertir en tal sentido, que los criterios para determinar la tenencia de los hijos no se encuentran debidamente establecidos o regulados, dejándose al simple arbitrio del juez la forma del establecimiento del régimen de tenencia, lo cual conlleva a aplicar criterios difusos y en muchos casos divergentes, basados en conceptos arcaicos, estigmatizantes, discriminatorios, inconsistentes y genéricos, sin una previa evaluación real, es decir, de acuerdo a cada caso en específico, en el que se omite verificar las posibilidades, condiciones y destrezas que tiene cada progenitor para el cuidado de sus hijos.

### **ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO DE LA NORMA**

La aprobación del presente proyecto permitirá un mejor tratamiento de tenencia del niño y/o adolescente, tras la ruptura del vínculo conyugal o, de hecho, teniendo claro que la relación que desaparece es entre estos, y la relación paternofilial se encuentra inafecta.

Permitirá además mantener vigente la relación paternofilial de modo regular, evitando a corto plazo que el niño tenga dilemas de lealtad antes sus padres, exista fenómenos sociales

de padrectomía o en su caso alienación parental, y a largo plazo dará lugar a que el niño afiance sus vínculos sociales, seguridad y una autoestima positiva alta.

### **IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA**

El artículo 81 del Código del Niño y Adolescente, reconoce la figura de la tenencia compartida, el artículo 84 da criterios para la aplicación de la tenencia; sin embargo, se advierte que las precisiones del último artículo referido, dan pie a la prácticamente nula aplicación de la tenencia compartida.

La vigencia de esta norma permitirá la plenitud del Principio de predictibilidad, en tanto se tengan claros los parámetros que el juez aplicará, ello en la búsqueda de soslayar criterios profusos y sesgados.

### **PROPUESTA NORMATIVA**

ARTÍCULO UNICO- Modificar el artículo 81 y 84 del Código del niño y adolescente, debiendo ser redactado de la siguiente manera:

Artículo 81. 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, disponiendo la Tenencia compartida de forma preferente, preservando las relaciones paternofiliales de modo regular, 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, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) La preservación de las relaciones paternofiliales de modo regular, con ambos progenitores.
- b) La presentación de un plan de coparentalidad,
- c) Informe psicológico de ambos progenitores, así como del niño o adolescente
- c) En caso de optarse por la tenencia exclusiva, respecto al padre que no obtiene la tenencia debe señalarse un Régimen de Visitas.
- e) Los casos no previstos en el presente artículo se resolverá respetando el interés superior del niño, el Derecho a la identidad, Derecho a vivir en familia, así como el derecho al buen trato.

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.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abarca García, J. L. (2010). La familia en el Código Civil Peruano. *Foro Jurídico*, 171-172.
- Abramovich, V. (2006). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Acuña, O. (2016). *Tenencia exclusiva y tenencia compartida en los procesos de familia en el Perú: Análisis comparado en relación a una protección eficaz del Principio del interés superior del niño*. Cusco.
- Aguilar Llanos, B. (2013). La Tenencia como Atributo de la Patria potestad y Tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*, 191-197.
- Aguilar, J. M. (2006). *Con mamá y con papá*. Madrid: Almuraza.
- Alvarez Cossi, C. (04 de agosto de 2015). *La alienación parental provocada viola los derechos humanos de los niños y adolescentes porque afecta su "interés superior"*. Obtenido de Academia.edu:  
[https://www.academia.edu/15347096/LA\\_ALIENACION\\_PARENTAL\\_PROVOCA\\_DA\\_VIOLA\\_LOS\\_DERECHOS\\_HUMANOS\\_DE\\_LOS\\_NI%C3%91OS\\_Y\\_ADOL\\_ESCENTES\\_PORQUE\\_AFECTA\\_SU\\_INTER%C3%89S\\_SUPERIOR\\_?email\\_work\\_card=interaction\\_paper](https://www.academia.edu/15347096/LA_ALIENACION_PARENTAL_PROVOCA_DA_VIOLA_LOS_DERECHOS_HUMANOS_DE_LOS_NI%C3%91OS_Y_ADOL_ESCENTES_PORQUE_AFECTA_SU_INTER%C3%89S_SUPERIOR_?email_work_card=interaction_paper)
- Ansaldo, A. (2008). *Affidamento condiviso e diritti dei minori*. Torino: Lex Nova.
- Asprea, S. (2006). *La tutela dei figli nella separazione, nel divorzio en ella famiglia di fatto, alla della legge sull' affido condiviso e del nuovo patto di famiglia*. Turin: Giappichelli.

Badilla, A. E. (2008). *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Obtenido de CIDH: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>

Barletta Villarán, C. (2018). *Derecho de la niñez y adolescencia*. Lima: Fondo Editorial.

Bastida Freijedo, F. J. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.

Batà, A., & Spirito, A. (2012). *Separazione personale dei coniugi e affidamento dei figli minori*. Genova: Utet Giuridica.

Bermúdez Tapia, M. (2012). *Derecho Procesal de Familia*. Lima: San Marcos.

Cabanellas de Torres, G. (1986). *Diccionario Encicloédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.

Cáceres Cáceres, A. (2016). *Vulneración y violación del interés superior del niño, en la tenencia compartida de familias disfuncionales en el distrito del Cusco año 2015*. Cusco.

Cacerrada, L. M. (1986). *Derecho médico*. Madrid: Tecnos.

Campana, S. (2013). Interes superior del menor: tecnicas de reduccion de la discrecionalidad abusiva. *Universidad de Salamanca*, 87.

Cardoma Llorens, J. (2019). *Instituto de los Altos estudios universitarios*. Obtenido de <https://www.iaeu.edu.es/estudios/derecho/los-ninos-como-sujetos-de-derecho/>

CAS 1252-2015 (Corte Suprema de Justicia de la República- Sala Civil transitoria 2016). Obtenido de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500/Resolucion\\_1252-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500/Resolucion_1252-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500)

CAS 3767-2015 (Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de República 2016). Obtenido de <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/CAS3767-2015-CUSCO.pdf>

