



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

**CRITERIOS DE LOS JUECES PARA DETERMINAR
LA TENENCIA DEL MENOR**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

AUTOR:

JOSE LUIS CUELLAR MALPICA

ASESOR:

DR. ALEXANDER SOLORZANO PALOMINO

LIMA, PERU, SEPTIEMBRE 2022

Suficiencia Derecho JOSE LUIS CUELLAR MALPICA

INFORME DE ORIGINALIDAD

29%

INDICE DE SIMILITUD

28%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

12%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	3%
2	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	3%
3	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
4	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	2%
5	repositorio.uigv.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
7	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	1%
8	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	1%
9	repositorio.usanpedro.edu.pe Fuente de Internet	1%

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mi amada hija Dhariana Amelie, en este largo trayecto ha sido mi motivación constante, en las lágrimas y en las sonrisas siempre ha estado acompañándome, el amor que no nació, ni morirá.

Jamás hay límites para los sueños, ni distancias que separen lo suficiente a un padre de su hija.

¡La vida puede ser tan prometedora como nuestra fe en Dios nos lo permita, oh!

Mi amada hija.

Agradecimiento

A Dios, el Eterno Padre, a nuestro señor Jesucristo, por haberme enviado a este mundo, a través de mi querida y abnegada madre Amelia Malpica Huamanchaqui, a quien también le dedico este trabajo, a mis hermanos, mi compañera, amigos, líderes de la iglesia, familiares, conversos, maestros, y ángeles, que Dios los bendiga siempre.

Índice

Dedicatoria	2
Agradecimiento	3
Índice	4
Resumen	6
Introducción	8
Capítulo I: Aspectos generales del tema	9
1.1 Antecedentes (Relativas al objeto de estudio)	9
1.1.1 Bases legales en que fundamenta el estudio	11
1.1.2 Teorías acerca de la tenencia del menor.	14
1.1.2.1 Teoría de la protección integral.	14
1.1.2.2 Teoría garantista desde la perspectiva del interés superior del niño.	14
1.2 Marco Conceptual (Definiciones de términos básicos del estudio.	15
1.2.1 Criterio de los jueces	15
1.2.1.1 Interés superior del niño.	16
1.2.1.2 Criterios para determinar la tenencia del menor.	20
1.2.1.3 La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida.	21
1.2.1.4 Criterios para determinar la tenencia del menor [Casación 3023-2017, Lima]	24
1.2.2 Patria potestad	27
1.2.3 Tenencia	28
1.2.3.1 Definiciones de la tenencia.	28

1.2.3.2 Doctrina comparada.	29
1.2.3.4 Clases de tenencia.	32
1.2.2.5 Órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso de tenencia de niños y adolescentes.	35
Capítulo II: El Problema, Objetivos e Hipótesis	36
2.1 Planteamiento del problema	36
2.1.1 Descripción de la realidad problemática.	36
2.1.2 Definición del Problema	38
2.2 Finalidad y objetivos de la investigación	38
2.2.1 Finalidad	38
2.2.2 Objetivo general y específicos	39
2.2.3 Delimitación del estudio.	39
2.2.4 Justificación e importancia del estudio.	39
2.3 Hipótesis	40
2.3.1 Supuestos teóricos.	40
2.3.2 Hipótesis principal y específicas.	40
2.3.2.1 Principal.	40
2.3.2.2. Específicas.	40
Capítulo III: Conclusión y Recomendaciones	41
3.1 Conclusión	41
3.2 Recomendaciones	41

CASACIÓN N° 2179-2013 ICA-TENENCIA E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Resumen

La investigación realizada, tuvo como objetivo: describir cuáles son los criterios que deben tener los jueces para determinar la tenencia del menor, y está basada en el principio del interés superior del menor y el Nuevo Código del niño y adolescentes; donde serán los jueces quienes determinen la tenencia del menor de acuerdo a criterios jurídicos, criterios de la realidad socioeconómica- cultural de los padres, y el interés superior del niño y el adolescente.

El estudio obedece a un tipo descriptivo, y diseño descriptivo, que permitió poder describir sobre la diversa bibliografía relacionada al tema, teniendo en cuenta la legislación nacional e internacional, donde se toma en cuenta dos tópicos: el criterio de los jueces y la tenencia, que implicó poder relacionarla, y teniendo un ejemplo de casación sobre la determinación de la tenencia del menor de parte del juez.

Finalmente, se llegó a la siguiente conclusión general: los jueces, cuando los padres son separados, es decir, ya no conviven o existe un divorcio, deben decidir que padre tendrá la tenencia, que le permita un bienestar físico, social y psicológico al niño; obligando a toda instancia pública y privada; a analizar si este criterio es tomado en cuenta en el momento que se toma la decisión, representando una garantía para que sea tomado a largo plazo en beneficio del niño; teniendo en cuenta los criterios jurídicos, así como los criterios socioeconómicos y culturales del padre y la madre, así como también el principio el interés superior del niño.

Palabras clave: Tenencia, protección, menor, tutela.

Abstract

The objective of the research carried out was: to describe the criteria that judges must have to determine the custody of the minor, and it is based on the principle of the best interest of the minor and the New Code for Children and Adolescents; where the judges will determine the custody of the minor according to legal criteria, criteria of the socioeconomic-cultural reality of the parents, and the best interest of the child and adolescent.

The study obeys a descriptive type, and descriptive design, which allowed to describe the diverse bibliography related to the subject, taking into account national and international legislation, where two topics are taken into account: the criteria of judges and possession, which implied being able to relate it, and having an example of cassation on the determination of the custody of the minor by the judge.

Finally, the following general conclusion was reached: the judges, when the parents are separated, that is, they no longer live together or there is a divorce, must decide which parent will have custody, which allows the physical, social and psychological well-being of the child. ; binding all public and private instance; to analyze if this criterion is taken into account at the time the decision is made, representing a guarantee so that it is taken in the long term for the benefit of the child; taking into account the legal criteria, as well as the representing a guarantee that it will be taken in the long term for the benefit of the child; taking into account the legal criteria, as well as the socio-economic and cultural criteria of the father and mother, as well as the principle of the best interests of the child.socioeconomic and cultural criteria of the father and the mother, as well as the principle of the best interest of the child.

Introducción

La investigación titulada: *Criterio de los jueces para tenencia del menor*, y se realizó con la finalidad de describir cómo los jueces deciden sobre la tenencia del menor tomando en cuenta criterios jurídicos, el principio de interés superior del niño y la realidad socioeconómica y cultural de los padres del menor.

En el desarrollo del estudio, se tomó en cuenta sobre todo la legislación nacional con respecto al Nuevo Código del niño y del adolescente emitido por el Congreso de la República en el año 2000, de la misma manera se realizó una descripción de la legislación nacional y la doctrina comparada con la legislación de países latinoamericanos y europeos.

El estudio para su mejor comprensión, está estructurado de la siguiente manera:

Capítulo I, Aspectos generales del tema, que comprende: antecedentes, y marco conceptual.

Capítulo II, El Problema, Objetivos e Hipótesis; que comprende el planteamiento del problema: descripción de la realidad problemática, definición del problema; finalidad y objetivos de la investigación, delimitación y justificación del estudio, hipótesis: general y específicas.

Capítulo III, Conclusión y recomendaciones.

Capítulo I: Aspectos generales del tema

1.1 Antecedentes (Relativas al objeto de estudio)

Mauricio y Torres (2019) realizó un estudio con el objetivo de determinar los principios jurídicos y fácticos para que se otorgue el régimen, teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño y la doctrina, así como la comparación de la jurisprudencia. Habiendo realizado una investigación cuantitativa y descriptiva, donde se tomó en cuenta la población de los juzgados especiales de familia de la Corte Superior de La Libertad, con una evaluación psicosocial y socioeconómica de los padres, y concluyó que, se hizo efectiva la utilización del criterio orientados para la tenencia compartida, de acuerdo a la legislación compartida, doctrinas y la jurisprudencia sobre el tema.

Zapata (2019) realizó un estudio, con el objetivo de analizar la desnaturalización de la patria potestad en el otorgamiento de la tenencia a los abuelos. Investigación cualitativa, que permitió aceptar que los cambios son permitidos, debido a realidades que permita garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes, consignada en las normas legales nacionales y supranacionales, de manera tal que, no se logre desvirtuar la tenencia, ni se logre modificar, donde se aduzca que, debe existir la primacía del interés superior del niño. Concluyó que, la utilización de la jurisprudencia en la deficiente aplicación del CC y CNA está referida a que la tenencia es exclusiva de los

padres, pero también fue otorgada a los abuelos; ello afecta y modifica la norma, y en el tiempo, un potencial desuso de la tutela.

Gallardo (2019) realizó la tesis con el objetivo de realizar un análisis de las situaciones de tenencia compartida en los juzgados. Se realizó un estudio cuantitativo, y no experimental, empírico, una muestra de 182 operadores judiciales como jueces y fiscales y abogados especialistas, se utilizó una encuesta y como instrumentos un cuestionario, y llegó a concluir: se halló que debido a la falta de confianza del juez, de manera especial a la situación del padre, se dictó una sentencia desproporcional y poco beneficioso al interés superior del niño, ya que luego de la separación, los más vulnerables son los menores, debido a que el proceso de tenencia es largo y engorroso, lo que podría generar daños severos de índole psicológica al menor.

Peña (2019) realizó la tesis con el objetivo de realizar la determinación de los factores que se asocian a la tenencia en los juzgados de familia. Realizándose un estudio analítico, observacional, retrospectivo, con un nivel relacional, una población censal de 35 expedientes judiciales, y se utilizó la técnica del análisis documentario y una lista de chequeo. En el análisis, se observó que cuando el demandante es el padre, existe una posibilidad que la tenencia dictada por el juez sea a su favor, de la misma manera, cuando la demanda es realizada por la madre; y concluyó, Se encontró una relación entre la tenencia y el sexo del demandante.

