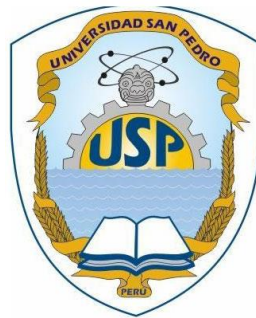


UNIVERSIDAD SAN PEDRO

VICERRECTORADO ACADÉMICO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



LA TENENCIA DEL HIJO DE EDAD ANTE LA SEPARACION DE LOS PADRES.

AUTOR: COSME LOZANO YNA LISBETH

ASESOR: BEJARANO LUJAN PATRICIA

CHIMBOTE - PERU

2018

HOJA EN BLANCO

PALABRAS CLAVES

Tema	Tenencia de menor
Especialidad	Familia

KEYWORDS

Theme	Minor tenure
Specialty	Family

Línea de investigación

Derecho

DEDICATORIA

A mi Madre

XXXXXX la mujer que ha sido y seguirá siendo mi fuente de inspiración y ejemplo de lucha incansable, para el logro de mis objetivos. A ti madre, no solo te debo la vida, sino también, la sabiduría en tus consejos, que han sido mi luz, en el norte de mi destino.

A mi hija

XXXXXX

AGRADECIMIENTO

A mis padres

XXXXXXXXXX, por su amor y apoyo incondicional, la misma que me ha permitido lograr una etapa importante de mi vida, ser profesional.

A mis Abuelos, hermanos y familia.

RESUMEN

La presente monografía aborda el tema de tenencia de menor, estipulado en el Capítulo II del Código del Niño y Adolescente vigente. En efecto, es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre, quien generalmente ejerce una guarda de hecho desde la ruptura de la pareja. Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación y cuidado y salud de los hijos.

Cabe precisar, que la tenencia de menores se desarrolla en principios que inspiran nuestro ordenamiento (como el de interés superior del niño) y derechos de los menores de edad (como tener una familia y no ser separados de ella, y crecer en un ambiente afectuoso y seguro), reconocidos tanto en normas nacionales como en tratados internacionales, que imponen obligaciones al Estado peruano respecto al ambiente y las condiciones en que deben crecer los menores de edad.

El presente caso, se trata del proceso de Tenencia, que según los medios de prueba y argumentos, concluyeron en Declarar fundada la demanda de tenencia de la menor Bell Rosario Sánchez Reyes a favor de la demandante Sonia Bibiana Reyes Sánchez. Resolución que fue confirmada en segunda instancia.

Palabra clave: Tenencia, interés superior del niño

ABSTRACT

This monograph deals with the issue of child custody, stipulated in Chapter II of the Child and Adolescent Code in force. In effect, it is usual that before the separation of the parents, the minor children stay together with the mother, who generally exercises a de facto custody since the breakup of the couple. This is based on the fact that the woman is the one who, traditionally, has stayed longer in the home, has been in charge of the domestic tasks and those corresponding to the education and care and health of the children.

It should be noted that the possession of minors is developed in principles that inspire our order (such as the best interest of the child) and rights of minors (such as having a family and not be separated from it, and grow in an affectionate environment). and insurance), recognized both in national norms and in international treaties, which impose obligations on the Peruvian State regarding the environment and the conditions in which minors must grow.

The present case is about the Tenancy process, which according to the means of proof and arguments, concluded in Declaring the Tendency of the Tenure of the Minor Bell Rosario Sánchez Reyes in favor of the plaintiff Sonia Bibiana Reyes Sánchez. Resolution that was confirmed in second instance.

Keyword: Tenure, higher interest of the child

PRESENTACION

La tenencia, en un sentido genérico, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad paternal, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema permite, por un lado, conservar en ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial. Por otro, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias conyugales.

Dentro de las ventajas que posee el régimen de la tenencia, pueden citarse las siguientes: i) permite la participación activa de ambos progenitores en la crianza de los hijos; ii) la equiparación de aquellos en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza; iii) el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno; iv) la comunicación permanente entre los progenitores, la distribución de los gastos de manutención de los hijos; v) la atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación; vi) el reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial; y un largo etcétera.

La tenencia es la mejor forma que los hijos mantengan contacto paritario con los padres, y por ende se relacionen y afiancen lazos entre sí, deben reunirse condiciones especiales para que funcione en la práctica, se debe establecer un código de estímulos y sanciones homogéneo entre los progenitores, respecto de los hijos; realizar una relación de gastos que asumirán de manera proporcional; mantener un diálogo fluido y pacífico sobre los asuntos concernientes a aquéllos; etc.

Cabe precisar que, si los progenitores no se encuentran preparados para asumir las condiciones citadas, de manera tal, que no permitan que la dinámica funcione con efectividad, consideramos que el sistema tradicional del ejercicio de la tenencia monoparental, con el establecimiento de un régimen de visitas para el progenitor que no ostente la tenencia, no deja de ser una alternativa saludable, siempre y cuando, se cumpla con dichos regímenes sin afectar los derechos de los hijos, teniendo presente, en cualquier caso, su opinión

ÍNDICE GENERAL

Portada	01
Palabras clave	03
Dedicatoria.....	04
Agradecimiento.....	05
Resumen.....	06
Abstract	07
Presentación	08
Índice	10
Introducción	12
I. ANTECEDENTES	13
II. MARCO TEORICO	15
2.1. La Familia	0
2.1.1. Derecho a no ser separado de su familia	0
2.1.2. El Derecho a tener una familia	0
2.1.3. Convivencia entre padres e hijos es necesario para el desarrollo del Menor	0
2.2. Patria Potestad.....	0
2.2.1. Noción	0
2.2.2. Suspensión de la patria potestad.....	0
2.2.3. Extinción de la patria potestad	0
2.3. La Tenencia.....	0
2.3.1. Noción	0
2.3.2. Clases.....	0
2.3.3. Órgano jurisdiccional competente en el proceso de tenencia.....	0
2.3.4. Legitimidad en el proceso de tenencia de niños y adolescentes.....	0
2.3.5. Opinión del niño o adolescente	0
2.4. El Interés Superior del Niño.....	0

2.4.1. Noción	0
2.4.2. La Convención internacional sobre los derechos del niño: expresión de un consenso universal.....	0
2.4.3. El interés superior del niño como principio garantista.....	0
2.4.4. Interés superior del niño en la legislación	0
2.4.5. Importancia en los proceso de patria potestad, tenencia e interés superior del niño.....	0
III. LEGISLACIÓN NACIONAL	35
3.1. La Constitución Política del Perú de 1993	0
3.2. En el Código Civil.....	0
3.1. El Código del Niño y Adolescente.....	0
IV. JURISPRUDENCIA O PRECEDENTES VINCULANTES	40
4.1. Jurisprudencia	40
4.1.1. Expediente: 1432-2009.....	40
4.1.2. Casación N° 4253-2016 - la libertad	40
4.2. Jur _ culante.....	41
4.2.1. Casación 1303-2016, Cajamarca.....	41
4.2.2. Casación 2887-2016, La Libertad	41
4.2.3. Casación 3767-2015, Cusco.....	41
V. DERECHO COMPARADO	43
5.1. En Argentina	43
5.2. En Colombia	45
5.3. En Chile.....	0
VI. CONCLUSIONES.....	45
VII. RECOMENDACIONES	46
VIII. ANALISIS DEL CASO	47
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49
ANEXOS (Proyecto de Sentencia)	50

INTRODUCCION

Lo ideal es que todos los hijos vivan en compañía de ambos progenitores y sean estos los que se encarguen del cuidado de los menores, sin embargo, cuando la estructura familiar entra en crisis y se torna disfuncional, es decir, cuando los progenitores deciden mutua o unilateralmente dejar de convivir bajo el mismo techo, ya sea en el matrimonio o las uniones de hecho. Surge la controversia de cuál de los progenitores será el responsable de cuidar de sus menores hijos, es ahí, donde surge la pugna siendo los únicos afectados los hijos. Pues bien, es la misma legislación la que genera dicho conflicto, al establecer como regla general que en los supuestos de separación de los progenitores uno de ellos se debe quedar con la tenencia exclusiva de los menores hijos, quedando el otro con la patria potestad suspendida y con derecho a un régimen de visitas, son dichas circunstancias las que generan que uno de los progenitores, sienta que tiene el poder absoluto sobre los menores hijos, llegando en muchos casos a privar el contacto de los menores con el otro progenitor, afectando de este modo el libre desarrollo del menor.

