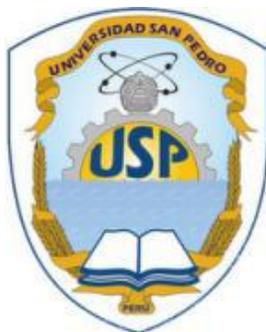


UNIVERSIDAD SAN PEDRO

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERU

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

Autor:

TANIA LISSETT CARRION CORNELIO

Asesor:

ARIAS CRUZ, FREDY

Huacho – Perú

2019

PALABRAS CLAVES

- Tenencia
- Desequilibrio

Tema	LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERU
Especialidad	ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

KEYWORDS

Text	SHARED TENURE IN PERU
Specialty	PROFESSIONAL SCHOOL OF LAW

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a mis amados padres por su cariño, ejemplo y apoyo incondicional que me impulsa a seguir con éxito y empeño esta etapa de mi vida.
Atte.

Tania Carrión Cornelio.

AGRADECIMIENTO

Ah Dios por permitirme tener vida; salud y poder realizar uno más de mis propósitos A mi amado padre Juan Artemio Carrión Rojas y a mi querida madre Raquel Haydee Cornelio Bazán por haberme forjado como la persona que soy actualmente; pues es así que cada uno de mis logros se los debo a ustedes en los que se incluye este.

A la Universidad Privada San Pedro que me abrió sus puertas para ser mejor persona y forjarme como buen profesional al igual que a cada uno de mis maestros por el conocimiento, anécdotas y estima brindado durante los 6 años del proceso de mi carrera.

A mis compañeros ya que con ellos compartí los buenos y malos momentos que se solo se viven en la Universidad y que con algunos más que compañeros fuimos verdaderos amigos.

Estoy segura que mis metas planteadas darán fruto en el futuro por ende me debo esforzar cada día para ser mejor, sin olvidar el respeto y la humildad que engrandece a la persona.

INDICE

Caratula	pag.1
Palabras Claves.....	pag.2
Dedicatoria	pag.3
Agradecimiento.....	pag.4
Índice.....	pag.5
Resumen.....	pag.6
Descripción del problema.....	pag.7-10
Capítulo I	
Antecedentes.....	pag.11-13
Marco Teórico	pag.14-36
Análisis del Problema.....	pag.37-39
Capítulo II	
Legislación Nacional.....	pag.40-42
Legislación Internacional.....	pag.43-45
Capítulo III	
Jurisprudencia.....	pag.46-48
Capítulo IV	
Derecho Comparado.....	pag.49-59
Conclusiones.....	pag.60-61
Recomendaciones.....	pag.62-63
Bibliografía.....	pag.64-65
Análisis del expediente.....	pag.67-80

RESUMEN

La noción de tenencia compartida surgió como una consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al menor como centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros.

La tenencia compartida plantea un nuevo modelo de tenencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden jurídico. Es una propuesta del ejercicio de la autoridad parental, en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres.

La continuidad de la convivencia del menor con ambos padres, es indispensable para el desarrollo emocional saludable del mismo. Por eso, no puede dejar de cuestionarse las formas desactualizadas de solución a este problema, como es la tenencia monoparental, que se otorga en nuestro país por considerarse la más adecuada al interés del niño.

Pues es así que la tenencia compartida, busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas; bajada en el rendimiento académico, dificultades sociales, dificultades emocionales como depresión, miedo, ansiedad, problemas de conducta.

El objetivo es entonces, posibilitar un cambio y reestructuración de las relaciones familiares preservando la paterno-filial; donde surja la necesidad de humanizar el procedimiento, envolviendo a los miembros de la familia con respecto a la responsabilidad, la dignidad y la importancia del menor.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El presente trabajo de Suficiencia Profesional aborda la tenencia compartida de una manera didáctica, práctica y analítica; sin dejar de lado la doctrina, jurisprudencia y la legislación nacional que se considera más relevante para este trabajo.

Se sostiene que este tipo de tenencia implica una temática de actualidad, dentro de la cual se pueden encontrar puntos inconclusos o libradas a la interpretación y estudio que cada uno pueda hacer a partir de las leyes vigentes, todo ello a partir de la inexistencia de una normativa específica para la tenencia compartida y a la demanda de soluciones por parte de la sociedad frente a los casos de hijos de padres no convivientes.

Dentro de la materia se pueden encontrar varios puntos a tratar previo a decidir si es lo más óptimo en interés del menor. Tal y como el título del trabajo lo indica, el trabajo de suficiencia se aboca, ante todo, a buscar conclusiones conllevado a el interés del menor y la protección de sus derechos.

Para arribar a los resultados propuestos, se hará un descripción a las bases que se abocan al tema tales como los antecedentes, la tenencia del menor, los tipos de tenencia, la tenencia compartida, los lineamientos para determinar la tenencia compartida, el otorgamiento de la tenencia, el proceso de tenencia, modalidades, ventajas y desventajas y lo mas importante el principio del interés superior del niño así mismo estos puntos son los que conllevan los derechos-deberes que se le confieren y la protección que se le da desde nuestra ley suprema y las convenciones y/o tratados internacionales, todo esto a desarrollarse en el primer capítulo del presente trabajo.

- Capítulo seguido, se va a hablar de las legislaciones nacional e internacional, adelantando en esta oportunidad la definición que nos da la **LEY N° 29269 -Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la tenencia compartida (16 de Octubre de 2008).**

ART. 81.- Tenencia

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

Del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes se aprecia que ejercer la tenencia compartida puede ser decisión de los padres y en el caso que estos no se encuentran de acuerdo, la tenencia compartida es discrecionalidad del Juez de Familia disponer la tenencia compartida.

ART. 84.- Facultad del Juez

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

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

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

En el artículo 84, con la modificatoria, el juez otorga la tenencia a uno de los progenitores que mejor garantice la tenencia del niño o niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

Seguidamente, se hablará de las jurisprudencias y el derecho comparado pues así que ya dando por finalizado el trabajo de suficiencia se busca conclusiones

fundadas no solo en el derecho sino también en las apreciaciones que se puedan percibir de la sociedad para con esta institución.

La temática fue elegida por la falta de legislación que dé solución al caso de la tenencia de los hijos menores de padres no convivientes y por resultar un tema de interés para la investigación y generación de conclusiones personales. Otro punto que despertó el interés por la temática, es la necesidad de analizar y aclarar lo importante de diferenciar los problemas matrimoniales que lleven a un eventual divorcio o separación personal, de los niños que quedan inmiscuidos en esos conflictos. En gran parte de los divorcios o separaciones conflictivas, no se marca una línea concreta entre los niños y los problemas que llevaron a la disolución del vínculo matrimonial, ocasionándole a los menores un disgusto aún mayor, dejando muchas veces sus derechos de lado por meros caprichos y/o faltas de consenso entre los mayores.

Se cree necesario marcar esta línea divisoria, no solo al momento de decidir la tenencia del hijo menor de edad, sino tomarlo como un compromiso a futuro por el bien de las relaciones entre padres e hijos y por la integridad de los menores, sumado todo esto a la obligación que corre para los padres de proteger a sus hijos desde la concepción, brindándoles relaciones sociales confortables y respetando o haciendo respetar todos los derechos que le confiere la normativa vigente en nuestro país. Es cierto que las familias han cambiado y es muy común ver cada vez más casos de madres o padres que se hacen cargo de sus hijos de manera individual, pero más allá de esta realidad, no debe hacerse a un lado la posibilidad de alcanzar un acuerdo para el ejercicio de la responsabilidad parental, distinguiendo el trámite y consecuencias de un divorcio, de los hijos que han tenido fruto de una relación que los unió y que en definitiva les otorgó derechos y obligaciones por partes iguales en el mismo momento en que se convirtieron en "padres". Los hijos no son los culpables ni creadores de los problemas de sus padres, mayores, con diferencias insuperables que los llevan a romper su relación, por ello no se encuentra justificación alguna para excluir a uno de los padres de la posibilidad de disfrutar, presenciar y acompañar la vida y crecimiento de su hijo. Todo esto y más, es lo que se quiere dejar plasmado en este trabajo final,

demostrando que más allá de una carencia legislativa para el caso concreto y de los problemas que puedan alejar a una pareja, se encuentra por sobre todo el interés del niño; las personas no han de perder la esencia de la solidaridad, del diálogo, el entendimiento y la comprensión, todo así es mucho más fácil de alcanzar y más aún en el ámbito familiar y con hijos menores de edad de por medio

CAPÍTULO I

LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERU

I.- ANTECEDENTES.

El antecedente más inmediato, lo encontramos en el sistema anglosajón, que durante los años sesenta en Inglaterra, ocurrió la primera decisión sobre la tenencia compartida. Luego se extendió a Francia, Suecia y Canadá, y sentando basta jurisprudencia en diecinueve estados de América del Norte. Se ha ido, consagrando como una tendencia a nivel mundial el reconocimiento de la Tendencia o Guardia Compartida (muchas veces entendidas como sinónimos porque cumple el mismo objetivo, siendo esta última más amplia), como decisión madura de los padres posteriores al divorcio, resultando beneficioso para las relaciones paterno-filiales, es decir las relaciones entre padres e hijos, contribuyendo al libre desarrollo de los hijos junto con sus progenitores.

(Rabelo, 1999) Señala, que: “La noción de la tenencia compartida surgió como consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al menor como el centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias.

La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros. La tenencia compartida busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres”.

Convenimos, con lo mencionado, porque ante la imperiosa necesidad social que enfrenta la familia, es fundamental la tenencia compartida, para evitar conflictos

entre padres e hijos, para ello, es imprescindible, que exista una participación dinámica y activa de ambos padres con el propósito de que el o los niños, puedan entablar lazos paterno-filiales, fortaleciendo así el vínculo socio-familiar, siendo más seguros y más sólido, luego de la separación o divorcio. Desde cualquier ámbito que se enfoque a los hijos, después de una ruptura familiar por separación de sus progenitores, estos atraviesan momentos muy críticos, pasan por situaciones bien difíciles, aún más para que lo superen solos; es así que la tenencia compartida o coparentalidad como figura jurídica, puede establecerse en el medio más idóneo y viable para mejorar la convivencia de quienes se separan, donde se prioriza al hijo y no a una conyugalidad. Donde, el deseo de compartir con ambos padres -aun siendo no convivientes- lo relativo a la educación y crianza de los hijos, y en este último sentido de tener un adecuado vínculo con los progenitores, motivó que en los hechos apareciera una nueva forma de tenencia.

Para (Hollweck, 2001), La Tenencia Compartida, por un lado aspira a realizar una equitativa distribución de responsabilidades, las que se atribuirán según las distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales de los progenitores; y por el otro ayuda a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al no colocarlos en una situación de permanentes conflictos, tironeos e inestabilidades que por lo general ocasiona la ruptura de la vida familiar; Por ejemplo, cuando en un hogar (mamá, papá e hijo), y la familia se desintegra por diversos motivos o factores, entonces cada uno de ellos va perdiendo el contacto directo, diario, constante y permanente entre sus miembros que la integraban, donde especialmente llama la atención el niño, que de una manera indirecta “se desune” (por lo general) de su padre al no convivir con éste y estar bajo la tenencia únicamente de la madre, originando un distanciamiento cuando el progenitor va a las visitas acordadas una o dos veces por semana, produciendo en el tiempo un deterioro en la relación familiar, teniendo como consecuencia psicológica un sufrimiento de ambos, es decir padre/hijo. Es verdad que no todos los casos son iguales, pero ante el caso planteado, la tenencia compartida ayudaría a solucionar en parte el problema. Es así que surge como un modelo

alterno, a comparación al modelo unipersonal o exclusivo de la tenencia, en donde la custodia y cuidado de los hijos estaba a cargo solo a uno de los padres; con la innovación de este nuevo modelo (de la Coparentalidad) pretende que la tenencia o guardia y cuidado de los hijos sea compartido por ambos progenitores. Para ello, el Juez tiene la potestad de dar más prioridad a quien garantice el derecho del menor a seguir en contacto con su otro progenitor. Para graficarme esta figura, bastaría hacer mención que en el matrimonio o en la convivencia familiar, la tenencia de los hijos es implícitamente compartida, ya que ambos progenitores ejercen la guardia de los mismos en convivencia, pero la tenencia compartida como figura jurídica, surge con la desintegración de la familia, es decir deviene posterior al divorcio o a la separación de cuerpos, para ello es ejercida por los padres no convivientes con sus hijos.