Calderón (2021) realizó la tesis, con el objetivo de determinar el criterio del juez en los procesos sobre tenencia teniendo en cuenta el interés superior del niño. Investigación cualitativa, de corte longitudinal, descriptiva. Una población de 438 expedientes judiciales, y una muestra probabilística de 76. Se utilizó la técnica del análisis documental que permitió la recolección, identificación, categorización, análisis y descripción del contenido de la sentencia; y concluyó que, el criterio utilizado por el juez en casos de tenencia, están enmarcado en lo que establece la ley, y respeta el principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

1.1.1 Bases legales en que fundamenta el estudio

A nivel internacional, se tiene las siguientes normas legales en que se fundamenta el estudio:

En el art. 16º de la Declaración Universal de los Derechos, donde señaló que, la familia es el núcleo natural y fundamental de la sociedad, y debe estar protegida por la sociedad y el Estado.

En el art. 6º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, donde se consignó que, las personas tienen el derecho a formar una familia, que es el elemento fundamental de la sociedad y recibe protección.

En el art. 23º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, consignando que, la familia es el núcleo básico de la sociedad, y debe ser protegida por el Estado. El matrimonio y la formación de una familia, es un derecho del hombre y la mujer, y si éstos se disuelven el Estado emitirá disposiciones necesarias para proteger a los hijos.

En el art. 10º del Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, consignándose que, todos los estados que son parte del pacto, deben reconocer a la familia como el elemento natural y básico de la sociedad, debiendo ser protegida, y disponer de dispositivos legales para la protección y asistencia a los niños y adolescente, sin ser discriminados.

En el art. 107º de la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969), se consignó que, la familia es el elemento natural y básico de la sociedad y recibe protección del Estado. El hombre y la mujer son reconocidos con el derecho a contraer matrimonio, y a formar una familia, siendo protegidas por la ley sin afectar el principio de la no discriminación; y si el matrimonio se disuelve, el Estado tomará medidas que asegure la protección de los hijos. En el art. 19º señaló que, todos los niños menores, tienen el derecho a ser protegidos por la familia, sociedad y Estado

En el art. 3º de la Convención de los Derechos del Niño (1989), se señaló que, se debe atender el interés del niño en cualquier situación relacionada a los niños. En el art. 5º, que los Estados que forman parte de la Convención, tendrán consideración de la responsabilidad, derecho y deber de los padres; y si llegaría el caso, los tutores o familiares será los responsables legales de los niños, y velar por su desarrollo de sus facultades, orientarlos y dirigirlos de manera apropiada para que los niños ejerzan sus derechos que se reconoce en la Convención.

A nivel nacional se tienen las siguientes normas legales:

El art. 4º de la Constitución Política del Perú (1993) señala que, el niño, el adolescente, la madre y el anciano en situación de abandono, debe ser protegido por la sociedad y el Estado de manera especial. Asimismo, promueve el matrimonio y brinda protección a la familia, reconociéndolas como instituciones naturales y básicas de la sociedad. El matrimonio y/o su disolución se regulan por leyes. En el art. 233º, señala que la regulación jurídica de la familia, está orientada a que se consolide y fortalezca, acorde al principio y norma que se proclama en la CCP.

En el art. 418º sobre patria potestad del Código Civil, señala que los padres tienen el deber y el derecho del cuidado de los bienes de sus menores hijos. En el art. 149º, señala que el padre y la madre son los ejercen la patria potestad en el matrimonio, y son ellos los representantes legales del menor; y en caso de disolución del matrimonio, será el juez de familia quien resolverá conforme el proceso de manera sumaria.

En el art. 81º de la Ley 27337, Código de los Niños y los Adolescentes, donde señala, cuando los padres están separados de hecho, la tenencia del menor se determina según acuerdo de los padres y teniendo en cuenta el parecer del menor. Si no existiese acuerdo entre los padres, o si ello significaría perjudicial para el menor, la tenencia será determinada por el juez de familia, quién señalará disposiciones para su cumplimiento, y siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño. En el art. 82º se señala, que si se requiere la variación de la tenencia, el juez ordenará con el apoyo del equipo de profesionales adjuntos, que ello se pueda efectuar progresivamente sin producir algún daño o trastorno; pero, si existiese peligro en la integridad del menor, el

juez ordenará el cumplimiento de inmediato el fallo. En el art. 85^o señaló, que será el juez especializado, quién escuche la opinión del niño y tome en cuenta la del adolescente.

1.1.2 Teorías acerca de la tenencia del menor.

Entre las teorías de la tenencia del menor, se tiene:

1.1.2.1 Teoría de la protección integral.

Becerra (2022) señaló que esta teoría, sostiene que el Estado tiene la obligación de la implementación de políticas que favorezca al niño, niña y adolescente, para que ejerzan de manera efectiva sus derechos que son consagrados en las normas legales vigentes de cada país. Kermelmajer (2004) postuló que la responsabilidad del Estado, no termina cuando la autoridad competente declara una sentencia, sino también asegurará e implementará la decisión tomada y proteger el derecho de las personas, y menores. Está basada en la teoría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableciendo que, la decisión relativa al menor, debe ser tratada con urgencia, en caso de retraso podría generar alguna consecuencia irreparable.

1.1.2.2 Teoría garantista desde la perspectiva del interés superior del niño.

De acuerdo a Becerra (2004) esta teoría postula que la garantía de la efectividad de los derechos del niño, niña y adolescente, que está enmarcado en normas legales de índole nacional e internacional, no está extendida solo a

padres y legisladores, también le compete al tribunal de justicia y/o jueces de familia, quienes cuando dictan alguna resolución judicial, velará por el derecho del más vulnerable, quién sea a quien más se protege antes y después de emitir la sentencia, debido a que, el conflicto familiar involucra al niño, niña y adolescente sean considerados problemas humanos.

Para Pinto (1988), en la Convención de los Derechos del niño para protegerlos integralmente, los postulados más importantes, son: el cambio de del niño, de ser un objeto compasivo y represivo, a ser un sujeto con derechos; la atención al principio del interés superior del niño, que representa una garantía, como norma interpretativa y de solución de conflictos, y como una orientación de la política pública referente a los menores; inclusión de los derechos del niño en todos los programas de derechos humanos, reconocer en el niño, derechos y garantí en caso que éstos tengan en conflicto con la ley, sobretodo la penal, diferenciando el nivel de responsabilidad según el grupo etáreo que pertenece.

1.2 Marco Conceptual

1.2.1 Criterio de los jueces

Zermatten (2003) señaló que, es el instrumento jurídico que permite un adecuado desarrollo del niño, en sus aspectos físico, social y emocional. Está fundamentado en el deber de toda instancia y organización pública o privada, examinando si dicho criterio se realiza en el momento que representa una garantía para el niño, y que sea válida a largo plazo, y que sirva como unidad de

medida, cuando existen intereses encontrados. La decisión del juez cuando tenga dificultades para otorgar una tenencia a ambos padres o uno de ellos, no solo por alguna situación especial, sino también debido a la carga emocional de los padres; teniendo en cuenta lo consignado en el art. 84º del CNA, que señala, el hijo. Por ello, el juez priorizará otorgar la tenencia o custodia, al padre que logre garantizar de mejor manera el derecho del menor estar en contacto permanente con otro padre.

Garay (2004) señaló que, el interés superior del niño, es un principio que se inspira en el origen del derecho común, que permite solucionar conflictos que se presente entre un menor y otra persona, primando el interés del niño, implicando ello, un principio que proteger los derechos del niño. Por ello, este principio sirve como garantía y protección de los derechos del niño en cualquier caso que esté involucrado, y obliga a los funcionarios públicos y organizaciones a la toma de decisiones sobre aspectos y normas que garanticen los derechos de los menores.

1.2.1.1 Interés superior del niño.

Alva (2013) señaló que, en la convención denominada doctrina social de protección integral, logra reconocer en los menores, el respeto de sus derechos civiles, económicos, políticos y sociales; y que se sustenta en los principios: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; así como el respeto a la opinión del menor en aspectos que se sienta afectado. Para Gonzales (2007) teniendo en cuenta el marco jurídico que reconoce los derechos, se puede decir que son derechos que

permite el ejercicio de otros derechos que se reconocen de manera igualitaria. Así, se afirma que, el interés superior del niño es un principio de índole garantista, y que logra obligar a los Estados, el cumplimiento de los convenios sobre derechos del niño es básico, que permite exigir y adecuar las diferentes normas de los países para proteger el derecho de los menores.

La Convención sobre los derechos del niño (CDN), así como el Código del Niño y Adolescentes (CNA), señalaron que, toda medida que adopten las autoridades y funcionarios públicos y privados deben estar orientadas al bienestar social, como la adopción; por ello, las instancias del gobierno y no gubernamentales, debe tener como consideración suprema el interés superior del niño. Montoya (2007) señaló que, un Estado en demócrata y social de derecho, debe garantizar el derecho fundamental, no debe existir confrontaciones entre derecho y justicia, debido a que se otorga la justicia por los mecanismos que el derecho otorga. No existe una superposición de una sobre otra, se busca un derecho justo y que se cumpla con el interés superior del niño y adolescente; dejando de lado dogmas, evitar modelos que no se ciñena la realidad, teniendo en cuenta al más desamparado, sin una suposición de tener siempre la razón, sin preferencia como dada; por el contrario, la argumentación, debe lograr el equilibrio entre el deseo y la razón.,

Por ello, en Convención sobre los derechos del niño, no solo se considera un principio fundamental, sino que en el art. 9º trata sobre situaciones sobre la separación delos niños de sus padres, y sea importante el interés superior del

niño; asimismo, en el art. 18º cuando está referido a la obligación de los padres de manera conjunta a la crianza y cuidado de sus hijos, también existiendo el interés superior del niño; y en el art. 21º donde señala que el Estado debe permitir la adopción, donde la consideración se el interés superior del niño; y en el inciso c del mismo artículo, donde todo niño que sea privado de su libertad, debe separarse del adulto, y solo permanecerá con ellos, si está considerado contrario al interés superior del niño.