Teniendo en cuenta que los progenitores han tomado la decisión de no continuar con el matrimonio o la convivencia y han determinado ya sea de mutuo acuerdo o en la vía judicial quien será el encargado de ejercer la tenencia de sus menores hijos y también se habrá establecido un régimen de visitas a favor del progenitor que no obtuvo la misma, el problema se presenta cuando el padre que ostenta la tenencia de sus menores hijos no permite que el otro progenitor cumpla con el régimen de visitas, es decir no permite que el progenitor que tiene el derecho al régimen de visitas se mantenga en contacto con sus menores hijos. Cabe destacar que una vez fijada la tenencia y el régimen de visitas mediante una sentencia, dicha sentencia en la mayoría de los casos puede tomar meses e incluso años en poder ejecutarse.

La tenencia puede resultar uno de los litigios más complejos y difíciles del derecho de familia y es porque la ley parte de ciertas premisas como son: *i)* El niño (a) permanecerá

con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; *ii*) El menor de tres años permanecerá necesariamente con la madre; *iii*) El juez escuchara la opinión del niño y tomara en cuenta la decisión del adolescente; y *iv*) La ley prefiere siempre que los menores se queden con la madre.

La ley establece que la custodia en primer lugar, será decidida por el acuerdo de los propios padres. Solo si no hay acuerdo entre los padres, corresponderá al juez determinar, dentro de un proceso judicial autónomo o de dentro del proceso de divorcio sin acuerdo (por causal), cuál de ellos será quien ejercerá la tenencia.

Por otra parte, si tienes una buena relación tu pareja puedes pedirle al juez que opte por la tenencia compartida. Es decir ambos padres ejercen la custodia, entonces el hijo permanece un tiempo con su madre y otro tiempo con el padre además de un cumplimiento responsable de las obligaciones para con el niño, por parte de ambos padres. Sin embargo este proceso también genera críticas respecto a que el hijo se desarrollará en dos ambientes distintos pudiendo generarle inestabilidad.

Finalmente, si bien el Código de los Niños y Adolescentes establece que, cuando no exista acuerdo en la tenencia, el menor deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo (art. 84), la aplicación de esta regla dependerá de las situaciones de cada caso en concreto y siempre que esto sea favorable al bienestar superior del niño. Similar interpretación se debe dar al artículo 85 de la misma norma: pese a que la opinión de los menores es importante, la tenencia deberá fijarse evaluando el conjunto de medios probatorios existentes, a fin de determinar qué es lo que más le conviene al menor. Muchos padres tienen como creencia, que siempre la madre es la que debe ejercer la tenencia o que el juez siempre se le otorgará, situación que no es del todo cierto. Las normas sobre tenencia y custodia deben ser entendidas como reglas flexibles que se adecúan a lo que lo favorece al menor y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores de tiempo, edad, sexo o permanencia, se debe salvaguardar el interés superior del niño, niña o adolescente.

La situación de la Madre en estos procesos es distinta; parte de una situación de ventaja ya que la ley la prefiere en el caso de hijas mujeres y varones menores, pero en el devenir del proceso si la otra parte se asesoró y también acumuló pruebas puede devenir en un litigio de los más arduos y extensos que el derecho contempla, siendo que incluso muchas veces los menores son manipulados y su declaración ante el Juez que le pregunta ¿Con quién quieres quedarte? Puede ser determinante. Adicionalmente, si se estima que existen nuevos elementos o hechos que acrediten que el menor se encuentra mal con el padre o madre a quien se le dio la tenencia, puede iniciar un nuevo proceso solicitando la variación de la tenencia, debiendo presentarse a los 6 meses luego de concluido el proceso anterior.

I. ANTECEDENTES

La presente monografía, no cuenta con antecedentes directos, sin embargo, se logró encontrar algunas publicaciones que de manera indirecta mantiene vinculación con la presente monografía, y es como reza:

- a. **Calderón Espinoza & Riveros Da Silva (2017)** en su tesis de maestría: *“Aplicación de la tenencia compartida en el distrito judicial de Loreto durante el año 2016”*, concluyo, la tenencia compartida resulta beneficioso para las partes del proceso, sin embargo, no se viene aplicando por desconocimiento de las partes y de los mismos magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público de la especialidad de familia. Si bien los jueces de los juzgados de familia, se vienen capacitando en temas de su especialidad, sin embargo aún tienen el conocimiento errado de la figura jurídica de la tenencia compartida, pues para ellos si se da esta figura, el menor tiene que vivir un tiempo con el papa y un tiempo con la mamá, teniendo así de esa manera dos hogares, lo cual desde ningún punto de vista es correcto, pues ello genera inestabilidad al menor, al tener dos formas de crianza diferentes, incluso provoca inseguridad emocional.

- b. **Chávez Burgos (2017)** en su tesis: *“Criterios que determinan la tenencia compartida en el juzgado de familia-chimbote-2017: interés superior del niño”*, arribando a la siguiente conclusión, que los derechos de los progenitores no prevalecen ante el interés superior del niño niña y adolescente. Asimismo, la tenencia compartida es una opción la cual tiene buenos resultados, siempre y cuando los padres estén de acuerdo y manifiesten su voluntad mediante acuerdos, siempre teniendo en cuenta la protección del interés superior del niño, pues si no, ya no se estaría percibiendo los buenos resultados y todo cambiaría a consecuencias que afectaría directamente al niño. También, el niño para que pueda tener un buen crecimiento y desarrollo necesita del amor, cariño de los integrantes

de su familia, especialmente el de sus progenitores, de tal manera, que si se les niega tal afecto sin que exista algún motivo válido, pues se estaría afectando a su desarrollo integral, dejándolo intranquilo aparte de ello se estaría violando su derecho del tener una familia.

- c. **Condezo Apestegui (2017)** en su tesis: *“La regulación de la tenencia en los juzgados de familia del distrito de Santa Anita, 2017”*, acota lo siguiente, lo que la tenencia del menor por otros familiares, genera un desarrollo no adecuado para el menor, ella es quien debe acceder a la justicia. El ejercicio de la patria potestad en menores de edad enfoque que es muy distante del trabajo elaborado que se centra en la regulación de la tenencia en los juzgados de Familia de Santa Anita para que se pueda disminuir el estado de desprotección que existe en cuanto a los menores y adolescentes a raíz de los conflictos familiares de los padres.

- d. **Lobato Vargas (2016)** en su tesis: *“La garantía constitucional de hábeas corpus en los casos del derecho de familia relacionados con tenencia y régimen de visitas”*, concluye, en los casos de tenencia y régimen de visitas procede acudir excepcionalmente a la Justicia Constitucional por medio del Hábeas Corpus, cuando las posibilidades de actuación de la Jurisdicción Ordinaria han sido desbordadas

- e. **Ríos Sandoval & Saravia de Lemos (2018)** en la tesis de maestría: *“La tenencia del niño y su principio de interés superior”*, concluyeron, el interés superior del niño abarca respetar el derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan, sin embargo, también se tiene en cuenta el objetivo hacer realidad el interés superior del niño y establecer la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan. La tenencia del menor, es aplicado de acuerdo a la realidad; en este caso se entiende que es de acuerdo a

la realidad legal, es decir, a la aplicación de la ley; a pesar de los desacuerdos expresados.

