

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



RECONOCIMIENTO DE TENENCIA DE MENORES

**Trabajo de Suficiencia Profesional
Para Obtener el Título Profesional de:
ABOGADO**

Autor:

Caycho Araujo, Giuliana Marisol

Asesor:

Mg. Félix Carrillo Cisneros

Huacho- Perú

2018

DEDICATORIA

A mi paciencia, perseverancia y moral para culminar lo que inicie hace 8 años, un día cualquiera mientras pensaba como quería pasar el resto de mi vida.

A mi hermano Carlos Guillermo Mechato Araujo a quien le estaré más que agradecida por todo el amor que me brindó en vida, jamás me olvidaré de ti hermano ni que todo lo que soy, ya que eso me lo enseñaste tú con tu nobleza y gran corazón...es un hasta luego nada más...

Agradecimiento infinito a mi motor de todos los días mi hijo Álvaro Gabriel, a mi madre Ruth por enseñarme a luchar siempre, a mi padre Guillermo por sus palabras alentadoras, a mi compañero de vida José Gavedia por todo el apoyo y amor brindado, a mi profesora de vida Delsa Lucho de Lino por esa amistad incondicional, a mis hermanas del alma Cristina, Melina, Milagros y Katya; a ustedes por confiar en mi hasta cuándo ni yo misma creía que podía lograrlo... infinitas Gracias!!!

PRESENTACION

Durante ya mucho tiempo hemos encontrado problemas sociales que son recurrentes y que no son nada nuevos, que en muchas ocasiones nos hagan creer que el Estado encontró la solución a un problema. La falta de seriedad de parte del Estado Peruano ha logrado que la violencia domestica (familiar, intrafamiliar, etc.) se esté convirtiendo en un verdadero problema social.

Es una pena que en el inicio de un nuevo siglo la dogmática del derecho peruano, siga discutiendo sobre si el matrimonio es o no contrato o sobre si la familia es una institución solamente jurídica o social, creo que por mucho estos conceptos han sido dejados atrás en la comunidad internacional, no creemos que podamos partir a una estructura de un derecho libre de tanta basura, si no iniciamos por entender que el derecho como ciencia debe actualizarse, modernizarse ser dinámico y crecer, nuestro derecho.

Es por eso que encontramos a los temas que afectan de manera importante al derecho debemos partir de la construcción de conceptos claros y precisos, ordenado dirían otros, claro , por tal razón la construcción de una regulación por parte del derecho en general sobre Tenencia es importantísima, y sobre todo la modernización del derecho en cuanto a las probanzas psicológicas, las cuales en tipos como el de Reconocimiento de Tenencia son demasiado abstractos para el juez y por eso las derecha, esto lo decimos como justificante de su conducta no como un claro viciador de la ignorancia de muchos de nuestro jueces en Perú.

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria.....	ii
Presentacion.....	iii
Indice.....	iv
Palabras claves.....	vii
Introducción.....	viii
Antecedentes.....	x

CAPITULO I

MARCO TEORICO

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

Etimologia De Tenencia	1
Concepto y Definición de Tenencia.....	1
Principios de los Derechos de los Niños y Adolescentes.....	4
a. Principio del Interés Superior del Niño:.....	4
b. Principio de Necesidad e Idoneidad:.....	6
Naturaleza Jurídica de la Tenencia.....	6
La Relación de la Tenencia Con Otras Instituciones Familiares.....	7
Presupuestos Facticos Para Solicitar La Tenencia.....	8
Tipos de Tenencia.....	8
• La Tenencia Unipersonal.....	8
• La Tenencia Compartida.....	8
• La Tenencia Negativa.....	9
Otras Clasificaciones de Tenencia.....	10
1. Tenencia Por Mutuo Acuerdo.....	10
2. Tenencia De Facto.....	10
3. Tenencia Definitiva.....	10
4. Tenencia Provisional.....	11
Lugares de Atención de Solicitudes de Tenencia.....	12
1.-Defensorias Escolares, llamadas DESNAS.....	12
2.-Las Defensorías Municipales, DEMUNA.....	13

3.-Centro de Conciliación Especializado en Derecho de Familia.....	14
4.-Juzgados Especializados en Familia.....	14
Competencia.....	15
Tenencia y Proceso Único.....	15
Tenencia en Otros Procesos.....	16
1. Tenencia en caso de Divorcio.....	16
2. La Tenencia por Sentencia Judicial de Separación Convencional y Divorcio Ulterior.....	17
3. La Tenencia en una Sentencia por Nulidad o Anulabilidad de Matrimonio.....	18
4. Tenencia y el Acta de Audiencia de Conciliación.....	18
5. Perdida de la Tenencia por otra Resolución Judicial.....	18
a. La Variación De La Tenencia.....	18
a.2. Variación de la Tenencia por Incumplimiento del Régimen de Visitas.....	19
b. Tenencia por Solicitud de Modificación de la Tenencia.....	20

CAPITULO II

LEGISLACION NACIONAL

Constitución Política del Perú.....	22
Convención Sobre los Derechos del Niño.....	23
Código Civil Peruano.....	26
Código de los Niños y Adolescentes.....	28

CAPITULO III

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional.....	31
Casaciones.....	32
Resoluciones.....	33

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

Legislación Argentina.....	34
Legislación Española	35
Legislación Chilena.....	36

Legislación Boliviana.....	38
CONCLUSIONES.....	42
RECOMENDACIONES.....	43
RESUMEN.....	44
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45
ANEXOS.....	49

Palabras Claves:

Tema	Reconocimiento de Tenencia de Menores
Especialidad	Derecho de Familia

Keywords:

Text	Underage Possession Recognition
Specialty	Family Law

Línea de Investigación: Derecho

INTRODUCCION

La presente investigación es relevante teóricamente desde una perspectiva básicamente procesal, y concretamente desde un punto de vista donde los menores, sujetos de un proceso de Tenencia interpuesto por sus padres o uno de ellos sean reconocidos como sujetos de derecho. El objetivo es guiar con reglas y principios la actividad judicial que compete a los jueces de familia, quienes deben actuar en base a factores jurídicos que se desprendan del caso en particular, permitiendo que sus decisiones no sean propensas a manipulaciones o factores determinados por simples opiniones.

La precaria formación dogmática a nivel nacional de este campo del derecho, por parte de los abogados y operadores de justicia, abona fácilmente el terreno para que la situación se presente.

Debido a los conflictos intersubjetivos que se presentan, teniendo en cuenta que dicho conflicto se da por el desencuentro de intereses en los que tanto uno como otro proponen argumentos que respaldan su interés, pues la presente investigación resulta relevante en la práctica, en la medida de que no se pretende aportar tan solo soluciones teóricas de manera normativa, sino que éstas brinden un mensaje específico a las personas a la sociedad, sobre la debida protección que el sistema de justicia debe proporcionar a los casos en que se encuentren interferidos niños, niñas y adolescentes. Por tanto el Juez, no debe hacerse un juicio previo y conocer el grado de afectividad de los menores para con sus padres, o la madurez psicológica de ellos si es que antes no ha analizado sus actitudes, el conflicto que trae consigo y/o la opinión que este tenga sobre el asunto.

En el aspecto valorativo, la investigación es importante ya que se justifica en brindar y aportar concepciones novedosas, que están orientadas a trabajar en función a las doctrinas y normas inspiradas en la protección integral del niño en base al Principio del Interés Superior del Niño, quien se encuentra inmerso dentro de una sociedad cambiante, de tal manera que se pueda hacer efectiva la protección que se busca para los menores sujetos dentro de un proceso judicial en donde sus padres entran en conflicto.

Si atendemos, a que la presente investigación tiene como tipo de estudio teórica y demostrativa, acerca de la intervención por parte de los jueces en los procesos de Tenencia de menores, pues dicha investigación verterá conocimientos propios al estudiante de pregrado y postgrado de la facultad de derecho, ya que las motivaciones, intereses y aportes están dirigidos a brindar un concepto mucho más amplio sobre la institución de la Tenencia y los derechos del niño y adolescente frente a sus padres, construyendo una reflexión sobre los problemas que nosotros como operadores legales percibimos en nuestro entorno de conocimiento.

ANTECEDENTES

Según Echeverría Guevara Karen L., (2011) en su tesis Doctoral “ La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos”, realizada en La Universidad de Granada, Facultad de Derecho, se plantea la problemática actual del Derecho de Familia, la Guarda y Custodia Compartida de los hijos, y refiere que La Custodia Compartida implica una cooperación entre ambos progenitores, apartando el conflicto inicial que fue la separación para tener en cuenta los derechos de sus hijos, quienes son los más afectados en este tipo de situaciones y lo que plantea la Tenencia o Custodia Compartida es velar por su desarrollo integral.

Por su parte Steffen Cáceres María, (2003) en su tesis para optar el grado académico de Magister en Ciencias de la Educación con Mención en Orientación Familiar, Relaciones Humanas y Familia, muestra las diferencias entre chicos en tenencia compartida y en tenencia monoparental. El rango de edades va de 4 y 1/2 a 10 años. Los chicos en tenencia compartida resultaron los más satisfechos con el tiempo que pasaban con cada uno de sus padres. Los padres en tenencia compartida resultaron ser los más involucrados con sus hijos. Por tanto, nos dice que una de las ventajas de la Tenencia Compartida es la cooperación derivada de compartir la tenencia entre padres, elimina o reduce los cambiantes compromisos de lealtad de los hijos hacia cada padre que provoca la tenencia monoparental.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

❖ **Etimología de Tenencia**

Proviene de la palabra griega “**tenere**” y “**Minor**” que es una institución jurídica destinada al cuidado de los hijos por uno de los padres, cuando se produce una separación de hecho.

❖ **Concepto y Definición de Tenencia**

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.

Beltrán P. (2009), particularmente señala “El mejor padre son ambos padres” ¿Es viable la Tenencia Compartida en el Perú? puede ser definida como un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos de consuno y, 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.

Por su parte, Comisión de Justicia y 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 sustenta.

Aguilar B. (2012) ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes?, término este que no resulta aplicable en el Derecho de Familia, 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, M. (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.

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, 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 violencia familiar, por parte de su padre o madre o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño; en cualquier procedimiento entablado con referencia a lo anteriormente señalado, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones; los Estados Partes respetarán el Derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Por otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 81 señala 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. 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.

Acertadamente, señala Mosquera C. C. (2012) 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.

❖ **Principios de los Derechos de los Niños y Adolescentes**

a) **Principio del Interés Superior del Niño:**

Artículo 3 inciso 1 de la Convención Internacional 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 entenderá será el interés superior del niño”.

Art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano: *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, legislativo y judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considera el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.*

Son múltiples las interpretaciones que se han brindado a este principio, algunos autores piensan que la Convención no debió recoger este principio, porque al ser un principio directriz, abriría las puertas para una desmesurada discrecionalidad de la autoridad obligada a aplicarlo, lo cual podría traer arbitrariedades. Consideramos incorrecto dicho razonamiento.