- Caso Atala Riffo vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).
- Cataldi, M. M. (16 de junio de 2015). *La noción de coparentalidad y el derecho de los hijos a vivir en familia*. Obtenido de <http://www.nuevocodigocivil.com/la-nocion-de-coparentalidad-y-el-derecho-de-los-hijos-a-vivir-en-familia-por-myriam-m-cataldi-2/>
- Cicero, C. (2013). *Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale*. Torino: Insieme.
- CIDH. (2002). *Opinión Consultiva 17*.
- Comisión de Justicia y Derechos Humanos. (2008). Proyecto de Ley N° 199-2006-CR. *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos*. Lima, Perú.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (17 de octubre de 2013). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Derechos de la Infancia: <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Derecho del niño y la niña a la familia*. San José de Costa Rica: CIDH. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>
- Comité de Derechos del niño. (1948). Observación General 7. *Novena Conferencia Internacional Americana*, Fundamento 19. Bogotá, Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, Exp. 2921-2001 (Lima 02 de setiembre de 2002). Obtenido de <https://vlex.com.pe/vid/-472690958>
- Cruz Gallardo, B. (2012). *La guarda y custodia de los hijos en las crisis*. Madrid: La Ley.
- Czapanskiy, K. (1993). Child support and visitation: rethinking the connections. *Law in context*, 351.
- De Inza Pujadas, C. (Abril de 2014). *Universidad Pontificia Comillas de Madrid*. Obtenido de Universidad Pontificia Comillas de Madrid: <http://www.UPICAI-ICADE/Repositorio/La%20tenencia%20en%20España.pdf>



- Defensoría del Pueblo. (abril de 2010). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia*. Obtenido de Serie Informe Defensoriales:  
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-150-2010.pdf>
- Díaz de Guijarro, E. (1953). *Tratado de familia*. Buenos Aires: Tipo- gráfica Editora.
- Díez- Picaso, L., & Gullon Ballesteros, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos S.A.
- Esholz vs Alemania (Tribunal de Derechos Humanos 13 de julio de 2000).
- Espinoza Muñoz, M. d. (2019). Tenencia compartida en el Perú ¿utopía para los niños y sus familias en crisis? *Gaceta Civil y Procesal civil*, 219.
- Fernández Sessarego, C. (1988). *Derecho de las Personas. Exposición motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Lima: Studium.
- Garay Molina, A. (2009). *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio*. Lima: Grijley.
- García Toma, V. (2001). *Los derechos Humanos y la constitución*. Lima: Gráfica Horizonte.
- García Toma, V. (2018). La dignidad humana y los derechos. *Derecho & Sociedad*, 16.
- Gil Dominguez, A., Fama, M. V., & Herrera, M. (2006). *Derecho Consitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar.
- Gonzalez- Espada Ramirez, S. (2013). La guarda y la custodia compartida: Una nueva institución del derecho de familia en España. *Derecho de Familia*, 43.
- Green, M. (2009). *Entre los dos. La educación compartida tras la separación*. Barcelona: Ceac. Obtenido de Entre los Dos:  
<https://www.facebook.com/HijosRehenes/photos/a.1841817806120033/2224766887825121/?type=3&theater>
- Grosman, C. (2004). *El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿Utopía o realidad posible?* Buenos Aires: Editorial Argentina.

- Guilarte, M. (2005). *Comentario a la reforma de la separación y divorcio*. Valladolid: Lex Nova.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la investigación* (6ta ed.). México DF: Mc Graw Hill.
- Hinostroza Minguez, A. (2008). *Procesos judiciales derivados del derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Instituto Interamericano del niño. (2003). *Prototipo base. Sistema Nacional de Infancia*.  
Obtenido de [www.iin.oea.org/IIN/PDF/publicaciones/Sistema\\_Nacional\\_Infancia.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/PDF/publicaciones/Sistema_Nacional_Infancia.pdf)
- Ivars Ruiz, J. (2007). *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*. Valencia: Tirant to blanch.
- Kemelmajer, A. (2012). La guarda compartida: Una visión comparativa. *Revista de Derecho Privado*, 241.
- Lasarte Álvarez, C. (2005). *Derecho de familia*. Madrid: Marcial Pons.
- Lathrop Gómez, F. (2008). Custodia compartida de los hijos. *La Ley*, 15.
- Lathrop, F. (2013). *Cuidado Personal y Relación Directa y Regular. Estudio exploratorio*. Chile: Legal Publishing.
- Ley N° 20680. (2013). Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Chile: Diario Oficial de la República de Chile.
- Mazeud, H. y. (1968). *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: EJEA.
- Mesías Toro, J. (2017). *Análisis crítico del cuidado personal compartido conforme a la ley N° 20680*. Santiago: Universidad de Chile.
- Montero, J. (2001). *Guarda y custodia de los hijo: La aplicación práctica del artículo 92 del C.C*. Madrid: Tirant Lo Bach.
- Moro, M., & Sánchez, I. (2002). *Lecciones de Derecho de familia*. Salamanca: La cruz Berdejo.

- National Conference of Commissioners. (1997). *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act*. Obtenido de [https://www.ncjfcj.org/sites/default/files/UCCJEA\\_Guide\\_Court\\_Personnel\\_Judges\\_Final.pdf](https://www.ncjfcj.org/sites/default/files/UCCJEA_Guide_Court_Personnel_Judges_Final.pdf)
- Noblecilla, S. (2014). *Factores determinantes de la tenencia de menores en los Juzgados de Familia de Trujillo*. Trujillo.
- Oficina del Alto Comisionado de los derechos humanos. (27 de julio de 1990). *Comentario General N° 19: Protección a la familia, los derechos y la igualdad de los esposos*. Obtenido de <http://ccprcentre.org/ccprcentre.org> › view › general\_comments
- Opinión Consultiva 17, Serie A N° 17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de agosto de 2002). Obtenido de [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf&ved=2ahUKEwjC-4eKvsfnAhVPnFkKHSjWA](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf&ved=2ahUKEwjC-4eKvsfnAhVPnFkKHSjWA)
- Organización de la Naciones Unidas. (24 de febrero de 2010). *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado*. Obtenido de UNICEF: <https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>
- Pacheco de Kolle, S. (2001). *El nuevo derecho de la niñez y adolescencia*. La Paz: UNICEF.
- Peces-Barba, G. (1994). *La universalidad de los derechos humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Pignataro, G. (2011). *Effetti della separaciones legales*. Torino: Torino Giappichelli.
- Pinto, G. (1988). La doctrina de la protección integral de los niños y adolescente. *Separata del Curso Adolescente en conflicto con la ley penal. Programa de Actualización y Perfeccionamiento*, 3.
- Plácido Vilcachagua, A. (2001). *Divorcio, Reformas del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Derecho PUCP*, p. 83. Obtenido de [http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/El\\_modelo\\_de\\_familia\\_garantizado\\_en\\_la\\_Constitucion\\_de\\_1993.pdf](http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/El_modelo_de_familia_garantizado_en_la_Constitucion_de_1993.pdf)