- f. **Vicuña Cano (2017)** en su tesis doctoral: *“El divorcio vincular y sus implicancias en la tenencia compartida de hijos menores de edad en la normatividad vigente”*, entre sus conclusiones puntualiza, se ha determinado que el divorcio vincular, tiene implicancias directas en la tenencia compartida de hijos menores de edad en la normatividad vigente. Asimismo, no incide en la determinación de común acuerdo entre los padres sobre la tenencia compartida.

II. MARCO TEORICO

2.1. La familia

La familia a lo largo del tiempo, se ha mantenido como una organización social, sin embargo es cierto también que esta ha ido teniendo algunos cambios con respecto a su estructura, esto es debido al desarrollo social, vale decir que la familia no es la misma de hace años atrás y es probable que en un futuro siga existiendo algunos cambios con respecto a las variaciones que esta pueda tener. Según Plácido (2015), refiere que desde el punto de vista de la sociología, la familia es considerada una institución social, debido a que posee características que le permiten integrar a sistema social, como por ejemplo los lazos de parentesco, asimismo, se le considera importante a esta institución porque va a permitir que el niño sea protegido y que haya una preocupación muy especial porque tiene como finalidad garantizar su buen desarrollo integral.

2.1.1. Derecho a no ser separado de su familia

Piqué (2016: 155) refiere que el derecho de tener una familia se sustenta en el principio de dignidad humana, siguiendo lo dispuesto por la sentencia del T.C, Exp. N° 04227-2010-PHC/ TC, f. j. 5), la cual prescribe que no solo el

derecho que tiene el niño de poder pertenecer a una familia es un derecho constitucional que tiene como base el principio a la dignidad, sino que también tienen relación con el derecho a la identidad, vida, integridad y libertad con respecto al desarrollo de su personalidad siendo estos derechos reconocidos en la Constitución en sus artículos 1 y 2, inciso 1, del mismo modo trae a colación la sentencia del T.C, Exp. N° 02892-2010-PHC/TC, f. j. 5, el cual trae como sustento lo ya antes mencionado.

En tal sentido, el goce que se da como consecuencia de vivir juntos, esto es, el pasar momentos de convivencia entre hijos y progenitores, vienen a ser una expresión del derecho que tiene el niño con respecto a tener una familia y por ende no ser separado de ella, de tal modo que si los progenitores se encuentran alejados de sus niños, estos deben de garantizar una convivencia familiar, a menos que no haya la posibilidad de estar bien y exista discordia, pues no se pretende avalar actos que afecten al desarrollo del niño. (STC, Exp. N° 04227-2010-PHC/TC, f. j. 6)

2.1.2. El Derecho a tener una familia

Según la Convención sobre los derechos del niño, los derechos del niño y lo referente al derecho de tener una familia, se reconoce que para el buen desarrollo de la personalidad del niño, este debe pertenecer y criarse en una familia, por ende brindarse cariño, y protegerse mutuamente, pues lo que se pretende es que el niño sea criado en un ambiente adecuado; asimismo en el artículo 9.1, prescribe que los estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos. (STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, F. j. 14)

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 8, prescribe que el niño y el adolescente tiene derecho a criarse, en una familia, por ende recibir todos los cuidados necesarios que velen por su buen desarrollo y

garanticen la estabilidad del niño. (STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, f. j. 14).

2.1.3. Convivencia entre padres e hijos es necesario para el desarrollo del menor

El niño para que pueda tener un buen crecimiento y desarrollo necesita del amor, cariño de los integrantes de su familia, especialmente el de sus progenitores, de tal manera que si se les niega tal afecto sin que exista algún motivo válido, pues se estaría afectando a su desarrollo integral, dejándolo intranquilo aparte de ello se estaría violando su derecho del tener una familia (STC Exp. N° 04227-2010-PHC/TC, f. j. 6). En tal sentido, es importante las relaciones parentales, debido a que los padres son quienes dan protección y amor a sus hijos desde un primer momento, de tal manera que también se encargan de proteger sus derechos, de tal modo, que si los progenitores se encuentran separados, pues no se le puede impedir a quien no convive con el padre o madre tener contacto directo con su hijo. (STC Exp. N° 02892-2010-PHC/TC, f. j. 8)

Ahora bien, si en caso existe la negativa de uno de los progenitores de dejar ver a sus hijos, pues se estaría afectando el derecho del niño que es el de tener una familia y crecer en un ambiente de afecto y seguridad tanto material como moral e incluso a la integridad personal, de modo tal, que si se agotaron las posibilidades de hallar respuesta de la justicia ordinaria, puede acudir a la justicia constitucional (STC, Exp. N° 02892-2010-PHC/TC, f. j. 4). Asimismo, cualquier acto de alguno de los progenitores que impida el contacto con sus menores niños, estaría violando el derecho del niño con respecto a tener una familia, afectando la integridad personal del niño. (STC. Exp. N° 02350-2011-PHC/TC, f. j. 3)

2.2. Patria Potestad

2.2.1. Noción

La patria potestad es aquel derecho, deber y sobretodo es aquella responsabilidad que tienen los progenitores de estar al cuidado de sus menores hijos, como también el de administrar los bienes de este, todo sea por el bienestar del menor (Chunga, 2012: 105). En ese sentido, la patria potestad es aquel poder que se tiene con respecto a un bien, el cual es concedido por el ordenamiento jurídico a determinada persona para que esta pueda proteger dicho bien, no en beneficio propio, sino que será en beneficio ajeno. (Gallecos, 2017)

Según el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes prescribe, que estos tendrán que velar por su buen desarrollo integral; acudir con su sostenimiento aunado a ello con la educación del menor; encaminar al niño en su proceso educativo y teniendo en cuenta las habilidades del menor se tiene que ir capacitando al niño para el trabajo; darle un estilo de vida digno, con buenos ejemplos y al momento de que los menores fallen, pues saber corregir adecuadamente al niño, sin embargo, cabe la posibilidad que la manera de como lo están corrigiendo no basta, es así que el código del niño y adolescente prescribe que pueden recurrir a la autoridad competente con la finalidad de poder dar solución al problema; por ello, la patria potestad exige que los progenitores tengan en su compañía al menor y si en caso este derecho se les ha negado, pueden acudir a la autoridad para poder recuperarlos; también le corresponde a los padres, representarlos en los actos de la vida civil, siempre y cuando los menores aun no adquieran la capacidad de ejercicio y responsabilidad civil; asimismo dicho artículo prescribe que los progenitores se van a encargar de administrar y usufructuar sus bienes cuando existan.

En consecuencia, la patria potestad será ejercida por el padre y la madre de una manera conjunta con respecto a los hijos matrimoniales, en caso que se dé el divorcio, separación de cuerpos o tal vez la invalidación del matrimonio, ejercerá la patria potestad a quien se confía los hijos, sin embargo, con respecto a los hijos extramatrimoniales, la patria potestad lo ejercerán la madre o padre quienes han reconocido al menor, y si ambos lo reconocieron y estos viven juntos pues los dos serán quienes ejerzan la patria potestad del menor, si no, será el juzgador quien determinará a quien corresponde la Patria Potestad. (Gallecos, 2017)

2.2.2. Suspensión de la patria potestad

La patria potestad según el Código de los niños y adolescentes, se suspenderá cuando, se de la interdicción de algunos de los progenitores las cuales fueron originadas por causa de naturaleza civil; cuando alguno de los progenitores hayan sido declarados judicialmente ausentes; cuando los padres estén dando malos ejemplos a sus hijos, de tal forma que lo corrompen; asimismo, se suspende cuando uno de los progenitores permitan que el menor ande en la vagancia o cuando los dediquen a la mendicidad; cuando se halle maltratos hacia los menores de parte de sus padres ya sea desde el aspecto físico o psicológico, también cuando se niegue a prestar alimentos para su menor hijo; por el divorcio de los padres, separación, o cuando se declare la invalidez del matrimonio y finalmente cuando alguno de los progenitores se encuentren inmersos dentro de un proceso penal por los delitos tipificados en los artículos, 173, 173-A, 176-A, 179, 181, Y 181-A del Código Penal.