En un principio hablar de derechos del niño era una paradoja, únicamente se reconocían los derechos del *pater familia*, de los padres; los niños no tenían la protección social, ni jurídica. La preocupación por los menores, dio paso a la segunda etapa, donde ubicamos a doctrinas como la Situación Irregular, sin que la misma significara un afirmación de los derechos del niño, sino más bien una

exclusiva potestad tutelar del estado, donde tal cual padre, podía ejercer directamente la tutela del niño e impartirle reglas de reeducación cuando la situación lo ameritaba, sin embargo, debemos reconocer que esta segunda etapa el interés por los derechos del niño dejó el ámbito privado, convirtiéndose en público. La tercera y más importante etapa se da mediante la evolución de los instrumentos internacionales que trataron los derechos del niño, siendo el pico más alto de la misma, la Convención internacional de 1989, pues los intereses de los niños se transforman en auténticos derechos, el Interés Superior del Niño surge en toda su dimensión como un principio rector y de observancia obligatoria que garantice el cumplimiento y la realización d dichos derechos, protegiendo al menor de la actuación de sus padres y de la sociedad misma; este principio se convierte en una auténtica garantía que ha ido de la mano conjuntamente con la evolución de los derechos del niño, he allí que radica su primordial y esencial importancia.

Cillero Bruñol Miguel (1994), decía refiriéndose a los principios, que la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto significa que son obligatorios especialmente para las autoridades públicas. En consecuencia nada más lejano de lo que allí llamamos principio del interés superior del niño, para inspirar la decisiones de las autoridades. En concordancia con las ideas de este jurista, entendemos que la Convención recogió este principio para no abrir las puertas a una desmesurada discrecionalidad de la autoridad, sino todo lo contrario, el fin de este principio, es justamente limitar la discrecionalidad de la autoridad, en consecuencia, el interés superior del niño constituye un principio que obliga a las autoridades públicas y privadas y a los particulares a estimarlo como una consideración especial para el ejercicio de sus atribuciones.

Debemos recalcar que el interés superior del niño descansa sobre dos bases sólidas, por un lado es una garantía del cumplimiento y consecución de los derechos del niño y por otro lado, es un principio y como tal, es obligatorio para toda clase de autoridad, constituyéndose en una auténtica limitación al poder de discrecionalidad de la misma.

b) Principio de Necesidad e Idoneidad:

Promueve la función preventiva del Estado para evitar la separación de la niña, niño o adolescente de su familia y en caso que sea necesaria la separación, debe asegurar que la elección de la medida de protección aplicada y el plazo de la misma sea la más apropiada en cada caso.

Frente a una situación de riesgo o presunto estado de abandono de una niña, niño o adolescente, se debe garantizar la actuación del Estado, para evitar la separación de su familia. Esta actuación debe asegurar que la elección de la medida de protección aplicada y el plazo de la misma, sea la más idónea en cada caso, para satisfacer sus necesidades y facilitar el ejercicio de sus derechos.

❖ **Naturaleza Jurídica de la Tenencia**

Existen posiciones variadas en la doctrina acerca de la calidad y naturaleza de este derecho. Algunos dicen que se trata de derecho personal y familiar, otros que es derecho de la persona vinculado con el libre desarrollo de la personalidad, o un derecho subjetivo especial que permite el ejercicio de poder relacionarse, o un derecho personal incluido dentro de los derechos personales. Incluso, dada su extensión a familiares y allegados así como su singularidad, se les otorga la naturaleza de ser un derecho personal y familiar o seudo familiar.

Considero que se trata de un derecho subjetivo familiar, en el sentido que existe el derecho de ambas partes -menor y familiares- de relacionarse, de estarse en conjunto e integrarse. Las partes gozan de similar interés legítimo que le permite el desarrollo, crecimiento así como la consolidación de los lazos de la familia que, como célula básica de la sociedad, exige su consagración. Este derecho permite ello. Pero no sólo robustece las relaciones familiares, sino que en muchos casos las hace nacer, surgir, al integrar a la relación personal a sujetos apartados o distantes.

❖ **La Relación de la Tenencia con otras Instituciones Familiares**

Forma parte del Régimen Familiar actual enmarcado en nuestra legislación (Código de los Niños y Adolescentes) pero esta se desarrolló y se relaciona con otras instituciones que cuidan y amparan a la familia dentro de la sociedad actual, como es:

- La Patria Potestad, es el derecho a ser padres y decidir sobre los hijos, este derecho les asiste a los dos padres por igual y resulta no negociable, ni renunciable.

Solo se puede suspender por hechos muy graves y debidamente acreditados en un proceso judicial como por ejemplo dedicar a la mendicidad a los hijos, incumplir con los alimentos, o dar malos ejemplos entre otros.

1. La Tutela, que tiene por finalidad la guarda de la persona y bienes del menor que no esté bajo la patria potestad de sus padres, ya sea por muerte de éstos o porque se hayan privados del ejercicio de la patria potestad.
2. La Guarda (ésta en el actual Código de Niños y Adolescentes no se refiere), y es una institución mediante la cual se brinda protección al niño o adolescente en estado de abandono y es de carácter transitorio.

3. El Acogimiento familiar, es la institución jurídica mediante la cual el niño o el adolescente es acogido en forma provisional por una persona o familia residente en el Perú, o una institución.

❖ **Presupuestos Facticos para Solicitar la Tenencia**

1. Que exista una separación de hecho de los padres
2. Que no exista acuerdo entre los padres para determinar con quién se quedan los hijos.
3. Que existiendo acuerdo este sea perjudicial para el niño o adolescente.
4. Que el Juez tome en cuenta el parecer del niño o adolescente.

❖ **Tipos de Tenencia**

La doctrina ha determinado la existencia de tres tipos de tenencia que son:

La Tenencia Unipersonal

La Tenencia Compartida

La Tenencia Negativa

- **La Tenencia Unipersonal**

Se dice que hay tenencia unipersonal cuando se concede a uno de los padres para que tenga al hijo de hecho a su cuidado.

- **La Tenencia Compartida**

En este tipo de tenencia corresponde a los dos progenitores, en forma normal, sin recorte alguno. Nuestra legislación establece que ambos padres pueden acordar la tenencia de sus hijos, sin embargo, establece reglas que se

deben tomar en cuenta, como por ejemplo, el hecho de que los niños menores de tres años deban permanecer con su madre.

A lo que se apunta entonces con la tenencia compartida, es al hecho de permitir que los hijos sigan manteniendo contacto con sus dos padres, haciendo que sufran menos la separación y que no se sientan presos de una elección de los mayores, a veces muy egoísta, sino que puedan seguir compartiendo y desarrollando su vida con ambos progenitores, ya que son los dos quienes le han dado la vida. Vale reiterar, que esto se considera así, siempre que a criterio del juez no haya peligro de producirle un mal mayor al menor y se esté resguardando el interés superior del niño.

Lloveras Nora y Bonzano María de los Ángeles (2010), considera ilustrativo el contenido básico de la tenencia compartida: “podríamos afirmar que compartir la guarda equivale a la participación activa de los padres en la formación integral de sus hijos, lo que supone asumir la necesidad de participación y el compromiso del trabajo en equipo...la guarda compartida supone asumir el desafío de desvincular la problemática conyugal de la parentalidad”

- **La Tenencia Negativa**

Es cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores. La medida primordial es iniciar un juicio de alimentos a fin de que el obligado cumpla con su responsabilidad. La tenencia negativa se puede entender de dos formas, como aquella que existe legalmente pero no se ejerce, dejando al menor bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender como el menor que teniendo padres, ellos no se hacen cargo de él.

❖ **Otras Clasificaciones de Tenencia**

- **Tenencia Por Mutuo Acuerdo**

Cuando se determina la tenencia del menor por acuerdo de ambos padres y no se llega a recurrir a ningún tercero.

- **Tenencia De Facto**

Tipos de tenencia una de hecho por mutuo acuerdo y otra de facto es decir por decisión unilateral. Los padres no recurren al poder judicial, la decisión se tomó expresamente o tácitamente. Se puede decir que es expresa cuando el padre expresa su voluntad de dejar al menor, es tácita cuando los actos del otro padre indican que no quiere tener al menor.

- **Tenencia Definitiva**

Aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o de un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada.

Los Centros de Conciliación Especializados en Familia tienen facultades de entregar Actas de Conciliación con autoridad de Cosa Juzgada.

Las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades, también tienen facultad de entregar Actas de Conciliación con autoridad de cosa Juzgada.

Debido a que les falta reunir algunos requisitos ante el Ministerio de la Mujer las Defensorías del Niño y Adolescente, escolares, de los colegios profesionales, universidades, parroquiales, no tienen en algunos casos, la facultad de entregar actas de conciliación con autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, las actas de conciliación que se lleven a cabo en esas defensorías, sirven de prueba para juicios posteriores. Si se hubiere acordado la tenencia en un Acta de Conciliación sin autoridad de cosa juzgada, también deberá

cumplirse. Pero en caso de que no se cumpla en lugar de demandarse variación de tenencia, o modificación de tenencia, el padre que no tiene la tenencia demandará Tenencia como si no hubiese existido proceso judicial.

Si un padre tiene la tenencia por una resolución judicial del Juzgado Especializado de Familia, sólo otra resolución judicial se la puede quitar.

Si un padre tiene la tenencia por un Acta de Conciliación de un Centro de Conciliación, cuya acta tenga autoridad de cosa juzgada. Quien no obtuvo la tenencia en caso de querer variarla o modificarla posteriormente deberá recurrir al Juzgado Especializado a fin de solicitar la variación o modificación según sea el caso.

- **Tenencia Provisional**

La tenencia provisional es la facultad del padre que no tiene la custodia de recurrir al Juez Especializado a fin de solicitar la tenencia provisional en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años.

El que tiene la custodia de hecho no puede solicitar la tenencia provisional, pero puede recurrir inmediatamente a solicitar la tenencia a fin de que se le reconozca el derecho.

La ley prevé que quien no tiene la custodia, tiene el derecho de solicitar la tenencia provisional para salvar la integridad del menor, entonces el Juez deberá ordenar dentro de las 24 horas la entrega del menor.

Se presume que el menor está corriendo un grave riesgo al estar con el otro padre, éste debe entregarlo inmediatamente con una orden judicial.

Sin embargo quien tiene la custodia del menor no puede solicitar la tenencia provisional porque la tiene de hecho, y puede solicitarla en el juzgado, con las garantías correspondientes.

Se dice que esta facultad de solicitar la tenencia provisional viola el derecho a la igualdad ante la ley, ya que deberían ser ambos los padres quienes puedan acceder a solicitar una tenencia provisional (El que tiene y el que no tiene la custodia). Pero los jueces podrían ejercer el control difuso, prefiriendo la norma constitucional Sin embargo señala también que antes de preferir que los jueces prefieran la constitución por ser poco dados a practicar el control difuso, es mejor modificar la norma.

El Dr. Fermín Chunga La Monja (2006), considera que el artículo 87° del CNA, que comentamos, adolece de falta de coherencia porque no debería protegerse sólo la integridad a los menores de tres años con la tenencia provisional, sino también la integridad de todos los menores. Además señala que debe protegerse al menor no sólo dentro de las 24 horas, sino inmediatamente para lo cual refiere el caso de un padre desquiciado que mató y descuartizó a sus hijos a pesar de la denuncia oportuna de los vecinos ante los juzgados de menores.

❖ **Lugares de Atención de Solicitudes de Tenencia**

Se puede recurrir a los siguientes lugares:

1. Defensorías Escolares, llamadas DESNAS.

En los centros educativos, colegios profesiones, así como en instituciones de la sociedad civil, y en instituciones públicas. Las Defensorías Escolares están ubicadas dentro de los mismos centros educativos siendo la atención gratuita.

La defensoría recibe los casos, luego de lo cual el defensor evalúa los hechos que vulneran uno o más derechos de los menores y determina la acción a seguir.

El defensor ejecuta las siguientes acciones: *La Conciliación, la Derivación, la Acción Administrativa o la Denuncia*. En los conflictos sobre Alimentos, Tenencia y Régimen de Visitas, la Defensoría actúa a través de la Conciliación tratando de fortalecer los lazos familiares.