También, el interés del niño como directriz política, donde el Congreso de la República (1993) en el art. 4º de la Constitución Política del Perú, señala que, la sociedad y el Estado, están obligados a proteger al niño, adolescente, madre y anciano en situación de abandono. Asimismo, promueven el matrimonio, protegiendo a la familia, y la reconocen como una institución natural y fundamental de la sociedad.

También, para Montolla (2006) el interés superior del niño es considerado como exigencia para que el Estado no solo dicte normas o políticas gubernamentales, sino que éstas deben estar en función de que éstas normas beneficien al niño, niña y adolescente, que también hace responsable a la sociedad. Es allí que se delimita la importancia del interés superior del niño, como una responsabilidad de la sociedad y el Estado.

Asimismo, López (2015) señaló que, el principio del interés superior del niño, está definido por el respeto irrestricto de los derechos de la seguridad física

y psicológica del niño y niña, para un adecuado desarrollo personal, en ambiente saludables y sanos, que esté orientado a lograr el bienestar de los niños.

Para Torreblanca (2016) el principio del interés superior del niño, es un derecho subjetivo, y principio inspirado en el derecho propio, con un sentido protector del menor, por ser vulnerables como consecuencia de que es imposible que pueda dirigir su vida con autonomía propia. El principio del interés superior del menor, tiene una indeterminación jurídica, de difícil definición, única, concreta y de utilidad, y que es aplicado en todo caso que suceda, debido a lo heterogéneo de la situación de los mismos niños, pues se puede tratar de uno o más niños.

Ante ello, los jueces deben tener en cuenta, no solo tener en cuenta los criterios jurídicos, sino también el interés superior del niño, y tener la comprobación de la aplicación de los criterios existentes; así como la proposición de aquellos que se consideren convenientes en el proceso de tenencia. De la misma manera, tener en cuenta que, que se podrá vulnerar el principio del interés superior del niño sino se aplica el criterio jurídico, lo que se tendría que evitar en la vulneración del proceso de tenencia, siendo un principio importante para su bienestar y necesidades reales del menor.

Así, el Código de los Niños y Adolescentes, señaló que, toda disposición referida al niño y al adolescente, adoptada por el Estado mediante sus instancias diversas como los poderes del Estado, el Ministerio Público, gobiernos

regionales y locales e instancias no gubernamentales, y la acción de la sociedad, considerará el principio del interés superior del niño y el respeto de sus derechos; de la misma manera, en el art. 84º señala que, en cualquiera de los casos, el juez de familia otorgará la tenencia al padre que mejor garantice el derechos del menor a tener relaciones con el otro progenitor.

1.2.1.2 Criterios para determinar la tenencia del menor.

El Congreso de la República (2000) en el Código del niño y del Adolescente, en el Capítulo II, art. 81º, sobre tenencia, se deben tener los siguientes criterios para que sea efectiva la tenencia:

La proximidad de los domicilios de los progenitores. Con ello, se pretende, que el menor se sienta bien en el entorno; ello significa que, luego del cumplimiento del tiempo con uno de los padres, el menor no realice mucho recorrido para estar con el otro padre, significando ello que, los padres no residan muy lejos uno del otro, buscando que, para que el traslado del menor sea más fácil, deben residir en la misma ciudad, y pueda compartir la tenencia con el otro padre.

La capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común. Con ello, se pretende que, el menor al ir de un lugar a otro, no se un cambio traumático, sino que pase desapercibida por el menor; se requiere que ambos padres estén de acuerdo con la implementación de normas y criterios sobre la forma de vida del menor en las casas que les que alternar, como son, espacios y tiempo de estudio y recreación, horarios para alimentarse, entre otros.

La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad. Se pretende con este criterio, que los padres se comuniquen de manera fluida, y que busquen lo mejor para el menor, con la muestra de interés de tener un tiempo con su hijo, donde éste no sea tratado como trofeo; es decir que ambos padres se comuniquen de manera regular con el fin del mejoramiento de la convivencia con el hijo; también, informarse del cambio que se suscite en los dos hogares, como puede ser alguna forma de castigo y tenga que ir donde el padre, quién le dará la libertad para jugar cuando el menor cometió alguna falta cuando le tocó estar con la mamá, y se logra que el menor no quiera volver con la mamá porque no le soporta caprichos del menor.

La disponibilidad de los padres para el mantenimiento del trato directo con los hijos en el período alterno que corresponde. Este criterio logra la evaluación de la posibilidad que pueda tener cada uno de los padres de estar con su hijo, pues, no se considera que el hijo esté todo el tiempo con el padre, porque este tiene compromisos laborales todo el día y solo estar libre de noche cuando el menor duerme, lo importante es que se busque que ambos padres estén en contacto con el menor, que ambos no pierdan el vínculo con su hijo, y se desarrollen como padres, siendo lo contrario, si los padres aducen no tener tiempo para el hijo.

1.2.1.3 La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida.

Aguilar (2009) señaló que, instituir la patria potestad, sea quizá la más importante entre las instituciones dedicadas al derecho de familia, como el deber

de los padres a la alimentación, educación y seguridad de los hijos, como está consignada en el art. 6º de la Constitución Política del Perú (1993), de los deberes de los padres, de cuidar a la persona y bienes de sus hijos menores; ante ello, fue refrendado en el art. 418º del Código civil. Asimismo, cuando se trata de hijos matrimoniales, ejercita la patria potestad, es menester de los dos padres en las mismas condiciones; por otro lado, cuando se trata de hijos extramatrimoniales, la ley provee al juzgador, elementos de referencia para que éste conceda la patria potestad a cualquiera de los dos. Si los padres extramatrimoniales no viviesen juntos, prima el haber reconocido al hijo, lo que permite que el juez infiera *contrato sensu*, donde los padres por declaración judicial, no ejerzan la patria potestad, así como algún elemento referente a la edad y sexo del menor; pero, para que se conceda el principio de ejercer la patria potestad y/o la tenencia, primando el interés superior del niño o adolescente.

Reglas para establecer la tenencia cuando los padres ya no hacen vida en común. Aguilar (2009) señaló que, queda claro, el derecho de ambos padres e hijos sobre la tenencia, sin embargo, discutir la tenencia y regularla vía conciliación o decisión judicial, solo es viable si los padres no están residiendo juntos, siendo así, la tenencia sería compartida por ambos padres en las mismas condiciones. El CNA, plantea la regulación de la tenencia de los menores que los padres ya no viven juntos, donde en el art. 81º se modificó por la Ley N° 29269 para incorporar la tenencia compartida, cuando los padres ya no estén viviendo juntos; donde la tenencia será determinada por mutuo acuerdo de los

padres, teniendo en cuenta el parecer del hijo; si no existe un acuerdo, entonces el juez quién decidirá de acuerdo al art. 84°.

En síntesis, los criterios o elementos de juicio que se logra proporcionar al conciliador o juez para la resolución de los casos son dos: donde el inciso e del art. 84° del CNA, que se refiere al derecho de régimen de visitas, cuando la tenencia no la ejerce ninguno de los padres, así, ese derecho se confiere a uno de ellos. Así, en el análisis de los criterios de otorgamiento de la tenencia, donde el juez apela al acuerdo arribado por los padres, que, si no existe acuerdo con una fórmula conciliatoria en algún centro de conciliación, ésta no tendría validez; pero, si se da en algún centro conciliatorio, sí tendría fuerza dicha sentencia debido a que los centros conciliatorios son homologados con las sentencias judiciales.

También, en el caso que no existiese acuerdo o sí existiese como producto conciliatorio, y tanto el padre como la madre se niegan a cumplirlo, derivándose a la vía conciliatoria, donde tampoco tendrían acuerdo, entonces será derivado a la vía judicial; en esta instancia, será el juez de familia, quién concederá la tenencia, según la modificatoria de la Ley 20699 y que podría ser compartida. Donde, según el art. 84°, se tendría en cuenta el primer criterio, que considera la conveniencia precedente con el niño, niña y adolescente; así, antes de plantear la demanda, se debe tener en cuenta, con quién estuvo viviendo el menor. Un segundo criterio puede ser, que el hijo tenga menos de tres años y permanezca con la madre debido a la edad, donde la atención del menor,

demanda de manera preferente pero no exclusiva del cuidado materno, reconociéndose incluso, el período de amamantar, de la atención primaria de la salud, sus primeros alimentos, el cuidado higiénico, actividades que por cultura impuesta recae en la madre; ante ello, este criterio se le ofrece al juez, para resolver casos de tenencia: pero, tampoco ese criterio es obligatorio, pero sí para tener en cuenta cuando el juez emita el fallo. De la misma manera, un criterio que estaría relacionado a la determinación del fallo judicial para que determine la tenencia de uno de los padres, sería, que ejerzan el régimen de visitas para aquel que no tenga la tenencia.

1.2.1.4 Criterios para determinar la tenencia del menor [Casación 3023-2017, Lima]

Riveros (2019) señaló que, el órgano de mérito, en el presente caso, se cumple aplicando las normas relacionadas al principio del interés superior del niño y adolescente, que señala: cuando existe separación de hecho de los padres, los padres en común acuerdo determinan la tenencia del menor, teniendo en cuenta el criterio del menor. Sin embargo, cuando no existe un acuerdo, o si fuese dañino para los menores, quien determine la sentencia será el juez de familia, dictando medidas para el cumplimiento de la sentencia, y determinar la tenencia compartida, y sobrevalorará el principio del interés superior del niño, niña y adolescente. También, en el art. 84º del CNA, señaló que, si los padres no se ponen de acuerdo en la tenencia en sus diversas formas, el juez resolverá, según: el padre que vivió mayor tiempo con el hijo será quién prevalece; la madre permanecerá con el hijo si éste es menor de tres años, el juez fijará un régimen de visitas para el padre que no tenga la tenencia.