Por otra parte, la separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los progenitores quedara suspendido con respecto a la patria potestad, lo cual también se encuentra prescrito en el código de los niños y adolescentes en su artículo 76. Asimismo, existe la posibilidad de la restitución de la patria potestad, de conformidad con el artículo 78 del Código de los Niños y

Adolescentes, que la patria potestad podrá ser restituida cuando la causa que motivo a su suspensión haya cesado de tal manera que esto deberá ser evaluado por el juez especializado para poder determinar si la restitución de la patria potestad beneficia al menor en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del adolescente. (Chunga, 2012: 109)

2.2.3. Extinción de la patria potestad

Según el artículo 77 del Código de los niños y adolescentes, precisan los casos en los que se extinguirá la patria potestad, siendo los siguientes; cuando se suscite la muerte de alguno de los progenitores o del hijo; cuando los hijos cumplan la mayoría de edad; o cuando judicialmente se declare el abandono, otros de los casos para la extinción de la patria potestad será cuando alguno de los progenitores sea condenado por delito doloso los mismos que hubiesen sido en agravio o perjuicio de los menores, o por cesar la incapacidad del menor, conforme lo prescribe el artículo 46 del Código Civil, la misma que refiere que la incapacidad de los mayores de 16 años cesará cuando estos contraigan matrimonio o cuenten con título que les autorice ejercer algún oficio o profesión, asimismo dicho artículo también refiere que tratándose de mayores de 14 años, cesará la incapacidad a partir del nacimiento de su hijo, precisando según el artículo 79 del Código de los Niños y Adolescentes que quienes pueden solicitar la suspensión o la extinción de la patria potestad, pueden ser los progenitores, ascendientes, (abuelos, bisabuelos, etc.) hermanos o en todo caso cualquier persona que tenga legítimo interés con respecto a la protección del menor.

2.3. La tenencia

2.3.1. Noción

La tenencia se conceptúa como la custodia física de una menor, mientras que la patria potestad se refiere al poder del padre o la madre para tomar las

decisiones importantes en la vida de un hijo o hija. Sin embargo, muchos consideran la tenencia solo como derecho de los padres, pero no ven a la tenencia como un derecho de los niños, a vivir con sus padres y a no ser separados de ellos a no ser que las circunstancias lo justifiquen (Aguilar LLanos, Varsi Rospigliosi & Mella Baldovino, 2014: 30). La tenencia se la reclama o ejerce con independencia del futuro y efectivo cumplimiento de los otros derechos-deberes, adquiriéndosela sin perjuicio de la conducta posterior que podrá satisfacer o no el cabal funcionamiento de la patria potestad, y perdiéndosela aun cuando se haya encuadrado el accionar paterno en lo legalmente esperado. (Canales Torres, 2014: 122)

La separación de una pareja que tiene un hijo menor de edad conlleva inevitablemente que deban determinar de común acuerdo, tomando en cuenta el parecer de su hijo y su mayor bienestar, cuál de los dos ejercerá la tenencia y custodia del menor. Es decir, cuál de los padres será el responsable del cuidado directo e inmediato de su hijo. De ser el caso que los padres no llegasen a ningún acuerdo, le corresponderá al Juzgado Especializado en Familia o al Juzgado Mixto (según sea el caso) decidir quién ejercerá la tenencia, determinando cuál de los progenitores es la persona más idónea para el ejercicio de la misma, así como dictar las medidas necesarias para el cumplimiento de su decisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes.

Es así que aquel padre o madre que desee se le reconozca el derecho a la tenencia y custodia respecto de su hijo deberá interponer la demanda correspondiente, adjuntando la partida de nacimiento del menor y los medios probatorios pertinentes que acrediten su idoneidad respecto del otro progenitor para el ejercicio de la tenencia. Este proceso como corresponde a todos deberá tramitarse con sujeción a los principios constitucionales y procesales, con especial cuidado al principio de igualdad entre la ley, a fin de

evitar que una de las partes procesales (la madre o el padre) sea discriminada por motivos de sexo u otros, y de esta forma se vulnere su derecho de defensa y a una debido proceso.

Para Chunga (2012) la tenencia es la situación en la cual el niño, niña o adolescente se encuentra bajo el cuidado de uno de sus padres, es decir, alguno de los progenitores tienen al menor en su poder físicamente, cumpliéndose también uno de los derechos que le corresponden a los progenitores que es el de tener a sus hijos a su lado, aunado a ello, brindarle seguridad desarrollándose como padres. En ese contexto, la Tenencia viene a ser una institución jurídica, la cual tiene como finalidad que uno de los progenitores cuide de su menor hijo, luego de haberse dado la separación de hecho.

Finalmente la Tenencia es la institución que pertenece al derecho de Familia, correspondiendo la tenencia a ambos padres, cuando normalmente estos se encuentran viviendo juntos, sabiendo sobrellevar a cabo el deber como padres, el problema surge cuando estos se encuentran separados de hecho o se encuentran divorciados, debido a que a consecuencia de la separación, solo uno de ellos, tendría que vivir con el menor, siendo la finalidad en los procesos de tenencia, poder analizar y resolver con quien de los dos progenitores se queda el menor, por ende el Juez de Familia ha reconocido dos tipos de tenencia, con el propósito de proteger el derecho del niño, niña o adolescente de poder desarrollarse y a la vez compartir con cada uno de sus progenitores, sin que haya diferencias de condiciones, vale decir que ambos padres van a tener la oportunidad de convivir con sus menores hijos, siempre y cuando se proteja el interés superior del niño, ya que este principio se encuentra regulado, en nuestra legislación, ya sea en la Constitución Política de Perú, Declaración Universal de los Derechos del Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño entre otros cuerpos legales.

2.3.2. Clases

Existen tres clases de tenencia, las cuales son: *i*) la tenencia negativa, dándose cuando ninguno de los padres quiere hacerse responsable de sus hijos, de tal modo que los menores quedan a disposición de un tercero; *ii*) la tenencia unipersonal o exclusiva, es que va a prevalecer la parentabilidad; y *iii*) la tenencia compartida, donde los dos padres seguirán ejerciendo la patria potestad, de los cuales solo dos tipos de tenencia son ejercidas en el Perú.

A. La tenencia exclusiva o monoparental

La tenencia exclusiva, tenencia monoparental, tenencia única o dividida y tenencia singular, todas esas acepciones correspondientes a un mismo significado, se basa en que la tenencia será ejercida de manera permanente y diaria por un solo progenitor, previa investigación y un debido análisis del caso, pues no todos los casos son iguales, sin embargo el código de los niños y adolescentes prescribe en su artículo 84, que la tenencia con respecto a los menores de tres años, será ejercida por la madre. (Gallecos, 2017)

En este tipo de tenencia, solo un progenitor será quien la ejercerá, por ende, el otro progenitor será limitado de uno de las características de la patria potestad, pues como ya antes se explicó, la patria potestad nace la tenencia, siguiendo a lo que se refiere la tenencia monoparental, pues se puede decir que para su otorgamiento se tendrá en cuenta lo que prescribe el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en la cual refiere que el menor va a vivir con el progenitor con quien convivió más tiempo, siempre que le sea favorable, sin embargo el mismo artículo en el mismo cuerpo legal, en su inciso b, sostiene que el hijo menor de tres años permanecerá con la madre, no compartiendo este inciso, pues se está dejando de lado al padre para que pueda desarrollarse como tal, ya que se debe de

tener un trato igualitario y hacer las evaluaciones e investigaciones correspondientes para determinar con quien el menor de tres años, le convendría y le sería favorable vivir.