- Plácido Vilcachahua, A. (2001). *Manual de Derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pocar, V., & Ronfani, P. (2007). *La famiglia e il diritto*. Roma: Laterza.
- Rabadán Sánchez- La Fuente, F. (2003). Breves notas sobre la patria potestad. Especial problemática de los supuestos de separación de los padres. *Anuario de Justicia de Menores*, 22.
- Romero Navarro, F. (2009). Coparentalidad y género. *Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social*, 21-22.
- Rubio Correa, M. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salanova Villanueva, M. (1995). *El derecho del menor a no ser separado de sus padres*. Madrid: Dykinson.
- Sauceda García, J. M. (2002). El menor ante el divorcio de sus padres. *Cuadernos del Instituto de investigaciones jurídicas. Memoria de coloquio multidisciplinario sobre menores. Diagnósticos y propuestas*, 251-260.
- Scott, E. (1998). Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations. *Tentative draft*, 405.
- STC 09332-2006-PA/TC, N° 09332-2006 (Tribunal Constitucional 2006). Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>
- STC 102/2007, España (Audiencia Provincial de Barcelona 20 de febrero de 2007). Obtenido de <https://audiencias.vlex.es/vid/matrimonio-declaro-76-i-8-m-10-27324108>
- STC 108/2005, España (Audiencia Provincial de Valencia 22 de julio de 2005). Obtenido de <https://tc.vlex.es/vid/2002-s-m-stc-254960>
- STC 1817-2009, Fundamento 15 (Tribunal Constitucional 2009). Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>
- STC 23/2006, España (Audiencia Provincial de Barcelona 12 de enero de 2006). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

STC 326/2006, 45/2007 (Juzgado de Primera instancia de Familia de Madrid 22 de enero de 2007). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

STC 328/2005 (Audiencia Provincial de Valencia 14 de julio de 2005). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

STC 387/2006, 387/2006 (Audiencia Provincial de Asturias 26 de octubre de 2006). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

STC 437-2006, 437-2006 (Audiencia Provincial de Burgos 23 de Agosto de 2006). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

STC 439/2006 (Audiencia Provincial de Valencia 22 de julio de 2005). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

STC 44/2006 (Audiencia Provincial de León 12 de mayo de 2006). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-león-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

STC 484-1997 (Sala de Familia 15 de octubre de 1998). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

STC 654-2006, 654-2006 (Audiencia de Asturias 31 de mayo de 2005). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

STC 675-2006, 675-2006 (Audiencia Provincial de Barcelona 09 de Noviembre de 2006). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

STC 864-2005 (Juzgado de la instancia N° 7 de Castellón 20 de Julio de 2005). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>

- STC 97/2005, 97/2005 (Tribunal Supremo 14 de febrero de 2005). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-439-2006-ap-valencia-sec-7-rec-209-2006-12-07-2006-3318801>
- STC N° 00869-2015-PHC/TC, N° 00869-2015 (Tribunal Constitucional 2015). Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00869-2015-HC.pdf>
- STC N° 01817-2009-PHC-TC, N° 01817-2009 (Tribunal Constitucional 2009).
- STC N° 102/2007 (Audiencia Provincial de Barcelona 20 de febrero de 2007). Obtenido de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-102-2007-ap-barcelona-sec-18-rec-1002-2005-20-02-2007-1050381>
- Tribunal Constitucional, STC 2273-2005-PHC/TC (20 de abril de 2005). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>
- Tribunal Constitucional, Expediente N° 00050-2004-AI/TC (03 de junio de 2005).
- UNICEF. (2018). *¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño?* Obtenido de <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>
- Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Juan Mejía Baca.
- Vasquez, L. D. (2002). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf>
- Villaseñor Goyzueta, C. (2003). *Contenido esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Madrid: Universidad Complutense.
- Witker, J. (1995). *Investigación jurídica*. México: McGraw-Hill.

Yarnoz Yaben, S. (2010). Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles. *International journal of clinical and health psychology*, p. 296.

Zambrano, V. (2008). Afinamento condivisi ed esoeruebze europeee:much about nothing. *Derecho de Familia de Costa Rica*, 4-5.

Zannoni, E. (1981). *Derecho Civil: Derecho de Familia 2*. Buenos Aires: Astrea.

## **ANEXOS**



**ANEXO N° 01**

**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

EL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORIAS	METODOLOGIA
<p><b>¿De qué manera la tenencia compartida judicial incide en el Derecho fundamental</b></p>	<p><b>Generales</b></p> <p>Determinar de qué manera la tenencia compartida judicial incide en el Derecho fundamental y humano del niño y adolescente a vivir en familia</p>	<p>La inaplicación judicial de la tenencia compartida genera la desprotección de los menores, imposibilitando a gozar plenamente del derecho fundamental a vivir en familia.</p>	<p><b>Categoría 1°</b></p> <p>Tenencia compartida judicial</p>	<p><b>TIPO DE ESTUDIO</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Enfoque de Investigación: Cualitativo</li> <li>✓ Tipo de Investigación Jurídico: Básico- Dogmática interpretativa</li> <li>✓ El nivel de la investigación es Explicativa</li> </ul>
	<p><b>Específicos</b></p>			