Casación - N° 2179-2013-ICA

Fijan criterio jurisprudencial para la tenencia de menores

El progenitor interpuso demanda de tenencia de sus menores hijos, en contra de su ex pareja, donde manifiesta que ´le es quien vive con los menores.

La decisión judicial en este proceso se amparó en la protección especial del menor. Así, en todo proceso de tenencia, el juez debe procurar que su decisión este dirigido al amparo del respeto de los principios de protección especial e interés superior de los niños y adolescentes, que son reconocidos por el derecho nacional como internacional

Así, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema estableció este criterio jurisprudencial mediante la sentencia recaída en la Casación N° 2179-2013-Ica, declarando infundado el recurso interpuesto como parte de un proceso de tenencia; donde el tribunal tuvo como fundamento, que la cita de los principios procura crear un marco tutelar especial en favor de los menores, que debido a su situación vulnerable en la población, es el Estado quién le brinde una tutela especial. Y ante el proceso de tenencia de dos menores, la Sala Suprema consideró, que el órgano jurisdiccional debe ser firme al resolver, que debido a al separación delos padres, los menores deben permanecer al lado del progenitor más idóneo. Y en este caso en especial, la tenencia se le debe otorgar al padre demandante, pues los menores durante su período de vida han permanecido con él y aprendido a convivir con él; y que un cambio de status podría generar algún conflicto emocional en los menores. Y que cualquier modificación de sentencia o apelación, debe primar el interés superior de los niños y no los interese de los padres, que está refrendado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño.

Casación - N° 3767-2015- CUSCO

Tenencia y custodia del menor

En dicho proceso, la progenitora interpuso demanda sobre su ex pareja sobre la tenencia de su menor hijo de seis años, donde no permite que la madre vea a su menor hijo, e incluso negó brindar la institución educativa donde estudia el menor.

Asimismo, en las entrevistas realizadas al menor, éste refiere que quiere vivir con el padre, sin embargo, los informes psicológicos revelan carencia afectiva y que no puede actuar con libertad donde vive, ya que existe una marcada dependencia del padre para satisfacer sus necesidades, y muestra ambivalencia de los sentimientos hacia sus padres, y no se evidencia vínculo afectivo con ninguno de ellos.

Ante ello, la Casación N° 4664-2010-Puno, donde la naturaleza del proceso de familia, se concibe como el destinado a solucionar conflictos con prontitud que surjan en las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, sea, hijo, padre, cónyuge, hermano, entre otros, que concibe la conducta conciliatoria y sensible que supere formalismos y cuestiones técnicas, acorde con el CNA.

Así, estando la relevancia de la materia objeto de pronunciamiento y consideraciones expuestas, de existir normas jurídicas no aplicada por la Sala Superior para resolver el caso, el Supremo Tribunal se debe pronunciar, considerando la naturaleza de la norma infraccionada, según el art. 396º del Código Procesal Civil.

En el ordenamiento jurídico existe la posibilidad de promover la tenencia compartida de los menores, donde ambos padres, a pesar de estar

separados, tiene los mismos atributos sobre sus hijos, de tal manera que queda incólume la patria potestad, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola; donde los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor.

1.2.2 Patria potestad

Varsi (2012) señaló que, es la condición *sine qua non* de la relación entre padres e hijos, implicando de pro sí, la patria potestad; debido que ello está referido como la autoridad que tienen los padres sobre sus hijos menores, que aparte de ser un derecho, es una consecuencia o efectos de la filiación. Pero, también se debe tener en cuenta que, existiría filiación sin patria potestad, pero no existiría patria potestad sin filiación. El ser padres es un derecho y que pueden decidir sobre sus hijos, asistiéndole el derecho a los padres de la misma manera.

Garay (2009) refirió que, en una sentencia judicial, que la sala de familia señaló en una sentencia la diferencia entre la patria potestad y la tenencia, señalando que, es el deber y derecho de los padres del cuidado de la persona y de los bienes de los menores hijos, pero, que no será posible hacer convenios o acuerdos ni renunciaciones; debido a que no es un ejercicio de ambos padres; por el contrario, un acto de disposición de ambos padres, si pueden ser materia, dicho acuerdo no sería definitivo, debido a que varía porque está subordinado a lo que sea de mayor conveniencia para el menor.

De la misma manera, Tapia (2012) señaló que, la patria potestad es un grupo de derechos y deberes a los que están obligados los progenitores sobre la persona y bienes de los menores hijos, que le será de utilidad para su desarrollo integral, desde la concepción hasta que dejen de ser menores de

edad. Ello significa que, los titulares de los derechos de los menores son sus padres, pero no solo son derechos sino también los hijos, siendo éstos protegidos por el principio del interés superior del niño, indicando también deberes de los padres para con sus hijos.

Ante ello, se puede definir a la patria potestad, como las competencias legales que tienen los padres sobre sus hijos, velando por su bienestar físico, psicológica, emocional y social, así como por su formación integral en los aspectos de salud, educación, vivienda y vestido, y la función protectora del desarrollo personal y patrimonial.

1.2.3 Tenencia

1.2.3.1 Definiciones de la tenencia.

Chunga (2002) señaló que es la institución jurídica, que se define como el derecho de cada separado de hecho, en la determinación de cual de los padres se quedará con el hijo. Si no existe acuerdo entre los padres, será el juez quien determine la tenencia, teniendo como criterio lo que más beneficia al menor; y de acuerdo a su parecer dentro de la tenencia, se presenta la figura de una tenencia compartida, donde los dos padres acuerdan sobre el tiempo de tenencia del menor.

Para Rabadán (2013) es una fortaleza de la patria potestad, que está relacionada con la debida y necesaria acción del cuidado del menor de manera directa, que es generada en la convivencia de los padres con el menor; y logra guiar al menor, impartiendo disciplina, brindando educación, esparcimiento y/o juego con sus amigos, brindar alimentación entre otros.

Canales (2014) señaló que es una institución, cuya finalidad es poner al mejor cuidado del hijo de ambos padres cuando ellos estén separados de hecho, teniendo en cuenta que favorece para el bienestar del menor, siempre prevaleciendo el interés superior del niño; sin embargo, si uno de los dos niega, correspondería la tenencia al otro padre.

Gallegos (2018) jurídicamente, señaló que es el hecho donde un menor está en poder de uno de los padres; los padres tienen el derecho para tener la compañía de su hijo menor.

El Poder Judicial (2012) señaló la tenencia, como un proceso judicial donde el padre o la madre reclaman ante el juez la tenencia de su hijo menor; donde el juez determina, teniendo en cuenta el mayor beneficio del menor, el lugar donde el niño, niña y adolescente vivirá con uno de ellos; teniendo derecho al régimen de visita aquel que no tenga la tenencia.

1.2.3.2 Doctrina comparada.

Mauricio (2019) señaló que es aquel que se orienta a proveer de lineamientos constituidos por algún fundamento jurídico y fáctico a ser considerado por los jueces de familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad en el otorgamiento de la tenencia compartida, priorizando el principio del interés superior del niño, así como los principios que orientan y brinda la doctrina comparada con respecto a otorgar el régimen de tenencia compartida. España. En lo referente de la custodia y la guarda del niño, estaba previsto que los padres logren establecer un convenio regulador, y al final la decisión la daba el juez, basado en el interés superior y la audiencia de los niños mayores a 12

años. La custodia era establecida a favor de uno de los padres con el derecho de visita del otro, pues no se regulaba la custodia compartida, asimismo, la ley establecía que los niños menores de siete (7) años, con excepción de casos especiales, debería quedar bajo la custodia de la madre.

Francia. En la actualidad, la tenencia compartida en Francia, logra establecer la posibilidad de que los padres acuerden a través de la mediación, así como también son señalados los criterios que se debe considerar para otorgar el poder de la vía judicial, y establece que se respete el interés superior de los hijos, así como también, se garantice el vínculo entre los padres. Es preciso mencionar que, en Francia, se estableció el ejercicio conjunto de la tenencia compartida, y se determina con solo la acreditación de la filiación con el menor.

Chile. Es este país ya se está ejerciendo el principio de corresponsabilidad, donde ambos padres podrían ejercer la tenencia compartida, y son ellos quienes se encargarán de un adecuado desarrollo integral del menor; pudiendo ser por disposición judicial, o, por propio acuerdo de los padres, y busca que los padres participen activamente en los diferentes aspectos donde se involucre el desarrollo de sus hijos. Así también, en Chile, se ejerce la tenencia de consumo para ambos padres, la que se irá ejerciendo cuando los padres vivan juntos o estén separados, y teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor.

1.2.3.3 La tenencia en el Perú.

En el Perú, la tenencia, logra constituirse en una institución del derecho de familia, y que está regulada en los art. 81º al 87º del Capítulo II, Título I, Libro III del Código del Niño y del Adolescente; y que estableció que:

Artículo 81º, donde se señala que, la tenencia se da cuando los padres están separados de hecho, donde la tenencia de los niños y adolescentes. Si no existe un acuerdo, o si éste resultaría perjudicial para los hijos; en estos casos, la tenencia será resuelta por el juez, donde se dicten medidas que salvaguarde en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente.