El ejercicio de la custodia de los hijos no ofrece dificultades cuando ambos progenitores conviven, pues ejercen ambos la titularidad de la autoridad parental. Sin embargo, cuando la situación familiar se deteriora, ya sea por la interrupción de la convivencia parental o por la difícil relación entre padres e hijos, y éstos quedan bajo el cuidado de uno solo de ellos, se produce lo que se ha dado en llamar "el desmembramiento de la guarda"; donde la guardia comprende la convivencia o cohabitación de padres e hijos, de manera constante y permanente en un determinado lugar, además, es posible hablar de guarda compartida por la buena comunicación y dialogo constante que existe entre los progenitores.

Según (Echeverría Guevarra, 2011) "La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos", realizada en La Universidad de Granada, Facultad de Derecho, plantea la problemática de la importancia de la delimitación de la tenencia compartida para un acorde desarrollo del menor pues especifica que en los casos en donde los padres no lleven una relación mala entre ellos se pueda dar preferencia a este tipo de tenencia, todo a su vez, que este tipo de tenencia según el respaldo científico y principalmente psicológico hace que el menor pueda desarrollarse más libremente no perdiendo presencia de ninguno de los roles paternos.

II.- MARCO TEORICO.

2.1.- LA TENENCIA DEL MENOR

La tenencia es una institución del derecho de familia, que tiene por finalidad, el determinar cuál de los padres estará al cuidado de los hijos en el caso de que exista una separación. Por lo que de acuerdo a las circunstancias, como particularmente señala (Beltran M. , 1994) puede ser definida como: Un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos de por tanto ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones. La tenencia exclusiva y la compartida.

Por su parte, (Comisión de Justicia de Derechos Humanos, 2006) señala que la Tenencia de Menor, es definida como el trámite tendiente a obtener un reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo y procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de este. Es decir que se trata de una institución que tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.

La ley nacional refiere que la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia, que con toda razón se sustenta y surge una interrogante.

¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes?

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

En el mismo sentido, (Hollweck, 2001) determina que la voz tenencia evidencia una relación codificante, impropia del vínculo paterno-filial y su proyección jurídica. Sin embargo, el derecho le asigna el sentido de proximidad necesaria del padre o madre hacia el hijo que viabilice las funciones de los roles atribuidos a los progenitores por ley, expresión que no podemos modificar sin perjuicio de una propuesta en tal sentido.

Acertadamente, que se llega a concluir que la tenencia es una institución que vincula únicamente a los padres con sus hijos, a ningún otro miembro de la familia. En caso de no existir padres, estaremos ante la figura de la tutela, que tiene por finalidad el cuidado del menor que no esté bajo la patria potestad, lo que incluye el cuidado de su persona y de sus bienes, tal como lo señala el artículo 502 del Código Civil.

Conceptos

Para, (Sanchez, 2002), La tenencia es “aquella facultades de la patria potestad que están relacionadas con el cuidado directo de los hijos, y para cuya realización necesita la convivencia del progenitor con el niño o niña; por ellos, la tenencia será ostentada por el progenitor que convive con los hijos Es decir la convivencia con los hijos, condiciona a tener la tenencia de los mismos y el derecho de visitas, es la facultad que tiene el progenitor que no convive con los hijos.

Para (Lloveras, 1994), La tenencia es el derecho preferente a ejercer la guardia del hijo o hija menor, por uno de los padres, cuando se ha producido la situación de desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo o hija, siendo uno de los supuestos de desmembramiento de la patria potestad.

2.2 TIPOS DE TENENCIAS

Doctrinariamente, se definen varias clases de tenencia, una de ellas: La tenencia exclusiva, la tenencia partida, la tenencia repartida, conjunta o biparental, entre otras; de las cuales nos ocuparemos específicamente en dos de ellas que resultan ser las más importantes y generales, así mismo porque en nuestro ordenamiento jurídico actual acoge solo dos de estas clases de tenencia: La exclusiva o monoparental y la Compartida o Coparental.

2.2.1 La Tenencia Exclusiva o Monoparental

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

2.2.1.1 Factores de Riesgo de la Monoparentalidad

En la Tenencia Monoparental o exclusiva, como efecto de la separación matrimonial o conyugal, se da la posibilidad de que surjan determinados factores

que pongan en riesgo la estabilidad emocional o psicológica del menor respecto al otro progenitor, privándolo de la figura materna o en su mayoría paterna, así mismo dificultando las relaciones paterno-filial, ello debido a que el progenitor que tenga la tenencia del menor se sienta con el derecho de “tenerlo en su posesión” limitando al otro, titular también de la patria potestad, sin habersele suspendido de la misma.

En este aspecto, es dable mencionar que en la tenencia monoparental se pueden presentar las siguientes situaciones, conforme refiere (Steffen G. , 2003)

- Acentuado apego del progenitor conviviente con sus hijos.

Los peligros que se corren son:

1.-El aislamiento, encierro de los hijos y su estado emocional que le puedan causar daño.

2.- Mezcla de identidades. “El hijo queda expuesto al peligro de tener que responder al único progenitor y de compartir sus carencias”.

En el caso de los adolescentes, depende específicamente de los “factores de estrés psicosocial que pueden acompañar a la separación y que en orden decreciente de importancia psicológica, puede surgir lo siguiente:

- “Aislamiento y pérdida del apoyo social de los progenitores.
- Permanente estado de discordia (conflicto) en la relación de los padres.
- Presencia de un padre emocionalmente angustiado (el custodio).
- Pérdida de la relación con uno de los padres (el no custodio).
- Nuevas relaciones que establecen los padres (sobre todo el custodio).
- Posible nuevo matrimonio de los padres (sobre todo el no custodio)”.

En la línea acertada de (Steffen G. , 2003) luego de darse una tenencia monoparental, surge el régimen de visitas que es producto de normativas que

fracturan a la familia, dado que constituye una instancia artificial que desarticula la cotidianeidad física anterior, enfrentándose a una abrupta discontinuidad en la forma de contacto y se ven obligados a adaptar sus sentimientos y necesidades mutuas a los estrechos confines de una visita. Sin embargo, la realidad ha demostrado que en este tipo de familia que cuenta con una tenencia exclusiva, existen múltiples escenarios en donde no se da el adecuado cuidado al menor y que en todo caso incluso le puede causar un daño propio, tal cual es la alienación parental o que el régimen de visitas se de en un ambiente poco familiar.

En este aspecto, los factores desestabilizadores del sistema familiar dicen relación con:

- Un padre visitador o ex papá que ha perdido el control y que difícilmente podrá imprimir un contacto normal entre padre-hijo como corresponde a una familia intacta.
- Borrar el código de conducta previo del hijo, conlleva a la rebeldía con el progenitor custodio.
- Dificultad para fijar límites, hecho que puede implicar la diferencia entre la pérdida y la ganancia del amor y aprobación de los hijos.
- Excesiva indulgencia para lograr la lealtad de los hijos, y compensar la culpa de la separación.
- Irregularidad en las visitas, que produce confusión en los hijos.
- El clima irreal y cortoplacista de la visita, provocan tensión e induce a la falta de equilibrio entre las actividades recreativas.
- Frustración por la calidad del tiempo, que conforma visitas insatisfactorias.
- Concepciones de culpabilidad de los hijos contra el progenitor no custodio que impiden una comunicación fluida.
- Irregularidad o irresponsabilidad en el cumplimiento económico.
- Visitas angustiantes por dificultad paterna.
- Ausencia mediadora de la madre, en niños de diferentes edades.
- Espaciamiento del contacto por venganza de la ex esposa(o).

- Abandono de los hijos, en la creencia que su presencia puede ser más dañina que beneficiosa. En consecuencia, se da la vulneración directa del interés superior del niño, ya que lo desestabiliza emocionalmente, frustrando su desarrollo integral, el cual debe ser velado por ambos padres en conjunto al margen de la separación.

2.1.1.2 La Tenencia Monoparental y sus efectos en el desarrollo del menor

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

Según (Rodríguez T. , 2008) En los estudios sociológicos la simple alternancia no provoca ningún trastorno en el menor, lo que si puede ocasionar serios daños es la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres; aun así es siempre menor que los severos traumas que acarrea la ausencia de unos de los padres durante la infancia y la adolescencia. "Existen indicios de que, con nuestros bien intencionados esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres".

En efecto, (Rodríguez T. , 2008) hace referencia que importantes doctrinas y especialistas en psicología familiar como Richard A. Gardner, habían advertido sobre el denominado "Parental Alienation Syndrome" (Síndrome de Alineación Monoparental, PAS), fenómeno que sufren los hijos cuyos padres separados mantienen un conflicto grave sobre su custodia o tenencia. El síndrome de

alienación parental es un suceso grave ya que alimenta el odio, la ansiedad, la angustia, el sufrimiento de un niño a pensar que uno de sus progenitores es malo o dañino para él, lo cual puede causar que se sientan en estado de abandono. Así la Corte Suprema de Ohio (EEUU) planteo "Es deber y obligación de cada padre fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor, y la dejación en esta obligación es tan dañina para el niño como la dejación en proporcionarle alimentación, vestido, o cobijo.

2.2.2 La Tenencia Compartida o Coparentalidad

Denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta, en donde la responsabilidad de los padres separados es conjunta respecto a los aspectos fundamentales de la vida de sus hijos, donde existe un mutuo derecho para decidir sobre su desarrollo personal, basados en su educación, salud, recreación, brindado un amparo psicológico, un amparo emocional y sentimental en compañía.

Actualmente observamos a diario, las rupturas matrimoniales y de la paternidad extramatrimonial, dando lugar a que cada vez con mayor frecuencia, se susciten conflictos en relación con la custodia o tenencia y las visitas de los hijos de padres no convivientes, casados o no.

Ante una familia en la que se han disuelto los lazos de pareja y que se ha reconstituido, los hijos experimentan cambios en la dinámica, en el estilo de las relaciones; pasan de una convivencia donde de una manera u otra, se compartían los roles maternos y paternos, a una dinámica relacional completamente diferente, donde es el padre o la madre quien va asumir el rol de custodio y probablemente a combinar los roles de padre y madre a la vez. (Perez, 2006). Y ante esta dinámica, resulta pertinente hablar de una tenencia Compartida, en donde ambos padres, post-separados, puedan ejercer conjuntamente la tenencia de su hijo (os), manteniendo las relaciones familiares y no alterando el desarrollo integral del menor.

De tal modo, que la Tenencia Compartida se conceptualiza como aquella donde el menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores, pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

La definición de Tenencia o Custodia compartida, como la modalidad de custodia de los hijos que tiene como principal objetivo que estos (los niños) sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores.

Centrando en un ámbito específico, Según, en las normas norteamericanas se tiene que en algunos estados (California, Montana) la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea, las cuales además de ser respaldadas por las legislaciones individuales de los estados se encuentran recogida en la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños (Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act, UCCJEA) de 1997. En esta línea algunos estados Norteamericanos que presumen que la custodia física conjunta de los hijos coinciden con el mejor interés superior del niño.

Pues bien, el sustento básico de la Tenencia Compartida lo encontramos en el concepto de coparentalidad (igual implicación de ambos progenitores) indicado en párrafos anteriores, que desde un punto de vista teórico podríamos entender como la opción más próxima al derecho del niño a disfrutar de ambos progenitores con las implicancias emocionales o educativas que ello conlleva.

2.2.2.1.- La Tenencia Legal Conjunta:

En palabras de (Beltran M. , 1994) la tenencia legal conjunta, en la cual los padres comparten el derecho de decisión, responsabilidad y la autoridad, respecto a todas las cuestiones de importancia que afronte el hijo, por lo que suele acompañarse de

un régimen amplio de convivencia que varían según las necesidades del niño y adolescente.

2.2.2.2.- La Tenencia Física Conjunta:

Siguiendo a (Beltran M. , 1994) dicha tenencia, implica que los padres comparten el tiempo de residencia del niño, aunque los períodos de tiempo no tengan forzosamente la misma duración; por ejemplo la madre puede vivir con el niño el 75 por ciento el padre el 35 por ciento, lo cual equivale a que todos los fines de semana pasaría a vivir con él.

Cabe señalar, que en el Perú, la mayoría de estudiosos del derecho de Familia, magistrados, fiscales y legisladores solo se han enfocado en desarrollar la clase de tenencia legal conjunta, en tanto, para una sociedad como la nuestra, aun las personas tienen tabús y desconfianza en la viabilidad de la tenencia física conjunta.

2.2.2.3.- La Tenencia Compartida y sus efectos en el Desarrollo y Bienestar del Menor

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

La custodia (o tenencia) compartida es la modalidad de custodia más beneficiosa para los menores y sus ventajas son obvias, al margen de que, no hay que olvidar que es un derecho de los menores poder relacionarse al igual con sus dos

progenitores. El vínculo emocional ha superado al vínculo consanguíneo por ello no solo basta con ver al menor a través de un régimen de visitas sino todo lo contrario muchas veces este no permite que ambos padres se involucren en la vida del menor igualmente. Es por ello que se necesita que se permita la preferencia de la tenencia compartida sobre la exclusiva en los casos en donde se pueda llevar una de ellas.