Las Actas de Conciliación extrajudicial, tienen el valor de título de ejecución y son equivalentes a una sentencia judicial, siempre y cuando la Defensoría del Niño y Adolescente figure en el Registro de Defensorías del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Las defensorías llevan libros de registro de casos y actas de conciliación para extender copias certificadas cuando se requieran.

La Defensoría atiende estos casos cuando no existe una resolución judicial, o un proceso judicial abierto por el mismo hecho. Sin embargo la Defensoría tiene el deber de comunicar a la Comisaría del Sector o a la Fiscalía de Familia en caso de maltrato ante lo cual se determinará si existe violencia familiar.

2. Las Defensorías Municipales, DEMUNA

Que tienen la misma labor que todas las defensorías que están bajo el control de la Gerencia de la Niñez y Adolescencia del MIMP.

Labor de la DEMUNA.

Ofrece atención gratuita y confidencial de casos de alimentos, régimen de visitas, maltrato, violencia familiar, reconocimiento voluntario

de filiación, y, en general situaciones que afecten los derechos de los niños y adolescentes.

Realiza difusión y capacitación sobre Derechos del Niño.

Impulsa actividades preventivas y de movilización social por los Derechos del Niño.

Coordina permanentemente con instituciones y organizaciones locales para atender los problemas de los niños, adolescentes y familia.

Denuncia delitos en agravio de niños y adolescentes. Las Defensorías Municipales, además se encargan de inscribir en los registros a los menores que no tienen partida de nacimiento.

3. Centro de Conciliación Especializado en Derecho de Familia.

Estos centros de conciliación son muy útiles para evitar un proceso largo, tedioso y caro en el Poder Judicial, no es obligatorio ir a la conciliación en materias de Derecho de Familia, sin embargo existe como parte de la cultura de paz establecida como política de Estado en la Ley de Conciliación. Se llama conflicto de familia al hecho que causa tensión en la vida de los miembros de una familia, los que pueden encontrarse cohabitando o no. Esta es una conciliación especializada, «que implica tener en cuenta una serie de factores que inciden en los aspectos emocionales»

4. Juzgados Especializados en Familia.

La Tenencia no se plantea ante el Juez de Paz, sólo ante el Juzgado Especializado de Familia. En materia de derechos de familia no es obligatorio ni un requisito recurrir a la conciliación extrajudicial. Sin embargo es una forma rápida de solucionar un conflicto cuya demora puede causar daño al menor.

También es una forma gratuita que beneficia a miles de personas que no tienen capacidad económica suficiente para asumir un proceso judicial. Aun así hay casos en los que por necesidad y a fin de evitar un daño en la integridad del menor se debe acudir directamente a la vía judicial para solicitar la variación de la tenencia, como veremos más adelante. En cada caso se deberán apreciar las circunstancias que motivan las solicitudes debiendo decidirse por lo mejor para el niño, es decir, con atención al Interés Superior del Niño y Adolescente (para ello se valdrá de visitas de la Asistencia Social, pruebas psicológicas, la opinión del menor).

❖ **Competencia**

En el fuero jurisdiccional, la demanda de tenencia debe ser interpuesta ante los juzgados especializados de familia, la vía es la del Proceso Único (CNA Art. 160)

❖ **Tenencia y Proceso Único**

En el Proceso Único de Tenencia, el juez decide en el proceso único sobre las siguientes pautas contenidas en el Código del Niño y adolescente:

El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable. Se presume que el que solicita la tenencia es porque quiere vivir con el menor y brindarle los mejores cuidados, sin embargo cuando uno de los padres ha vivido más tiempo con el menor, los lazos de dependencia y afectivos son más estrechos.

El hijo menor de tres años permanecerá con la madre. El Juez debe considerar si el menor es de tres años debe permanecer con la madre. Excepcionalmente si los

cuidados del padre son mejores que los de la madre, se le otorgará a él la tenencia. Tendrá que mediar un peligro de la integridad moral o física del menor para que el padre se quede con el padre.

Régimen de visitas para el otro padre. El artículo 84 incisos c) del C.N.A. establece que "Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas". Considerando las labores, y los días libres de los niños.

La tenencia y el derecho de alimentos. Para solicitar la tenencia es un requisito probar que se está cumpliendo con brindar los alimentos, si no se prueba, entonces no existe ninguna garantía para conceder la tenencia a quien lo solicita. En la sentencia sobre tenencia y régimen de visitas el Juez deberá fijar una pensión de alimentos que el otro progenitor deberá cumplir.

Tenencia y la opinión del niño y adolescente. La Convención sobre los Derechos del Niño y el Código del Niño y el Adolescente señalan que la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, si el menor está en condiciones de formarse un juicio propio. Es importante la edad del menor para formularle las preguntas y sobre todo cuando el Juez admite la demanda señala día y hora a fin de tomar la declaración del menor, en esa diligencia sólo él ingresará a responder las preguntas para que se determine que responde sin coacción (el menor desde los siete u ocho años tiene juicio de la realidad, y que alrededor de los doce años, tiene la capacidad de simbolización).

❖ **Tenencia en otros Procesos**

● **Tenencia en Caso De Divorcio**

Según el artículo 340 del C.C. de 1984: "Los hijos se confiarán al cónyuge que obtuvo el divorcio a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos,

que se encargue, de todos o de alguno al otro cónyuge, o, si hubiere motivos graves, una tercera persona. Esta designación deberá recaer por su orden, y, siendo posible, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges fueren culpables, los hijos varones mayores de siete años quedarán a cargo del padre y las hijas menores de edad al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa. En caso de muerte o de impedimento legal del padre a quien el juez confió el cuidado de los hijos, el otro padre reasume de pleno derecho la patria potestad sobre ellos.” Se establece que los padres, hermanos mayores de dieciocho años o el consejo de familia, están facultados a solicitar las providencias que consideran beneficiosas para los hijos requeridas por hechos nuevos.

- **La Tenencia por Sentencia Judicial de Separación Convencional y Divorcio Ulterior**

Se obtiene la Tenencia por sentencia judicial, en el caso de separación convencional y divorcio ulterior solicitado de conformidad con el inciso 13 del Artículo 333° y 354° del Código Civil. En este proceso judicial las partes adjuntan a la demanda una propuesta de convenio (en el que señalan los regímenes de ejercicio de la patria potestad, esta propuesta servirá para que el Juez fije lo concerniente al ejercicio de la patria potestad). La ley se refiere a que uno de los padres ostentará uno de los derechos de la patria potestad, es decir, la tenencia, pero ninguno de los dos pierde la patria potestad. Este proceso se tramita en la vía sumaria conforme al Código Procesal Civil.

- **La Tenencia en una Sentencia por Nulidad o Anulabilidad de Matrimonio.**

Es factible que planteada una demanda de nulidad o anulabilidad de matrimonio subsecuentemente con en el proceso se decida la tenencia de los menores en caso de que los padres no lleguen a un acuerdo sobre el mismo.

- **Tenencia y el Acta de Audiencia de Conciliación.-**

En caso de que exista Conciliación, el Acta de la Audiencia de Conciliación en la Tenencia, servirá para cumplirlos acuerdos establecidos. En el caso de que una de las partes incumpla los acuerdos la otra parte podrá solicitar la variación tanto de la tenencia como el régimen de visitas establecidos en el Acta.

- **Perdida de la Tenencia por Otra Resolución Judicial**

Después de obtenida la Tenencia por vía judicial, pueden ocurrir una serie de hechos, debidamente comprobados que impulsen al otro padre a solicitar la tenencia. La ley establece dos casos:

La variación de la Tenencia, La modificación de la Tenencia

- a. **La Variación de la Tenencia**

La Tenencia es un derecho que se atribuye a un solo padre. El derecho de solicitar la variación de la tenencia le pertenece a quien no tiene la tenencia. El padre que tiene al hijo consigo, tiene mayor responsabilidad de quien no lo tiene a su lado, el padre que cede la tenencia al otro, confía en los cuidados que este prodigará a su hijo. Sin embargo la ley establece la facultad que tiene todo padre de solicitar la Variación de la Tenencia en caso de que dichos cuidados no existan o no sean suficientes.

El padre que ha tenido durante cierto tiempo al menor ha fortalecido el grado de amor y dependencia del menor. Por esta razón la ley establece que la variación de la Tenencia se realizará con la asesoría del equipo multidisciplinario a fin de que el cambio no produzca daño o trastorno al menor, pero se procederá con el cumplimiento inmediato del fallo, en caso que la integridad del menor se encuentre en peligro.

El requisito es que exista una Tenencia, otorgada por separación de mutuo acuerdo, o divorcio, o una Tenencia otorgada por el Juez.

La resolución que establece la separación convencional, establece de conformidad con el convenio, cual es el padre que tendrá a los hijos. Pero esta resolución si bien tienen autoridad de cosa juzgada, en materia de tenencia, puede variar si el otro padre considera que debe tener la tenencia, para ello deberá solicitar en nuevo proceso la tenencia, pero sólo con otra resolución judicial podrá variar la tenencia.

a.2. Variación de la Tenencia por Incumplimiento del Régimen de Visitas.

Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente. Art.78- C.N.A.

El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso". Art. 91 C.NA.

El padre o madre a quien se le imposibilite de visitar a sus hijos incumpléndose indebidamente una resolución judicial, tiene derecho a solicitar la variación de la tenencia, en cuyo caso el otro padre perderá la tenencia por no cumplir debidamente el Acta de Conciliación Judicial, o la sentencia del Juzgado Especializado de Familia, o la sentencia del Proceso de Divorcio por mutuo acuerdo o la de divorcio por causal en su caso.

b. Tenencia por Solicitud de Modificación de la Tenencia

La resolución que otorga la tenencia sólo puede modificarse mediante nuevo proceso judicial después de seis meses de otorgada. Para solicitar la modificación se requieren la existencia de circunstancias debidamente comprobadas. La ley establece que deben acontecer circunstancias que obliguen a los padres a solicitar un cambio en la Tenencia, esta modificación requiere de nuevo proceso. Este proceso lo puede interponer el padre que tiene la tenencia o el otro. La ley establece que deben transcurrir seis meses desde la resolución originaria. Debe haberse legislado de esta forma para que el padre que no tiene la tenencia, pueda tener mayor referencia de la forma en que la tenencia se desarrolla, si en seis

meses la tenencia no puede mantenerse deberá demandarse nuevamente. Igualmente el padre o madre que obtuvo la tenencia puede haber viajado repentinamente, o el trabajo la obliga a viajar durante temporadas largas, es decir pueden ocurrir hechos que perjudiquen la tenencia del menor. Solamente procede la modificación sin esperar que transcurran los seis meses, en caso de que la integridad del niño o adolescente se encuentre en peligro. Una vez resuelta la Tenencia el otro habrá perdido la Tenencia.

Es por tanto útil mencionar que la Tenencia no es causal de pérdida de la patria potestad, ambos padres tienen la patria potestad del menor, la tenencia es un derecho y un deber de la patria potestad.

CAPITULO II

LEGISLACION NACIONAL

Constitución Política Del Perú

<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

Capítulo I

Derechos Fundamentales de la Persona

Defensa de la persona humana

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

Art. 2.- Toda persona tiene Derecho:

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.

Capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos

Art. 4°.- 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. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Art. 6°.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información 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.

Convención Sobre los Derechos del Niño

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Art. 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

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

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

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

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Código Civil Peruano

http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf

Título III-Patria Potestad

Capítulo Único

Ejercicio, contenido y terminación de la Patria Potestad

Noción de Patria Potestad

Art. 418.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

Ejercicio conjunto de la patria potestad

Art. 419.- 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 disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo.