Artículo 82º. Variación de la tenencia, si se requiere que se varíe la tenencia, el juez está facultado para ordenar, asesorado por un equipo multidisciplinario, que dicha sentencia se efectúe de manera progresiva, que no genere daño o trastorno. Cuando el menor esté expuesto a que peligre su integridad, el juez, por una decisión motivada, ordenaría que el fallo sea cumplido de manera inmediata.

Artículo 83º. En petición del padre o la madre, a quién el cónyuge o conviviente le pueda arrebatarse a su hijo o desee sea reconocido el derecho a la custodia y la tenencia, entonces se interpone la demanda con el acompañamiento de un documento de identificación, partida de nacimiento del menor y las pruebas que crea pertinente.

Artículo 84º. El juez tendrá la facultad de resolver, en el caso que no existe acuerdo sobre la tenencia, y deberá tener en cuenta: a) el hijo debe permanecer con el padre con quién estuvo conviviendo un mayor tiempo; b) Cuando el niño sea menor de tres (3) años debe permanecer con la madre; c) El padre que no obtenga la tenencia o custodia del menor, tendrá el derecho de un régimen de visitas.

1.2.3.4 Clases de tenencia.

Para Sosa (2019), el ordenamiento jurídico peruano, señaló tres clases de tenencia:

Tenencia provisional. Dávila (2018) señaló que, es el derecho con que cuenta el padre que no tiene la custodia de su hijo, para solicitar al juez especializado la tenencia de manera provisional; ello sucede, si existe peligro o riesgo de la integridad del menor en aspectos físicos, psíquicos, emocional y/o social. Si uno de los progenitores cuenta ya con la custodia, no podrá solicitar una tenencia provisional.

Pimentel (2020) señaló que, este tipo de tenencia se brinda como una medida cautelar solicitada al padre que solicita una tenencia definitiva o la variación de la tenencia del hijo menor; o porque quizá el menor se encuentre en peligro su integridad. De esa manera, el juez otorgará la tenencia al padre que no la tiene. Este tipo de tenencia se brinda al padre, en razón de algún tipo de peligro que pueda afrontar el menor. Así también, cuando existe presunción de riesgo del menor con el otro padre, el juez dicta inmediatamente una orden judicial, y que se otorga a las 24 horas, si es menor de tres años.

Tenencia de hecho. Este tipo de tenencia se presenta cuando, los padres realizan un acuerdo previo sin recurrir a terceros, y puedan tomar la decisión de contar con la tenencia del menor, como un acuerdo tácito o expreso o por decisiones de manera unilateral de uno de los padres. Aguilar (2004) señaló que, esta tenencia existe mediante un acuerdo verbal entre los padres del menor, y no haber recurrido a otro tercero o por una decisión unilateral de uno de los padres, y hacerse cargo de sus hijos de manera sola.

Tenencia definitiva por decisión judicial o por procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada. En este tipo de tenencia, proceden procesos extrajudiciales o judiciales, como la decisión que se toma en un Centro de Conciliación o la Defensoría del niño y Adolescente de los municipios. Para Fernández (2013) esta tenencia se ejerce de forma diaria y permanente por uno de los padres, donde el juez realizó un análisis debido del caso; ya que no existen casos iguales, todos son diferentes.

Tenencia monoparental. Canales (2014) señaló que, este tipo de tenencia se presenta cuando uno de los padres convivirá con el menor, en tanto, que el otro padre, tendrá derecho a un régimen de visita, como consecuencia de la separación de éstos; los padres pueden acordar cuál de ellos vivirá con el menor, y si existiese desacuerdo, será el juez, pero en cualquiera de los casos, debe primar lo que es más beneficios para el niño, niña y adolescente.

Así, en este tipo de tenencia, la custodia del menor se le atribuye a uno de los padres con quién vivirá de forma habitual, mientras que al otro padre le corresponde el régimen de visitas, y todo ello como consecuencia de la separación de hecho o disolución del vínculo matrimonial entre los padres.

Tenencia compartida. Folberg (1991) señaló que, es aquella, donde pretende que los padres dividan sus responsabilidades, es decir, deberes y derechos de los hijos menores de edad, llevándose a cabo un reparto de espacios y tiempos por igual entre los padres, luego de la separación de la pareja.

Para Fernández (2013) con respecto a este tipo de tenencia, se le llama también coparental, donde la responsabilidad recae en los progenitores

separados, que se atenderá de manera conjunta, con el cuidado y necesidades básicas de los menores, donde los padres hacen acuerdos y toman decisiones sobre aspectos que están referidos al desarrollo integral, como temas de salud, educación, alimentación, vivienda, aspecto emotivo, buscando que el menor no se sienta solo, lo que se consignó en el art. 8º del Código del Niño y del Adolescente; así, cada padre tendrá la oportunidad de elegir entre la tenencia exclusiva o la tenencia compartida el menor según el acuerdo realizado.

Gallegos (2018) señaló que, es compartir la autoridad y la responsabilidad de los hijos comunes, cuando los padres están separados; se debe respetar a los hijos que continúen la relación afectiva y real con el padre o la madre, y compartan los aprendizajes de manera solidaria con el ex esposo, como si fuesen socios parentales.

Así también, Chong (2015) señaló que, se puede dividir la tenencia compartida en aspectos de importancia, que se definan y expliquen, porque posiblemente se desconoce una tenencia legal y tenencia física de manera conjunta:

Tenencia legal conjunta, que está referida en que los padres comparten decisiones, donde ambos padres tiene el mismo derecho y autoridad en tomar decisiones al bienestar del menor, de tal manera que, este aspecto está relacionado con la forma de convivencia de los padres y el menor. Para Canales (2014) se lleva a cabo, cuando los padres están en convivencia, conviven y cohabitan con los menores hijos, y logran ejercer de manera conjunta la tenencia de los hijos.

Tenencia legal conjunta, donde se pasa un mayor tiempo de convivencia con el hijo, se da una convivencia de manera alterna entre los padres con los hijos; donde el juez tendrá la facultad de resolver acorde con los padres, llegando a determinar el tiempo que convivirán los padres con sus hijos

1.2.2.5 Órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso de tenencia de niños y adolescentes.

El Congreso de la República (1984) señaló en el Código de los Niños y Adolescentes, trata todo lo que respecta a la tenencia. Asimismo, en el Título I, artículo 133º señaló que, la potestad de maneras jurisdiccional del Estado en los casos de familia, es ejercida por los juzgados de familia y juzgados de paz en asunto determinado por la ley. El juzgado de familia, asume competencia en materia civil, tutelar e infracciones, y se divide en especializaciones, existiendo como juzgado especializado.

De la misma manera, en el art. 137º inciso a, señaló: Atribuciones del juez, señala que, es el juez de familia, quien resuelve los procesos civiles, así como las tutelas e infracciones. En el artículo 160º, señala, es el juez especializado quién tiene conocimiento del proceso de tenencia.

Capítulo II: El Problema, Objetivos e Hipótesis

2.1 Planteamiento del problema

2.1.1 Descripción de la realidad problemática.

En la actualidad, se percibe un aumento significativo de situaciones de violencia familiar, especialmente de padres a hijos; así, el Instituto Nacional de Estadística (2019) en la Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales del 2019, señaló que, un millón 734 mil niños entre nueve y once años de edad fueron víctimas de violencia familiar, durante el período octubre-diciembre del 2019. Asimismo, la Defensoría del Pueblo (2020) reportó que, en los Centros de Emergencia Mujer, existió un total de 12,014 casos en todo el Perú sobre violencia familiar, sobretodo de padres a hijos.

Ante ello, surge lo importante del otorgamiento en procesos de la tenencia, que se le brinda al padre o madre que de mejor manera cumple con condiciones para desarrollar al niño, niña o adolescente que puede estar en situación vulnerable, y que, de manera tal que, uno de ellos quién lo cuide, sufra de parte de uno de los padres algún tipo de violencia. Como respuesta, el juez determina, en la fase de determinación que padre es el más indicado, debe estar convencido y seguro, teniendo en cuenta las normas legales vigentes y/o criterios que le permita tener la seguridad de su decisión, y que se pueda manipular, es decir, no quede solo en base de opiniones o porque se consideró lo que era más adecuado, de acuerdo a su opinión y decisión.

Para Noblecilla (2014) la tenencia tiene como fin, que el menor hijo tenga a uno de los padres separados por hecho para su cuidado, en situaciones que favorezca al menor, buscando su bienestar, y si se niega la tenencia a uno de los padres, le correspondería al otro. En el Perú, luego de las separaciones de hecho o haberse divorciado por conflictos conyugales, así como incompatibilidades, factores económicos sociales, que involucren a los menores de edad, es el Estado, el regulador de la figura monoparental con regímenes de visitas para el padre que no tenga la custodia, estableciéndose días para acercarse, con la finalidad de la salvaguarda del derecho como padre, y puedan mantener el vínculo con los hijos.

El Congreso de la República (2000) aprobó el Nuevo Código del Niño y el adolescente con la Ley N° 27227, en el artº 81, la tenencia surge, cuando los padres son separados y realizan un mutuo acuerdo, y brindan importancia a la opinión del menor. Si no existe acuerdo alguno, o si resulta un perjuicio para los menores, será el juez de familia el encargado de emitir la sentencia sobre la tenencia según su criterio.

En los Juzgados de Familia de la Zona Judicial Lima, se observa que, existen muchos casos donde los padres litigantes, en su mayoría han pasado por la conciliación pre judicial sobre la tenencia de sus hijos, pero que no es respetada, lo que afecta al menor, porque está en el vaivén de los padres que pelean, discuten, en su presencia; de la misma manera, en situaciones de agresiones físicas verbales entre los padres. De la misma manera, el juez tiene

que analizar existen muchos factores de tipo socioeconómico, cultura y de tipo jurídico, donde el juez tiene que tomar decisiones, de las cuales los padres litigantes no están de acuerdo; pero donde tiene que primar el interés superior del bienestar del menor.