Para (Beltran M. , 1994) la mayoría de tratadistas, la Coparentalidad es considerada el día de hoy, como una necesidad más que una “moda” en cuanto a la fecha, la mayoría de padres y madres, trabajan fuera de la casa familiar, por lo que es esencial para el desarrollo de los hijos que ambos alternen el cumplimiento de las tareas inherentes al ejercicio de la patria potestad; por ejemplo, si la madre tiene una reunión de trabajo, sea el padre quien acuda a las reuniones del colegio, o si el padre tiene un curso de capacitación sea la madre quien lleve los niños al dentista.

Siguiendo su línea, (Beltran M. , 1994) señala que la Coparentalidad tiene ventajas no solo para los hijos, sino también para la familia en tanto refuerza la relación paterno filial, ya que a través de esta, se busca reconocer la igualdad de cónyuges o convivientes desde su perspectiva personal y familiar, lo cual favorece a la pareja y por ende a la familia ya que ninguno se sentirá el sacrificado por la crianza de los hijos.

La coparentalidad no avala la petición de algunas madres que solicitan la indemnización al padre por haber dejado de estudiar o por haber dedicado su tiempo al hogar puesto que siendo una persona mayor de edad, esta debe tener la previsión de lo que incluye criar a un niño, lo cual es su aporte como deber del niño mismo y no al esposo o conviviente.

De tal modo dicho modelo, trae consigo ciertas exigencias enfocadas a alcanzar los siguientes objetivos: El re-establecimiento de las relaciones sociales entre ambos progenitores. La capacidad de separar la crianza de los hijos de los resentimientos del post-divorcio, para ser capaces de soportar las frecuentes

comunicaciones con su ex cónyuge, para cooperar en forma conjunta en la educación de los hijos.

2.3.-LINEAMIENTOS PARA DETERMINAR LA TENENCIA COMPARTIDA

2.3.1.- La Edad del Niño

En cuanto un sea cuanto más pequeño necesita mayor tiempo con ambos padres, recordemos que los hijos adolescentes tienen derecho a desarrollar sus propias actividades en tanto se están preparando para afrontar el futuro, por lo que los padres contribuirán en su formación en los diez primeros años de su vida.

2.3.2.- La Voluntad del Niño y Adolescente

De acuerdo a su edad, los niños pequeños son más permeables a los cambios, mientras que los adolescentes están más identificados con el grupo social que los rodea así como con los intereses propios de formación.

2.3.3.- El Lugar de Residencia de los Padres

En consideración a que cuanto más cerca vivan los progenitores, será más viable el desarrollo del niño en torno a sus padres.

2.3.4.- La Actividad de los Padres

Lo cual es imprescindible considerar, ya que un progenitor que tiene flexibilidad en sus horarios de trabajo o facilidad para solicitar permisos especiales para coadyuvar en la formación de sus hijos podrá ejercer mejor la tenencia conjunta.

2.3.5.- La Estabilidad Emocional de los Padres y los Hijos

La cual es fundamental en cuanto permitirá a los progenitores coordinar y determinar las pautas de crianza en conjunto, evitando que los niños y adolescentes desacten los lineamientos trazados por estos.

2.3.6.- El Cumplimiento Cabal de los Roles Paternales

En relación a que los padres son “padres” por lo que si bien pueden ser amigos de sus hijos no deben perder la autoridad respecto a ellos, ya que son personas en formación que requieren de un guía que les pueda dar amor, consejos, valores y sobre todo que los lleve a un desarrollo integral de su personalidad.

2.3.7.-El Aseguramiento del Bienestar del Hijo

En todo sentido, sea material como personal, físico y emocional. Para ello, los padres deben encontrarse en un adecuado estado de salud integral, a fin de no transmitirles sus defectos y deficiencias en tanto ello afectaría directamente su personalidad.

2.3.8.- La Voluntad del Progenitor de Ejercer la Tenencia

Es primordial que el deseo de ejercer la tenencia surja de ambos padres, en tanto, imponerle a un progenitor la tenencia del hijo es perjudicial, por lo que en nuestra opinión la tenencia compartida más que una solución que otorgue el juez, debe ser una decisión conjunta de ambos padres, o a pedido expreso de quien no vive con el hijo.

2.4.- OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA

2.4.1.- Criterios para el Otorgamiento de la Tenencia

El otorgamiento de tenencia, es un acto con expresa manifestación de voluntad por parte de los padres, de manera madura, razonable y adecuada para determinar a quién va a atribuirse su ejercicio; de esta manera, puede hacerse extrajudicialmente, a través de la conciliación, que mediante el acta conciliatoria se establecen los acuerdos no solo de tenencia, sino de alimentos y régimen de visitas, para que surtan efectos jurídicos, entre ambas partes.

Además, puede recurrirse a la sede judicial, que sólo debe acudir a ella cuando existe discrepancia entre los progenitores, donde el órgano jurisdiccional competente, mediante sus resoluciones judiciales que emite el magistrado, decidirá a quién atribuir la tenencia provisoria o definitivamente, para ello, deberán cumplir con los requisitos y características especiales de cada caso.

Con base en un principio de igualdad entre los padres, la calidad de padre (en sentido masculino) no debe perjudicar, ni el hecho de ser madre debe beneficiar para ejercer la tenencia. Ambos cada quien de acuerdo a su naturaleza, están en condiciones de criar a su hijo, al menos a eso debemos entender, sin discriminar a uno u otro.”

No obstante, en ello, tenemos en nuestra legislación lo siguiente:

El Código Civil considera que si ambos conyugues son culpables de la separación, los hijos varones mayores de 7 años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de 7 años, al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa, de acuerdo con el artículo 340 del Código Civil.

Por su parte el código de los niños y adolescentes, en su artículo 84, considera que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo menor de 3 años permanecerá con la madre.

Concordamos con **(Varsi Rospigliosi, 2004)** cuando considera que el hecho de ser madre no otorga una mejor posición para adquirir la tenencia, en razón de que puede ser el padre a quien se le confiera al ser este el mejor preparado para ello. En nuestro medio, como hemos visto, la ley si ofrece ventaja a la madre para mantener la tenencia-retener, en caso el hijo tenga menos de tres años.

La tenencia sin duda es un tema muy importante dentro del Derecho de Familia, al determinarse se precisa con quien vivirán los menores, ya sea con el padre o con la madre. Cuando los padres estén separados, la tenencia de los niños y adolescentes generalmente se determinará de común acuerdo con ellos. Sin embargo, al no haber acuerdo de los padres o si estamos en desacuerdo, este resulta perjudicial para ellos, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Actualmente, en nuestro medio tenemos la denominada Tenencia Compartida, mediante la cual, productiva la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando cada

uno por su educación y desarrollo. La característica de la tenencia compartida es que los dos progenitores, pese a vivir separados, llevan a cabo los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad se robustece dado que ambos padres la ejercerán directamente. En tal orientación, la tenencia compartida es aquella en que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor.

En tal sentido, el código del Niño y Adolescentes, en su Artículo 81, establece que: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescentes. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias, para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente”. Así pues el código de los niños y adolescentes se muestra como una norma mucho más abierta que el código civil a esta institución.

Por su parte, el citado cuerpo normativo, en su artículo 83 establece lo siguiente: “el padre o la madre a quien su conyugue o conviviente le arrebate a su hijo o desee que le reconozca el derecho a la custodia y tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes”. La tenencia del niño o adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés, en otras palabras, la demanda de tenencia no solo podrá ser presentada por el padre que no tenga al niño o adolescente, sino también por el que lo tenga.

Asimismo, el artículo 84 del código de los niños y adolescentes establece, respecto de las facultades del juez, que: en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

- b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y ,
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe de señalarse un régimen de visitas.

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

También una regla en materia de tenencia de menores de edad, es la contemplada en el artículo 85 del Código del Niño y Adolescentes, según el cual:” El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente” ello no implica que el juez decida siempre atendiendo a los deseos de los menores.

Algunos de los supuestos que implican generalmente la solicitud judicial de la tenencia de los hijos menores son:

- La existencia de una separación de hecho, de facto de los padres.
- La no existencia de acuerdo entre los padres al respecto, pero que sea perjudicial para el niño o adolescente.
- El juez debe tomar en cuenta el parecer del niño o adolescente.

Además de las disposiciones normativas con la que contamos, encontramos determinados criterios jurisprudenciales que nos ilustran respecto de aquello que se prioriza al analizar la determinación y el otorgamiento de la tenencia.

2.5.- EL PROCESO DE TENENCIA

El proceso de tenencia de niñas, niños y adolescentes, se tramita en el Proceso Único Siendo tutelar, es competente el Juez especializado: Juez de Familia y cuenta con legitimación activa el padre o madre que no tenga consigo al menor y la legitimación pasiva recae en el padre o madre que tiene en su poder al niño o adolescente.

2.6.- MODALIDADES DE TENENCIA COMPARTIDA

La institución estadounidense Children'sRightsCouncil (consejo de los derechos del niño), ha propuesto el siguiente modelo orientativo de la alternativa de esos periodos de convivencia con cada uno de los padres, flexible y adaptable a las circunstancias de cada caso:

EDAD	FRECUENCIA DEL CONTACTO CON AMBOS PADRES
MENOS DE 1 AÑO	UNA PARTE DE CADA DIA (MAÑANA)
DE 1 A 2 AÑOS	DIAS ALTERNOS
DE 2 A 5 AÑOS	NO MAS DE DOS DIAS SEGUIDOS SIN VER A UNO DE LOS PROGENITORES
DE 5 A 9 AÑOS	ALTERNANCIA SEMANAL, CON MEDIO DIA (MAÑANA O TARDE DE CONVIVENCIA CON EL PROGENITOR NO CONVIVIENTE DURANTE ESA SEMANA
MAS DE 9 AÑOS	ALTERNANCIA SEMANAL

Por otro lado, para el Dr. Placido Alex estas serían algunas posibles modalidades de tenencia compartida.

- a) La fórmula que los padres establezcan de mutuo acuerdo en función de su situación personal y la del niño, salvo casos excepcionales, el Juez considerara como más idónea, por ejemplo, y a reserva del pacto económico que los padres establezcan entre ellos, el niño puede pernoctar con el progenitor que reciba el usufructo de la vivienda familiar y pasar las tardes, desde la salida del colegio hasta después de cenar, con el otro, etc.

- b) Modelos de alternancia con un ritmo inferior al semanal o incluso al diario, en caso de niños de muy corta edad o de tres días y medio con cada progenitor, según la edad del niño.

1.- Alternancia semanal, en principio, la fórmula más sencilla para niños mayores de cinco años, es la fórmula considerada más idónea por la nueva legislación francesa.

Alternancia quincenal, el niño convive quince días seguidos con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.

2.- Alternancia mensual, el niño convive un mes con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.

Los niños pasan con uno de los padres los días lectivos y con el otro los no lectivos y periodos vacacionales, el reparto resultante sería aproximadamente, del 50% para cada progenitor, pero habría que intercalar periodos de convivencia para el "progenitor de días lectivos" durante las vacaciones de verano (por ejemplo, una semana al mes).

Aunque esta fórmula se aleja del espíritu de la tenencia compartida, es una posible solución para los casos en que los domicilios de los padres estén muy distantes entre sí.

3.- Alternancia de los padres los niños permanecen siempre en el domicilio familiar y son los padres quienes rotan en la utilización de ese domicilio, sin duda, esta modalidad requiere un gran espíritu de colaboración por parte de ambos padres, pero puede tener innegables ventajas económicas, sobre todo cuando la prole es numerosa y la residencia alterna con ambos padres requiere el mantenimiento de dos domicilios suficientemente grandes.

2.7.- VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA TENENCIA COMPARTIDA

Para el profesor titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, España, Pozuelo Isaac, estas son algunas ventajas de la tenencia compartida.

- Podría disminuir el número de hogares monoparentales, que suele percibirse como signo de una cierta destrucción social.
- Mejora a la adaptación del propio menor en su entorno e incluso en su rendimiento escolar, proporciona mayor satisfacción en la distribución de los tiempos de convivencia.
- Incrementa la autoestima del menor, mejora su relación con ambos progenitores y evita problemas psicológicos.
- Origina menos conflictividad (que la custodia exclusiva) y ayuda a dar a los entre los padres, más satisfacción en la relación con los hijos recurren menos a los castigos físicos, a la presión psicológica y a la culpabilidad de ambos progenitores pues así mismo, facilita el cumplimiento de las obligaciones económicas.
- Favorece el aumento del nivel de vida de los niños y conlleva que los progenitores inmediatamente cumplen con las necesidades del menor, mejora su situación económica y la de sus hijos; al contrario de lo que sucede con la custodia exclusiva, pues el progenitor no custodia que paga las pensiones alimenticias se ve desincentivado económicamente y profesionalmente, tanto como el progenitor custodio que se hace dependiente de dichas asignaciones económicas que el otro satisface.