Ejercicio unilateral de la patria potestad

Artículo 420.- 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.

Patria Potestad de Hijos Extramatrimoniales

Artículo 421.- La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido.

Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor.

Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la

persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad.

Código de los Niños y Adolescentes

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codninosyadolescentes.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

Capítulo II

Tenencia Del Niño y Del Adolescente

Artículo 81.- Tenencia.

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

Artículo 82.- Variación de la Tenencia.-

Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno.

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

Artículo 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.

Artículo 85.- Opinión.-

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

Artículo 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.

Artículo 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 los plazo de veinticuatro horas.

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

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

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

CAPITULO III

JURISPRUDENCIA

Se aprecia que, efectivamente, el Ad quem ha emitido un fallo extra petita, al otorgar a la demandada (madre del menor) la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso. Cas. N° 1252-2015 - Lima Norte.

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 sean más favorables al menor y en busca del bienestar del menor, 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 le corresponderá al otro. Cas. N° 1738-2000- Callao

Las normas sobre tenencia y custodia no son normas fatales, imperativas, que no admitan modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el “interés superior del niño”, se trata una regla jurídica flexible, que se adecua a lo que lo favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiarlos factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese “interés superior”, considera el menor como sujeto de derecho y rechaza que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinados a la arbitrariedad de la autoridad. Cas. N° 1961-2012. Lima

No se puede obtener la tenencia y custodia a través de una medida cautelar, pues ello debe pedirse en vía de acción. Exp. N° 1108-98, Lima.

Las resoluciones de tenencia pueden modificarse por el mismo juzgado, atendiendo a su función tuitiva por circunstancias debidamente comprobadas; estas

resoluciones no podrán ser modificadas hasta después de transcurridos seis meses de haber quedado consentidas, salvo que esté en peligro la integridad del niño; lo que implica que en materia de tenencia de menores no existe cosa juzgada, dada la naturaleza tuitiva que subyace en ella. Cas. N° 776-2000, Chincha.

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. Exp. N° 01794-2010-C. Sup. Cuzco.

El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”. Que, sobre el particular, conforme esta instancia acotó en anterior sentencia (fojas 506), la Corte Suprema ha considerado: “[...] una de las manifestaciones del interés superior del niño implica el derecho del menor en sede judicial a ser oído y valorar su opinión para concluir qué es lo más beneficioso para él. Cas. N° 1279-2000-Piura.

Se advierte que el derecho del niño a ser oído resulta ser un derecho fundamental reconocido por la normativa supranacional, es uno de los derechos más importantes que ampara a todo niño, niña y adolescente, es el poder manifestar lo que sucede y ser escuchado por quienes tomarán las decisiones que se proyectarán en su vida. Es obligación de quienes tienen el deber de escuchar, el tomar las precauciones necesarias para atender al marco en que el niño se manifiesta; necesariamente este derecho a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar por parte de quienes

tienen el poder y la responsabilidad de tomar decisiones respecto de cosas que afectan al niño. CAS. N° 4429-2013-Lima.

El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. Exp.: 00725-2008-Tumbes.

Estando a la visita inopinada de fojas doscientos noventa a doscientos noventa y dos hecha por la A Quo al hogar donde los niños viven con su padre (...) la suscrita considera que el hecho de que los menores se encuentren viviendo con su padre en una zona rural no quiere decir que los menores se encuentren en abandono ya que es propio de la edad de los menores jugar y por consiguiente desordenar sus habitaciones, así como también ensuciarse producto de ello, más aun si tenemos en cuenta que viven en el campo. Cas. N° 2108-2014- Lima.

Que dentro del debido proceso, conforme se verifica, consta la copia certificada del Acta de Nacimiento del menor, nacido el cuatro de abril del dos mil nueve, que al momento de la interposición de la presente demanda (ocho de agosto del dos mil once), tenía dos años y cuatro meses de edad. Se controla que de los actuados ha quedado acreditado que el niño Jared Moisés Sandoval Mora, fue sustraído del hogar materno por parte del recurrente, quien en compañía de la abuela paterna le dijeron a la demandante, Myriam Inés Mora Alcántara de Sandoval, que iban a llevar al niño para tramitar su documento Nacional de identidad, sin que el recurrente haya cumplido con devolver al niño, ni haya adjuntado medio probatorio fehaciente e idóneo que acredite q el niño Jared Moisés Sandoval Mora, le fuera entregado por la madre a fin de que viva con el recurrente. Cas. N° 3619-2012 - Lima Norte.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

Legislación Argentina:

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf

Capitulo X

De los Efectos de la Separación Personal

Art. 206. - Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su carga se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.

Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

Art. 264. - "...

2. En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

Art. 271.- En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho, o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos.

Legislación Española

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Título VII - De las relaciones Paterno-Filiales

Capítulo I - Disposiciones Generales

Artículo 92.

1.- La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2.- El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3.- En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4.- Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

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

Art. 156.- La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso,

si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

Art. 160.1.- Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

Legislación Chilena

Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley N° 17.823

<http://archivo.presidencia.gub.uy/ley/2004090801.htm>

Capítulo IV

De los Deberes de los Padres o Responsables

II -De la tenencia del niño y adolescente

ART. 34°. Tenencia por los padres).-

- 1) Cuando los padres estén separados, se determinará de común acuerdo cómo se ejercerá la tenencia (artículo 177 del Código Civil).
- 2) De no existir acuerdo de los padres, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Art. 35°. Facultades del Juez de Familia.- En caso de no existir acuerdo de los padres, el Juez resolverá, teniendo en cuenta las siguientes recomendaciones:

- a) El hijo deberá permanecer con el padre o la madre con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca.
- b) Preferir a la madre cuando el niño sea menor de dos años, siempre que no sea perjudicial para él.
- c) Bajo su más seria responsabilidad funcional, el Juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente.

Art. 36°. Tenencia por terceros.-

- 1) Cualquier interesado puede solicitar la tenencia de un niño o adolescente siempre que ello tenga como finalidad el interés superior de éste. El Juez competente, bajo la más seria responsabilidad funcional, deberá evaluar el entorno familiar ofrecido por el interesado.
- 2) La persona que ejerce la tenencia de un niño o adolescente está obligada a brindarle la protección y cuidados necesarios para su desarrollo integral.
- 3) La persona que no se sienta capacitada para proseguir con la tenencia, deberá ponerlo en conocimiento del Juez de Familia, quien resolverá la situación del niño o adolescente.

Art. 37°. **Procedimiento.**- Todas las pretensiones relativas a la tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños o adolescentes, se regularán por el procedimiento extraordinario consagrado en los artículos 346, 347, 349 y 350 del Código General del Proceso. La ratificación de tenencia se tramitará por el procedimiento voluntario (artículos 402 y siguientes del Código General del Proceso). Es Juez competente para conocer en dichas pretensiones, el del domicilio del niño o adolescente.

Legislación Boliviana

Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente

<http://www.lexivox.org/norms/BO-L-2026.xhtml>

Título II

Derecho a la familia

Capítulo I

Disposiciones generales

Art. 27°.- Derecho a la familia. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen y, excepcionalmente, en una familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria.

El niño, niña o adolescente no será separado de su familia, salvo circunstancias especiales definidas por este Código y determinadas por el Juez de la Niñez y Adolescencia, previo proceso y con la exclusiva finalidad de protegerlo.

Art. 28°.- Familia de origen La familia de origen es la constituida por los padres o por cualquiera de ellos, los ascendientes, descendientes o parientes colaterales, conforme al cómputo civil.

Art. 29°.- Mantenimiento de la familia de origen. La falta o carencia de recursos materiales y económicos, no constituye motivo para la pérdida o suspensión de la autoridad de los padres. No existiendo otra causa que por sí sola autorice la aplicación de estas medidas. El niño, niña o adolescente no será alejado de su familia de origen, la cual será obligatoriamente incluida en programas prefecturales, municipales y no gubernamentales de apoyo y promoción familiar

Art. 30°.- Padres privados de libertad. Cuando ambos padres se encuentren privados de libertad y, habiéndose establecido que sus hijos no tienen familia extendida o teniéndola, ésta no cuente con las posibilidades para ejercer la Guarda o Tutela de aquéllos, se procederá a su ubicación en entidades de acogimiento o Familia Sustituta mientras dure la privación de libertad, en la misma localidad donde se encuentren detenidos los padres, excepto los niños menores de seis años, quienes permanecerán junto a su madre.

El Juez de la causa remitirá antecedentes a conocimiento del Juez de la Niñez y Adolescencia, para viabilizar los fines de este Artículo.

Esta ubicación de niños, niñas o adolescentes, no implica su privación de libertad y es deber de las autoridades penitenciarias, del Juez de la Niñez y Adolescencia que conoce el caso, así como de los responsables del programa, proyecto o de la familia sustituta, el posibilitar que los hijos visiten periódicamente a sus padres, compartan con ellos y estrechen los vínculos paterno filiales.

Art. 31°.- Autoridad de los padres. La autoridad de los padres es ejercida en igualdad de condiciones por la madre o por el padre, asegurándoles a cualesquiera de ellos, en caso de discordancia, el derecho de acudir ante la autoridad judicial competente, para solucionar la divergencia.

Art. 32°.- Deber de los padres. Los padres están obligados a prestar sustento, guarda, protección y educación a los hijos conforme a lo dispuesto por el Código de Familia. Asimismo, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir las determinaciones judiciales impuestas en favor de sus hijos que no hayan llegado a la mayoría de edad.

Art. 33°.- Suspensión de la autoridad. La suspensión de la autoridad de uno o de ambos padres puede ser total o parcial para ciertos actos especialmente determinados, en los siguientes casos:

1. Por interdicción judicialmente declarada;
2. Por la declaración de ausencia;
3. Por falta, negligencia o incumplimiento injustificado de deberes, teniendo los medios para cumplirlos;
4. Por acción u omisión, debidamente comprobado por autoridad competente, que ponga en riesgo la seguridad y bienestar del niño, niña o adolescente, así sea a título de medida disciplinaria.

Art. 34°.- De la pérdida de la autoridad. Los padres, conjunta o separadamente, pierden su autoridad:

1. Cuando son declarados mediante sentencia judicial ejecutoriada, autores, cómplices o instigadores de delitos contra el hijo;
2. Cuando por acción u omisión culposa o dolosa los expongan a situaciones atentatorias contra su seguridad, dignidad o integridad;
3. Cuando sean autores intelectuales de delitos cometidos por el hijo.

Art. 35°.- De la extinción de la autoridad. La autoridad de los padres se extingue:

1. Por la muerte del último progenitor que la ejercía;
2. Por abandono del hijo o hija debidamente comprobado;

3. Por consentimiento dado para adopción del hijo o hija ante el Juez de la Niñez y Adolescencia.

Art. 36°.- Inexistencia de la filiación. Cuando no exista o se desconozca la identidad de los padres o familiares de un niño, niña o adolescente, se procederá de acuerdo con lo señalado por este Código.

CONCLUSIONES

En caso de que el padre o madre, tenga la custodia por resolución de un proceso judicial, no puede pedir la tenencia provisional, simplemente porque ya tiene la tenencia, y bastará con la resolución que lo ampare reclamar el derecho que le corresponde ante la autoridad correspondiente

El padre o madre, que tiene la custodia de hecho, podría entonces solicitar sin error en la interpretación la tenencia provisional, en caso de que le hubiesen arrebatado al menor, en perjuicio de quien ya la tenía judicialmente o no, con el comprobado riesgo para el menor.