<p><b>al humano del niño y adolescente a vivir en familia?</b></p>	<p>a) Identificar la regulación de la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano.  b) Determinar de qué forma se protege el derecho fundamental de vivir en familia en el Perú  c) Identificar de qué manera se vulnera el derecho fundamental de vivir en familia de los niños y adolescentes en los procesos judiciales de tenencia en el Perú  d) Analizar de qué manera el tratamiento legislativo y dogmático en el Perú permite la aplicación efectiva de la tenencia compartida.</p>	<p><b>Categoría 2°</b>  Derecho del niño y adolescente a vivir en familia.</p>	<table border="1"> <tr> <td data-bbox="337 174 407 898"> <p><b>POBLACIÓN</b></p> </td> <td data-bbox="407 174 553 898"> <p>En la presente investigación, la población a la que se refiere el estudio está constituida por todas las personas que hayan sido sujetos de tenencia.</p> </td> </tr> <tr> <td data-bbox="553 174 623 898"> <p><b>MUESTRA NO PROBABILÍSTICA</b></p> </td> <td data-bbox="623 174 938 898"> <p>Por la naturaleza cualitativa de nuestro estudio, la muestra será no probabilística y se conforma mediante el muestreo no probabilístico por conveniencia. En ese sentido la muestra se conforma de la siguiente manera: 20 personas que hayan sido sujetos a tenencia exclusiva o compartida, a razón de divorcio o separación (10 mayores de edad y 10 menores de edad), 20 operadores de justicia (10 jueces y 10 fiscales), 10 abogados:</p> </td> </tr> <tr> <td colspan="2" data-bbox="938 174 1253 898"> <p>La selección se hará según los criterios siguientes:</p> <p>a) Mayores de edad que hayan sido sujetos a tenencia exclusiva o compartida.  b) Menores sujetos a tenencia exclusiva o compartida en rango de edad de 10 a 18 años.  c) Jueces y Fiscales especialistas en el ámbito familia tutelar.  d) Abogados especialistas en Derecho de familia</p> </td> </tr> </table>	<p><b>POBLACIÓN</b></p>	<p>En la presente investigación, la población a la que se refiere el estudio está constituida por todas las personas que hayan sido sujetos de tenencia.</p>	<p><b>MUESTRA NO PROBABILÍSTICA</b></p>	<p>Por la naturaleza cualitativa de nuestro estudio, la muestra será no probabilística y se conforma mediante el muestreo no probabilístico por conveniencia. En ese sentido la muestra se conforma de la siguiente manera: 20 personas que hayan sido sujetos a tenencia exclusiva o compartida, a razón de divorcio o separación (10 mayores de edad y 10 menores de edad), 20 operadores de justicia (10 jueces y 10 fiscales), 10 abogados:</p>	<p>La selección se hará según los criterios siguientes:</p> <p>a) Mayores de edad que hayan sido sujetos a tenencia exclusiva o compartida.  b) Menores sujetos a tenencia exclusiva o compartida en rango de edad de 10 a 18 años.  c) Jueces y Fiscales especialistas en el ámbito familia tutelar.  d) Abogados especialistas en Derecho de familia</p>	
<p><b>POBLACIÓN</b></p>	<p>En la presente investigación, la población a la que se refiere el estudio está constituida por todas las personas que hayan sido sujetos de tenencia.</p>								
<p><b>MUESTRA NO PROBABILÍSTICA</b></p>	<p>Por la naturaleza cualitativa de nuestro estudio, la muestra será no probabilística y se conforma mediante el muestreo no probabilístico por conveniencia. En ese sentido la muestra se conforma de la siguiente manera: 20 personas que hayan sido sujetos a tenencia exclusiva o compartida, a razón de divorcio o separación (10 mayores de edad y 10 menores de edad), 20 operadores de justicia (10 jueces y 10 fiscales), 10 abogados:</p>								
<p>La selección se hará según los criterios siguientes:</p> <p>a) Mayores de edad que hayan sido sujetos a tenencia exclusiva o compartida.  b) Menores sujetos a tenencia exclusiva o compartida en rango de edad de 10 a 18 años.  c) Jueces y Fiscales especialistas en el ámbito familia tutelar.  d) Abogados especialistas en Derecho de familia</p>									

**ANEXO N° 02**

**TABLAS DE REVISIÓN DE EXPEDIENTE RELATIVOS A TENENCIA EN EL PERÍODO 2018, EN LOS CUATRO JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DEL CUSCO**

**1° JUZGADO DE FAMILIA: RELACION DE PROCESOS DE TENENCIA COMPARTIDA. PERIODO: AÑO 2018**

**JUEZ: ESPINOZA DELGADO CESAR AQUILES**

N°	Número de Expediente	Fecha de Ingreso	Pretensión	Demandante	Estado del Proceso	Observación
1	01758-2017-4-1001-JR-FC-01	15/01/2018	Variación de tenencia	Progenitor	Archivo	Se declara el abandono de instancia, resolución que no se encuentra consentida
2	05409-2017-90-1001-JR-FC-01	25/01/2018	Reconocimiento de Tenencia	Progenitora	Archivo	Se revoca la sentencia de primera instancia por mayoría de edad del niño de quien se pide la tenencia
3	00040-2018-0-1001-JR-FC-01	4/01/2018	Tenencia	Progenitor	Trámite	Solicita informe de equipo multidisciplinario
4	00326-2018-0-1001-JR-FC-01	18/01/2018	Variación de tenencia	Progenitor	Archivo	Se confirma sentencia de primera instancia, manteniendo la Tenencia Compartida

5	00487-2018-0-1001-JR-FC-01	26/01/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	Remitido por acumulación. Proceso remitido a la CSJ de Madre de Dios
6	00573-2018-0-1001-JR-FC-01	31/01/2018	Reconocimiento de Tenencia	Progenitor	Trámite	Autos en mesa para sentenciar
7	00694-2018-0-1001-JR-FC-01	8/02/2018	Variación de tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara fundada la demanda, se determina tenencia exclusiva en favor de la actora, mediante conciliación judicial
8	00866-2018-0-1001-JR-FC-01	19/02/2018	Reconocimiento de Tenencia	Progenitor	Archivo	Se declara inadmisibles y no se subsana
9	01093-2018-0-1001-JR-FC-01	5/03/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	Sentencia declara infundado. Se continua con tenencia exclusiva y fija régimen de visitas
10	01296-2018-0-1001-JR-FC-01	15/03/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Conclusión del proceso por inasistencia de ambas partes procesales a audiencia única
11	01346-2018-0-1001-JR-FC-01	19/03/2018	Variación de tenencia	Progenitora	Archivo	Se efectúa conciliación extrajudicial, considerando se retoma la relación convivencial
12	01400-2018-0-1001-JR-FC-01	21/03/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor de la progenitora

13	01459-2018-0-1001-JR-FC-01	23/03/2018	Variación de tenencia	Progenitora	Trámite	Apelación de auto. Se declara nulo el auto de declaración de abandono de proceso
14	01538-2018-0-1001-JR-FC-01	28/03/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara inadmisibile y no se subsana
15	01744-2018-0-1001-JR-FC-01	9/04/2018	Reconocimiento de Tenencia	Progenitor	Archivo	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor del progenitor
16	01888-2018-0-1001-JR-FC-01	17/04/2018	Reconocimiento de Tenencia	Abuelos	Sentencia	Se otorga el reconocimiento de tenencia
17	02120-2018-0-1001-JR-FC-01	30/04/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara abandono
18	02315-2018-0-1001-JR-FC-01	9/05/2018	Tenencia	Progenitor	Trámite	Se dispone estudio psicológico por el equipo multidisciplinario
19	02607-2018-0-1001-JR-FC-02	28/05/2018	Variación de tenencia	Progenitor	Ejecución	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor de la progenitora
20	02913-2018-0-1001-JR-FC-01	13/06/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara abandono
21	03015-2018-0-1001-JR-FC-01	19/06/2018	Tenencia	Progenitora	Trámite	Se dispone estudio médico por el equipo multidisciplinario