Para el Dr. **(Placido, 2008)** una abrumadora cantidad de estudios han coincidido en que los niños criados en hogares monoparentales, han puesto de manifiesto las

imborrables y negativas huellas de la ausencia del padre durante la infancia y la adolescencia.

En cambio, con ambos padres no han permitido constatar trastornos significativos asociados al cambio del domicilio.

En suma, se advierte que la principal ventaja de la tenencia compartida -radica en el que niño se instala en un ambiente de relación con sus padres, que les permite estar seguro de que, aunque estos se hayan separados, ninguno se ha separado de él.

❖ **Desventajas de la Tenencia Compartida**

Aunque la custodia compartida pueda parecer la mejor opción para que los niños no sufran las consecuencias negativas de un divorcio, lo cierto es que también tiene sus **desventajas**.

- En algunos casos de custodia compartida el niño permanece siempre en la misma casa y son los progenitores los que se trasladan, pero la mayoría de las veces es el niño el que cambia de casa en cada periodo de custodia y eso puede generar cierta **inestabilidad**.

- Tanto para el rendimiento escolar como el desarrollo emocional de los niños requiere seguir **cierta rutina**, algo que se pierde al tener dos casas. Cuando el niño ya se está adaptando a las costumbres y normas de un progenitor, tiene que trasladarse a casa del otro.

- Con este modelo de custodia también puede verse afectado el comportamiento de los niños. Dos progenitores, dos casas, dos entornos diferentes cada uno con sus reglas, con sus ejemplos y con sus modos de enseñar. Puede que el niño sienta cierta **confusión** y se rebele ante las diferentes formas de educar.

2.8.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DE LA MANO CON LA TENENCIA COMPARTIDA

2.8.1.-El Interés Superior del Niño

No existe una definición o determinación exacta acerca del Interés Superior del Niño. Se hace un estudio de los orígenes del Derecho como protector de los más débiles en el ámbito de las relaciones de familia, para luego efectuar un compendio de las normas jurídicas que utilizan tal expresión. En palabras de **(Correa, 2013)** dice que: Entendemos que lo que se quiere es proteger al menor, en su interés, es decir, en su bien, porque el término interés implica una dimensión puramente material del tema, como persona humana, que se puede encontrar en situación de debilidad respecto de las personas con las que vive o de las que depende. Así, se puede apreciar que la primera referencia al “interés superior del niño” la encontramos en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, tratado internacional suscrito y ratificado por Perú. La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional de las Naciones Unidas suscrito por nuestro país, y se constituye en el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

- **El Principio del Interés Superior del Niño, es un principio reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3, del que se desprenden las siguientes características:**

Es una garantía ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las

personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

El Perú, no es ajeno a esta materia importante relacionada al tema de familia, el Estado Peruano, conformando y ratificando la Convención Internacional Sobre los Derechos Del Niño, asume posiciones interesantes en sus sentencias, fundamentado claramente en base al Principio del interés Superior del Niño, considerándolo como una cuestión indispensable dentro de un proceso en donde se diluciden temas concernientes al niño y su entorno familiar, por lo que el Tribunal Constitucional considera necesario abordar dicho principio, cuya finalidad es proteger de manera especial al niño y al no ser este separado de su familia, tratando de contribuir al desarrollo armónico e integral de este, así pues el Tribunal, refiriéndose al Interés Superior del Niño, refiere lo siguiente:

“Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú. De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

2.8.2.- La Alternativa de la Tenencia Compartida

Para **(Cuculiza, 2007)** la Tenencia de menores, es una realidad que no podemos obviar y son los constantes conflictos que surgen a raíz de la ruptura de las parejas, conflictos que involucran directamente a los hijos cuando se trata de atribuir la tenencia exigiendo los padres su derecho de propiedad respecto a ellos, ¿cierto?, y utilizando como comodines emocionales, vulnerándose así su derecho de mantener contacto con sus dos progenitores, los que conlleva a la afectación de su identidad; salvo casos extremos donde el padre necesariamente es omiso

en todo lo que se requiere a la tenencia o desaparece o no se hace cargo de él voluntariamente.

La Tenencia Compartida, viene siendo aplicada como una institución del derecho de Familia, que busca equiparar los roles y funciones de los padres, principalmente busca estrechar lazos paterno filiales, lo cual no ocurre en una tenencia monoparental en donde excluyen la presencia de uno de los progenitores. Es por ello que la tenencia compartida resuelve el problema de las reticencias económicas del progenitor no custodio, incapaz de controlar el uso real del dinero destinado a su hijo, y permite a ambos progenitores el mismo nivel de acceso y responsabilidad. Es lo que los autores llaman la "teoría del control" (monitoring theory).

Uno de los casos que se propone es que en un proceso de Tenencia, en donde generalmente se confrontan ambos progenitores, en una lucha por la tenencia o custodia exclusiva de su hijo o hijos, dejando de lado que el objetivo de este tipo de procesos es buscar el mejor interés del menor al margen de los conflictos conyugales o post-separación conyugal o matrimonial. Por ello, se busca que el Juzgador pudiera acordar la tenencia o custodia compartida aun en el supuesto de que los progenitores no la hubieran pactado previamente, por lo que el juez con su mínimo de discrecionalidad haga uso de esa potestad, de acordar de oficio dicha tenencia, limitándolo a criterios fundados, excepcionales para que de esa forma se proteja adecuadamente el interés del menor.

Por cuanto, **(Ibañez, 2004)** , aludiendo a la Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Separación y Divorcio; la tenencia compartida y su puesta en práctica apuesta por ocuparse de cuestiones que afectan la patria potestad y la guardia y custodia de los hijos menores, "...cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos (los hijos) continúa a pesar de la separación o el divorcio y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad".

Así mismo, **(Cuculiza, 2007)** afirma que La tenencia compartida permite que la formación, el contacto con sus progenitores sea de pleno y no restringido, como ocurre en el régimen tradicional de la tenencia.

✓ El problema a resolver abarca dos aspectos:

Que los hijos tengan la posibilidad de tener a los padres con las mismas responsabilidades que tenían antes de divorciarse o separarse, puesto que así eran idóneos para ejercer; conjuntamente también que se les debe reconocer en esa idoneidad cuando se separan por las causas que sea sin perder de vista que los hijos son las víctimas del conflicto y no los generadores del conflicto.

No cabe duda, lógicamente el hecho de compartir el cuidado de los y las menores, exige un acto de voluntad por parte de ambos progenitores, de ahí la dificultad del ejercicio de una "tenencia compartida", dado que por la complejidad y dificultad que entraña su configuración este sistema de tenencia necesita de una continua colaboración entre los progenitores, al respeto entre ellos, que haga fluida la comunicación y/o alternancia que pueda ser fijada en un proceso judicial, de los hijos e hijas con cada uno de ellos, y que haga factible esa comunicación constante y habitual que requiere la tarea de educar a un o una menor.

ANALISIS DEL PROBLEMA

Pues es así que se llega al análisis de que, debido a causas como la incompatibilidad de caracteres, además de factores económicos y sociales, entre otros; los cuales llevan a las parejas a separarse; es ahí donde encontramos un gran problema que afecta a las personas más protegidas tanto en el ámbito nacional como internacional, el niño. En estos procesos, los niños son quienes sufren grandes cambios que afectan su desarrollo, uno de ellos es el dejar ver a uno de los padres.

Ante una separación, donde están involucrados hijos menores edad, nuestra normativa regula la figura de la tenencia para que se determine legalmente a uno de los padres, el cual conserva al niño bajo su custodia; y el régimen de visitas, para que el otro padre tenga días establecidos para poder acercarse al niño y salvaguardar su derecho como progenitor de no perder vínculo con su hijo.

Sin embargo, actualmente, existe la posibilidad de que los padres puedan acordar mantener la tenencia conjunta respecto de sus hijos, lo cual se encuentra regulado bajo la figura de la Tenencia Compartida.

En nuestro país, en octubre del 2008 se publicó la Ley N° 29269 que modifica los artículos 81° y 84° del Código del Niño y el Adolescente, incluyendo en estos, la figura de la Tenencia Compartida, en los términos que a continuación se detalla.

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

Lo que se pretende lograr con esta figura es que permita la participación activa de ambos progenitores en la crianza de los hijos; la equiparación de aquellos en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza; el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno; la comunicación permanente entre los progenitores, la distribución de los gastos de manutención de los hijos; la atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación, etc.

Aquí debe destacarse además que, nuestro sistema normativo regula la figura jurídica de Tenencia Compartida; pues la misma colabora con el fin jurídico que es mantener la unidad familiar y las relaciones paterno filiales para el bienestar del niño, tomando en cuenta el Principio de Interés Superior del niño; es así que, la proporcionalidad y cumplimiento de los deberes y derechos, que les corresponden a los padres marca la diferencia en la correcta aplicación de la tenencia compartida, al trabajar conjuntamente en el cuidado de los niños y asumir la totalidad de responsabilidades sobre las cuestiones de importancia referentes al niño.

El fundamento para esta figura, es la aplicación del Principio de Protección del Interés Superior del Niño, niña y adolescente, implícito del Artículo 4º de la Constitución Política del Perú en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”; asimismo, es reconocido también por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en cuyo Artículo 3 señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

De esta manera, el principio de Interés Superior del Niño implica, que los derechos de los niños deben considerarse en primer lugar frente a la aplicación e interpretación de las normas, con el fin de atender el desarrollo integral del mismo.

En atención a lo expuesto anteriormente debe indicarse que, al fijarse la tenencia compartida debe primar el principio del interés superior del niño.

Expuesto ello, a través del presente trabajo de investigación se va a determinar que ante un acuerdo de Tenencia Compartida – entiéndase acuerdo por parte de los padres -, cuyos plazos sean de periodicidad corta, se está afectando al Principio del Interés Superior del Niño; ya que, al presentarse una división supuestamente equitativa de deberes y derechos respecto al niño; éstas en estricto no pueden cumplir con su fin; ya que, el proceso de adecuación y adaptación del niño recién está empezando a formarse.

En este orden de ideas, con la presente investigación que se postula, se analizará la figura jurídica de Tenencia Compartida.

CAPÍTULO II

LEGISLACIÓN NACIONAL

➤ **Constitución Política del Peru-1993**

Artículo 1°. - La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:

Inc.1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Dotando de contenido a este inciso al que hago referencia, el Tribunal Constitucional Peruano ha dicho con respecto al tema que:

Este derecho se vulnera cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, este es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros. Ello porque, como es obvio, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

Artículo 6°.- Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y

promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y las informaciones adecuadas y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

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

➤ **CODIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DE 1984.- nos señala:**

En el artículo VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes,

Obligatoriedad de la Ejecución, “Es deber del estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base, promover la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidos en el presente código y en la convención sobre los derechos de niño”.

En el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, El Principio del Interés Superior del Niño, " En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el estado a través de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, del ministerio público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerara el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y respeto a sus derechos.

Artículo 8.- Vivir en una Familia

"El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral". Es decir el niño tiene derecho a vivir con sus padres y ser cuidados por ellos, lo cual coincide con el instituto de la patria potestad definida con el deber y el derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

- **LEY N° 29269 -Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la tenencia compartida (16 de Octubre de 2008)**

ART. 81.- Tenencia

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

Del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes se aprecia que ejercer la tenencia compartida puede ser decisión de los padres y en el caso que estos no se encuentran de acuerdo, la tenencia compartida es discrecionalidad del Juez de Familia disponer la tenencia compartida.

ART. 84.- Facultad del Juez

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- d) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- e) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y,

- f) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe de señalarse un régimen de visitas.

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

En el artículo 84, con la modificatoria, el juez otorga la tenencia a uno de los progenitores que mejor garantice la tenencia del niño o niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

➤ La Convención sobre los Derechos Del Niño

El 20 de noviembre de 1989 fue adoptada por la asamblea general de las naciones unidas la convención de los derechos del niño, el primer Código Universal, legalmente obligatorio, que contiene normas que entregan orientaciones éticas y operativas destinadas a la protección y el cuidado necesario para lograr el bienestar de los niños; su obligatoriedad radica en la aceptación que cada estado parte hace de las estipulaciones de la convención asumida de informal periódicamente a un comité de los Derechos del Niños a cerca de sus avances de esta materia. La importancia de la convención sobre los derechos del niño no es una simple declaración de principios frente a la que todos los Estados manifiestan su aceptación, como lo es la declaración sobre los derechos del niño de 1959, sino es consenso, un acuerdo al cual han llegado los países partes sobre los derechos a favor de los niños.