La ley no establece que el otro padre o madre que tiene al menor deban tener la tenencia por resolución judicial o de hecho. En ambos casos en cualquier momento el que no tenga la custodia por resolución judicial puede solicitar la Tenencia provisional, con lo que se busca tener la tenencia oficialmente, o con una tercera persona idónea para el cargo.

RECOMENDACIONES

Cuando los padres de un menor se encuentran separados solo uno de ellos debe quedarse al cuidado de los niños o adolescentes a eso se llama tenencia sin embargo cuando no hay acuerdo el tema se complica sobre todo si quien va a demandar la tenencia es el padre contra la madre.

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:

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

Para el varón resulta muy arduo lograr una tenencia, por eso recomendamos antes de un litigio preparar el terreno y agenciarse de las pruebas suficientes que puedan inclinar el tema a su favor.

RESUMEN

Para asuntos de familia no existe la cosa juzgada, por tanto, siempre es factible revisar los casos en razón del interés superior del niño. En el proceso de tenencia no hay plazos para solicitarlas, no caducan y es posible volver a iniciarlas, es un proceso muy flexible en razón de la tutela del menor y su mejor situación material.

La ventaja de solicitar la tenencia provisional es justamente la celeridad con la que el juez debe resolver, esto es, en 24 horas. El requisito es que el padre o madre no tengan la custodia. La interpretación de la norma es que el padre no tenga la custodia por que el otro la tiene por resolución judicial. Por esta razón debería modificarse el artículo 87° del C.N.A y especificar que la tenencia provisional sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo "su custodia judicial".

La custodia de hecho no se cuenta como imposibilidad de solicitar la tenencia provisional. La ley dice que "el que tiene la custodia no puede solicitar la tenencia provisional". Es que el que tiene la custodia de hecho, antes que nada debe interponer una demanda de Tenencia, si no lo hubiere hecho y teme por la integridad del menor, puede recurrir a la Comisaria a la oficina especializada de Violencia Familiar o directamente a la Fiscalía a fin de que se tomen las medidas cautelares de protección al menor.

La diferencia está en que la tenencia provisional la solicita quien no tiene al menor bajo su custodia, y es necesaria una acción rápida para evitar un peligro inminente al menor. Si tiene al menor bajo su custodia no se puede plantear la tenencia provisional, porque ya la tiene y desde que plantea la tenencia como petitorio principal se reúne las garantías correspondientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aguila, G., & Capcha, E. (2007). El ABC del Derecho Civil. Lima: San Marcos.
2. Aguilar Llanos, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. Derecho & Sociedad.
3. Aguilar, B. (2012). ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? Diálogo con la Jurisprudencia. Lima: Ed. Derecho y Sociedad.
4. Arascue Cárdenas, V. (2006). Código Civil. Lima: Juristas Editores.
5. Arias Schreiber Pezet, M. (2002). Exegesis Del Código Civil Peruano 1984
Página 168. Lima: Gaceta Jurídica.
6. Arias Schreiber Pezet, M. (2002). Exegesis Del Código Civil Peruano 1984
Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
7. Arias, M. (1995). Diccionario Derecho Privado. Lima: Labor.
8. Barbero, D. (1967). Sistema Derecho Privado Tomo II. Buenos Aires: Jurídicas
Europa-América.
9. Beltrán, P. (2009). “El Mejor Padre son Ambos Padres” ¿Es Viable la Tenencia
Compartida en el Perú? Lima. Boletín del Instituto de la Familia.
10. Bernales Ballesteros, E. (1999). La Constitución De 1993: Análisis Comparado
Quinta Edición. Lima, Perú: Rao Editora.
11. Canales Torres, C. (2014). Patria Potestad y Tenencia. Nuevos Criterios de
Otorgamiento, Pérdida o Suspensión. Edit. Gaceta Jurídica. Lima
12. Carborier. (1990). Derecho Civil Tomo I Vol. II Pg. 409.
13. Cárdenas Falcón, W. M., & Montalvo Bonilla, H. R. (2004). Derecho Civil VI
(Familia). Trujillo: Texto Universitario.
14. Chunga La Monja Fermín. (1995). Derecho de Menores. Lima-Perú: Ed. Grijley

15. Chunga La Monja Fermín. (2006). El código de los niños y adolescentes. Ley N° 27337. Lima-Perú: Ed. Universidad de San Martín de Porres.
16. Código Civil: (1997). Tercera Edición. Trujillo-Perú: Editora Normas Legales Sociedad Anónima.
17. Comisión de Justicia y Derechos Humanos, C. d. (2006). Proyecto de Ley N°199/2006- CR, que Propone Modificar el Código de Niños y Adolescentes, a fin de incorporar la Tenencia Compartida. Lima.
18. Diccionario de la Lengua Española (1992). De la Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Edit. Espasa Calpe S.A. España
19. Echeverría Guevara Karen L. (2011). La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos. Universidad de Granada. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Civil. España.
20. Hollweck, M. (2001). Importante Precedente que Acepta el Régimen de Tenencia Compartida como una Alternativa Frente a Determinados Conflictos Familiares. Thomson La Ley. Buenos Aires.
21. Ledesma Narvaéz Marianella. (1995). Ejecutorias con Aplicación del nuevo Código Procesal Civil. Tomo 2. Cuzco: Editorial Cultural Cuzco.
22. Lloveras Nora y Bonzano María de los Ángeles. (2010). Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Córdoba: Alveroni.
23. Mosquera, Clara C. (2012). Tenencia de Menor solo Puede ser Ejercida por los Padres. Diálogo con la Jurisprudencia N° 164. Lima
24. Ortega Chacon, D., & Fernandez Fernandez, Cesar. (2009). Metodología Y Técnicas De Investigación. Manual Aplicado a Las Ciencias Jurídicas y el Derecho. Trujillo: Inversiones Graficas G&M.
25. Patria Potestad, Tenencia y Alimentos. (2014). Lima: Gaceta Jurídica.

26. Patria potestad. (2012). En Jurisprudencia sobre Derecho de Familia. Edit. Gaceta Jurídica. Lima:
27. Chávez Pinazo A. (2013). Patria Potestad. La Tenencia en el Derecho de Familia. Arequipa.
28. Peña Gonzales, O., & Apecc. (2012). Conciliación Extrajudicial Tercera Edición. Lima.
29. Peralta Andía, J. R. (1996). Derecho de Familia en el Código Civil. Segunda Edición. Edit. Idosa. Lima.
30. Bermúdez Tapia M. (2011). Pérdida y Limitaciones al Ejercicio de la Patria Potestad. En, La Constitucionalización del Derecho de Familia. Edics. Caballero Bustamante. Lima:
31. Hinostroza Minguez, (2012). Procesos Relacionados con la Patria Potestad. A. Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia. Edit. Iustitia. Lima: Perú.
32. Sevillano Altuna Edwin, Victoria Mendoza Otiniano (1994). Código de los Niños y Adolescentes. Trujillo Perú: Editora Normas Legales Sociedad Anónima.
33. Solano Jaime, R.Y. (2008). La Tenencia Compartida ¿Solución a la Batalla Legal que Otorga como Trofeo a los Hijos? Jus Doctrina & Práctica.
34. Steffen Cáceres María G. (2003). Tesis para Optar el Grado Académico de Magister en Ciencias de la Educación con Mención en Orientación Familiar, Relaciones Humanas y Familia.
35. Zapata López, J. (2011). La Tenencia Compartida y el Divorcio. Colombia: Universidad Externado.

PAGINAS WEB

Constitución Política del Perú

<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf> (Revisado el 10 de Abril del 2018).

Convención Sobre los Derechos del Niño

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (Revisado el 10 de Abril del 2018).

Código Civil Peruano

http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf (Revisado el 10 de Abril del 2018).

Código de los Niños y Adolescentes

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codninosyadolescentes.htm&vid=Ciclope:CLPdemo> (Revisado el 10 de Abril del 2018).

Legislación Argentina:

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf
(Revisado el 10 de Abril del 2018).

Legislación Española:

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> (Revisado el 10 de Abril del 2018).

ANEXOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

Tenencia y Custodia de Menor:

Para decidir sobre la tenencia y custodia del menor debe examinarse si la comunidad económica, de sentimientos y de territorio llamada familia es la apropiada para la crianza del menor.
CNA Art. IX TP y Art. 3.

Lima, dieciocho de marzo de dos mil catorce.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: con el acompañado; vista la causa número mil trescientos ochenta y cuatro - dos mil doce, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO:

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por el demandado **Marco David Melgarejo Cárdenas** (página trescientos ochenta y cuatro), contra la sentencia de vista de fecha veinticinco de enero de dos mil doce (página trescientos treinta), que confirma la sentencia de primera instancia del cuatro de octubre de dos mil once (página doscientos ochenta y seis), que declara fundada en parte la demanda, en el proceso seguido por Techy Lisset Martínez Flores, sobre tenencia de menor.

II. ANTECEDENTES:

1. Demanda:

Se tiene que Techy Lisset Martínez Flores interpone demanda (página treinta y nueve, subsanada en la página ciento cuarenta y cinco) a fin de que se le otorgue la tenencia de su menor hijo Marco David Melgarejo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

Martínez, señalando que producto de sus relaciones extramatrimoniales con el demandado ha procreado a su menor hijo que ya tiene siete años de edad, quien desde su estado de gestación hasta la edad indicada ha estado bajo su cuidado, puesto que su padre biológico nunca cumplió su rol de padre. Refiere que si bien en el parto y post parto éste la apoyó económicamente y de manera ocasional le enviaba sumas de dinero que oscilaban entre cincuenta a cien nuevos soles cada dos o tres meses, nunca se preocupó por el menor, ya que nunca le acudió con una pensión adecuada a las necesidades de su hijo. Indica que el día veintiséis de diciembre de dos mil nueve, con el pretexto de comprarle regalos por navidad y año nuevo, en coordinación con su tío Isaías Melgarejo, el demandado le solicitó que su menor hijo pase las fiestas con su padre, sin poner en duda ni cuestionar su buena fe y por el bienestar de su hijo la demandante concedió el permiso solicitado, sin saber que a partir de dicha fecha no vería más a su hijo. Señala que desde que el demandado se llevó al menor lo ha aislado totalmente de su persona y de su familia, desconociendo hasta la fecha donde se encuentre, puesto que lo mantiene incomunicado; añade que el demandado no tiene domicilio fijo, viaja constantemente por negocios y no tiene hogar constituido, lo que hace que su hijo corra el riesgo de que se críe con terceras personas que no son propiamente su familia.

2. Contestación de la demanda.

En tanto, Marco David Melgarejo Cárdenas contesta la demanda (página cincuenta y tres), señalando que es falso que nunca haya asumido su rol de padre, por cuanto constante, permanente y casi diariamente estaba pendiente de su hijo, tanto en su desarrollo socio-psico-emocional como en lo económico, pues los gastos que realizaba su menor hijo eran cubiertos por él, pues de lo contrario la demandante le hubiera entablado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

una demanda que el caso ameritaba. Indica que la accionante ya posee otro compromiso marital y que estaba a punto de dar a luz a su segundo hijo, que vive en la casa de su madre de manera hacinada y no adecuada para su hijo, aunado al hecho de su precaria e incipiente situación económica. Alega que por esa razón, en acto voluntario, sin presión de ningún tipo, procedió a entregarle a su menor hijo hasta que de a luz, consiga una vivienda adecuada y mejore su situación económica. Agrega que es totalmente falso que la demandante haya trabajado duro para mantener y educar al menor, ya que ella jamás ha trabajado ni ha tenido ingreso alguno para gastar en la manutención y educación del menor, siendo que todo lo invertido en su formación fue realizado por su persona. Sostiene que la accionante sabe perfectamente cuál es su domicilio real. Finalmente, reconviene y propone régimen de visitas, para que el juez determine de manera adecuada y prudencial los días y horas en que la demandante tendrá derecho a la visita de su menor hijo.