B. La tenencia compartida

La tenencia compartida, refiere que esta es denominada también *co-parentalidad*, en donde la responsabilidad con respecto a los progenitores separados, será atendida de manera conjunta con respecto al cuidado y necesidades fundamentales de sus menores hijos, donde ambos progenitores conversan y deciden sobre aspectos concernientes al buen desarrollo personal del menor, vale decir que se ponen de acuerdo con respecto a los temas de recreación, salud, aspecto psicológico del menor y que este no sienta que se encuentra solo, pues de eso se trata la tenencia compartida, de tal manera que este tipo de tenencia lo encontramos en nuestro código de los niños y adolescentes en el segundo párrafo del artículo 81, siendo así se da la oportunidad a los progenitores de poder elegir entre la tenencia exclusiva o tenencia compartida del menor a través de un acuerdo.

En este tipo de tenencia los progenitores de manera conjunta son los encargados de llevar a cabo el buen desarrollo integral del menor, es decir, los padres luego de separarse de hecho o luego de haberse generado el divorcio, no van a perder el vínculo con sus hijos, pues el juez fijará, con la conformidad de los progenitores, el tiempo que el menor convivirá con cada uno de sus padres, este tipo de tenencia, es muy importante y necesario siempre y cuando se proteja el interés superior de niño, para esto debe hacerse una evaluación e investigación minuciosa con respecto a los padres, pues lo que se pretende con este tipo de tenencia es que el menor va a convivir con uno de sus progenitores pero este tendrá consigo una buena relación

con el otro progenitor, porque vivirá alternamente con cada uno de ellos, sin que hayan aquellas medidas y tiempos muy ajustados como se dan en el régimen de visitas, donde se tiene que calcular las horas, donde muchas veces los padres no están conformes pero tienen que aceptar con tal de tener aunque por un momento a su menor hijo a su lado, pero esto les limita a que se desarrollen como padres y cuiden en todo momento al menor, por lo tanto la tenencia compartida, que es el tipo que tenencia el cual yo comparto y apoyo, los progenitores van a compartir la responsabilidad para con sus menores hijos aunado a ello tendrán que estar pendiente a todo lo que afecte al menor, buscando su buen desarrollo.

C. Tenencia legal conjunta

Aquí los progenitores van a compartir decisiones, es decir, los dos tendrán autoridad para poder decidir con respecto a aquellas cosas en las cuales se verá inmerso el niño, de tal modo que este aspecto suele estar acompañado de la convivencia que será alternada entre los progenitores

D. Tenencia física conjunta

Significa pasar tiempo de convivencia con el niño, vale decir que se dará la convivencia de manera alternada a los progenitores, con respecto al niño, siendo facultad del juez, resolver y con acuerdo de las partes llegar a determinar el tiempo que convivirán los progenitores con el niño. Del mismo modo la tenencia física conjunta, se refiere a que los dos progenitores convivirán con sus niños, de tal manera que el niño no sienta que es separado o sufra al no poder crecer con el modelo de un padre, por ende, compartir vivencias con ambos progenitores sin que exista la limitación del régimen de visita.

2.3.3. Órgano jurisdiccional competente en el proceso de tenencia

La tenencia, lo podemos encontrar prescrita en el Código de los Niños y Adolescentes, en el Libro tercero la cual trata sobre las Instituciones Familiares, en su capítulo II, pudiendo observar que desde el artículo 81 al 87, se lleva a cabo todo lo concerniente a la Tenencia. Es importante saber ante que juzgado se presentará y llevará a cabo el Proceso de Tenencia, obteniendo la respuesta por medio del Código de los Niños y Adolescentes el cual prescribe lo siguiente:

Código de los Niños y Adolescentes (1984), en su Título I, artículo 133, prescribe lo siguiente:

Jurisdicción: La potestad jurisdiccional del Estado en materia familiar se ejerce por las Salas de Familia, los Juzgados de Familia y los Juzgados de Paz Letrados en los asuntos que la Ley determina. En casación resolverá la Corte Suprema.

Los juzgados de Familia asumen competencia en materia civil, tutelar y de infracciones y se dividen en tales especializaciones, siempre que existan como juzgados especializados.

Código de los Niños y Adolescentes (1984), en su Título I, artículo 137, inciso a), prescribe lo siguiente:

Atribuciones del Juez: Corresponde al Juez de Familia: a) Resolver los procesos en materias de contenido civil, tutelar y de infracciones en los que interviene según su competencia

Código de los Niños y Adolescentes (1984), en su Título II, artículo 160, inciso b), prescribe lo siguiente:

Procesos: Corresponde al Juez especializado el conocimiento de los procesos siguientes:
b) Tenencia;

2.3.4. Legitimidad en el proceso de tenencia de niños y adolescentes

En los procesos de tenencia de niños, niñas o adolescentes, puede ser cualquier de los progenitores, ya sea, la madre o el padre quien cuente con la

legitimación activa siempre y cuando esta no cuente tenga a su lado al menor, es decir que se encuentran separados físicamente, asimismo, se refiere a un punto importante acerca de los progenitores que sean mayores de catorce años, quienes se encuentran autorizados para demandar e iniciar un proceso de tenencia con respecto al alejamiento que este tiene con su hijo, lo cual se encuentra prescrito en nuestro código civil Peruano, en el artículo 46, numeral 3. Asimismo informa que siguiendo los parámetros del Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 97, refiere a que el progenitor que haya sido demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posteriormente de tenencia, a menos que este justifique debidamente su pretensión aunado a ello.

Cabe destacar, que el progenitor a quien su cónyuge o conviviente haya actuado de manera tal, que consiguió que se rompa el vínculo o comunicación de este con su menor hijo, podrá interponer demanda de tenencia para que así se le pueda reconocer el derecho a esta, debiendo presentar su escrito de demanda, aunado a ello presentar su Documento Nacional de Identidad, la partida de nacimiento de su menor hijo y todas las pruebas que crea que son necesarias y a la vez deben de ser pertinentes para que se actúen en el proceso de tenencia, asimismo la tenencia no es definitiva, vale decir que esta puede variar pero no en cualquier momento, por lo tanto no debe de ser considerado como cosa juzgada, es así que la jurisprudencia nacional, prescribe que todo lo concerniente a la tenencia no será regida por el principio de cosa juzgada ya que existe la posibilidad de que se modifique, según lo prescrito por el código de los niños y adolescentes, el cual advierte que para la modificación de la tenencia debe de solicitarse por circunstancia debidamente comprobadas, luego de que haya transcurrido seis meses para tramitar la nueva acción , salvo que se encuentre en peligro la integridad del niño o del adolescente. (Gallecos, 2017)

2.3.5. Opinión del niño o adolescente

Canales Torres (2014) refiere que cuando se lleva a cabo los procesos de tenencia, de niño, niña o adolescente, el Juez solicita que el menor manifieste o dé a conocer su opinión, debiéndose escuchar lo que manifiesta el niño y algo muy importante es que se tomará en cuenta lo que manifiesta el adolescente, todo ello se encuentra prescrito en el Código de los Niños y Adolescentes, en el artículo 83.

Por su parte Chunga (2012) acota que el menor, ya no es considerado como un objeto de tutela, si no que esta visión quedó en el pasado, siendo tratado ahora el menor como sujeto de derecho, precisando también que el menor al dar a conocer su opinión, pues esta que se le respeta su derecho reconocido ante la constitución en su artículo 2 inciso 4, en la cual establece la libertad de opinión, asimismo también se encuentra prescrito en el Código de los Niños y Adolescentes, acerca de la libertad de opinión, el cual refiere que este derecho se le es otorgado a aquellos niños y adolescentes que se encuentren en condiciones de poder formar un juicio propio y poder expresarlo ante asuntos que les afecten y se tendrá en cuenta la opinión de los menores de acuerdo a su edad y su madurez, reafirmando este derecho mediante el artículo 85 del mismo cuerpo legal, el cual hace hincapié acerca de que el juez deberá escuchar al niño y tendrá que tener en cuenta la del adolescente, esto referido ante el proceso de tenencia.

2.4. El Interés Superior del Niño

2.4.1. Noción

En principio se encuentra contemplado en la ley N° 27337 (Código de los niños y adolescentes) en el Art. IX, del título preliminar del mismo código.