El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño

Reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

La Convención, Artículo 2.- Inciso 1, que señala: " Los Estados respetarán los derechos enunciados en la presente convención y aseguran su aplicación a cada niño

La Convención, Artículo 3.- Inciso 1, que señala: " En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones publicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño.

La Convención, artículo 9.-

Señala que: "Los estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

"El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en si mismo, un legitimo y es, además, imperioso. En el mismo sentido indico que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este

requiere “**cuidados especiales**” y el artículo 19º de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. Igualmente la Corte Interamericana constato que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe se hace a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por lo tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones , presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

CAPITULO III

JURISPRUDENCIA

CAS. Nº 4881-2009-AMAZONAS

La Corte Suprema ha desarrollado factores que inciden en la determinación de la tenencia a favor de uno u otro padre, entre las que se tiene las mejores condiciones del progenitor, siendo que la tenencia como institución jurídica exige condiciones objetivas en los progenitores, debiendo tener en cuenta el magistrado:

a) La disponibilidad de recursos entre los peticionantes (profesionales, económicos, morales, sociales, culturales), que constituyen un elemento valioso en la formación, crianza y cuidado de los hijos y si hay una diferencia entre las cualidades de los progenitores, se debe ponderar al que pueda garantizar una mejor crianza (calidad de vida); b) La evaluación de la capacidad respecto del cuidado de los hijos ¿De qué sirven que lo otorguen la tenencia si quien realmente cuidara al hijo serán los familiares o el servicio doméstico?; c) El contexto en que se desarrolla, como por ejemplo el apoyo familiar de una familia extendida (abuelos, tíos, primos), una percepción superior del concepto “vivienda” a favor del desarrollo del hijo (una mejor habitación es definitivamente un elemento valioso para el crecimiento del hijo) o el ámbito de las relaciones conexas del progenitor. En tal sentido, debemos tener presente que el progenitor. En tal sentido, debemos tener presente que el progenitor que plantea la tenencia del hijo , debe evitar que ella este a cargo (mayoritario) de la familia extendida (abuelos u otros familiares), así como de la nana o servicio doméstico, por lo que actuar egoístamente después de obtener un respaldo judicial para finalmente delegar sus responsabilidades a terceras personas, constituye un elemento que ubica a este progenitor en una condición inferior frente al otro progenitor, por tanto no podría superar el test de

buena paternidad, en todo caso, se debe ponderar las condiciones del padre y de la madre, para efectos en este caso de otorgarse la tenencia exclusiva a uno de los padres.

CAS.N° 1735-2000-CALLAO

“La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le seas más favorables al menor y en busca del bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella corresponde al otro”.

CAS. N° 3016-2015-TACNA

Si el menor tiene una imagen débil y difusa del padre, procede que se le otorgue la tenencia a la madre, incluso si existe acuerdo extrajudicial que dispuso la tenencia compartida. Esto si el juez determina que la madre es la única que reúne las condiciones socio familiares para resguardar al niño. El interés superior del menor siempre prevalecerá sobre todo acuerdo extrajudicial de tenencia compartida.

CAS.N° 778 – 2009- Trujillo

“La estabilidad emocional de los padres y los hijos, son importantes aspectos a tenerse en cuenta al momento de resolver ante procesos de Tenencia. Sin embargo, uno de los criterios que toma en cuenta antes de aplicar otros, es la edad del menor, quien de acuerdo a ello podrá emitir opinión y al no ser ello posible”.

SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL PERMANENTE DE 26 DE ABRIL DE 2016 (EXPEDIENTE: 001769-2015)

La tenencia y el Interés superior del niño: La tenencia es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para que, a través de ellos, se cumpla con la obligación

constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre el que se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. El niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia

Exp. N.º 1817-2009-HC/LIMA

“El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

CHILE

Este país, se basa en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, ejercerán los cuidados de sus hijos de manera conjunta y compartida.

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

El Profesor y Abogado, Mario Correa, expresa en relación al Principio del Interés Superior del Niño, como una norma suprema, que lo que quiere es proteger al menor, en su interés, es decir, en su bien, porque el término interés implica una dimensión puramente material del tema, como persona humana, que se puede encontrar en situación de debilidad respecto de las personas con las que vive o de las que depende.

LEY NÚM. 20.680 INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y A OTROS CUERPOS LEGALES, CON EL OBJETO DE PROTEGER LA INTEGRIDAD DEL MENOR EN CASO DE QUE SUS PADRES VIVAN SEPARADOS.

Título Ciudadano de la Ley: Amor de Papá. "Art. 225 Cc. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida.

El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos.

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

Para el establecimiento del régimen de coparentalidad o forma conjunta de tenencia se señala lo siguiente:

"Art. 225 -2. Cc: Se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.

- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo

PUERTO RICO

“La custodia, significa la obligación de ambos progenitores, padre y madre, de ejercer directa y totalmente todos los deberes y funciones que conlleva la crianza de los hijos.

La custodia compartida no requiere que un menor tenga que pernoctar por igual espacio de tiempo en la residencia de ambos progenitores.

El estado de Puerto Rico, conoce los asuntos de familia donde menores se encuentran involucrados, como temas de política pública del Gobierno, quienes se obligan a tomar las medidas necesarias para fomentar las relaciones saludables entre cónyuges y sus hijos, con el propósito de proteger y procurar el “mejor bienestar de los niños”.

Se crea en el año 2011, la Ley Num. 223, “**Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia**”, la cual en su exposición de motivos señala que el Estado garantiza niños felices en el presente y ciudadanos responsables en el futuro; así mismo cabe precisar que también contiene un argumento sumamente, señalando lo siguiente: “deben entenderse las necesidades de la familia divorciada o separada la cual, continúa siendo una

familia que merece la misma atención que la familia constituida” cuya interpretación gira en torno a las necesidades de los niños, quienes al ser parte de esta situación no se les puede afectar sus derechos, que tanto como sus necesidades siguen siendo las mismas en relación a sus padres, puesto que los niños no se divorcian de los padres.

El Tribunal Supremo, manifiesta que al evaluar los casos de custodia, el tema principal que debe orientar a los tribunales, funcionarios sociales y abogados es el “Mejor Bienestar de los Menores”.

Pues consideran que es importante promover un mayor grado de participación y presencia de ambos progenitores en la vida de los niños que son producto de una pareja divorciada o separada.

Así mismo el Tribunal Supremo expresa su posición respecto a los beneficios de la custodia compartida, cuando esta resulta la mejor alternativa para el mejor bienestar del menor, al señalar: “Si el derrotero e intención legislativa es el mejor bienestar de los menores, no vemos fundamento válido alguno para que en la consecución de ese legítimo fin, la patria potestad y custodia no puedan ser compartidas por ambos cónyuges”.

ESPAÑA

Custodia o Guarda, que en la práctica resultarían términos similares a Tenencia; se ha ido instaurando la Custodia Compartida dentro de sus normas legales, como una institución primordial.

Es así que, Aragón fue la primera comunidad en abrir camino a la Custodia Compartida, en mayo de 2010, sus Cortes aprobaron la ***Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.***

En razón, al interés Superior del menor y su importancia, dicho país en su carta magna,

Dispone en los apartados 2º y 3º del artículo 39; en primer lugar, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos e hijas y, en segundo lugar, el deber de los padres de prestar a los hijos y las hijas una completa asistencia en todos los ámbitos Código Civil Español-De las relaciones paterno Filiales A raíz de las diversas reformas legislativas, España, país que por su tradicionalismo y característica de Estado conservador, se logró desvirtuar la creencia de lo que se consideraba, según líneas de (Torres, 2011) que la atribución de los hijos a uno u otro progenitor en los supuestos de nulidad o separación se producía como consecuencia de la conducta de éstos en el matrimonio.

Puesto que la separación era causal, y dicha causa tenía un “responsable”, la consecuencia lógica era reprochar esa mala conducta que se consideraba “causa” de la separación con el castigo de perder la guarda y custodia de los hijos. Pues bien, ello actualmente, no se desarrolla de tal manera, ya que según el último párrafo del referido artículo 156 CC. Establece lo siguiente:

"Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva; Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio"

De lo establecido por el art. 156 CC., a su tenor, parece determinarse que la regla general, utilizada en España, es priorizar la custodia o guarda conjunta, la cual, si no es acordado y/o solicitada por uno de los progenitores, pues el Juez, en su calidad velador de los intereses del menor cuando estos son vulnerados, tiene la plena facultad de atribuir la custodia conjunta distribuyendo sus roles inherentes a su ejercicio.

El artículo 90 Cc. en su nueva redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de Julio, incluye:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos" Para brindar una clara actuación de lo que es ahora España, en dicho contexto, resulta pertinente mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec.18ª) de 20 de febrero de 2007, conforme a la cual:
- b) Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;
- c) Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimientos de lealtad; sentimiento de culpa, sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.,
- d) Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;
- e) Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;

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

EE.UU

En Estados Unidos, consideran a la Tenencia o Custodia Compartida como "Custodia legal conjunta" la cual se entenderá que ambos padres compartirán el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones relativas a la salud, la educación y el bienestar del niño. Así mismo, que por "custodia física conjunta" se entenderá que cada uno de los padres tendrá períodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compartida por los padres de tal forma que se garantice al niño un contacto frecuente. (APFS, 2007)

Existe la presunción, salvo prueba en contrario, de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño, siempre que los padres hayan llegado a un acuerdo de custodia conjunta o así lo acuerden en audiencia pública celebrada para determinar la custodia del niño.

Para el otorgamiento de la Tenencia de menores, la sentencia del Tribunal deberá establecer los derechos y las responsabilidades parentales incluidas de la siguiente manera (APFS, 2007):

- 1) El reparto de derechos y responsabilidades parentales, la compartición de derechos y responsabilidades parentales o la concesión exclusiva de derechos y responsabilidades parentales, en función del mejor interés del niño. Una sentencia de compartición de derechos y responsabilidades parentales podrá incluir la asignación de la atención residencial primaria del niño a uno de los

padres y derechos de contacto al otro padre, o la compartición de la atención residencial primaria del niño a ambos padres.

ITALIA

Dentro de la doctrina y jurisprudencia italiana, se considera la figura del "affidamento" a través de la Ley 54/2006 del 8 de Febrero.

Ante ello, lo concerniente a patria potestad, la "potestà genitoriale" es ejercida de común acuerdo ambos progenitores y, además, su ejercicio no se encuentra supeditado a la vida en común.

Las atribuciones, derechos y obligaciones, deberán ser ejercidas exclusivamente beneficio del o de la menor. El o la juez, en Italia, tiene conferidas las facultadas de actuar en interés del menor, procurando su estabilidad y cuidado, cuando los progenitores no se encuentren en las condiciones necesarias de dar bienestar a sus hijos, el juez dictará una resolución nombrando un tutor, si ello fuera indispensable para el beneficio del menor.

Artículo 316 del Código Civil italiano, la "potestà genitoriale", referente al ejercicio de la misma. Por otro lado en cualquier caso, el progenitor que no ejerce la "potestà genitoriale" conserva el derecho de vigilar la instrucción, educación y condiciones de vida de su hijo e hija, artículo 317 CC.

El segundo párrafo del artículo 317.2 Cc, señala, en caso de separación, divorcio o nulidad, por principio, la "potestà genitoriale" se otorga a ambos progenitores.

Así, las decisiones de mayor relevancia para los hijos e hijas relativas a su instrucción, educación y salud las tomarán ambos, padre y madre, de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos e hijas.

Por otro lado, tenemos, que la normativa italiana exige que el Juez adopte las medidas relativas los menores con "exclusiva referencia al interés moral y material del menor", debiendo establecer a cuál de los progenitores otorga el "affidamento", auxiliándose de los medios de prueba que considere pertinentes, entre ellos la audiencia del o de la menor. (Aramburu, Chato, Martín, & Pérez-Villar, 2007).

FRANCIA

El 27 de febrero de 2001, Ségolène Royal, Ministra Delegada de la Familia y la Infancia del Gobierno francés, presentó, el proyecto "La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias", plasmándose posteriormente en la instauración legal de la custodia compartida (bajo los nombres de "autoridad parental" o "coparentalidad"). Ségolène Royal, citada por (APFS, 2007), que «Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. Ello, teniendo como principio la residencia alterna, que tiene la ventaja de mantener entre ellos la paridad.