3. Puntos controvertidos.

Se fijó como punto controvertido (página noventa y seis) determinar si procede o no declarar la tenencia del menor Marco David Melgarejo Martínez a favor de la demandante.

4. Resolución de primera instancia.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez emite la sentencia de fecha cuatro de octubre de dos mil once declarando fundada en parte la demanda y disponiendo que el demandado Marco David Melgarejo Cárdenas podrá visitar a su menor hijo todos los días del mes fuera del horario escolar, dentro o fuera del domicilio donde radique el menor, pudiendo retirarlo todos los domingos de cada mes desde las nueve horas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

de la mañana hasta las diecinueve horas. La sentencia argumenta que de conformidad con el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes: *“(En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y, c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un régimen de visitas”*. En esa perspectiva, la sentencia indica que el menor ha convivido con su progenitora hasta la edad de siete años, es decir, ha convivido mayor tiempo con su progenitora; tiempo durante el cual ha estado pendiente de su salud, como se aprecia de las documentales de las páginas veinticinco a treinta y tres; asimismo el menor ha venido cursando estudios de primer y segundo grado de primaria (páginas tres a veintiuno). El fallo expresa que la versión del demandado de que su menor hijo le fue entregado en forma voluntaria por la demandante no se encuentra acreditado en autos y si bien el demandado prueba haber costado algunos gastos de vestimenta, juguetes del menor; sin embargo, respecto del consumo de alimentos no se tiene certeza que el demandado haya cumplido esas obligaciones. Asimismo, la sentencia tiene en cuenta que el demandado ha referido que el menor vive con sus familiares maternos, a lo que debe agregarse que el demandado sostiene que tiene negocios en diversos lugares del país, de lo que se colige que no permanece regularmente con su menor hijo. Por último, la sentencia toma en cuenta que el demandado no ha cumplido con concurrir a la audiencia complementaria conjuntamente con el menor, con lo cual el Juzgador se ha visto imposibilitado de apreciar la opinión libre de éste sobre el asunto que le afecte.

5. Fundamentos de la apelación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

Mediante escrito de la página doscientos noventa y nueve, el demandado Marco David Melgarejo Cárdenas, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando que el juez de la causa no ha efectuado una debida motivación y apreciación lógica de los medios probatorios aportados por las partes. Sostiene que el Juez sólo se ha dedicado a constatar el mayor tiempo de convivencia con la demandante, pero no ha expresado cuáles son las condiciones psicológicas, socioeducativas y materiales que le sea mas favorable al menor. Señala que se advierte de la recurrida la ausencia de una prueba sustancial, la cual es el informe social, que debió efectuar la asistente social y psicóloga del equipo disciplinario de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, en el domicilio de la demandante.

6. Resolución de segunda instancia:

Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior mediante resolución de fecha veinticinco de enero de dos mil doce confirma la resolución de primera instancia, señalando que el demandado ha vulnerado de manera manifiesta el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, circunstancia que se demuestra con el hecho de que el recurrente fue renuente a traer al menor a las audiencias a fin de recibir su declaración, lo que demuestra además que el demandado no respeta el derecho de la efectividad de las resoluciones judiciales retardando no sólo la resolución de la presente causa, sino también impidiendo que su menor hijo pudiera interactuar y relacionarse aunque sea durante el desarrollo de la audiencia con su madre, además que no se pueda escuchar la opinión del mismo, conforme lo prescribe el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes. El fallo también señala que la remisión de dinero a la madre del menor ha sido esporádica de acuerdo a las boletas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

presentadas en autos, además de las mismas boletas se advierte que algunas no corresponden a las necesidades del menor como las presentadas en las páginas ciento diecinueve, ciento veintitrés y ciento veintisiete, aunado a que las boletas de consumo de alimentos no generan certeza que éstos se hayan compartido con el hijo. Respecto del alegato referente a que no se han practicado informes multidisciplinarios, cabe precisar que de acuerdo al artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes estas diligencias son facultativas y además no se han verificado por causas imputables al demandado, pese a haber sido requerido, toda vez que no ha cumplido con asistir a las audiencias con el menor, siendo que en el incidente de tenencia provisional la Asistente Social no pudo realizar su trabajo porque el menor no domicilia en la dirección indicada por el recurrente.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha veinte de agosto de dos mil doce ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado, por la infracción normativa: i) del artículo 3 del Código de los Niños y Adolescentes; ii) del artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes; iii) del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; y de manera excepcional por: iv) infracción normativa del artículo 139, incisos 3° y 5°, de la Constitución Política del Estado.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA A DEBATIR.

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate radica en determinar si existe infracción al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, y si se han infringido las normas sobre tenencia y custodia de menores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

1. El debido proceso formal constituye una garantía constitucional que asegura que en la tramitación de un proceso, se respeten unos determinados requisitos mínimos, tales requisitos, que han sido objeto de discusión², en general se considera que abarcan los siguientes criterios: (i) Derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa); (ii) Derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que no tenga interés en un determinado resultado del juicio; (iii) Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); (iv) Derecho a la prueba; (v) Derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; y, (vi) Derecho al juez legal. Derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas.
2. Se debe hacer la precisión que aquí se ha respetado el derecho a ser informado del proceso, al juez imparcial, a la publicidad del debate y el derecho de defensa, a la prueba, a ser juzgado sobre el mérito del proceso y al juez legal, y que tales hechos no han sido cuestionados,

¹ Carocca Pérez, Alex. **El debido proceso y la tutela judicial efectiva en España**. Normas Legales. Octubre, 1997, pp. A 81 - A 104.

² Por ejemplo, para Bernardis, por su parte, considera, siguiendo la jurisprudencia norteamericana, que ese "máximo de mínimos" estaría constituido por los requisitos de notificación y audiencia (notice and hearing). Bernardis, Luis Marcelo de. La garantía procesal del debido proceso. Cultural Cuzco Editor. Lima 1995, pp. 392-414.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

por lo que este Tribunal verificará si existen defectos de la motivación.

3. Cabe indicar que: *“La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Artículo 139 incisos 3° y 5°); por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente³”.*
4. En esa perspectiva, debe indicarse, en cuanto a la justificación interna (que consiste en verificar que “el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido” sin que interese la validez de las propias premisas), que el orden lógico propuesto por la Sala Superior ha sido el siguiente: (i) Como **premisa normativa** la sentencia ha considerado: -) el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes en el extremo que establece las consideraciones a tenerse en cuenta al momento de resolverse la tenencia de un menor ante la existencia de un desacuerdo: *“a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable (...) c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas”;* -) el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes: *“El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”*, ya que se tiene que ante la negativa del demandado a concurrir conjuntamente con el menor, no se ha podido tomar en cuenta la opinión del éste; lo que habría impedido además realizar los informes multidisciplinarios referidos en el artículo 175 del

³ Primer Pleno Casatorio, Casación número 1465-2007-CAJAMARCA. En: El Peruano, Séparata Especial, veintiuno de abril de dos mil ocho, p. 22013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

mismo cuerpo normativo; y, -) el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "3. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*". (ii) Como **premisa fáctica** la Sala Superior ha indicado: -) la renuencia del demandado a llevar al órgano jurisdiccional al menor a fin de recibir su declaración; -) el que haya depositado de manera esporádica gastos para la alimentación del menor; y, -) que el menor pasó más tiempo al cuidado de su madre. (iii) Como **conclusión** la sentencia considera que el demandado no preserva y tutela el interés superior de su menor hijo, al no dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala Superior –concurrir con el menor a la audiencia señalada– lo que ha ocasionado que se decline la integración familiar, lo que permitiría aseverar razonablemente y objetivamente que de tener la tenencia el demandado, la demandante pudiera mantener contacto con su hijo. Tal como se advierte la deducción lógica de la Sala Superior es compatible formalmente con el silogismo que ha establecido, por lo que se puede concluir que su resolución presenta una debida justificación interna.

5. En lo que concierne a la justificación externa, ésta consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas⁴, lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera⁵. En esa perspectiva, este Tribunal Supremo estima que la justificación externa realizada por la

⁴ Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. En <http://razonamientojuridico.blogspot.com>.

⁵ Moreso, Juan José y Vilajosana, Josep María. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons Editores, Pág. 184.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

Sala Superior es adecuada. En efecto, las normas glosadas son suficientes para resolver el presente caso, toda vez que se relacionan con el objeto de la controversia. Por consiguiente, no existe infracción a las normas relativas al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales.

6. Respecto a la supuesta infracción normativa del artículo 3 del Código de los Niños y Adolescentes se tiene que los argumentos del demandado para fundamentar dicha infracción no guardan relación con el tema en discusión. En efecto, el referido dispositivo prescribe: *“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”*, tal norma hace alusión al deber del Estado a la defensa de la biodiversidad. Así Walter Ricardo Rojas Sarapura señala: *“se ha establecido que todo menor de edad tiene el derecho a residir y lograra su adecuado desarrollo psicológico en un ambiente saludable, el mismo que esté acorde con la utilización conveniente de los recursos naturales de nuestro país; determinándose de acuerdo al artículo 2, inciso 22 y artículo 68 del Texto Constitucional, que es competencia del Estado proteger la diversidad biológica y las áreas naturales, considerándose que éstos son patrimonio inalienable de la Nación; del mismo modo la legislación penal reprime los delitos que se perpetren en contra de la Ecología, conforme se establece del artículo 304 del Código Penal vigente⁶.”*
7. Sin perjuicio de lo expuesto debemos señalar que el cuestionamiento que se hace al lugar en donde viviría el menor con su madre, con su actual pareja y el menor hijo de ambos, no basta para presumir que se encontraría en un ambiente no adecuado para su desarrollo,

⁶ ROJAS SARAPURA Walter Ricardo. Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes. Perú. Editoria Fecat, Pág. 21.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

puesto que ello significaría *a priori* considerar que para cautelar la vida de sus hijos, las parejas separadas deban permanecer solitarias sin poder encontrar los afectos necesarios para la vida en relación. Tal idea debe descartarse, no sólo por constituir un prejuicio sin sustento alguno, como porque supone una infracción al derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad; lo que corresponde, en cambio, es verificar si la comunidad económica, de sentimientos y de territorio llamada familia es la apropiada para la crianza del menor.

8. En esa perspectiva se tiene que el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes garantiza no sólo el derecho del menor a vivir en una familia, sino además el deber de los padres a velar porque sus hijos reciban cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral. Tal cuidado exige, entre otros supuestos, el cumplimiento de los mandatos judiciales, dado que ello evidencia el respeto a las normas jurídicas y permite verificar el estado físico y emocional del menor.
9. Sin embargo, en el presente caso el recurrente no cumplió con llevar al menor a la audiencia ordenada por el Juez, impidiendo que se evalúe a éste y observar el trato y el ambiente social en el que se desarrollaba, lo que demuestra falta de interés en colaborar con el órgano jurisdiccional y un comportamiento reñido con el respeto al ordenamiento legal que no puede ser admitido.
10. Por consiguiente, debe descartarse el reclamo del recurrente por el incumplimiento por parte del Juez de no ordenar que se lleve a cabo un informe social y evaluaciones psicológicas, conforme lo prescribe el artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes, toda vez que se ha valorado (en la resolución de fecha veintiocho de setiembre de dos mil once del incidente de tenencia provisional) el Informe Social N° 158, en el que se da cuenta que el demandado no tiene residencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

fija y que en el nuevo domicilio fijado por éste se ubica una casa demolida y cubre la entrada del lote dos bloques de madera, lo que hace constatar que el menor no vive en dicho domicilio. Del mismo modo, como se ha señalado antes, el demandado incumplió con concurrir en compañía del menor a las audiencias señaladas, por lo que no puede utilizar a su favor su propia negligencia para invocar una norma cuya ejecución él mismo se encargó de desatender. Por lo demás, lo expuesto en el artículo 175 del Código de los Niños y Adolescentes es una facultad discrecional de Juez, quien cuando considere que el caso lo amerite recurrirá a estos mecanismos (informe social y evaluación psicológica), sin perjuicio de extraer de la conducta de las partes razones suficientes para emitir el fallo que corresponda.