Según Varsi Rospigliosi (2012: 147) el principio del interés superior del niño o niña, igualmente conocido como el interés superior del menor, es un

conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las circunstancias materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños. Se trata de una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así se trata de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

El interés superior del niño es concepto triple (Varsi Rospigliosi, 2012: 153): es un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

- ✓ Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.
- ✓ Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- ✓ Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.

En consecuencia, se puede precisar que el interés superior del niño o niña, tiene que ser entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

También, el reconocimiento por nuestro marco constitucional del principio especial de protección del niño, es por los siguientes factores: debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone a todos los actores de la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.

2.4.2. La Convención internacional sobre los derechos del niño: expresión de un consenso universal

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. Con relación al concepto o término de *Interés Superior del Menor*, éste surge por primera vez en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, cuyo texto del artículo tercero señala que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor. (Varsi Rospigliosi, 2012)

Ahora bien, respecto al concepto de protección integral del niño tuvo su origen en el Estatuto del Niño y el Adolescente adoptado por Brasil en 1990, en una de las primeras normas jurídicas que dieron lugar a la implementación de la Convención de los Derechos del Niño. Una sección del documento describe la sucesiva oleada de reformas jurídicas que le siguieron, así como los nuevos códigos que incorporaron la doctrina de la protección integral.

Si bien se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

2.4.3. El interés superior del niño como principio garantista

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. La Convención contiene *principios* entre los que destacan: el de no discriminación en el art.2, de efectividad en el art.4, de autonomía y participación en los arts.5 y 12, y de protección en el art 3. Estos principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia.

2.4.4. Interés superior del niño en la legislación

El principio del interés superior del niño, forma parte del bloque de constitucionalidad que recoge el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, constituyendo uno de los pilares, además de criterio rector, de la administración de justicia especializada en niñez y adolescencia, cuyo fundamento esencial es que toda decisión se justifique en el bienestar del niño, niña o adolescente involucrado en una controversia, cualquiera que fuera su naturaleza. En orden a lo expresado, resulta evidente que en los procesos, donde los padres pugnan por ejercer en forma exclusiva y excluyente, el cuidado y responsabilidad del hijo, dicho principio con mayor motivo debe

ser la fuente inspiradora de la decisión, preservando el derecho de relación de los hijos, adoptando las medidas apropiadas al efecto.

La reciente ley N° 30466 (Publicada el viernes 17 de junio de 2016) tiene por objeto establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, niña o adolescente, obligando a que toda resolución o sentencia expedida en procedimiento o proceso, respete motivadamente dicho principio y norma, de acuerdo con la convención sobre los derechos del niño, la observación general 14 ya mencionada y el artículo IX del título preliminar del código de la especialidad, en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños, niñas o adolescentes.

Como parámetros de aplicación del interés superior del niño establece, se considere:

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

Y de otro lado, como garantías procesales del interés superior del niño, se reconocen:

- ✓ El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
- ✓ La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.

- ✓ La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
- ✓ La participación de profesionales cualificados.
- ✓ La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
- ✓ La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
- ✓ Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
- ✓ La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

Los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes involucradas, buscando una solución adecuada.

2.4.5. Importancia en los proceso de patria potestad, tenencia e interés superior del niño

Podemos decir que teniendo en cuenta que en materia de tenencia no es posible manejarse con criterios generalizados, razón por la cual la conveniencia y eficacia de un régimen de tenencia dependerá de la particularidad de cada familia y de cada caso en especial. Por ello arribamos a que la importancia de los temas antes expuestos son las siguientes:

- a. El principio de ejercicio unilateral de la patria potestad en el caso de padres no convivientes del art. 264 inc.2, se refiere a los que no han podido evitar las diferencias respecto del cuidado de los hijos. Por consiguiente, resulta injusto para los padres que no resignan su obligación compartida.
- b. Debe estimularse la participación activa de los padres, para que los

hijos pueden entablar luego de la separación o divorcio lazos paterno filiales más seguros.

- c. Que los padres puedan realizar acuerdos sobre tenencia compartida y que sean aceptados por los jueces, respetándoles la autonomía personal, siempre que no perjudique a los hijos, todo ello, con la previa evaluación del equipo multidisciplinario.
- d. Que las desventajas que pueda tener esta modalidad de tenencia puedan ser superadas con la cooperación de los padres, en tanto dejen de lado sus conflictos personales pos divorcio o separación, en mira del bienestar de sus hijos.

La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar; y debe entenderse que por interés superior del niño como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las circunstancias materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños; a partir de lo expuesto concluyo diciendo que las figuras precisadas tienen como factor común garantizar el bienestar del menor , entiéndase por este bienestar todos los derechos que le son reconocidos e inherentes. (Pique, 2016)

III. LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1. La Constitución Política del Perú de 1993

Conforme al artículo 4º de la Constitución, la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

3.2. En el Código Civil

De acuerdo al artículo 418°, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. En esa línea, el artículo 419 señala que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio, conforme lo prescribe el artículo 420.

Finalmente conforme al artículo 423, son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

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

3.3. El Código del Niño y Adolescente

Art. 81. Tenencia

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

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

Art. 82. Variación de la tenencia

Si resulta necesaria la variación de la tenencia, el juez ordenara, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectuó en forma progresiva de manera que no le produzca daño o transtorno.

Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez por decisión motivada, ordenara que el fallo se cumpla de inmediato.

Art. 83. Petición.

El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se 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.

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 señalarse un régimen de visitas.

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

Art. 85. Opinión

El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Art. 86. Modificación de resoluciones

La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción.

Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente.

Art. 87. Tenencia provisional.

Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en el plazo de veinticuatro horas.

En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el Informe del equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.

Esta acción solo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.

No procede ninguna solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.

IV. JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTES VINCULANTES

4.1. Jurisprudencia

4.1.1. Expediente: 1432-2009. Corte Superior de Justicia de Lima - Segunda Sala Especializada en Familia. Conceden tenencia de menor a su abuelo por haber convivido con él la mayor parte del tiempo.

La parte más relevante de la jurisprudencia es:

(...)

SÉTIMO: Que estos resultados deben concordarse con el hecho de que el menor involucrado en el presente proceso ha convivido mayor parte del tiempo con la madre y a partir de su deceso, con los abuelos maternos, asimismo es menester considerar que el menor de edad, a pesar de la pérdida de su progenitora se ha desarrollado de manera favorable a su edad y bienestar, tal como aparece de los documentos fotográficos y libretas de notas.

OCTAVO: Que, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes establece en su inciso a), que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: “El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable”, norma que resulta de aplicación extensiva para el caso de los abuelos que solicitan la custodia de su nieto, en razón a las circunstancias particulares del presente caso. Debiéndose acotar que el mismo artículo en su inciso c) señala que “para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o adolescentes debe señalarse un Régimen de Visitas”, derecho que tiene por finalidad afianzarlos lazos paterno-filiales a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor, así como que las visitas no solo es un derecho de los padres, sino también de los hijos.

4.1.2. Casación N° 4253-2016 - la libertad.

Entre sus considerandos destaca:

(...)

SEXTO.- Asimismo, conforme a lo resuelto por el A quo en la sentencia, ambos padres mantienen la patria potestad, sin embargo, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes es aplicable a los padres que no ejercen la patria potestad, por ende, cuando el juzgador aplica dicho dispositivo legal va en contra de lo resuelto en la sentencia, así como vulnera el interés superior del niño, más aún si la normatividad aplicable al caso, esto es, el artículo 84, literal c) del Código de los Niños y Adolescentes, dispone que el juez debe fijar un régimen de visitas para el padre que no tenga la tenencia del menor.

SÉPTIMO.- Por consiguiente, se ha demostrado que al haber hecho el Ad quem y A quo un análisis y aplicación errónea del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, han vulnerado el derecho de la menor y dicha infracción normativa también implica la vulneración del principio del interés superior del niño y el adolescente y por ende también de la legislación supranacional, esto es, de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, ya que no han ponderado razonablemente el interés superior del niño respecto a las relaciones familiares originadas por la filiación dinámica, puesto que, si bien el deber de todos los jueces es observar el derecho de los justiciables a obtener una resolución fundada en derecho ante su pedido de tutela en cualquiera etapa del proceso, empero, ello debe ser atendiendo al principio del interés superior del niño, concebido como la búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano, hecho que no se ha valorado en el presente caso.