22	03232-2018-0-1001-JR-FC-01	2/07/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Conclusión del proceso por inasistencia de ambas partes procesales a audiencia única
23	03390-2018-0-1001-JR-FC-01	10/07/2018	Tenencia	Progenitora	Trámite	Se dispone estudio psicológico y social por el equipo multidisciplinario
24	03434-2018-0-1001-JR-FC-01	12/07/2018	Tenencia	Progenitora	Trámite	Remitido de la CSJ Moquegua a efectos de la intervención del equipo multidisciplinario Cusco
25	03618-2018-0-1001-JR-FC-01	24/07/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara nulo lo actuado por no precisar el domicilio del demandado
26	03753-2018-0-1001-JR-FC-01	2/08/2018	Tenencia	Progenitor	Trámite	Remitido de la CSJ Ica a efectos de la intervención del equipo multidisciplinario Cusco
27	03804-2018-0-1001-JR-FC-01	6/08/2018	Variación de tenencia	Progenitora	Sentencia	Se declara infundada la demanda, optando por mantener la tenencia exclusiva
28	04538-2018-0-1001-JR-FC-01	13/09/2018	Tenencia	Progenitor	Trámite	Se dispone estudio psicológico por el equipo multidisciplinario
29	04668-2018-0-1001-JR-FC-01	20/09/2018	Tenencia	Progenitor	Trámite	Se remite a fiscalía para Dictamen Fiscal

30	04763-2018-94-1001-JR-FC-01	26/09/2018	Tenencia provisional	Progenitora	Archivo	Se declara improcedente de la medida cautelar
31	04795-2018-0-1001-JR-FC-01	27/09/2018	Tenencia	Progenitor	Trámite	Se señala fecha de audiencia única
32	06034-2018-0-1001-JR-FC-01	14/11/2018	Reconocimiento de Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el abandono de instancia, resolución que deviene en consentida
33	06232-2018-0-1001-JR-FC-01	21/11/2018	Reconocimiento de Tenencia	Progenitor	Trámite	Se dispone estudio social por el equipo multidisciplinario
34	06438-2018-0-1001-JR-FC-01	29/11/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se resuelve declarar nulo lo actuado, en cumplimiento de apercibimiento, por no precisar domicilio de demandado
35	06783-2018-0-1001-JR-FC-01	10/12/2018	Tenencia	Progenitora	Trámite	Se dispone estudio social por el equipo multidisciplinario
36	07020-2018-0-1001-JR-FC-01	17/12/2018	Variación de tenencia	Progenitor	Trámite	Se declara infundada la excepción de litispendencia, y la existencia de una relación procesal válida
37	07087-2018-0-1001-JR-FC-01	20/12/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el abandono de instancia, resolución que deviene en consentida

**2º JUZGADO DE FAMILIA: RELACION DE PROCESOS DE TENENCIA COMPARTIDA. PERIODO: AÑO 2018**

**JUEZ: MENDOZA ZEGARRA FREDY RAMIRO**

Nº	Número de Expediente	Fecha de Ingreso	Pretensión	Demandante	Estado del Proceso	Observación
1	00288-2018-43-1001-JR-FC-02	16/01/2018	Tenencia provisional	Progenitor	Archivo	Se declara la improcedencia de la demanda, resolución que deviene en consentida
2	00348-2018-0-1001-JR-FC-02	19/01/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Tenencia exclusiva en favor de la actora
3	00446-2018-0-1001-JR-FC-02	24/01/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor de la progenitora
4	01647-2018-0-1001-JR-FC-02	4/04/2018	Reconocimiento de tenencia	Progenitora	Ejecución	Tenencia exclusiva en favor de la actora
5	04021-2018-0-1001-JR-FC-02	17/08/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Remitido a origen. Proceso derivado de la CSJ Apurímac, en el que se requiere intervención del equipo multidisciplinario de la CSJ Cusco



6	04452-2018-0-1001-JR-FC-02	10/09/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de apercibimiento, resolución que deviene en consentida
7	04646-2018-0-1001-JR-FC-02	19/09/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de apercibimiento, resolución que deviene en consentida
8	05003-2018-0-1001-JR-FC-02	10/10/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor de la progenitora
9	05152-2018-0-1001-JR-FC-02	17/10/2018	Reconocimiento de tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara fundada la demanda, se determina tenencia exclusiva en favor de la actora
10	06033-2018-0-1001-JR-FC-02	14/11/2018	Reconocimiento de tenencia	Progenitora	Trámite	Se dispone que los informes del equipo multidisciplinario pasen a vista fiscal
11	06577-2018-0-1001-JR-FC-02	3/12/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de apercibimiento, resolución que deviene en consentida
12	06769-2018-0-1001-JR-FC-02	10/12/2018	Tenencia	Progenitora	Trámite	Se fija nueva fecha de Audiencia
13	07278-2018-0-1001-JR-FC-02	27/12/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	Conclusión del proceso por inasistencia de ambas partes procesales a audiencia única

14	01275-2018-0-1001-JR-FC-02	14/03/2018	Variación de tenencia	Progenitora	Archivo	Conclusión del proceso por inasistencia de ambas partes procesales a audiencia única
15	03047-2018-0-1001-JR-FC-02	20/06/2018	Variación de tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara fundada en parte, se determina la tenencia compartida de la menor

**3° JUZGADO DE FAMILIA: RELACION DE PROCESOS DE TENENCIA COMPARTIDA. PERIODO: AÑO 2018**

**JUEZ: BEJAR ROJAS EDWIN ROMEL**

N°	Número de Expediente	Fecha de Ingreso	Pretensión	Demandante	Estado del Proceso	Observación
1	00554-2018-26-1001-JR-FC-03	27/06/2018	Reconocimiento de tenencia	Progenitora	Ejecución	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor de la progenitora, y amplio régimen de visitas al progenitor
2	01063-2018-0-1001-JR-FC-03	2/03/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de apercibimiento, resolución que deviene en consentida
3	01105-2018-0-1001-JP-FC-04	8/08/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor de la progenitora
4	01246-2018-0-1001-JR-FC-03	13/03/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Tenencia exclusiva en favor de la progenitora
5	01518-2018-38-1001-JR-FC-03	14/08/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	El demandante se desiste del proceso. Se concluye el proceso por sustracción de la materia.