"autorité parentale" - autoridad parental término que equivale a patria potestad y la define en el artículo 371.1 Cc.: " como un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar el interés del menor" Es, así que, la legislación francesa, actúa en razón de lo mejor para el desarrollo del menor, teniendo dentro de su marco positivo normas con la siguiente nota característica; artículo 371.1 Cc. en su párrafo segundo dispone:

- Velar por su seguridad.
- Velar por su salud.
- Velar por su moralidad.
- Asegurar su educación, y
- Permitir su desarrollo.

Es decir un ejercicio siempre a favor y beneficio del o la menor.

Código Civil Fránces y Ley 2002-305 Los derechos y obligaciones de los padres en relación a sus hijos, no se extinguen cuando ambos deciden separarse: artículo 371.2 Cc. en el que se establece que: "Cada uno de los padres contribuirá a la manutención y a la educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del hijo"

a) Supuesto de Matrimonio o Convivencia:

El artículo 372 Cc. regula el ejercicio de la "autorité parentale" de forma conjunta entre ambos progenitores, y establece excepciones a su ejercicio (Aramburu, Chato, Martín & PérezVillar, 2007), respecto al tema de filiación.

Es así que, el divorcio de los progenitores o el cese de la convivencia en las parejas, no supone modificación alguna en el ejercicio de la autoridad parental. - artículo 373.2,1º párrafo Cc. Art. 373.2 Cc.- "modalidades en el ejercicio de la Autoridad Parental" estableciendo la exigencia de que: "tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor".

El Código Civil francés regula la "autoridad parental", instaurado por la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002, donde consta el sistema de residencia de los y las menores con sus progenitores, una vez que éstos han finalizado su vida en común.

El Tribunal francés, encargado en los temas de familia, tienen la facultad de confiar el ejercicio de la "autorité parentale" al padre o a la madre en exclusiva, si el interés del o de la menor así lo exigiera –artículo 373.2.1 Cc.-, sin embargo teniendo en cuenta que la regla general, en los supuestos de divorcio o cesación del matrimonio o convivencia es la del ejercicio conjunto de la "autorité parentale", pues la reforma operada a través de la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002 ha intentado mantener el principio de corresponsabilidad por encima del cese de la convivencia o disolución del matrimonio de los progenitores.

Elementos que el Tribunal francés considera al momento que fijas un modelo de residencia para los menores:

- La práctica seguida anteriormente por los progenitores o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad.
- La opinión del y de la menor, regulado en el art. 388.1 Cc. estableciendo el derecho del y de la menor a ser oído.

- La aptitud de cada uno/a de los progenitores para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro/a. - El resultado de los informes periciales.

BÉLGICA

Bélgica, regula la institución de la Autoridad parental responsabilidad parental, "l'autorité parentale" fundamentada en el Código Civil belga art. 373- 375. La responsabilidad parental no difiere según si los progenitores están o no casados, si viven juntos o si existen dos progenitores o sólo uno.

Las responsabilidades parentales deben de ser ejercitadas en interés del menor. La noción "interés del menor" domina todo el Derecho de familia belga y es un principio de orden público. Todas las decisiones que adopte el/la Juzgador/a deben de tomar en consideración, prioritariamente, el interés del y de la menor. (Aramburu, Chato, Martín, & Pérez-Villar, 2007).

Código Civil Belga La regla general es el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental por ambos progenitores. Existe una presunción legal, el artículo 373 párrafo 3º Cc., según la cual cada progenitor actúa con el acuerdo del otro/a cuando uno o una de ellos opera sin la presencia del otro/a.

Concretamente en el párrafo 2º del artículo 374 Cc, se estableció Concretamente en el párrafo 2º del artículo 374 Cc, se estableció la figura de la "residencia igualitaria"- "résidence égalitaire", una de sus principales instituciones, configurándose como regla general el ejercicio conjunto de la "autoridad parental", en la que los progenitores deberán consensuar el lugar de residencia de los y las menores; el acuerdo será homologado por el Tribunal, salvo si es manifiestamente contrario al interés de los hijos e hijas.

CONCLUSIONES

1.- En el Perú, si es aplicable la tenencia compartida o coparentalidad, radicando como un deber fundamental de Estado, la protección del Interés Superior del niño, niña o adolescente durante todo un proceso o procedimiento, que involucre a éste, de esta manera, en cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

2.- La ley especial prima sobre la general, entonces, desde este ángulo normativo, la Tenencia Compartida, debe tener un estatus jurídico más complejo en nuestro país.

Para lo cual la coparentalidad, tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente en casos de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio.

De esta manera los padres deben priorizar a los hijos, en un ejercicio de coparentalidad responsable, más allá de sus propios estados emocionales hacia la ex-pareja.

Es importante decir, que de no existir un acuerdo por parte de los padres o si este acuerdo resulta perjudicial para el niño o niña, la tenencia la resolverá el Juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida.

Para ello, cuando se emita una resolución judicial, debidamente motivada y respetando las garantías mínimas de un debido proceso, sobre la tenencia compartida, es necesario que se fije un régimen de visitas a favor del padre o madre que no se encuentre al cuidado de la niña en dicho período; de esta forma, se persigue estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones.

3.- El derecho del niño, es no ser separado de una familia, lugar primordial donde se deben satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente de los niños y niñas, constituyendo la relación paterna filial, un elemento fundamental para el normal desarrollo de los niños en el Perú y el mundo.

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

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

RECOMENDACIONES

Se recomienda a los jueces especializados en materia de familia aplicar la tenencia compartida no como alternativa sino como regla general, ya que implicaría contribuir a relacionar aspectos socio jurídicos con la adecuada aplicación de los criterios y correcta discrecionalidad del juez, se llegue a sostener la familia rota, para que padre y madre puedan coparticipar parentalmente, en consideración a los hijos, quienes tienen el derecho a la afectividad imperecedera y al rol socializador suministrado por su dos figuras parentales.

Contextualmente, la propuesta por el modelo de tenencia compartida cimienta, en que permite el sostenimiento del lazo paterno-filial, la obligación económica dual, la reducción del alejamiento paternal, la disminución de la sobrecarga de la maternidad y la separabilidad entre parentalidad y conyugalidad.

El Principio del Interés Superior del Niño , comprende, según diversos estudios, que dispone de mecanismos más efectivos de protección de los derechos de los niños, en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos, por tanto los jueces especializados en Familia, deberán aplicar su correcta discrecionalidad, en la medida de integrar factores con el objetivo de otorgar la Tenencia de menores, en razón de reconocer que los niños pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres, que comprenden su desarrollo integral difiriendo de su edad.

Se recomienda que su en su mayoría, las materias familiares son de competencia de jueces “especializados”, pues estos deben mantenerse en constantes capacitaciones, con profesionales expertos en asuntos y trastornos familiares producto de separaciones de parejas en donde se encuentre de por medio un niño, resultando ser un objeto de disputa en medio de la relación familiar que se viene resquebrajando, dichas capacitaciones deberán comprender estudios actualizados en temas de derecho de familia en razón a las diversas manifestaciones sociales que afrontamos, donde el costumbrismo como fuente del

derecho, aplicándolo a temas concernientes a relaciones familiares o parentales, resultan insuficiente, ya que hoy en día la familia como núcleo de la sociedad, y como tal responde a los constantes cambios de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

1. Aguilar Llanos, B. J. (1993). Derecho de Familia. Lima: PUCP.
2. Beltran, M. (1994). Cinco Vías de acceso a la realidad Social. Madrid: Aliana.
3. Correa, M. (2013). El interes superior del niño chileno. Viva Chile, 5.
4. Cuculiza, L. (2007). Propuesta Legistaltiva. Ley de Tenencia compartida, Transcripcion del debate comision de la mujer y desarrollo social., 1-19.
5. Echeverria Guevarra, K. L. (2011). La Guardia y Custodia compartida de los hijos. (2. GRIN Verlag, Ed.) Lima: Gaceta Juridica.
6. Hinostroza Mínguez, A. (2006). Procesos Civiles Relacionados con la Propiedad y la Posesión. Lima: Gaceta Juridica.
7. HOLLWECK, M. /. (2001). "Importante Precedente que acepta el regimen de tenencia como alternativa frente a determinadas conflictos familiares".
8. Hollweck, M. (2001). "Importante Precedente que acepta el regimen de tenencia como alternativa frente a determinadas conflictos familiares". Buenos aires: Rubinzal Culzoni.
9. Ibañez, V. (2004). El laberinto de la custodia compartida. Boletin de derecho de familia, 40 y 41.
10. Lloveras, N. (1994). Enciclopedia de Derecho de Familia. Buenos Aires: Gaceta Juridica.
11. Ortega, I. (2002). El interes superior del niño en las situaciones de crisis familiar, una perpestiva comparada en el ambito de la union europea. Madrid.
12. Perez, M. (2006). "Padres que asumen la custodia de sus hijos en ausencia de la figura materna: Miradas Y Retos". Pinar del Río, Cuba: La Habana, cientifica tecnica.

13. Placido, A. (5 de Diciembre de 2008). Blog de Alex Placido. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/12/05/el-derecho-a-cuidar-y-ser-cuidado-la-coparentalidad-o-tenencia-compartida/>
14. Rabelo, S. M. (1999). Definición de la Tenencia o Custodia Compartida. Brasil: Consultoría Jurídica.
15. Rodríguez, T. (2008). Custodia Compartida : Una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia. REVISTA TRIMESTRAL LATINOAMERICANA Y CARIBEÑA DE DESARROLLO SUSTENTABLE, 2/4.
16. Sánchez, I. f. (2002). Especial problemática de los supuestos de separación de los padres. España: Astigi Sevilla.
17. Steffen. (2003). Coparentalidad post-separación conyugal un paradigma familiar de tuición compartida chileno. Chile.
18. Steffen, G. (Mayo de 2003). Coparentalidad post-separación conyugal: un paradigma de tuición compartida chileno. Obtenido de APASE - Associação de Pais e Mães Separados: <http://www.apase.org.br/70002-coparentalidade.htm>
19. Varsi Rospigliosi, E. (2004). Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Lima: Grijley .

**A
N
E
X
O
S**

ANALISIS DEL EXPEDIENTE

- EXPEDIENTE JUDICIAL N° 00159-2014-0-1301-JR-FC-01
- MATERIA: RECONOCIMIENTO DE TENENCIA DE MENOR
- SUMILLA: RECONOCIMIENTO DE DERECHO A LA CUSTODIA Y TENENCIA DEL MENOR

SUJETOS PROCESALES

- DEMANDANTE: CARRANZA SUAREZ, JESUS ALBERTO
- DEMANDADO: ORTIZ RODRIGUEZ, VILMA FELICITAS

ANALISIS DEL EXPEDIENTE JUDICIAL

N°00159-2014-0-1301-JR-FC-01

F. inicio: 06/03/2014

JUZGADO DE FAMILIA – Sede Central de Barranca

1.- Mediante escrito N.º 1566-2015 presentado el demandante Jesús Alberto Carranza Suarez que interpone demanda de Reconocimiento de Tenencia y Custodia de su menor hijo Amir Jesús Carranza Ortiz, de 03 años de edad y la dirige contra Vilma Felisitas Ortiz Rodríguez, fundando su pretensión en que la con la demandada mantuvo una relación extramatrimonial, producto de la procrearon a su vástago antes mencionado, nacido el 01 de marzo del año 2012, desde que se unieron y decidieron convivir en el centro poblado El milagro del Distrito de Pativilca (casa de su madre), no se comprendían por incompatibilidad de caracteres y celos innecesarios, llegando al extremo de discutir fuertemente, siendo que su madre opto que se fueran de la casa, posteriormente intentaron convivir por el bienestar de su hijo, pero la demandada no cambiaba de actitud, haciéndole reclamos innecesarios en la calle o en el lugar donde se encontraban, es por ello que con fecha 30 de abril del año 2012, realizo una denuncia por abandono del hogar, indicando que la demandada se ha ido con su menor hijo, y llevándose algunos enseres del hogar, desconociendo su paradero, posteriormente la demandada le dio un poder a sus hermana Emma Valeria Carranza Suarez, para que pueda hacerse cargo de su hijo, indicando que iba a viajar al país de argentina, sin pensar en la edad de su hijo que tan solo tenía 02 meses de edad, demostrando desamor hacia su hijo posteriormente solicito una constatación policial sobre la presencia física de su menor hijo , donde se pudo comprobar que estaba viviendo con el recurrente, habiéndolo abandonado la

demandada a su suerte, posteriormente a pedido de la demandada retoman su relación por el bienestar de su hijo pero continuaban los maltratos Psicológicos, separándose para que su hijo no viera las discusiones y pleitos, que la demandada cuando se le da la gana deja a su hijo al cuidado de sus hermanas u otras personas, lo descuida en su salud y vestimenta, que cuando esta de mal humor viene a su domicilio dejándolo a su hijo, sin ropas, sin tarjeta de vacunación, biberones entre otros, teniendo que comprarlo de nuevo, pasados 15 días retorna a su domicilio y pretende llevarse a su hijo y para no discutir acepta que se lo lleve, y antes de ello le solicita dinero , siendo el caso que el 28 de febrero del año 2014, a eso de las diez de la mañana lo fue a buscar en su domicilio, acompañada de su hermana menor Elena, y al no ubicarlo fue a su centro laboral (Centro Poblado Pampa San José), en el paradero, donde le dio a su hijo para que lo crie, ello en presencia de las personas Nelly Paredes de Ventocilla, Peregrina Licito Vega y Armando Gonzales Vega, dejando en desamparo económico y legal a su menor hijo, recurriendo a la vía judicial para demandarla por alimentos que se encuentra en trámite (Exp. N° 179-2014), teniendo en su custodia a su vástago, solicita que se ampare su demanda, mediante resolución numero uno, se admite la demanda en la vía del proceso único civil, corriéndose traslado a la parte demandada por el plazo de cinco días, quien al no haber contestado la demanda, se le declaro rebelde y se señalo fecha y hora para la audiencia única, la misma que se lleva a cabo, conforme el acta a su propósito , saneándose el proceso, fijándose los puntos controvertidos así como la actuación de medios probatorios de oficio; obra el informe social realizado en el domicilio del demandante , obra el informe social realizado a la demandada.