4.2. Jurisprudencia Vinculante

4.2.1. Casación 1303-2016, Cajamarca. ¿Se debe otorgar la tenencia al progenitor que convivió más tiempo con el menor?

Donde en sus considerandos establece:

(...)

DÉCIMO PRIMERO.- Ahora bien, al analizar la sentencia de vista objeto de impugnación, este Colegiado observa la Sala ha sustentado su fallo en el hecho que la demandante ha mantenido contacto continuo y muy cercano con su hija sin descuidarla, lo cual incluso fue ratificado por el demandado; sin embargo, se ha omitido analizar las pruebas en función a la naturaleza del proceso que nos ocupa, en el que si bien uno de los aspectos a valorar ha de ser con qué progenitor ha convivido la menor por mayor tiempo; lo más relevante es determinar cuál de los progenitores reúne las mejores condiciones emocionales, afectivas, sociales y personales para garantizar el pleno desarrollo del menor, en función al Interés Superior del Niño. Por otro lado, si bien la Sala ha valorado la opinión de la menor brindada en la instancia judicial, no la ha valorado de manera integral, pues a fojas ciento diecisiete se dejó constancia que la menor primero dijo querer vivir con su papá, al referirle que su papá vive solo y en otro lugar y repetírsele la pregunta se quedó callada indicando que no sabe, y al ser preguntada si en caso viviera con su mamá le gustaría que su padre la visite y viceversa dijo que sí.

4.2.2. Casación 2887-2016, La Libertad. Aunque se desestime la demanda de divorcio, el juez debe pronunciarse sobre tenencia, alimentos o régimen de visitas

De sus considerandos se abstrae:

(...)

SÉTIMO.- Además, teniendo en cuenta los parámetros fijados en el Tercer Pleno Casatorio realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación número 4664-2010, PUNO) de fecha dieciocho de marzo de dos mil once, en los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión y acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce; respectivamente, la protección especial al niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del estado democrático y social de derecho.

Asimismo, el “interés superior” garantiza la satisfacción de los derechos del menor, lo que significa que en toda decisión que afecta al niño o adolescente, deberá primar el respeto a sus derechos, lo cual tiene asidero normativo y supranacional; es decir, la Convención sobre los Derechos del Niño[1], que la firman los países convocantes el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (ratificada por el Perú el cuatro de setiembre de mil novecientos noventa), y define como niño/a a todo ser humano menor de dieciocho años, así como los derechos políticos, sociales, culturales y económicos de los niños, entre los cuales detalla cuatro principios fundamentales contenidos en los artículos 2: la no discriminación, 3: el interés superior del niño, 6: el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, y 12: el respeto por los puntos de vista del niño. Así también, el principio concerniente al interés superior del niño, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fue reconocido primigeniamente por la Organización de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve en la Declaración de los Derechos del Niño, cuando en el Principio II indica: “(...) Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”, criterio que del mismo modo desarrolla el artículo 3.1 de la indicada Convención sobre los Derechos del Niño: “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”, recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. En dicho contexto jurisprudencial, normativo supranacional y nacional, este Supremo Tribunal considera que la medida dispuesta en sede de instancia; es decir, al ordenar una pensión de alimentos a favor de los menores hijos de ambas partes, se ha flexibilizado el Principio de Congruencia Procesal y se ha respetado los derechos del niño y del adolescente.

4.2.3. Casación 3767-2015, Cusco. No procede tenencia compartida si hay indicios de alienación parental

De sus considerandos se concluye:

(...)

SÉTIMO.- En cuanto a la tenencia del menor, como expresión de la patria potestad, por la modificatoria introducida por la Ley número 29269, del dieciséis de octubre de dos mil ocho, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes dispone que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos, y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, siendo que de no existir acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

OCTAVO. – A partir de la modificatoria antes señalada, en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de promover la tenencia compartida o coparentalidad de los menores, en la cual «ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (...). Los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable». En ese sentido, la figura jurídica de la tenencia compartida debe entenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resalta la importancia de que el niño no sea separado de sus padres, sino cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés.

V. DERECHO COMPARADO

5.1. En Argentina

El Código Civil Argentino define a la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. A tal efecto, los niños estarán bajo el cuidado de sus padres, quienes tendrán la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.

El régimen de Patria Potestad argentino tiene como fin que no sea uno solo sino ambos padres los que tomen las decisiones atinentes a la vida y al patrimonio de sus hijos. De este modo, otorga la titularidad al padre y a la madre, correspondiendo su ejercicio, en el caso de los hijos matrimoniales al padre y a la madre de manera conjunta, en tanto no estén separados o divorciados o su matrimonio fuese anulado. En estos casos regirá una presunción de que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos expresamente previstos por el Código Civil. (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, s.f. *passim*)

En caso de separación de los padres, el ejercicio de la patria potestad corresponderá al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro progenitor de mantener una adecuada comunicación con su hijo y de supervisar su educación. Este desmembramiento da origen al derecho de visitas, que surge como contrapartida al derecho de guarda del progenitor que convive con el niño. Este derecho deber de padres e hijos, denominado derecho de visitas, comprende la adecuada comunicación y la supervisión de la formación integral del niño. Pero no se agota allí, sino que abarca la posibilidad de participar ampliamente en la vida de su hijo y de determinar su lugar de residencia. El Código Civil en su artículo 264 quater, establece, dentro de una serie de supuestos, que se requerirá el consentimiento expreso y conjunto de ambos progenitores para autorizar al niño a salir de la República.

Dicha autorización deberá ser requerida no solo para salir del país temporalmente sino también para una eventual radicación en el extranjero. Como vemos, para el sistema jurídico argentino, la facultad de decidir el lugar de residencia del niño no es potestad exclusiva del progenitor que tiene la tenencia o custodia, sino que por ser un acto de suprema trascendencia para la vida del niño, deberá ser producto de una decisión conjunta de ambos progenitores.

En caso de no mediar acuerdo al respecto, la salida del niño del territorio argentino o su radicación en el extranjero deberán ser dirimidas ante las autoridades judiciales respectivas. Cabe señalar que los tribunales, si bien intentan persuadir a las partes para que lleguen a un acuerdo, al momento de decidir suelen tener un criterio restrictivo en el otorgamiento de estas solicitudes, debido a las dificultades que puede plantear la adaptación del niño a un nuevo medio, las complicaciones que generaría para el cumplimiento del derecho de visitas del otro progenitor, etc. (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, s.f. *passim*)

5.2. En Colombia

La custodia se refiere al cuidado de los niños, niñas y adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales la tiene el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña.

La Ley 1098 de 2006 en su artículo 23 al referirse a la custodia y cuidado personal, la presenta como un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales. Se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el hijo, en el educando, en el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento. La custodia y cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. Por tal razón en principio, esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos, salvo cuando aquellos son los vulneradores de sus propios derechos.

La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos, 7, 8, y 9 que los menores tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, destaca, las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y de sus hijas, donde existe la obligación de velar por el bienestar de niños y niñas cuando sus familiares no estén en condición de asumir por sí mismos dicha tarea.

La custodia con relación a los menores de edad es de gran responsabilidad, pues otorga la carga del deber de vigilancia, crianza, educación, manutención, etc, con relación a ellos, razón por la cual en principio, la ley le otorga dicha custodia a los responsables naturales del niño: sus padres. Excepcionalmente, podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos (art. 255 C.C.). Es bueno aclarar que para que ello se lleve a cabo, debe intentarse la conciliación ante el defensor de familia o el comisario de familia del instituto colombiano de bienestar familiar, con los padres del menor, que de no estar de acuerdo en ceder voluntariamente la custodia a terceras personas, legitimarán a los interesados a presentar la demanda de custodia y cuidado personal ante el juez de familia del lugar de la residencia del menor, a fin de que sea éste el que determine si hay justa causa para ello, lo cual tendrá que ser fehacientemente demostrado en el curso del proceso, pues la ley presume la aptitud de los padres para tener el cuidado y custodia de sus hijos.