6	01646-2018-0-1001-JR-FC-03	4/04/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de apercibimiento, resolución que deviene en consentida
7	01870-2018-0-1001-JR-FC-03	16/04/2018	Variación de Tenencia	Progenitor	Ejecución	Conciliación judicial. Se determina la tenencia compartida.
8	02028-2018-0-1001-JR-FC-03	24/04/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	La demandante se desiste del proceso. Se concluye el proceso por sustracción de la materia.
9	02196-2018-41-1001-JR-FC-03	27/06/2018	Tenencia	Progenitor	Ejecución	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor de la progenitora y régimen de visitas respecto del demandado.
10	02311-2018-0-1001-JR-FC-03	9/05/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Se declara fundada la demanda, determinándose la tenencia exclusiva en favor de la actora, y el régimen de visitas respecto del demandado
11	02401-2018-0-1001-JR-FC-03	14/05/2018	Reconocimiento de tenencia	Progenitora	Ejecución	Se declara fundada la demanda, determinándose la tenencia exclusiva en favor de la actora, y el régimen de visitas respecto del demandado

12	02639-2018-0-1001-JR-FC-03	29/05/2018	Variación de tenencia	Progenitor	Archivo	Se declara infundada la demanda, determinándose la tenencia exclusiva en favor de la actora, y el régimen de visitas respecto del demandado
13	02912-2018-0-1001-JR-FC-03	13/06/2018	Reconocimiento de tenencia	Progenitora	Archivo	Conclusión del proceso por inasistencia de ambas partes procesales a audiencia única
14	03073-2018-0-1001-JR-FC-03	21/06/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara fundada la demanda, determinándose la tenencia exclusiva en favor de la actora, y sin régimen de visitas.
15	03362-2018-0-1001-JR-FC-03	9/07/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	Conciliación judicial. Se determina una tenencia compartida.
16	03584-2018-0-1001-JR-FC-03	23/07/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Conciliación judicial. Se determina una tenencia compartida.
17	03887-2018-0-1001-JR-FC-03	10/08/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	Se emite auto de conclusión, por sustracción de la materia, al haberse efectuado conciliación extrajudicial
18	03974-2018-0-1001-JR-FC-03	15/08/2018	Tenencia	Progenitor	Trámite	Se ofrecen medios prueba extemporáneos

19	04221-2018-0-1001-JR-FC-03	28/08/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara la sustracción de la materia por conciliación extrajudicial. Tenencia exclusiva en favor del progenitor
20	04580-2018-0-1001-JR-FC-03	17/09/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de apercibimiento, resolución que deviene en consentida
21	05953-2018-0-1001-JR-FC-03	12/11/2018	Reconocimiento de tenencia	Progenitora	Ejecución	Se declara fundada la demanda, se determina tenencia exclusiva en favor de la actora
22	06352-2018-0-1001-JR-FC-03	26/11/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de apercibimiento, resolución que deviene en consentida
23	07120-2018-0-1001-JR-FC-03	21/12/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor de la progenitora y régimen de visitas respecto del demandado.
24	01438-2018-0-1001-JR-FC-03	22/03/2018	Variación de Tenencia	Progenitor	Archivo	Se declara la improcedencia de la demanda al no haber transcurrido seis meses posteriores a la sentencia de tenencia, ni existir estado de peligro de integridad del niño
25	02950-2018-0-1001-JR-FC-03	15/06/2018	Variación de Tenencia	Progenitor	Ejecución	Conciliación judicial. Se determina la tenencia compartida.

26	06183-2018-0-1001-JR-FC-03	19/11/2018	Variación de Tenencia	Progenitora	Trámite	Se encuentra con reprogramación de audiencia única
27	06842-2018-0-1001-JR-FC-03	12/12/2018	Variación de Tenencia	Progenitor	Trámite	Se dispuso cámara Gessel para toma de opinión de la menor

**3º JUZGADO DE FAMILIA: RELACION DE PROCESOS DE TENENCIA COMPARTIDA. PERIODO: AÑO 2018**

**JUEZ: RÓMULO VÍCTOR VELASCO CHÁVEZ**

Nº	Número de Expediente	Fecha de Ingreso	Pretensión	Demandante	Estado del Proceso	Observación
1	05954-2017-52-1001-JR-FC-04	1/02/2018	Variación de tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara fundada la demanda. Se da lugar a la variación de tenencia y se establece régimen de visitas
2	00183-2018-0-1022-JP-FC-01	11/05/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara infundada la demanda de ejecución de conciliación, en aplicación del interés superior del niño
3	00520-2018-0-1001-JR-FC-04	29/01/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Se declara infundada en primera instancia y es revocada en segunda instancia otorgándose la tenencia en favor de la demandante.



4	00603-2018-0-1001-JR-FC-04	1/02/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Se declara infundada la demanda al no haberse recabado los informes psicológico y social pertinentes
5	00633-2018-0-1001-JR-FC-04	5/02/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara nulo todo lo actuado por existir conciliación extrajudicial ejecutable
6	01325-2018-0-1001-JR-FC-04	16/03/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara la conclusión del proceso por sustracción de la materia por conciliación extrajudicial
7	01468-2018-0-1001-JR-FC-04	26/03/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Conciliación judicial. Se determina la tenencia compartida.
8	01645-2018-0-1001-JR-FC-04	4/04/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el abandono del proceso
9	01730-2018-0-1001-JR-FC-04	9/04/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de apercibimiento, resolución que deviene en consentida
10	01766-2018-0-1001-JR-FC-04	10/04/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor de la progenitora
11	01939-2018-24-1001-JR-FC-04	19/04/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de

12	01951-2018-97-1001-JR-FC-04	20/08/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara infundada la demanda.	apercibimiento, resolución que deviene en consentida
13	02305-2018-0-1001-JR-FC-04	9/05/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de apercibimiento, resolución que deviene en consentida	
14	02324-2018-0-1001-JR-FC-04	10/05/2018	Tenencia compartida	Progenitor	Archivo	Conciliación judicial. Se determina la tenencia compartida.	
15	02675-2018-0-1001-JR-FC-04	30/05/2018	Tenencia	Progenitor	Ejecución	Se declara infundada la demanda. Se otorga tenencia exclusiva en favor de la progenitora y régimen de visitas para el progenitor	
16	03045-2018-0-1001-JR-FC-04	20/06/2018	Variación de Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara infundada la demanda. Se otorga tenencia exclusiva en favor del progenitor y régimen de visitas para el progenitora	
17	03307-2018-0-1001-JR-FC-04	5/07/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el abandono del proceso	