La investigación es de relevante importancia, porque brinda concepciones que orienta el trabajo en función de la doctrina sobre criterios de los jueces y la tenencia, teniendo en cuenta el interés superior del menor, para salvaguardar el bienestar del menor que está sujeto al proceso de tenencia, y que se les reconozca como sujeto de derecho.

2.1.2 Definición del Problema

¿Cuáles son los criterios que deben tener los jueces para determinar la tenencia del menor?

2.2 Finalidad y objetivos de la investigación

2.2.1 Finalidad

El estudio será de carácter teórico, que implicará el análisis y descripción de las situaciones que se presentan en los juzgados de familia, en casos de tenencia del menor.

2.2.2 Objetivo general y específicos

General

Describir cuáles son los criterios que deben tener los jueces para determinar la tenencia del menor

Específicas

Describir cuáles son los criterios que deben tener los jueces para determinar la tenencia provisional del menor.

Describir cuáles son los criterios que deben tener los jueces para determinar la tenencia definitiva del menor

2.2.3 Delimitación del estudio.

El estudio se llevará a cabo en el campo teórico, no será de carácter práctico, permitirá poder hacer un análisis de la situación de los casos de tenencia del menor en los juzgados de familia y de cómo los jueces determinar a quien compete la tenencia del menor.

2.2.4 Justificación e importancia del estudio.

La investigación se justifica, porque permitirá tener un conocimiento real acerca de los criterios que tiene los jueces para determinar la tenencia del menor, teniendo en cuenta los lineamientos jurídicos existentes, así como la realidad del menor teniendo como principio fundamentan su bienestar, para que el desarrollo del niño o adolescente sea de la mejor manera.

2.3 Hipótesis

2.3.1 Supuestos teóricos.

La tenencia es determinada por uno de los padres separados de hecho, realizado por mutuo acuerdo; entonces si no existe acuerdo alguno, o si está en perjuicio del menor, la tenencia es resuelta por un juez de familia

2.3.2 Hipótesis principal y específicas.

2.3.2.1 Principal.

El interés superior del niño es el criterio fundamental que determina la tenencia del menor.

2.3.2.2. Específicas.

El interés superior del niño es el criterio que determina la tenencia provisional del menor.

El interés superior del niño es el criterio que determina la tenencia definitiva del menor

Capítulo III: Conclusión y Recomendaciones

3.1 Conclusión

Luego del desarrollo del estudio, se llega a la conclusión que, los jueces, cuando los padres son separados, es decir, ya no conviven o existe un divorcio, deben decidir la tenencia del menor de parte de uno de los padres buscando el confort y satisfacción física, psíquica y social del menor; y obliga a toda instancia pública y privada a realizar un análisis de los criterios que se están aplicando en el momento de decidir la tenencia del padre con respecto al hijo, representando garantías para que se desarrolle a largo plazo de manera idónea, teniendo en cuenta criterios jurídicos, la realidad socioeconómica, cultural de los padres, y sobretodo el principio del interés superior del menor.

3.2 Recomendaciones

A los jueces, que realicen un seguimiento sobre el estado del menor y como se relaciona con sus padres para determinan la tenencia, utilizando para ello un equipo multidisciplinario; debiendo realizar un análisis de los criterios jurídicos y de la realidad socioeconómica y culturales de los padres de familia; y prevalecer el interés superior del menor; y poder determinar la tenencia del menor en uno de los padres.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, B. (2009). La Tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Revista Derecho de Sociedad*, 32, 131-197.
- Calderón, E. (2021). *Criterios jurídicos que utilizan y deberían utilizar los jueces en un proceso de tenencia en base al principio del interés superior del niño*. Tesis de licenciatura, Universidad Privada del Norte. <https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/28601/Calderon%20Chucchucan%2c%20Estephany.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Canales, C. (2014). Patria Potestad y Tenencia. Nuevos Criterios de Otorgamiento, Perdida o Suspensión, Dialogo con la Jurisprudencia – Gaceta Jurídica S.A. primera edición.
- Chong, S. (2015). *Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur, 2013*. [Tesis de licenciatura, Universidad Autónoma del Perú]. <https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.00>.
- Chunga LaMonja, F. (2002). *Derecho de Menores*. Grijley
- Congreso de la República (1984). *Código de los Niños y Adolescentes*. Diario El Peruano.
- Congreso de la República (1993). *Constitución Política del Perú*. Diario El Peruano.
- Congreso de la República (2000). *Ley N° 27337. Nuevo Código de los Niños y Adolescentes*. Diario el Peruano. <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>

- Folberg, J. (1991). *Joint custody and shared parenting*. Guilford Press.
- Gallardo, H. (2019). *Análisis de la problemática de tenencia compartida en los juzgados de familia de Chiclayo, 2017*. [Tesis de licenciatura, Universidad Señor de Sipán].
- Gallegos, R. S. (2018). *Manual de Derecho de Familia*. Juristas Editores E.I.R.L
- Garay, A. (2004). Del modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la Convención Internacional de los derechos del niño. *Revista La voz del magistrado de la Corte Superior de Justicia de Huánuco*.
- Garay, A. (2009). *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio*. Grijley.
- Gonzales Fuentes, C. G. (2007). El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. *Proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia, 55*.
- Gonzales, M. (2022). *La doctrina de la protección integral de los derechos del niño y adolescente y a aplicación de la Remisión en los casos de adolescentes en conflicto con la Ley Penal en el distrito judicial de Lima Norte 2010 – 2011*. (Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.)https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1171/Gonzales_bm%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- <https://repositorio.untumbes.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12874/748/TESIS%20-%20PE%C3%91A%20ALEMAN.pdf?sequence=1>
- <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/5835/Gallardo%20Vilas%20de%20Ram%C3%ADrez%20Hilda%20Yovana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Instituto Nacional de Estadística (2019). *Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales del 2019*. INEI.
- Kermelmaje, A. (2004). *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Rubinzal–Culzoni Editores.
- López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77338632001>
- Mauricio, F. y Torres, F. (2019). *Fundamentos jurídicos y fácticos para otorgar la tenencia compartida, en aplicación del interés superior del niño y a la luz de la legislación comparada*. Tesis de licenciatura, Universidad Privada Antenor Orrego. http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/5419/1/REP_MAES_T.DERE_FRANCISCO.MAURICIO_FUNDAMENTOS.JUR%C3%8DDICO_S.F%C3%81CTICOS.OTORGAR.TENENCIA.COMPARTIDA.APLICACI%C3%93N.INTER%C3%89S.SUPERIOR.NI%C3%91O.LUZ.LEGISLACI%C3%93N.COMPARADA.pdf
- Montolla, M. (2006). *Matrimonio y separación de hecho*. San Marcos.
- Montoya, V. (2007). *Derechos fundamentales de los niños y adolescentes*. Griljey.
- Peña, K. (2019). *Factores asociados a la tenencia de menores en los juzgados de familia de la Provincia de Tumbes, 2015-2018*. [Tesis de licenciatura, Universidad de Tumbes].
- Pimentel, M. (2020). *Tenencia compartida en el interés superior del niño y adolescente en Trujillo en el año 2018*. (Tesis de grado, Universidad

Privada del Norte).

https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/25778/TRABAJO_OTAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Pinto, G. (1988). Estudio del Curso Adolescentes en conflicto con la ley penal. Programa de actualización y perfeccionamiento. Academia de la Magistratura. *Centro de Estudios y Acción para la paz* (CEAPAZ).

Riveros, L. (2019). Criterios para determinar la tenencia del menor [Casación 3023-2017, Lima]. *Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/criterios-determinar-tenencia-del-menor/>

Sokolich Alva, M. (2013). *La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano*. Universidad San Martín de Porres..

Sosa, K. (2019). *La tenencia o custodia en nuestro ordenamiento jurídico peruano*. [Tesis de licenciatura. Universidad de San Pedro]. http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/11709/Tesis_61992.pdf?sequence=1&isAllowed=y

TorreCuadra, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 16, 1-24. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402744477004>

Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia Matrimonio y uniones de hecho*. Gaceta Jurídica.

Zapata, R. (2019). *La desnaturalización de la institución de la patria potestad por el ejercicio de la tenencia por parte de los abuelos*. [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional de Piura].

<https://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/2148/DER-ZAP-RUI-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Zermatten, J. (2003). *El interés superior del Niño. Del análisis literal al alcance filosófico*. Institut International des droits de L'enfant
https://www.childsrights.org/documents/publicationswr/wr_interessuperior-nino2003.p.

ANEXOS

CASACIÓN - N° 2179-2013 ICA

Fijan criterio jurisprudencial para la tenencia de menores

En este proceso, la decisión judicial debe ampararse en la protección especial de los niños.

En todo proceso de tenencia los jueces deben procurar que la decisión judicial se ampare en el respeto a los principios de protección especial e interés superior de los niños y adolescentes, reconocidos tanto por el derecho internacional como por el derecho interno.

Además, aunque uno de los padres ejerza la tenencia y el otro progenitor ostente un régimen de visitas, ambos deben coadyuvar en lograr un adecuado desarrollo integral de los niños que se encuentran sometidos involuntariamente a este tipo de procesos.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema estableció este criterio jurisprudencial mediante la sentencia recaída en la Casación N° 2179-2013 Ica, por la cual se declara infundado dicho recurso interpuesto como parte de un proceso de tenencia.

Fundamento

A criterio del supremo tribunal, los citados principios procuran la creación de un marco tutelar especial a favor de los menores, que constituyen, por su particular situación, parte del sector más vulnerable de la población, el cual, en un Estado social y constitucional de derecho merece una tutela especial.