11. Por último, en la sentencia de vista tampoco existe infracción al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, pues precisamente es en defensa del "interés superior" del menor que el juez, meritando la conducta del recurrente (incumplimiento de los mandatos judiciales), la actitud de la madre (respeto al ordenamiento jurídico), la edad del niño (en la actualidad nueve años), el tiempo de permanencia del menor con su madre (siete años) ha otorgado la tenencia a la demandante, todo ello en concordancia con el último párrafo del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes que establece que "(...) *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*".

12. Estando a lo expuesto no se evidencia que se haya infringido ninguna de las normas denunciadas; antes bien, ellas han sido correctamente aplicadas e interpretadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1384-2012
UCAYALI
Tenencia y Custodia de Menor

VI. DECISIÓN:

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

S.S.

ALMENARA BRYSON

TELLO GILARDI

ESTRELLA CAMA

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

Jcyp/Ymbs.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DR. STEFANO MORALES INCISO
 SECRETARIO
 SALA CIVIL PERMANENTE
 CORTE SUPREMA

76 JUL 2014

EXPEDIENTE: 7654-2017

MATERIA: RECONOCIMIENTO DE TENENCIA DE MENOR.

DEMANDADO: NADIA CAROL MEJÍA CRISOL.

DEMANDANTE: JOSÉ MIGUEL RAMÍREZ CHACÓN.

Lima, Veintiuno de Setiembre de dos Mil diecisiete.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil ciento setenta y nueve guión dos mil diecisiete, con sus acompañados; en audiencia pública realizada en la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO:

En el presente proceso de tenencia, la parte demandada ha interpuesto recurso de casación mediante escrito de fojas quinientos cuarenta y siete, contra la sentencia de vista de fecha ocho de abril de dos mil diecisiete, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que revocando la apelada que declaró infundada la demanda de Reconocimiento de Tenencia y Custodia formulada por José Miguel Ramírez Chacón, la reforma, declarando fundada la demanda y dispone que la tenencia y custodia de los menores Marcos Abel y Rianna Mirtha Ramírez Crisol, de seis y tres años de edad, continúe a favor de su padre José Miguel Ramírez Chacón y que, establece como régimen de visitas a favor de la demandada con extracción del hogar paterno los días sábados y domingos de cada semana desde las diez hasta las diecisiete horas, los días de navidad (veinticinco de diciembre), día del niño, cumpleaños de los menores, desde las doce horas hasta las dieciocho horas, y el día del cumpleaños de la madre desde las diez horas hasta las diecinueve horas.

II. ANTECEDENTES:**DEMANDA:**

Según escrito de fojas cincuenta y ocho, José Miguel Ramírez Chacón interpone demanda de Reconocimiento de Tenencia y Custodia contra Nadia Carol Mejía Crisol, con la finalidad que se reconozca a su favor la tenencia y custodia de sus hijos menores de edad, Marcos Abel Ramírez Crisol de seis años de edad y Rianna Mirtha Ramírez Crisol de tres años de edad. El demandante fundamenta su pretensión en que sostuvo una relación sentimental de cinco años con la demandada y que convivieron en un mismo hogar. Sin embargo, a raíz de la enfermedad del padre de la demandada, éste fue a vivir al hogar conyugal, pero también sus hermanos y demás familiares, quedando el hogar incómodo. Ante dicha situación le propuso a la demandada ir a vivir a la casa de campo que obtuvo como herencia, y, ésta no aceptó, decidiendo irse a vivir solo. Posteriormente, con el consentimiento de la demandada, sus hijos fueron a vivir con él, le pidió que fuera a vivir con ellos pero no aceptó, por lo que, se encuentra viviendo solo junto a sus hijos. Señala el actor que la demandada sólo visita a sus hijos porque refiere “no tener tiempo” ya que en las mañanas trabaja como Secretaria en la Universidad José Faustino Sánchez Carrión y en las noches estudia Derecho. Menciona además el demandante que es docente en la Universidad José Faustino Sánchez Carrión y tiene tiempo para dedicarles a sus hijos porque sólo trabaja dieciséis horas semanales, incluso ha contratado una persona para que se dedique al cuidado de los niños. Finalmente refiere que la demandada ha comenzado a acosarlos con la intención de llevarse a los niños, incluso se ha llevado su ropa y juguetes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Según escrito de fojas ciento quince, la demandada Nadia Carol Mejía Crisol contesta la demanda argumentando que no es cierto que mantuvieron una relación de cinco años, sino que mantuvieron relación de ocho años y que el demandante tenía una conducta celosa e

irascible, fue de común acuerdo que sus padres vivieran con ellos, siendo que asumían incluso gastos de alquiler. Sí es verdad que le pidió que vaya a vivir a la casa de campo; sin embargo, no aceptó porque su padre se encontraba con cáncer terminal, por lo que aceptó la tenencia compartida para evitar los maltratos en su contra por parte del demandante.

Es falso que visitara a sus hijos cada quince o treinta días porque los llevaba al Colegio los días que estaban con ella. Menciona además que el demandante no es persona idónea para vivir con los niños por su carácter irascible y antecedentes de violencia familiar y que la demandada también aporta con los gastos familiares, porque el demandante tiene otros hijos con otra persona. La presente demanda es la respuesta a las denuncias por violencia familiar infringida contra la demandada, pues señala que el demandante es violento y no permite que recoja a sus hijos del Colegio ni que los lleve a su domicilio y que ha sido sentenciado por violencia familiar en agravio de Josefina Izaguirre Chinga, su ex pareja sentimental.

PUNTOS CONTROVERTIDOS:

En la audiencia única de fecha veintiocho de junio de dos mil once, cuya acta corre a fojas ciento treinta y tres se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si la demanda interpuesta por don José Miguel Ramírez Chacón en contra de doña Nadia Carol Mejía Crisol sobre reconocimiento de tenencia de los menores Marcos Abel y Rianna Mirtha Ramírez Crisol se encuentra amparada por ley.
2. Determinar si los menores antes citados se encuentran bajo la tenencia de hecho de su progenitor.
3. Determinar con cuál de sus progenitores han vivido más tiempo.
4. Determinar si resulta beneficioso para los menores el reconocimiento de tenencia petitionado por el demandante.
5. Determinar si los menores antes precitados desean que la tenencia sea ejercida por su progenitor.

6. Determinar de ser el caso un régimen de visitas a favor del que no ostente la tenencia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Luego del trámite procesal correspondiente, el señor Juez del Juzgado de Familia de Huaura, mediante resolución de fecha veintidós de febrero de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos ochenta y ocho, emitió sentencia declarando infundada la demanda, y, otorgando la tenencia de los menores Marcos Abel y Rianna Mirtha Ramírez Crisol a favor de su madre Nadia Carol Mejía Crisol.

Sin embargo, dicha sentencia fue declarada nula por la Primera Sala Civil de Huaura por defectos de motivación y se ordenó la emisión de una nueva sentencia. En cumplimiento del mandato Superior, el Tercer Juzgado de Familia de Huaura emite nueva sentencia a través de la resolución número treinta y dos de fecha diecinueve de setiembre de dos mil dieciséis, de fojas cuatrocientos uno, declarando infundada la demanda y disponiendo la tenencia y custodia de los menores Marcos Abel y Rianna Mirtha Ramírez Crisol a favor de su madre Nadia Carol Mejía Crisol y establece régimen de visitas a favor del demandante los días sábados de catorce a dieciocho horas no pudiendo retirarlos del hogar materno.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura mediante resolución de fecha ocho de abril del año dos mil diecisiete, de fojas quinientos, revoca la sentencia apelada que declara infundada la demanda de reconocimiento de tenencia y custodia interpuesta por José Miguel Ramírez Chacón, y, reformándola, declararon fundada la demanda y dispusieron que la tenencia de los menores Marcos Abel y Rianna Mirtha Ramírez Crisol continúe a favor de su padre José Miguel Ramírez Chacón, y se establece como régimen de visitas a favor de la demandada con extracción del hogar paterno los días sábados y domingos de cada semana desde las diez horas hasta las diecisiete horas, y los días de Navidad (veinticinco de diciembre), día del Niño, cumpleaños de los menores desde

las doce horas hasta las dieciocho horas; asimismo, el día del cumpleaños de la madre desde las diez horas hasta las diecinueve horas.

El Ad Quem argumenta que no corresponde otorgar la tenencia a favor de la demandada porque el actor ya tiene la tenencia de los menores, y porque la demandada nunca reclamó la tenencia para sí, ya que trabaja y estudia en las noches, y en tal sentido, dicha demandada ha manifestado que prefiere que los menores estén al cuidado de la abuela materna Epifanía Crisol Jara.

Por otro lado, la Sala Superior menciona que el hecho que los niños se encuentren viviendo con su padre en una zona rural no implica estado de abandono y es propio de la edad de los menores jugar y desordenar sus habitaciones, así como ensuciarse producto del juego máxime si se encuentran en zona rural, por lo que, el informe social evacuado no puede ser interpretado en contra del demandante.

Además, señala dicha Sala que la tenencia debe ser otorgada a favor de quien tiene más tiempo para dedicarle a sus hijos, siendo que, aunque ambos padres laboran, sin embargo, la madre decidió no permanecer al lado de sus hijos por preferir sus labores personales (trabajo, estudio y cuidado de su padre). Finalmente, el Ad Quem menciona que en el informe psicológico de la demandada se evidencia que no tiene buena relación con los hijos por falta de apego y que los visita sólo un ratito.

RECURSO DE CASACIÓN:

Contra la mencionada sentencia de vista emitida por la Sala Superior, la parte demandada interpone recurso de casación mediante escrito de fojas quinientos cuarenta y siete, argumentando principalmente que al disponer la tenencia a favor del padre de los menores se ha violentado el principio del interés superior del niño previsto tanto en normas internacionales como en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Este Supremo Tribunal, mediante resolución de fecha veintiséis de junio de dos mil diecisiete, declaró la procedencia del referido recurso por la causal de infracción normativa de orden procesal del artículo 197 del Código Procesal Civil, y por la infracción normativa de orden material del Principio de Protección Especial del Niño consagrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3.1. de la Convención sobre derechos del niño, artículo 19 de la Convención Americana, artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Cultural y artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

Es necesario establecer que la materia jurídica en discusión se centra en determinar a favor de cuál de los padres de los menores Marcos Abel y Rianna Mirtha Ramírez Crisol corresponde otorgarle la tenencia y custodia, teniendo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño previsto tanto en normas internacionales como en nuestro ordenamiento jurídico interno.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

1. Corresponde mencionar, de manera preliminar, que la función nomofiláctica del recurso de casación garantiza que los Tribunales Supremos sean los encargados de salvaguardar el respeto del órgano jurisdiccional al derecho objetivo, evitando así cualquier tipo de afectación a normas jurídicas materiales y procesales, procurando, conforme menciona el artículo 384 del Código Procesal Civil, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto.
2. Según se advierte del auto calificadorio de fecha veintiséis de junio del año dos mil diecisiete, este Supremo Tribunal ha declarado procedente el recurso por diversas causales,

las cuales deben ser analizadas de manera independiente. Cabe precisar que se denuncia la supuesta concurrencia de infracciones normativas de orden procesal y de orden material, éstas últimas relacionadas con el principio de protección al interés superior del niño, al tratarse de un proceso de Reconocimiento de Tenencia. Por tanto, por estricto orden lógico, corresponde emitir pronunciamiento, en primer término, respecto a la infracción normativa procesal, toda vez que, de advertirse la existencia de algún defecto de orden procesal, el reenvío tendrá efectos subsanatorios, sin que sea posible emitir pronunciamiento respecto a las infracciones normativas de orden material denunciadas.