Mediante Escrito N° 1990-2014 de fecha veintitrés de Julio del año 2014 la demandada Ortiz Rodríguez Vilma Felisitas , solicito declarar la Nulidad de la Resolución N° 02, así como la Audiencia Única, llevada a cabo sin mi presencia, debiendo retrotraerse la causa hasta el auto admisorio de la demandada, debiendo notificarse válidamente a mi domicilio señalado a fin de que mi persona tome conocimiento de la misma y pueda defenderme legítimamente pues asimismo refiere que el demandado viene actuando de mala fe en el presente

proceso, toda vez que es de su pleno conocimiento que mi persona solo ha domiciliado transitoriamente en la dirección consignada como Jirón Castilla N° 465- Barranca, por ello mi persona no ha tenido conocimiento pleno de la interposición de la demanda, más aun si dicho domicilio es también un cuarto arrendado por un familiar siendo una quinta donde hay diversos cuartos arrendados y al verse según reporte de la central de notificación, esta ha sido dejada bajo puerta de este ha podido ser tomada por cualquiera de los inquilinos toda vez que el demandado no ha cumplido con precisar la vivienda exacta en la cual debería haber sido dejada la notificación, vulnerando mi derecho de defensa, no pudiendo de forma oportuna tomar conocimiento de la presente demanda pues es a través de la visita domiciliaria de la Asistente Social que me hicieron de conocimiento de este hecho motivo por el cual me hice presente ante dicha persona a fin de hacerle de conocimiento mi situación, asimismo demandado ha interpuesto la demanda de Reconocimiento de Tenencia ante su despacho, así como una demanda de alimentos en mi contra ante el Juzgado de Paz Letrado de Barranca (Exp. 179-2014), el demandado no ha señalado que la tenencia de hecho de nuestro menor hijo la ha tenido siempre mi persona y que el demandado aprovechándose de la confianza de mi parte y que nunca le eh negado ver a nuestro menor hijo es que se ha tomado las fotos para luego sorprender a ambos despachos judiciales, señalando que tiene bajo cuidado y tenencia de hecho a nuestro menor hijo; Es así que se puede observar en el reporte judicial que la demanda de alimentos correspondientes (exp.179-2014), ante el juzgado de paz letrado, mediante resolución N° 03 ha concluido ordenando su archivamiento definitivo, toda vez que las partes no se hicieron presentes; de la misma forma hago de su conocimiento que quien ha instaurado una demanda de alimentos en contra del demandante es la recurrente, la misma que se está tramitando ante el Juzgado de Paz Letrado de Barranca, (Exp. 364-2014), estando el demandado válidamente notificado; es por ello señor Juez que al haber el demandante formulado demanda de Reconocimiento de Tenencia, sin que la tenga de hecho de nuestro menor hijo, no sería amparable su pedido; mediante resolución N° 05 se le corre traslado a la parte demandante por el lapso de tres días.

Mediante escrito de fecha once de agosto del 2014; absuelve el traslado conferido que mediante Resolución N° 05 con fecha 31 de julio del 2014 me confieren la nulidad presentada por la demandada y por el cual absuelvo lo conferido; que es materia de absolución el fundamento primero de la solicitud de nulidad formulada, por cuanto es falso, que el suscrito esté actuando de mala fe, ya que su propia afirmación conlleva a que efectivamente la accionada ha vivido y sigue viviendo en la dirección señalada en mi demanda, sino que mediante la abogada pretende dilatar el proceso; que, es materia de absolución el fundamento segundo y tercero de la solicitud de nulidad formulada, en la cual no hace más que demostrar que la demandada tiene y tenía pleno conocimiento del presente proceso, ya que recibió al mismo domicilio a la Asistente Social, por lo que su argumentación carece de toda veracidad, ya que sus propias afirmaciones conllevan a que el domicilio sito en Jr. Castilla 465, distrito de Barranca es su dirección domiciliaria; pues también es así materia de absolución el fundamento cuarto de la solicitud por nulidad formulada, en la cual se deberá declarar INFUNDADA, en virtud a los argumentos esgrimidos en los puntos antecidos y más aún, cuando la dirección domiciliaria en donde se notificó la demanda y el auto admisorio y todas las notificaciones se encuentran inscrito ante la RENIEC, por lo que cualquier cambio de domicilio, tiene que realizar el cambio en dicha institución, en consecuencia deberá declarar infundada la nulidad presentada; obras el protocolo mediante resolución N° 07 de Pericia Psicológica N° 002314-2014-PSC, correspondiente al demandante CARRANZA SUAREZ, JESUS ALBERTO, remitido por el Instituto de Medicina legal del Ministerio Publico de Barranca así mismo obra el protocolo mediante resolución N° 08 de Pericia Psicológica N° 285-2014-PS-JHS-REPS correspondiente a la demandada ORTIZ RODRIGUEZ, VILMA FELICITAS que antecede remitido por el psicólogo Roger Pasquel Santillán, adscrito al Juzgado de Familia de Barranca; mediante resolución N.º 13 , se resuelve declarar fundada la Nulidad del notificación de la demanda, y sobre cartándose se ordena notificarse correctamente a esta parte procesal por el cual contesta la demanda mediante escrito N° 1810-2015 de fecha siete de mayo del 2015, la demandada Vilma Felicitas Ortiz Rodríguez, solicita que se declare infundada, alegando en su

defensa que es que el demandante una persona totalmente agresiva, con quien no se puede tener ningún tipo de dialogo, impulsivo, viéndose obligada a alejarse del mismo, a quien le agradecía física y verbalmente, con amenazas de quitarle a su menor hijo si se alejaba de su lado y no la dejaría vivir tranquila, lo cual hasta la fecha viene sucediendo, ante tanto maltrato se vio en la necesidad de huir, incluso fuera del país, debido a sus constantes amenazas, no teniendo a quien acudir, y estando totalmente desprotegida, dejo a su menor hijo, llegando al extremo de encerrarlos bajo llave cada vez que salía de la casa, o llevarla a su chacra para torturarla, amenazándola con el arma de que el portaba, haciendo que viva atemorizada, denunciándolo por secuestro ante la fiscalía penal de Barranca (Caso N°663-2011), lo cual fue archivado por que su persona ante sus amenazas se retractó del hecho; luego de ello la recurrente jamás se ha alejado de su menor hijo, pero si se vio en la necesidad de separarse definitivamente del demandante con fecha 22 de febrero del año 2014, teniendo que variar de domicilio en varias ocasiones, así como también su número telefónico, ya que le amenazaba constantemente con hacerle daño y quitarle a su menor hijo, quien de forma maliciosa ha interpuesto la presente demanda, alegando haber tenido en su poder a su menor hijo, lo cual resulta ser falso de la misma forma le interpuso demanda de alimentos ante el Juzgado de Paz Letrado itinerante de Barranca (Exp. N° 795-2015), que está a portas de expedirse sentencia, que la única finalidad del presente proceso es mantenerla a su lado, utilizando para ella a su menor hijo, por otro lado, refiere que el demandante se llevó a su hijo el día 11 de agosto del año 2011; mientras ella se encontraba paseando por inmediaciones de Mega Plaza de Barranca, apareciendo en forma intempestiva en moto taxi, arrebatándole de sus manos, llevándose a su hijo, ello lo utiliza como chantaje pidiéndole que vuelva con el demandante, y ante su negativa, se desquito con su hijo, a quien lo trataba en forma violenta, teniéndolo descuidado, por lo que el menor le fue entregado por su propio familiar, recuperando a su hijo después de un mes (08 de setiembre del año 2014), y al percátese que su hijo había sido maltratado por su padre lo denunció ante la Comisaria PNP de barranca, siendo evaluado, practicándose el reconocimiento médico N° 002479-VFL, en el cual se puede apreciar que el

menor presenta lesiones traumáticas recientes, ocasionadas con agente duro flexible, por ello ante el Juzgado de familia se viene ventilando una denuncia por maltrato contra el demandante (Exp.Nº 69-2015), que el demandante nunca ha tenido la tenencia de su menor hijo, tal como lo puede acreditar con la constatación policial que se realiza en su domicilio en el Distrito de Pativilca, donde se encontraron las pertenencias de su hijo, también se puede apreciar el carnet integral de salud, que su hijo fue atendido el 08 de marzo del año 2014, alegando que tenía bajo su cuidado a su menor hijo desde años atrás, pero como se puede verificar en el indicado carnet de control, que es su persona quien lo ha llevado en forma constante a sus respectivos controles, incluso 02 días después interpuse la demanda, probando con ello la mala fe del demandante, pretendiendo sorprender al Juzgado, de la misma forma su persona ha matriculado a su menor hijo en el Centro Educativo Inicial 322- Independencia- Barranca, donde viene cursando sus estudios iniciales, siendo que el demandante no se encuentra al día con el pago de sus obligaciones alimentarias, no teniendo la facultad para iniciar la presente acción judicial; asimismo también formula reconvenición solicitando el reconocimiento de la tenencia y custodia de su menor hijo Amir Jesús Carranza Ortiz, conforme a los fundamentos de hecho y derecho que se expone; mediante resolución N.º 17 se le tiene por contestada la demanda y por admitirla la reconvenición, corriéndose traslado por cinco días a la parte demandante ; quien la absuelve pero no firma en forma personal el indicando escrito, mediante resolución N.º 18 se le tiene por absuelta la reconvenición y se señala fecha y hora para la audiencia única la misma que se lleva a cabo saneándose el proceso, fijándose los puntos controvertidos , ordenándose la actuación de los medios probatorios de oficio, pues es así que se lleva a cabo la audiencia complementaria, escuchando los alegatos, se ordena la remisión de los autos a la Vista Fiscal, quien emite su dictamen fiscal opinando que la demanda de reconocimiento de tenencia interpuesta por Jesús Alberto Carranza Suarez sea declarada Infundada y Fundada la reconvenición planteada por la demandada Vilma Felisitas Ortiz Rodriguez, devuelto a la fiscalía, mediante resolución N.º 22, en la cual se ordena dejar en autos en Despacho para emitir Sentencia:

SENTENCIA**RESOLUCION N° 24**

Barranca, veinte de octubre del año dos mil quince

El señor Juez del Juzgado de familia de la Provincia de Barranca, de conformidad con lo dictaminado por la representante del Ministerio Público en su dictamen fiscal, impartiendo justicia a Nombre de la Nación: RESUELVE: declara INFUNDADA la demanda de Reconocimiento de Tenencia y Custodia, interpuesta por **JESUS ALBERTO CARRANZA SUAREZ** contra **VILMA FELISITAS ORTIZ RODRIGUEZ**, sobre reconocimiento de tenencia y custodia, contra JESUS ALBERTO CARRANZA SUAREZ, en consecuencia, RECONOZCASE la tenencia y custodia de hecho que viene ejerciendo la demandada Vilma Felicitas Ortiz Rodríguez, de su menor hijo Amir Jesús Carranza Ortiz, quien debe seguir permaneciendo bajo el cuidado y atención de su señora madre; ESTABLEZCASE un régimen de visitas a favor del padre del menor, don JESUS ALBERTO CARRANZA SUAREZ, para que pueda visitar a su menor hijo los días sábados y domingos desde las Diez de la mañana, hasta las cinco de la tarde, con externamiento, pudiendo recogerla del domicilio materno y retomarla a la hora señalada, con supervisión de la demandada u otro familiar que designe para el efecto, la cual se suspenderá el día de la madre y cuando corresponda al cumpleaños de la madre cuando ello ocurra (sábado y domingos); debiendo la demandada y/o familiares prestar las facilidades del caso al demandante, así como de este, no generar situaciones de conflicto; bajo apercibimiento de imponérseles multa compulsiva de 01 URP por cada incumplimiento (de ambas partes); sin perjuicio de variarse la tenencia vía de acción o suspenderse el régimen de visitas establecido; según la gravedad que el caso pueda ameritar; EXHORTANDOSE al demandante cumplir con sus deberes alimentarios a favor de su menor hijo; así como no incurrir en acto de retención indebida del menor; bajo apercibimiento de suspenderse el régimen de visitas concedido; consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia ; CUMPLASE y ARCHIVESE en la forma y modo de ley ; con costas y costos del proceso, mediante resolución N.º 25

el abogado de la parte demandante Carranza Suarez, Jesús Alberto, interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha veinte de octubre del presente año; pero no adjunta arancel judicial por apelación de sentencia; cédulas de notificación; pues saneado la observación mediante resolución N.º 26 Se resuelve conceder apelación de sentencia interpuesta por el demandante, con efecto suspensivo, debiendo el secretario de la causa elevar el expediente al superior en grado a la mayor brevedad; mediante resolución N.º 30 según Señor Fiscal Adjunto Superior de la fiscalía superior civil que al final suscribe; opina: Se declare infundado el recurso de apelación; en consecuencia se confirme la sentencia en todos sus extremos.