En ese contexto, y tratándose de un proceso de tenencia de dos menores como el caso materia del referido expediente, la sala suprema considera que el órgano jurisdiccional debe ser firme al momento de resolver y tener en cuenta que ante la situación de separación de los padres se debe procurar que los niños permanezcan al lado del progenitor más idóneo.

Por lo tanto, opina en este caso que la tenencia de los dos menores debe otorgarse a favor del demandante de esta, que es el padre, pues ellos, durante su mayor tiempo de vida, han compartido experiencias con él y han aprendido a convivir con él.

Advierte que un cambio en su status quo podría generar un inapropiado conflicto emocional en los niños.

Sin embargo, el colegiado advierte al padre y a la madre, a quien le corresponde un régimen amplio de visitas, que las circunstancias en las que se adopta la decisión judicial pueden modificarse.

Para ello se tendrá presente que lo que prima es el interés superior de los niños y no los intereses propios de los padres.

Normatividad

Los principios de protección especial e interés superior de los niños y adolescentes están recogidos en la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño. Este instrumento prescribe que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. La Convención sobre Derechos del Niño refiere que en todas las medidas de los tribunales concernientes a niños se considerará la atención primordial del interés superior del menor.

CASACIÓN N° 2179-2013 ICA-TENENCIA E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En dicho proceso, el progenitor interpuso demanda sobre Tenencia de sus menores hijos, en contra de su ex pareja, manifestando que es el quien vive con los menores luego de haberse dado la ruptura aunado a ello el demandante manifiesta que tiene tiempo para dedicárselo a sus hijos, siendo ideal que los menores permanezcan con él, solicitando la custodia definitiva, siendo evaluado el proceso, el juez de primera instancia declara infundada la demanda. (Diálogo con la Jurisprudencia, 2014, párr. 4) Sin embargo la Corte Superior manifiesta que no correspondería otorgar la tenencia a la progenitora, quien es la demandada, porque quien cuenta con la custodia es el demandante aparte de ello, la demandada nunca solicitó la tenencia, evidenciándose así que no cuenta con interés respecto a sus menores hijos, aunado a ello la Sala Superior también se manifiesta acerca del informe de la asistente social, en la cual se advierte que existe descuido y abandono de los menores, sin embargo el hecho de que los menores estén viviendo en una zona rural no significa que se encuentren en abandono y con respecto al supuesto descuido, pues es normal que por la edad que tienen los menores, estos jueguen, desordenen sus habitaciones y siendo propio de la edad infantil que tienen, estos se ensucien. (Diálogo con la Jurisprudencia, 2014, párr.

5) Mostrando su disconformidad con respecto al fallo, la demandada interpone Recurso de casación, donde manifiesta que, al otorgarse la tenencia al demandante, se está yendo en contra del interés superior del niño porque el progenitor no sería una persona idónea para tener la tenencia de los menores debido a su carácter. De tal modo, la sala suprema declara infundada el recurso ostentando que los menores deben de estar al cuidado del progenitor, debido a que estos han pasado mayor tiempo de su vida con el progenitor, debiéndose fijar un régimen de visitas amplio, pues por la edad que tienen los 39 menores, los cuales son 06 y 3 años, necesitan la presencia de su progenitora (Diálogo con la Jurisprudencia, 2014, párr. 6) Por lo tanto, en el Recurso de Casación 2179-2013 Ica, toma muy en cuenta lo que es el Interés Superior del niño, quien en este caso debe permanecer con el progenitor más idóneo, debido a que los menores, por la edad que tienen, pertenecen a un sector de la población más vulnerable, por ende se debe de tener mucho cuidado cuando de menores se trata, siendo así la sala suprema sustenta que el cambió que se daría de domicilio y de progenitor generaría una inestabilidad y un inapropiado conflicto emocional para los menores. Sin embargo, se resuelve fijar un régimen amplio de visitas para la madre, debido a que los menores por la edad que tienen también necesitan estar con la madre, vale decir que exista un vínculo y no pierdan comunicación con ella, pues de esto se trata la protección del interés superior del niño, que no se le genere al menor, inestabilidad, miedos, estrés, conflictos, pues esto podría marcar al menor de por vida, ya que todo lo que perciben en esta edad formarán parte de su desarrollo y serán base para su crecimiento, de tal manera que la sala suprema, hace valer en primer lugar el

interés superior de los niños antes que los propios intereses de los progenitores, teniendo como referencia que la Convención sobre Derechos del Niño advierte que los tribunales en todo momento, cuando se encuentren menores de por medio se debe de considerar la atención primordial del interés superior del menor.

CASACIÓN Nº 3767-2015-CUSCO TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR.

Lima, ocho de agosto de dos mil dieciséis.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número tres mil setecientos sesenta y siete – dos mil quince, efectuados el debate y la votación correspondientes, emite la siguiente sentencia. I. MATERIA DEL RECURSO Se trata del recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco, contra la sentencia de vista de fojas mil noventa y dos, de fecha treinta de junio de dos mil quince, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirma la sentencia apelada de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, que declara fundada la demanda. II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, de fecha veinte de octubre del dos mil quince, ha declarado procedente el citado recurso de casación, por las causales de: a) Infracción normativa material de la Ley Nº 29269, Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida, alegando que dicha infracción se ha producido porque la sentencia de vista en su considerando décimo desconoce la mencionada ley, refiriendo que el sistema peruano ha adoptado la tenencia de carácter monoparental. b) De forma excepcional, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley Nº 29364, por la causal de: Infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, a efectos de evaluar si la Sala Superior ha cumplido con motivar debidamente, y si ha aplicado normas que resultan pertinentes al caso de autos. III. CONSIDERANDO: Primero.- Previamente a la absolución del recurso de casación sub examine es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. Del examen de autos se tiene que a fojas treinta y ocho, Elvira Erika Cabrera Huayllani interpone demanda de tenencia y custodia de su menorhijo, contra Edison Vargas Estrada; siendo sus fundamentos de hecho que con el demandado procrearon a su menor hijo Giancarlo Edison Vargas Cabrera y debido a la conducta del demandado -alcoholismo y problemas económicos- fracasó la convivencia en agosto de dos mil doce. El demandado demostró una conducta irresponsable no cumpliendo con sus obligaciones económicas, motivo por el cual le inició una demanda de cobro de alimentos que se tramitó ante el Juzgado de Paz Letrado de Arequipa. Nunca privó al demandado de su derecho a visitar a su menor hijo pese a que la amenazaba con quitárselo. El veintiséis de diciembre de dos mil doce le permitió verlo, haciéndole creer el demandado que estaba arrepentido del daño causado, lo que aprovechó éste para llevarlo a la ciudad del Cusco sin su consentimiento. El demandado se negó a devolverle a su menor hijo, siendo la persona menos indicada para estar a su cuidado, por ser una persona emocionalmente inestable, además de abusivo y obsesivo, como se tiene de los múltiples mensajes de texto que tiene la accionante como

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

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

Superior, mediante sentencia de vista de fojas ochocientos cuarenta y cinco, de fecha treinta de junio de dos mil quince, la confirma. Como fundamentos expone que el sistema peruano ha optado por la tenencia de carácter monoparental, es decir, sólo uno de los progenitores puede gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro. Asimismo, de la revisión del expediente, colige que el menor actualmente cuenta con seis años de edad y vive con su padre, pero conforme a lo manifestado por la demandante en sus diversos escritos, el demandado no le permite ver al menor, lo que es corroborado con los resultados de las diferentes pericias psicológicas y los informes sociales antes descritos, situación que se torna mucho más grave, en tanto el A quo concedió la tenencia provisional a favor de la demandante, conforme se desprende de la resolución número 41 recaída en el incidente con número de Expediente 183-2013-42-1001-JM-FC-01 (que obra a fojas cuatrocientos ochenta y cinco de dicho cuaderno); y requirió en varias ocasiones que el demandado cumpla con la entrega del menor a su madre, sin embargo, el recurrente demostró una conducta reticente a cumplir con dichos mandatos, habiendo incluso sido pasible de detención por veinticuatro horas (resolución número cincuenta y tres, que obra en el cuaderno número 183-2013-42-1001-JM-FC-01, a fojas seiscientos ochenta y uno). Asimismo, no puede pasar desapercibida la conducta del demandado, quien al ser entrevistado en la visita social (fojas setecientos veintiuno), rehusó dar el nombre de la institución educativa donde el menor cursa sus estudios, señalando que lo hace por seguridad, con la finalidad de que la demandante no conozca dicha información, de otro lado a fin de lograr la ejecución de sus mandatos el A quo incluso llevó a cabo una diligencia de allanamiento del domicilio del demandado (Acta de fojas ochocientos cincuenta y siete, en el Expediente número 183-2013-42-1001-JM-FC-01), sin embargo no logró hallar al menor. Se concluye entonces que quien propicia el alejamiento del mismo de su madre es el demandado; es decir, asume una conducta con predisposición para impedir que la demandante se reúna con su hijo, lo que definitivamente debe tenerse en cuenta, ya que es atentatorio al bienestar del menor por afectar su estabilidad emocional, conforme se advierte de las evaluaciones psicológicas practicadas al mismo. En las diferentes entrevistas realizadas al menor, éste ha indicado que desea vivir con su padre, sin embargo, en los informes psicológicos se ha diagnosticado que el menor se halla necesitado de afecto, y que se desenvuelve en un ambiente que le impide actuar con libertad, pues existe dependencia hacia su padre para la satisfacción de sus necesidades; mostrando ambivalencia y confusión con respecto a sus sentimientos hacia sus padres, no evidenciándose vinculación afectiva con ninguno de ellos; todo ello aunado al hecho que se le impide mantener contacto con su madre, definitivamente esta situación vulnera su estabilidad emocional y la satisfacción real de sus necesidades afectivas. Consecuentemente, es posible colegir que lo manifestado por el menor de continuar viviendo con su padre, no obedece a su verdadero deseo, en tanto conforme se advierte del informe social de folios setecientos veintiuno, los presuntos malos tratos sufridos por parte de su madre, que son sustento para rechazar vivir con esta última, son afirmaciones producto de la influencia del padre hacia su menor hijo, lo que concuerda con el informe psicológico correspondiente al menor, que obra a fojas quinientos trece. Entonces, si bien el menor no tiene animadversión hacia su padre, pero de