5.3. En Chile

Antes de la Ley 20.680, en estado de separación de los padres, el cuidado personal de los hijos correspondía a la madre. Hoy, si es que no hay acuerdo, y estando en vigencia la Ley 20.680, el cuidado personal de los hijos corresponde al padre o madre con quién estén conviviendo. Los padres pueden acordar por escritura pública otorgada ante Notario o por acta extendida ante Oficial de Registro Civil que el cuidado personal de los hijos sea ejercido por el padre, la madre o ambos en forma compartida. Este instrumento debe sub-inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del o los niños dentro de los treinta días de su otorgamiento. Si este acuerdo quiere ser revocado o modificado por los padres, se debe cumplir con las mismas solemnidades realizadas para su constitución.

De acuerdo con la ley, 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. La ley lo define como el principio en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. No, sólo el juez de familia tiene la facultad de otorgarla a otra u otras personas competentes en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres. Para su nombramiento siempre se preferirá a los consanguíneos más próximos y en especial, a los ascendientes (abuelos).

Sí, mediante una demanda previa mediación frustrada, y, en este caso la ley establece algunos criterios y circunstancias que el juez debe considerar; a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar; b) La aptitud de los padres opara 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 del hijo y garantizar la relación directa y regular...; 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.”

Es necesario tener presente además que siempre que el juez de familia atribuya el cuidado personal del hijo uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición del otro padre, una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior. Asimismo, el juez conociendo de una demanda de cuidado personal, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez sólo podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno sólo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de

ejercicio compartido. La ejerce aquel que tiene el cuidado personal del hijo, y si es cuidado personal compartido, es ejercida por ambos. Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta.

VI. CONCLUSIONES

- 6.1. Los derechos de los progenitores no prevalecen ante el interés superior del niño niña y adolescente. Por ello, el interés superior del niño es la representación integral de sus derechos, siendo una garantía, una norma y orientación para la formulación de políticas públicas para la infancia
- 6.2. La tenencia del menor, es aplicado de acuerdo a la realidad; en este caso se entiende que es de acuerdo a la realidad legal, es decir, a la aplicación de la ley; a pesar de los desacuerdos expresados.
- 6.3. Los criterios que utilizan los juzgado de familia, para analizar y determinar, si otorga o no la tenencia compartida, son los siguientes: a) La proximidad de los domicilios de los progenitores; b) La capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común; c) La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad; d) La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente.

VII. RECOMENDACIONES

- 7.1. Regular la institución jurídica de la Tenencia en una norma especial con procedimientos claros y bien definidos, con el propósito que los juzgados de

Familia y el Equipo multidisciplinario tengan una labor más eficiente en beneficio de los niños y adolescentes y de esta forma se les garantice una estabilidad emocional, psicológica.

- 7.2. Efectuar el seguimiento de los menores quienes están inmersos dentro de una tenencia compartida, de una manera más constante, ello puede ser logrado con el personal que integra el equipo multidisciplinario.
- 7.3. A los jueces; que deben variar la concurrencia de los criterios que ellos en manera conjunta determinaron toda vez que si bien es cierto, estos protegen el interés superior del niño, también se podría estar dejando a otros niños de poder disfrutar los beneficios de una tenencia compartida, al considerar dentro de sus criterios, aquel que tiene como característica la cercanía de domicilios de los progenitores, ello se puede lograr mediante reuniones constantes entre el personal jurisdiccional a fin de recabar más información; asimismo se exhorta a los jueces analizar caso por caso, a fin de no vulnerar el interés superior del niño.
- 7.4. Mejorar y optimizar, los procesos de variación de la tenencia los juzgados de familia, de forma rápida y eficiente, en merito a la naturaleza del proceso, debido que está en juego el bienestar de los menores y adolescentes.

VIII. ANALISIS DEL CASO

En la sentencia de segunda instancia emitida, por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, en el expediente N° 0027-2013-0-2501-SP-FC-02, por el proceso de Tenencia, se advierte que los fundamentos son más que razonables y hacen efectivo la tutela del principio del interés superior del niño, al concluir que la Tenencia de la hija mujer en sus primeros años corresponde a la madre por ser del mismo género. Argumento que es compatible con lo resuelto en primera instancia. Todo el argumento se sostiene en el principio del interés superior del niño, el cual refiere que el niño gozará de

una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. El referido principio, se encuentra regulado en el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes, se puede señalar 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, se puede señalar que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución.

Bajo ese contexto, el argumento más relevante, estriba en el octavo considerando.

(...)

8.- Sobre B.R.S.R., de cuatro años de edad, se tiene, que si bien el padre podría otorgarle igual oportunidades que a su hermanito, por la edad que tiene, es necesario que ella se encuentre bajo el cuidado y protección de su madre, a la cual ella refiere extrañar; puesto que el vínculo materno con su madre, nunca fue interrumpido; asimismo, se debe tener en cuenta que la madre por ser del mismo género influenciará en la personalidad de la niña, que es decisiva durante los primeros años de su vida; brindándole también mayor comodidad a la niña, con respecto a las interrogantes que esta pueda hacerle sobre su género.

Por tanto Falla, CONFIRMANDO la sentencia apelada, contenida en la resolución número diecinueve, de fecha veintiséis de setiembre del dos mil doce, en el extremo que conceden la tenencia de la menor Bell Rosario Sánchez Reyes a favor de la demandante Sonia Bibiana Reyes Sánchez. Hágase saber a las partes, y lo devolvieron al juzgado de origen.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- Aguilar LLanos, B., Varsi Rospigliosi, E. & Mella Baldovino, A. M. (2014). *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Calderón Espinoza, T. V. & Riveros Da Silva, F. J. (2017). *Aplicación de la tenencia compartida en el distrito judicial de Loreto durante el año 2016*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de la Amazonia Peruana.
- Canales Torres, C. (2014). *Patria potestad y tenencia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Chavez Burgos, L. E. (2017). *Criterios que determinan la tenencia compartida en el juzgado de familia-chimbote-2017: interés superior del niño*. (Tesis de título). Universidad Cesar Vallejo.
- Chunga, F. (2017). *Derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos*. Lima, Perú: Grijley.
- Condezo Apestegui, Y. R. (2017). *La regulación de la tenencia en los juzgados de familia del distrito de Santa Anita, 2017* (Tesis de título). Universidad Cesar Vallejo.
- Gallecos, Y. (2017). *Procesos judiciales derivados del Derecho de Familia*. Lima, Perú: Iustitia.
- Lobato Vargas, K. J. (2016). *La garantía constitucional de hábeas corpus en los casos del derecho de familia relacionados con tenencia y régimen de visitas*. (Tesis de título). Universidad Nacional de Cajamarca.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (s.f.) Derecho de custodia. En, *Portal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*. Argentina. Recuperado de:
<http://www.menores.gob.ar/derecho-de-custodia>

Pique, C. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Jurista Editores.

Plácido, V. (2015). *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Ríos Sandoval, E. & Saravia de Lemos, H. (2018). *La tenencia del niño y su principio de interés superior*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de la Amazonia Peruana.

Siguenza Esquivel, R. K. (2017). *Parámetros diferenciadores entre procesos de restitución internacional de menores y tenencia*. (Tesis de título). Universidad Privada Antenor Orrego.

Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Jurisprudencia sobre el derecho de familia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Vicuña Cano, E. F. (2017). *El divorcio vincular y sus implicancias en la tenencia compartida de hijos menores de edad en la normatividad vigente*. (Tesis de doctorado). Universidad Inca Garcilazo de la Vega.

ANEXOS