18	03400-2018-0-1001-JR-FC-04	10/07/2018	Tenencia	Progenitor	Ejecución	Conciliación judicial. Se acuerda la tenencia exclusiva en favor de la progenitora.
19	03515-2018-0-1001-JR-FC-04	17/07/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	Se declara la conclusión del proceso por inasistencia de ambas partes.
20	03813-2018-0-1001-JR-FC-04	7/08/2018	Reconocimiento de Tenencia	Progenitor	Ejecución	Se declara fundada la demanda
21	03870-2018-0-1001-JR-FC-04	9/08/2018	Tenencia	Progenitor	Trámite	Se declara rebelde al demandado
22	04213-2018-0-1001-JR-FC-04	28/08/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Conciliación judicial. Se acuerda la tenencia exclusiva en favor de la progenitora, y régimen de visitas progresivo para el progenitor
23	04576-2018-0-1001-JR-FC-04	17/09/2018	Tenencia	Progenitor	Archivo	Se declara el rechazo de la demanda en cumplimiento de apercibimiento, resolución que deviene en consentida
24	04669-2018-0-1001-JR-FC-04	21/09/2018	Tenencia	Progenitor	Trámite	Se llevó a cabo la audiencia única y se dispuso dictamen Fiscal

25	04766-2018-0-1001-JR-FC-04	26/09/2018	Reconocimiento de Tenencia	Progenitora	Archivo	Se declara el abandono del proceso
26	04810-2018-0-1001-JR-FC-04	28/09/2018	Tenencia	Progenitora	Archivo	Se resuelve declarar la sustracción de la materia por mayoría de edad
27	05014-2018-0-1001-JR-FC-04	11/10/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Conciliación judicial. Se acuerda la tenencia exclusiva en favor de la progenitora, y régimen de visitas progresivo para el progenitor
28	05562-2018-0-1001-JR-FC-04	30/10/2018	Tenencia	Progenitor	Trámite	Se da por recibido el informe psicológico
29	06048-2018-0-1001-JR-FC-04	14/11/2018	Reconocimiento de Tenencia	Progenitora	Ejecución	Se reconoce la tenencia de la menor mediante conciliación judicial
30	06499-2018-0-1001-JR-FC-04	30/11/2018	Tenencia	Progenitor	Ejecución	Conciliación judicial. Se acuerda la tenencia exclusiva en favor de la progenitora, y régimen de visitas extenso para el progenitor
31	07307-2018-0-1001-JR-FC-04	28/12/2018	Tenencia	Progenitora	Ejecución	Se declara fundada la demanda
32	03049-2017-35-1001-JR-FC-04	6/07/2018	Variación de tenencia	Progenitora	Ejecución	Se otorga la variación de tenencia en favor de la progenitora, siendo

							que el menor ha vivido de manera continua con esta
33	01655-2018-0-1001-JR-FC-04	4/04/2018	Variación de tenencia	Progenitora	Archivo	La demandante presenta solicitud de desistimiento	
34	06834-2018-0-1001-JR-FC-04	12/12/2018	Variación de tenencia	Progenitora	Ejecución	Conciliación judicial. Tenencia exclusiva en favor de la progenitora	

## ANEXO N° 03

### ENCUESTA A MAGISTRADO

**MAGISTRADO: EDWIN ROMEL BEJAR ROJAS**

**JUEZ DEL TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE CUSCO**

#### 1. ¿Qué criterios considera de mayor relevancia para otorgar la tenencia?

- |  |  |
|--|--|
| <input type="checkbox"/> La edad del niño o adolescente                        | <input type="checkbox"/> Informe social  |
| <input type="checkbox"/> El tiempo que compartió con el progenitor             | <input type="checkbox"/> La prevalencia de las relaciones parentales                 |
| <input type="checkbox"/> Informe psicológico de los padres                     | <input type="checkbox"/> El interés de los progenitores en la vivencia con sus hijos |
| <input checked="" type="checkbox"/> <b>Informe psicológico del niño o niña</b> |  |

La opinión del niño es importante, conforme ha señalado la convención sobre los derechos del niño, y la Opinión consultiva N° 12

#### 2. ¿Ud. Plantea a las partes la posibilidad de llevar a cabo una tenencia compartida?

**Si**

No

**Si, la respuesta es afirmativa, ¿en qué casos?**

Se puede establecer cuando el tiempo de convivencia ha sido similar.

Considero que esta figura se da más en favor de los padres que de los hijos, ya que da lugar a la falta de hábitos en los niños, por ejemplo, el caso de diferentes tipos de educación

**3. ¿Otorgaría Ud. la variación de tenencia de una exclusiva a una compartida?**

**Si**

No

**Si, la respuesta es afirmativa, ¿en qué casos?**

Teniendo en consideración la opinión del niño, sin embargo, si el fallo es contrario a esta se debe efectuar una motivación reforzada. A más de los criterios formulados en la primera pregunta.

**4. Para la determinación de la tenencia, Ud. ¿requiere evaluación psicológica de alienación parental?**

**Si**

No

**Si, la respuesta es afirmativa, ¿en qué casos?**

Cuando existen indicios razonables, por ejemplo, cuando el niño hace referencia a circunstancias que no ha vivido, sentimientos que no son acorde a su edad.

**5. ¿Usted ha aplicado la figura de tenencia compartida y qué opinión le merece?**

Si la he aplicado. Considero que es una figura importante porque es una alternativa más, pero merece una evaluación en cada caso, y se puede aplicar cuando ambos padres se encuentren comprometidos.

En ese sentido, es importante ver la tenencia compartida, como una modalidad en la que ambos padres asumen responsabilidad.

Sin embargo, es preciso que tenga mayor regulación, estableciendo pautas más precisas para su aplicación.



## ENCUESTA A MAGISTRADO

**MAGISTRADO: FREDY RAMIRO MENDOZA ZEGARRA**

**JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE CUSCO**

**1. ¿Qué criterios considera de mayor relevancia para otorgar la tenencia?**

- |  |  |
|--|--|
| <input type="checkbox"/> La edad del niño o adolescente            | <input type="checkbox"/> Informe social  |
| <input type="checkbox"/> El tiempo que compartió con el progenitor | <input type="checkbox"/> La prevalencia de las relaciones parentales                 |
| <input type="checkbox"/> Informe psicológico de los padres         | <input type="checkbox"/> El interés de los progenitores en la vivencia con sus hijos |
| <input type="checkbox"/> Informe psicológico del niño o niña       |  |

**2. ¿Ud. Plantea a las partes la posibilidad de llevar a cabo una tenencia compartida?**

**Si**

No

**Si, la respuesta es afirmativa, ¿en qué casos?**

Cuando existe acuerdo entre ambas partes. Sin embargo, esta tenencia debe efectuarse como si los padres estarían juntos, trabajando como un equipo, por ejemplo, la mamá lleva al niño al colegio y el padre lo recoge y le da alimentos.

**3. ¿Otorgaría Ud. la variación de tenencia de una exclusiva a una compartida?**

**Si**

No

**Si, la respuesta es afirmativa, ¿en qué casos?**

Evaluando los criterios señalados en la primera pregunta.