otorgarse la tenencia a favor de éste, no sería beneficiosa para el menor, en tanto conforme los considerandos expuestos, el demandado atenta contra su equilibrio emocional al privarlo de la presencia y atención de su madre, no resultando suficiente que se brinde al menor sólo comodidades materiales, ni se vele solamente por su salud física. Siendo la edad del menor del cual se solicita la tenencia, seis años, devendría en idóneo se otorgue la tenencia a favor de su madre, en tanto, no se probó que lo tuviera desatendido, o haya ejercido actos de violencia familiar en su agravio, como alega el demandado, debiendo tenerse en cuenta además que el menor vivió con ella desde su nacimiento hasta el veintiséis de diciembre de dos mil doce. Asimismo, de las diferentes evaluaciones psicológicas practicadas a la demandante no se advierte alteración mental alguna, ni aspectos que conlleven a considerar inadecuado que el menor esté bajo su cuidado, como ocurre con el demandado quien además de impedir que su madre visite al menor, ejerce influencia negativa en su contra, al instruirle que hable mal de ella. Por lo expuesto, si bien ambos padres biológicos detentan la patria potestad, la tenencia se le debe otorgar a la madre biológica, debiendo confirmarse la resolución materia de apelación, lo que no debe significar que no se establezca un régimen de visitas, que permita al menor, seguir vinculado a quien siempre será su padre y que también le permita estrechar lazos con él; no siendo razonable se impida al demandado visite a su menor hijo, sustentándose que incumplió con sus obligaciones alimentarias, sin que ello haya sido acreditado fehacientemente; asimismo, en salvaguarda del interés del menor, procurando se logre que la relación de padre e hijo se fortalezca y establezca, deviene en irrazonable que se admita el deterioro del vínculo paterno filial por el incumplimiento de las prestaciones alimentarias. Quinto.- Como se ha establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil, celebrado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a propósito de la Casación N° 4664-2010-Puno, la naturaleza del proceso de familia es tuitiva, y “se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencia del proceso civil debido a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como última ratio” 1 , lo cual guarda relación con lo establecido en el artículo X del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual el Estado no sólo debe garantizar un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes, sino que en los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos. Sexto.- De la Resolución de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, se tiene que se ha admitido de forma excepcional el presente recurso casatorio por la infracción normativa procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, a fin de determinar si se había cumplido con motivar debidamente la recurrida, aplicando al caso concreto todas las normas correspondientes. Sin embargo, estando a la relevancia de la materia objeto de pronunciamiento y a las consideraciones expuestas en el considerando anterior, de existir una norma jurídica no aplicada por la Sala Superior para resolver el

presente caso, este Supremo Tribunal deberá pronunciarse considerando la naturaleza de la norma infraccionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil. Sétimo.- En cuanto a la tenencia del menor, como expresión de la patria potestad, por la modificatoria introducida por la Ley N° 29269, del dieciséis de octubre de dos mil ocho, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes dispone que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos, y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, siendo que de no existir acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente. Octavo.- A partir de la modificatoria antes señalada, en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de promover la tenencia compartida o coparentalidad de los menores, en la cual “ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (...). Los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor.

Sentencia de Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento 11. personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable” 2 . En ese sentido, la figura jurídica de la tenencia compartida debe entenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resalta la importancia de que el niño no sea separado de sus padres, sino cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés. Noveno.-Siendo ello así, se tiene que al momento de emitir la sentenciade vista, la Sala Superior indicó en su considerando décimo que (sic) “El sistemaperuano ha optado por la tenencia de carácter monoparental, es decir sólo uno de los progenitores puede gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro”, siendo que de ello se desprende que al momento de emitir su fallo,lo hizo negando la posibilidad de establecer si era lo mejor para el menor que sus padres ejerzan su tenencia de forma compartida, como estaba dispuesto en mérito a la modificatoria antes señalada, con lo cual se tiene que ha emitido una sentencia con infracción normativa del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes. Sin embargo, se tiene que el Ad quem sí ha ingresado al análisis de si era conveniente o no para el interés del menor el que su padre continúe ejerciendo su tenencia, aspecto que resulta también condicionante de la tenencia compartida. En ese sentido, ha concluido que a partir de las pericias psicológicas de éste (fojas doscientos veintitrés y quinientos trece) y de su progenitor (fojas doscientos sesenta y seis y quinientos siete), se evidencia que el menor presenta un apego a la figura paterna, pero con falta de estabilidad emocional por una inadecuada estimulación afectiva. Asimismo, siendo que la tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario para concederla que entre éstos exista -o sea probable- una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que sólo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicha

colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres. Al tenerse de autos que la conducta reiterativa del padre del menor ha sido la de privarlo deliberadamente del contacto con su madre -como se tiene de su renuencia a cumplir el mandato judicial de entregar al menor, así como de su poca colaboración para informar en un primer momento en qué institución educativa seguía estudios-, habiéndose incluso encontrado indicios de alienación parental en perjuicio de aquélla, este Supremo Tribunal considera que no resulta posible conceder la tenencia compartida a favor de ambos padres, por lo que la evidente inaplicación del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes en que se ha incurrido al expedir la recurrida, si bien afecta su motivación, no es casable por ajustarse a su parte resolutive a derecho, como lo dispone el artículo 397 del Código Procesal Civil. Décimo.- En cuanto a la infracción normativa del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, se tiene que a partir de la modificatoria introducida por la Ley N° 29269, en adelante, se tiene que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; que el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas, siendo además que en cualquiera de los 2 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 375. supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. Siendo así, se tiene que no se aprecia tal infracción normativa, toda vez que los criterios establecidos en dicha disposición están sujetos a ser aplicados según el interés del menor, por lo que al haberse establecido en autos que se encuentra en riesgo la estabilidad emocional del menor por la conducta de su padre, y que a su vez, resulta que su madre sí cuenta con las condiciones necesarias para asegurar su cuidado, puede el juzgador no seguir los criterios allí señalados como determinantes para fijar la tenencia. Asimismo, dada la conducta del padre del menor, señalada en el considerando anterior, resulta evidente que no garantiza el derecho de su hijo a mantener contacto con el otro progenitor, criterio que la referida disposición normativa también establece como condicionante para otorgar la tenencia, debiendo ésta por ello recaer en la demandante. Décimo primero.- Finalmente, respecto a la causal de infracción normativa admitida excepcionalmente, de la revisión de la regulación normativa aplicable al caso, este Supremo Tribunal aprecia que pese a que las instancias de mérito determinaron una variación de la tenencia del menor a favor de su madre, no aplicaron el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual, debía ordenarse, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no produzca daño o trastorno, lo cual resulta relevante para el caso de autos, tomando en cuenta la edad del menor y el apego emocional que tiene con su padre, con quien ha vivido los últimos años. Así, el extremo de la parte resolutive de la apelada que dispone que el menor sea entregado en un plazo de cinco días

después de notificada la sentencia, constituye decisión que podría perjudicarlo, debiendo ser dicha variación de forma progresiva y por períodos de alternancia, aprovechando para su inicio el siguiente período de vacaciones escolares del año dos mil diecisiete, a fin de no interrumpir los estudios escolares del menor. Asimismo, dado que se ha fijado un régimen de visitas para el demandado, quien continuará por ello en contacto con el menor y su madre, la terapia psicológica a la que será sometido el menor debe también ser brindada a ambos padres a fin de lograr también en ellos estabilidad psicológica y emocional para garantizar el fortalecimiento del vínculo afectivo con su hijo, así como el respeto y consideración del otro progenitor, lo que se justifica tanto por el carácter excepcional de la casación concedida, como por el interés superior del menor.

IV. DECISIÓN Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con los artículos 396 y 397 del Código Procesal Civil, declararon FUNDADO EN PARTE el recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco; por consiguiente, CASARON PARCIALMENTE la sentencia de vista de fojas mil noventa y dos, de fecha treinta de junio de dos mil quince, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, sólo en el extremo que confirma que el demandado entregue al menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada de lo dispuesto en dicha resolución, y la ANULARON sólo en ese extremo; y actuando en sede de instancia REVOCARON PARCIALMENTE la sentencia apelada de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, en cuanto dispone que el demandado Edison Vargas Estrada entregue al menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada de lo dispuesto en dicha resolución; y REFORMANDO dicho extremo, dispusieron que la variación de la tenencia ordenada se efectúe en forma progresiva y con la asesoría del equipo multidisciplinario, de manera que no le produzca daño o trastorno a dicho menor y se lleve a cabo observando las consideraciones expuestas en esta resolución. Asimismo, INTEGRARON la recurrida, disponiendo que los Equipos Multidisciplinarios de las Cortes Superiores de Justicia de Arequipa y Cusco, a través del Juzgado competente de dichas ciudades, sometan también a terapia psicológica a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani y al demandado Edison Vargas Estrada, en el número de sesiones que resulten necesarias, debiéndose informar acerca de los avances obtenidos que propenderán a lograr su estabilidad psicológica y emocional, así como el respeto y consideración hacia el otro progenitor; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Elvira Erika Cabrera Huayllani contra Edison Vargas Estrada, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo. S.S. MENDOZA RAMÍREZ, ROMERO DÍAZ, CABELLO MATAMALA, MIRANDA MOLINA, YAYA ZUMAETA.