En caso se desestime la infracción normativa procesal, se procederá a emitir pronunciamiento respecto a las infracciones normativas materiales, teniendo en cuenta que, sin desconocer los fines del recurso de casación ni los fundamentos del recurso extraordinario, este Supremo Tribunal se encontrará legalmente facultado para realizar un análisis respecto a la pretensión postulada y a los juicios de valor emitidos tanto por el A-Quo como por el Ad-Quem en cuanto al fondo de la materia controvertida.

3. En primer término, se denuncia la infracción normativa procesal al artículo 197 del Código Procesal Civil que establece dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal el sistema de valoración conjunta de medios de prueba, y, en ese sentido prescribe expresamente que “todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”.

La recurrente fundamenta la infracción normativa denunciada bajo el argumento que no se habrían valorado diversos medios de prueba tendientes a acreditar que el demandante no es la persona idónea que debería ejercer la tenencia de sus dos hijos menores de edad. Señala que no se habrían valorado los siguientes medios de prueba:

3.1. La visita inopinada de fecha veinte de enero del año dos mil dieciséis, realizada por Personal del Juzgado y Equipo Multidisciplinario, en el que se corroboró el estado de abandono en el que se encuentran los menores, por estar en un lugar sucio y desordenado que no presta garantías debidas para su desarrollo.

3.2. Las opiniones de los representantes del Ministerio Público, contenidos en los dictámenes fiscales correspondientes, quienes opinan que la madre debería ejercer la tenencia de los menores.

3.3. El informe psicológico practicado al demandante, que corre a fojas doscientos sesenta y cinco y en el que se señala que el actor es una persona que presenta indicadores de ser una persona violenta y poco sincera.

4. Es necesario indicar que, en un sistema de valoración conjunta de medios de prueba, el Juzgador emitirá un juicio de valor luego del análisis de los diversos medios de prueba actuados durante el proceso. Este análisis es realizado sobre el “cumulo de medios probatorios” o “acervo probatorio”, y no de manera individual; por tanto, no es necesario que el Juzgador emita un juicio de valor independiente de cada uno de los medios de prueba actuados, sino únicamente de aquellos que han cumplido con su finalidad de “generar convicción”.

En otras palabras, el juicio jurisdiccional debe contener únicamente las apreciaciones de aquellos medios de prueba que el propio Juzgador considera útiles para fundamentar su decisión.

5. No puede invocarse afectación al artículo 197 del Código Procesal Civil cuando el órgano jurisdiccional no haya incluido (en el tenor de su resolución) un juicio de valor respecto a determinado medio de prueba, pues basta con que se mencionen los medios de prueba que respaldan la decisión adoptada, entendiéndose que los fundamentos de la resolución surgieron luego del análisis conjunto del material probatorio.

6. Además, cabe resaltar que, contrariamente a lo expuesto por la recurrente, el Ad Quem sí ha emitido un juicio de valor respecto al medio de prueba consistente en la visita inopinada de fecha treinta de enero del año dos mil dieciséis, pues, en el fundamento 6.3. de la recurrida se realiza un análisis de dicho medio de prueba, mencionándose que: “(...) estando a la visita inopinada de fojas doscientos noventa a doscientos noventa y dos hecha por la A Quo al hogar donde los niños viven con su padre (...) la suscrita considera que el hecho de que los menores se encuentren viviendo con su padre en una zona rural no quiere decir que los menores se encuentren en abandono ya que es propio de la edad de los menores jugar y por consiguiente desordenar sus habitaciones, así como también ensuciarse producto de ello, más aun si tenemos en cuenta que viven en el campo.”

Por otro lado, si bien no se ha hecho expresa mención del informe psicológico practicado al demandante, esto obedece a que dicho medio de prueba no resultó útil (para la Sala Superior) en la formación del juicio jurisdiccional, pues, considera que frente a dicho medio de prueba existen otros elementos que le permitieron concluir que es el demandante el que debe ejercer la tenencia de ambos menores, fundamentos que se mencionan en el fundamento 6.4. de la recurrida, basado en el informe social del demandante y en la declaración de los menores quienes manifestaron su deseo de continuar viviendo con su padre. Finalmente, la recurrente menciona que no se ha tenido en cuenta la opinión de los representantes del Ministerio Público, sin embargo, los dictámenes fiscales no constituyen medios de prueba sino opiniones fundamentadas no vinculantes que coadyuvan al órgano jurisdiccional en la solución de determinados casos.

En tal sentido, corresponde desestimar la infracción normativa procesal denunciada.

7. Por otro lado, cabe mencionar que se denuncia la contravención e inobservancia de los principios de protección especial e interés superior de los niños y adolescentes. Es así que

la infracción normativa material denunciada es respecto a los dispositivos normativos de derecho internacional y de nuestro derecho interno que recogen tales principios.

En efecto, se denuncia la infracción normativa de: Principio 2 de la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño Que, prescribe: “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.”

Artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Que, establece: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

Artículo 3.1 de la Convención sobre derechos del niño Cuyo tenor es: “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”.

Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos del Niño Que, prescribe: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y,

según corresponda, la intervención judicial.” Artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Que, establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.” Artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Que, prescribe: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.” Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes Que, recoge el Principio del Interés Superior del niño y del adolescente en los siguientes términos: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

8. Atendiendo a los fundamentos del recurso extraordinario de casación, este Tribunal Supremo debe verificar si al momento de resolver, el Ad Quem, ha garantizado el respeto a los principios recogidos en los dispositivos normativos invocados, teniendo en cuenta que éstos procuran la creación de un marco tutelar especial a favor de los niños y adolescentes, quienes, por su especial situación, constituyen parte del sector más vulnerable de la población, el cual, dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho, merece una tutela especial. Tratándose del proceso de tenencia de dos menores de edad, el órgano jurisdiccional debe ser enfático al momento de resolver y, tener en cuenta que, ante la

situación de separación de los padres se debe procurar que permanezcan al lado del padre más idóneo.

9. De la revisión de actuados fluye que hasta el mes de mayo del año dos mil diez ambos niños vivieron junto a sus padres, sin embargo, por diferencias personales entre sus progenitores, se separaron, y desde dicho momento, los niños viven con su padre en una casa de campo ubicada en el Distrito de Santa María.

En tal sentido, los niños han vivido durante mayor tiempo con su progenitor, e incluso, actualmente viven con él, lo que motiva la presente demanda de reconocimiento de tenencia y custodia a su favor. Además, los propios menores han manifestado su intención de seguir viviendo al lado de su padre y el desapego sentimental frente a su progenitora, conforme se pone de manifiesto en la declaración del menor Marcos Abel Ramírez Crisol, realizada durante la audiencia única cuya acta corre a fojas doscientos veintiuno.

10. Pese a sus recargadas labores y a su personalidad ansiosa e irritable (según se detalla en el informe psicológico de fojas doscientos cincuenta y nueve), el demandante ha demostrado gran interés por contribuir a un adecuado desarrollo integral de sus dos hijos, siendo que asumió la responsabilidad de cuidar a ambos niños (con apoyo de personas de confianza), cuando la madre decidió quedarse, en otra casa, al cuidado de su padre enfermo, como ella misma lo reconoce en su escrito de contestación de demanda.

Por otro lado, la demandada prefirió quedarse al cuidado de su padre antes que seguir al lado de sus hijos, además, ha manifestado en reiteradas oportunidades que cuenta con poco tiempo para dedicarse al cuidado de los menores debido a sus múltiples ocupaciones, ya que trabaja y estudia simultáneamente. Toda esta situación ha generado el lógico desapego emocional respecto a sus menores hijos que se manifiesta en el informe psicológico de fojas doscientos sesenta y uno.

11. De los diversos medios de prueba actuados durante el proceso queda claro que los niños se han acostumbrado a vivir con su progenitor. Si bien se han advertido defectos en la forma de crianza del padre, los que se ponen de manifiesto en el informe psicológico de fojas doscientos setenta y en la visita inopinada de fojas doscientos ochenta y cuatro, éstos son subsanables con una adecuada orientación profesional, máxime si, pese a sus recargadas labores como docente, el actor ha evidenciado un claro interés por contribuir con el desarrollo de sus hijos. Además, el desorden en los ambientes donde los niños habitan es propio de su edad y de los juegos que realizan, mientras que, los problemas de afianzamiento escolar no son de responsabilidad exclusiva del padre, pues, este delicado tema debería ser materia de preocupación para ambos progenitores, independientemente de quien ostente la tenencia, por lo que, debe exhortarse tanto al demandante como a la demandada que presten especial atención y adecuado apoyo en las labores educativas de sus niños.

12. En tal sentido, en el caso de autos, debe otorgarse la tenencia de ambos menores a favor del demandante, pues, durante su mayor tiempo de vida han compartido experiencias con su padre y han aprendido a convivir con él, por lo que, un cambio en su status quo podría generar un inapropiado conflicto emocional en los niños.

De esta manera, corresponde fijar un régimen amplio de visitas a favor de la demandada, con externación del hogar paterno, pues, es evidente que por su corta edad los niños necesitan relacionarse de manera más estrecha y compartir mayor tiempo con su señora madre, quien actualmente los visita sólo de manera esporádica.

En tal sentido, este Supremo Tribunal considera adecuada la decisión adoptada por el Ad Quem y el régimen de visitas decretado a favor de la demandada. Finalmente, debe exhortarse a ambos progenitores que eviten cualquier tipo de conflicto o situación tensa frente a sus menores hijos, y que traten de resolver sus diferencias pacíficamente, como es exigible a dos personas adultas y con formación profesional. Asimismo, se les exhorta a

procurar el cumplimiento de lo ordenado dentro de un ambiente pacífico y de armonía, teniendo en cuenta que los problemas emocionales que actualmente afrontan los menores se deben a sus diferencias y, de acrecentarse, podría generar problemas graves en el desarrollo de los niños. Además, cabe recalcarles que las circunstancias en las que se adopta la presente decisión pueden, en determinado momento, modificarse, teniendo presente que lo que prima es el interés superior de los niños y no los intereses propios de los padres.

13. Lo expuesto nos permite concluir que el recurso extraordinario de casación planteado por la demandada debe ser declarado infundado.

V. DECISIÓN: Por las consideraciones anotadas, y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon:

a) INFUNDADO el recurso de casación de fojas quinientos cuarenta y ocho, interpuesto por Nadia Carol Mejía Crisol; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas quinientos, de fecha ocho de abril de dos mil diecisiete.

b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por José Miguel Ramírez Chacón con Nadia Carol Mejía Crisol y otro, sobre tenencia y custodia de menor.