**4. Para la determinación de la tenencia, Ud. ¿requiere evaluación psicológica de alienación parental?**

**Si**

No

**Si, la respuesta es afirmativa, ¿en qué casos?**

Cuando sea visible que el menor está siendo manejado, conducido o alterado por alguno de los padres.

**5. ¿Usted ha aplicado la figura de tenencia compartida y qué opinión le merece?**

No la ha aplicado. Es una figura que requiere de condiciones, como adaptación del menor, es importante también el factor económico, así como la disposición de tiempo.

## **ANEXO N° 04**

### **ENTREVISTA A EXPERTO**

#### **LA TENENCIA COMPARTIDA Y EL DERECHO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE A VIVIR EN FAMILIA**

##### **REPORTE DE LA ENTREVISTA:**

<b>Tesista</b>	Rosa Vengoa Valdiglesias
<b>Entrevistado</b>	Manuel Bermúdez Tapia, es abogado y magister en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Profesor visitante en las Universidades de la UNAM (México), UBA y Universidad Católica (Argentina), Universidad de Talca (Chile), Universidad Católica (Colombia) y Universidad de Valencia (España)
<b>Referencia del autor respecto de la temática</b>	El autor registra más de 12 libros especializados en derecho de familia, registra el trabajo más antiguo sobre la temática abordada que data del 2003 y es autor del Proyecto de Ley original que generó la Ley de Tenencia Compartida, Ley N° 29269, además es investigador que publica mensualmente en Gaceta Jurídica y en el Instituto Pacífico (Actualidad Civil y Actualidad Penal)
<b>Contacto</b>	<a href="mailto:mbermudeztapia@gmail.com">mbermudeztapia@gmail.com</a>

<b>Consentimiento de empleabilidad de la entrevista</b>	se acepta la entrevista y se firma el documento, el cual es remitido en documento escaneado por parte del mismo entrevistado.
<b>Fecha de la entrevista</b>	por correo electrónico y comunicación telefónica el 22 de enero de 2020

## PREGUNTAS

### 1. ¿Qué opinión le merece la figura de la tenencia compartida?

La institución de la *Tenencia Compartida*, es una alternativa que valora la individualidad y condición de sujeto de derechos a los hijos involucrados en el medio del conflicto entre sus progenitores.

Sin embargo, exige que sus progenitores deban tener las condiciones idóneas para atender sus propias condiciones y responsabilidades frente a sus hijos, por tanto, no es viable cuando se inicia el conflicto judicial.

### 2. ¿Considera usted, que esta figura resguarda de mejor manera el vínculo paterno filial que una tenencia exclusiva?

Está demostrado en el ámbito de varios estudios psicológicos y vinculados al ámbito del desarrollo escolar que la *crianza a cargo de un único progenitor* es deficiente en el desarrollo psicológico, social y familiar de un niño, especialmente porque no le permite asumir comportamientos idóneos frente a situaciones críticas o especiales.

Además, la crianza exclusiva de un progenitor usualmente implica o una condición de violencia por contexto de abandono de algún progenitor o porque no existen las condiciones para que el progenitor sin tenencia pueda tener contacto con el hijo. En ambos sentidos, la capacidad de desarrollo social del niño queda limitada.

Una situación diferente a la que sucede en los adolescentes por cuanto estos asumen otra condición respecto de su propio entorno familiar y personal.

Las diferenciaciones entre “niño” y “adolescente” respecto de un conflicto familiar son pues elementos que deben ser evaluados.

Considera usted que la tenencia compartida judicial incide en el Derecho fundamental y humano del niño y adolescente a vivir en familia.

Es la única figura jurídica que permite garantizar el derecho de todo niño y/o adolescente a vivir en un *entorno familiar saludable*.

Esto es muy diferente a “vivir en familia” por cuanto los *tipos de relaciones familiares* son muy distintos, y cuando la Tenencia Compartida se emplea es porque se trata de contextos de familias separadas, divididas, ensambladas y paralelas.

### **3. En relación a la pregunta precedente ¿el derecho fundamental a vivir en familia es protegido en el Perú?**

Sí, pero hay que diferenciar. Una cosa es “vivir en familia” y otra cosa es la “tutela de la familia”. Lo segundo está normado en la constitución, lo primero en el Código Civil y todo está sujeto a las condiciones en las cuales se establecen las relaciones familiares.

Al respecto sugiero que se tenga en cuenta los siguientes textos:

- a) Bermúdez Tapia, Manuel (2011) *La Constitucionalización del Derecho de Familia*. Lima: ECB
- b) Bermúdez Tapia, Manuel (2012) *Derecho procesal de familia*. Lima: Editorial San Marcos

En ambos textos explico la diferenciación de los dos puntos referenciales indicados.

### **4. Considera que el derecho fundamental de vivir en familia de los niños y adolescentes es vulnerado en los procesos judiciales de tenencia en el Perú**

Todo conflicto familiar que se judicializa está próximo a provocar mayores inconvenientes en las personas involucradas y por ende se amplifica el efecto nocivo en los niños y adolescentes que están en medio del conflicto.

Al respecto sugiero que se tenga en cuenta:

- a) Bermúdez Tapia, Manuel (2017) *Los derechos y obligaciones paterno filiales*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica
- b) Bermúdez Tapia, Manuel (2019) *La evaluación constitucional de derechos en el Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica
- c) Bermúdez Tapia, Manuel (2019) *Elementos procesales y probatorios en el derecho de familia*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica

##### **5. Considera que la normativa vigente respecto a la tenencia compartida permite su aplicación efectiva**

No, es más la limita porque en la actualidad la legislación sobre *violencia familiar* es muy difusa y genera una serie de situaciones que amplifican negativamente el conflicto familiar.

##### **6. Conforme la realidad social de nuestro país considera que, ¿es posible su aplicación?**

No, porque los jueces perciben que se trata de un régimen de visitas al 50% a favor de cada progenitor y no toman en cuenta que, en el conflicto, los “hijos” son también sujetos de derechos, pero no son tomados en cuenta porque no “son parte procesal” en el trámite del expediente.

Adicional, la doctrina nacional es muy deficiente en abordar estos temas y solo reproducen lo expuesto en la ley; hacen una pésima referencia a estudios interdisciplinarios y no logran comprender el conflicto familiar.

Finalmente, hay muchos “especialistas” que no son profesores universitarios, no tienen grados académicos o por último no investigan en un nivel objetivo (no publican sus trabajos en revistas indizadas o publican libros) y asumen que sus opiniones son definitivas. En este punto, es donde mayormente descansa el derecho de familia en la actualidad y por eso es que no se solucionan los casos de violencia familiar, por ejemplo.