RESOLUCION N.º 31

Vistos sin informe oral y con el Dictamen N° 456-2016-MP-FN-FSCH, emitida por el fiscal superior en lo civil de Huaura, obrante de fojas 324-327, que opina se confirme la sentencia en todos sus extremos, y **CONSIDERANDO:**

I.-Resolución Apelada

Viene en grado de apelación la sentencia emitida mediante resolución número 24 de fecha 25 de octubre del 2015 que obra de folios 282 a 291 que declara INFUNDADA la demanda de Reconocimiento de Tenencia y Custodia, interpuesta por **JESUS ALBERTO CARRANZA SUAREZ contra VILMA FELICITAS ORTIZ RODRIGUEZ**, sobre reconocimiento de tenencia y custodia, contra JESUS ALBERTO CARRANZA SUAREZ, en consecuencia, RECONOZCASE la tenencia y custodia de hecho que viene ejerciendo la demandada Vilma Felicitas Ortiz Rodríguez, de su menor hijo Amir Jesús Carranza Ortiz, quien debe seguir permaneciendo bajo el cuidado y atención de su señora madre; ESTABLEZCASE un régimen de visitas a favor del padre del menor, don JESUS ALBERTO CARRANZA SUAREZ, para que pueda visitar a su menor hijo los días sábados y domingos desde las Diez de la mañana, hasta las cinco de la tarde, con externamiento, pudiendo recogerla del domicilio materno y retomarla a la hora señalada, con supervisión de la demandada u otro familiar que designe para el

efecto, la cual se suspenderá el día de la madre y cuando corresponda al cumpleaños de la madre cuando ello ocurra (sábado y domingos); debiendo la demandada y/o familiares prestar las facilidades del caso al demandante, así como de este, no generar situaciones de conflicto; bajo apercibimiento de imponérseles multa compulsiva de 01 URP por cada incumplimiento (de ambas partes); sin perjuicio de variarse la tenencia vía de acción o suspenderse el régimen de visitas establecido; según la gravedad que el caso pueda ameritar; EXHORTÁNDOSE al demandante cumplir con sus deberes alimentarios a favor de su menor hijo; así como no incurrir en acto de retención indebida del menor; bajo apercibimiento de suspenderse el régimen de visitas concedido;

II.- FUNDAMENTOS DE LA APELACION

2.1 Fluye de autos que don Jesús Alberto Carranza Suarez, interpone recurso de apelación contra la citada sentencia mediante escrito de fecha de recepción 07 de diciembre del 2015, fojas 294 a 296, sosteniendo lo siguiente: **a)** debe declararse la nulidad de la sentencia en virtud a que se ha tomado en cuenta un proceso de violencia familiar que no ha sido admitido como medio probatorio, ni medios probatorios extemporáneo, ni prueba de oficio, pues en el fundamento noveno menciona un proceso de una supuesta violencia familiar en cual no ha sido admitido como medio probatorio, ni mucho menos se le ha otorgado la defensa respectiva para ejercer su derecho, ya que nunca existió esa violencia en agravio a su hijo, sin embargo, ella si lo abandono cuando tenía dos meses edad, **b)** la demandada tiene antecedente por violencia familiar con menor hija de otro compromiso, en la cual actualmente dicha menor se encuentra con su padre biológico, porque no está en la capacidad para cuidarla; **c)** el recurrente cuenta con los servicios dentro del inmueble; tal como ha señalado la asistente social y que sería redundar en lo mismo, en cambio la demandada no tiene hogar constituido con un bien donde su hijo pueda residir tranquilamente no tiene los servicios mínimos para que su hijo tenga una calidad de vida digna **d)** En la sentencia se ha obviado en analizar todos los medios probatorios en su conjunto, al obviar en señalar respecto a sus testigos y documentos, si le causan convicción

o no e) En el caso de que confirme la sentencia, el régimen de visita deberá ser con externamiento, sin acompañamiento alguno, en virtud a evitar algún perjuicio en agravio del mismo, comprometiéndose en llevarlo a su domicilio.

IV.-ANTECEDENTES:

4.1 Que, en el presente proceso don Jesús Alberto Carranza Suarez solicita tutela jurisdiccional respecto del derecho a la custodia y tenencia de menor hijo Amir Jesús Carranza Ortiz, por motivo que la demandada Vilma Felicitas Ortiz Rodríguez hizo abandono de hogar llevándose a su hijo, para luego mediante una carta poder hacerle entrega del menor a su hermana Enma Valeria Carranza Suarez porque iba a viajar a argentina, demostrando con ello el desamor por su vástago.

V.- FUNDAMENTO DE LA DECISION

5.5.- Que, el recurrente sostiene que el Juez A quo ha tomado en cuenta para resolver un proceso de violencia familiar que no ha sido admitido como medio probatorio, ni es un medio probatorio extemporáneo, ni prueba de oficio, al respecto, advertimos que de la contestación de la demanda y reconvención, la demandada Ortiz Rodríguez ha ofrecido medios probatorios la copia de la denuncia y auto admisorio recaídos en el Expediente N°69-2015-0-1301-JR-FC-01, sobre violencia familiar , seguido contra el demandante Carranza Ortiz, contra su menor hijo Amir Jesús Carranza Ortiz, además de la denuncia verbal, sobre el hecho de violencia física ocurrido el 08 de setiembre del 2014 y el certificado médico legal N° 002479-VFL en el que se concluye que el menor presenta signos de lesiones traumáticas recientes, los que obran de folios 160 a 168. Mediante Resolución N° 17, de fecha 14 de mayo del 2015, folios 199, se tiene por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios.

5.6.- Así también, mediante escrito de fecha 11 de setiembre del 2015, fojas 262 a 272, la demandada solicita se declara fundada la reconvención peticionada, así como adjunta también copia de la sentencia de violencia familiar, documentos que el Juez A quo determino que se tengan presente al momento de sentenciar, como

obra la resolución N° 23, de fecha 15 de setiembre del 2015, de fojas 273. En cuanto a la valoración de dicha sentencia, tenemos que en primer lugar, se han admitido los medios de prueba ofrecidos por la demandada, en este caso sobre violencia familiar en la modalidad de maltrato físico en agravio del menor Amir Jesús Carranza Ortiz, ejercido por su padre, el recurrente, documentos que han sido valorados por el Juez A quo al sustentar la sentencia, así como se ha tenido conocimiento a título ilustrado de aquel proceso a la sentencia recaída, cuya existencia es cierta porque fueron adjuntadas algunas piezas procesales; tanto más que no ha sido tomado en cuenta que en aquel proceso se le prohíbe al padre visitar al hijo, en cambio en este proceso se estableció una situación ponderada, al acceder a un régimen de visitas, más porque este forma parte de los derechos del niño.

5.7.- Que, si bien es cierto el demandante también ha presentado documentos respecto a que la demandada ha tenido antecedentes por violencia familiar con menor hija de otro compromiso, porque no está capacitada para cuidarla, documentos que obran a fojas 68 a 70 y 79 a 83, dictándose medidas de protección a la menor hija de la demandante, prohibiéndole a la demandada todo acto de violencia física y la suspensión del régimen de visitas, sin embargo, es un proceso aparte, no se está dilucidando violencia contra el menor agraviado, más aun que conforme a las pruebas recaídas en este proceso existe el informe social N° 083-2014-CSJHA-PJ-BARRANCA que obra a folios 43 a 44, que si bien se indica que la demandada vive en una casa alquilada, pero esta cuenta con los servicios básicos, lugar donde se encuentra las cosas personales del menor y también se encontró al propio menor con su madre, asimismo, del protocolo de pericia Psicológica N° 285-2014-PS-JPH-REPS, que obra a folios 121 a 123 se concluye que es una persona que conserva sus funciones mentales y aparente inteligencia promedio, se encuentra tranquila y con estabilidad emocional, tiene un adecuado desempeño, se orienta apropiadamente, percibe con objetividad el mundo y muestra un comportamiento ajustado a la realidad, además identifica las situaciones de amenaza y establece sus defensas, denotando autoeficacia apropiada, es calmada, cuidadosa y precavida, asimismo, se evidencia que existe

vinculación afectiva con su hijo, tiene los recursos personales y la motivación para seguir asumiendo el cuidado y la atención de las necesidades del niño, conserva sus funciones cognitivas y estabilidad emocional, a lo contrario del demandante que en el Protocolo de Pericia Psicológica N° 002314-2014-PSC que obra a folios 160 a 168, y que fueron admitidos como medios probatorios.

5.8.- Sobre el régimen de visitas con externamiento y sin supervisión por parte de la madre o de un familiar que ella misma designe, no sería lo más adecuado para el niño quien pasa la mayor parte con su madre, así también es un paso para que los padres conversen y traten de mejorar sus relaciones como tal en beneficio de su hijo.

5.9.- En ese aspecto, Juez A quo ha procedido acertadamente establecido el externamiento con supervisión de la madre o persona a quien designe, así como ha señalado los días y el horario correspondiente (sábados y domingos desde las 10:00 am hasta las 5:00 pm).

5.10.- El Juez A quo ha tomado en cuenta los medios probatorios revelantes, habiéndolos analizado y decidido lo más adecuado para el menor, en atención al interés superior del niño; por lo antes expuesto, se debe de confirmar la sentencia venida en grado de fecha 20 de octubre del año 2015.

IV.- DECISION

Por estos fundamentos y conforme a la atribución que confiere el último párrafo del artículo 11° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huaura, **HA RESUELTO**

I.- CONFIRMAR, la sentencia emitida mediante resolución número 24 de fecha 20 de octubre del 2015, que obra de folios 282 a 291, que declara **INFUNDADA** la demanda de Reconocimiento de Tenencia y Custodia, interpuesta por **JESUS ALBERTO CARRANZA SUAREZ**, contra **VILMA FELISITAS ORTIZ RODRIGUEZ**, y **FUNDADA** la reconvención planteada por la demanda **VILMA FELISITAS ORTIZ RODRIGUEZ**, sobre Reconocimiento de Tenencia y Custodia

contra **JESUS ALBERTO CARRANZA SUAREZ**; en consecuencia **RECONOZCASE** la tenencia y custodia de hecho que viene ejerciendo la demandada Vilma Felisitas Ortiz Rodríguez, de su menor hijo Amir Jesús Carranza Ortiz, quien debe seguir permaneciendo bajo el cuidado y atención de su señora madre; **ESTABLEZCASE** un régimen de visitas a favor del padre del menor, don JESUS ALBERTO CARRANZA SUAREZ, para que pueda visitar a su menor hijo los días Sábados y Domingos desde las diez de la mañana, hasta las cinco de la tarde, con externamiento, pudiendo recogerla del domicilio materno y retornarlo a la hora señalada, con supervisión de la demanda y/o familiares prestar las facilidades del caso del demandante, así como este, no generar situaciones de conflicto; bajo apercibimiento de imponérselas multa compulsiva de 01 URP por cada incumplimiento (de ambas partes); sin perjuicio de variarse la tenencia via de acción o suspenderse el régimen de visitas establecido, según la gravedad que el caso pueda ameritar. **EXHORTANDOSE** al demandante cumplir con sus deberes alimentarios a favor de su menor hijo; así como no incurrir en acto de retención indebida del menor bajo apercibimiento de suspenderse el régimen de visitas concedido.