

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencia Política

Carrera Profesional de Derecho.



**CRITERIOS JURIDICOS PARA FIJAR LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL
PERÚ**

**Tesis presentada en cumplimiento de los requisitos para obtener el Título
Profesional de Abogado**

Bach. Dionicio Cerquín Huamán

Bach. Elmer F. Huaccha Cachi

ASESOR

Otilia Loyita Palomino Correa

Cajamarca – Perú

Mayo – 2019

COPYRIGHT 2019 de

.....

.....

Todos los derechos reservados

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

APROBACION DE TESIS PARA OBTENER TÍTULO PROFESIONAL
CRITERIOS JURIDICOS PARA FIJAR LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL
PERÚ

Presidente:

Secretario:

Asesor:

A:

Mis dos grandes amigos, pilares, ejemplos de vida, instructores y compañeros, con amor y admiración, a mis padres. Quienes gracias a su dedicación y educación, hicieron de mí, una persona con valores y aspiraciones.

INDICE

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL.....	p.02
DEDICATORIA.....	p.03
AGRADECIMIENTOS.....	p.06
RESUMEN.....	p.07
ABSTRACT.....	p.08
INTRODUCCIÓN.....	p.09

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	p.11
1.1. Descripción de la realidad problemática.....	p.11
1.2. Formulación del problema.....	p.14
1.3. Justificación de la investigación.....	p.14
1.4. Objetivos de la Investigación.....	p.15
1.4.1. Objetivo General.....	p.15
1.4.2. Objetivos Específicos.....	p.15
1.5. Hipótesis de investigación.....	p.15
1.5.1. Operacionalización de las variables.....	p.16
1.6. Unidad de Análisis y Universo.....	p.17
1.6.1. Unidad de Análisis.....	p.17
1.6.2. Universo.....	p.17
1.7. Aspectos Generales.....	p.17
1.7.1. Enfoque.....	p.17
1.7.2. Tipo.....	p.18
1.7.3. Diseño.....	p.18
1.8. Métodos de investigación.....	p.18
1.9. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	p.19
1.10. Limitaciones de la Investigación.....	p.19
1.11. Aspectos éticos.....	p.20

CAPÍTULO II

MARCO

TEÓRICO.....	p.21
2.1. Antecedentes de la investigación.....	p.21
2.2. Bases Teóricas.....	p.23
2.2. Discusión Teórica.....	p.26
2.4. Definición de términos básicos.....	p.27
2.4.1. Tenencia Compartida.....	p.27
2.4.2. Interés Superior del Niño.....	p.27

CAPÍTULO III

MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL DERECHO DE TENENCIA COMPARTIDA.....	p.28
--	-------------

CAPÍTULO IV

DERECHOS QUE SE ENCUENTRAN INMERSOS EN LOS PROCESOS DE TENENCIA COMPARTIDA.....	p.37
4.1. Derecho a la identidad del menor.....	p.37

4.2. Derecho a la integridad moral, psíquica y física del niño, niña y/o adolescente.....	p.40
4.3. Derecho al libre desarrollo y bienestar del menor.....	p.43
4.4. Derecho de los padres, a la igualdad ante la ley.....	p.47
4.5. Tenencia y la Opinión del Niño y Adolescente.....	p.49

CAPÍTULO V..... p.51
CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ

CAPÍTULO VI..... p.55
PROPUESTA NORMATIVA QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 84° DEL
CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.

6.1. Exposición de Motivos.....	p.55
6.2. Artículo 1. Modificación.....	p.55
6.3. Disposiciones finales.....	p.56
6.4. Exposición de Motivos.....	p.56.
6.5. Efecto de la vigencia de la norma sobre la Legislación Nacional.....	p.57
6.6. Análisis costo beneficio.....	p.57

CONCLUSIONES..... p.58

RECOMENDACIONES..... p.59

REFERENCIAS..... p.60

ANEXOS..... p.63

AGRADECIMIENTOS

A aquellas personas que colaboraron brindándonos momentos de su tiempo, para discutir, aportar y cuestionar nuestras ideas, avances y criterios, a efectos de iniciar, continuar y culminar la presente investigación.

A nuestra asesora de tesis, quien con sus conocimientos orientó nuestras ideas a efectos de lograr la realización de la presente tesis.

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito aportar una solución a la siguiente interrogante ¿Cuáles son los criterios jurídicos para fijar la tenencia compartida en el Perú? la respuesta se desarrolla, teniendo en cuenta el presente objetivo general, basado en determinar los criterios jurídicos para fijar la tenencia compartida en el Perú; y bajo tres objetivos específicos siguientes: analizar el marco normativo que regula el derecho de tenencia, identificar qué derechos se encuentran inmersos en los procesos de tenencia, elaborar una propuesta legislativa que fije los criterios jurídicos para la tenencia compartida en el Perú. Cuyo desarrollo metodológico está basado en la exégesis y la hermenéutica jurídica. Consignándose la ulterior hipótesis, Los criterios jurídicos para determinar la tenencia compartida en el Perú, son a) la edad del menor, b) el acuerdo mutuo de los padres, c) examen psicológico de ambos padres y del menor, d) situación económica de los progenitores, e) plan de coparentalidad; cuyos criterios velaran por del interés superior del menor en su máxima expresión; permitiendo de esta manera el desarrollo íntegro del menor, con mayor goce de sus derechos, lo que contrastaremos con la aplicación de la observación documental y entrevistas; lo cual nos permitirá llegar a verificar si el planteamiento es correcto y la solución acorde a la realidad.

Palabras Clave: Tenencia Compartida, hermenéutica jurídica, examen psicológico, plan de coparentalidad.

ABSTRACT

The purpose of this research is to provide a solution to the following question: What are the legal criteria for establishing shared tenure in Peru? the response is developed, taking into account the present general objective, based on determining the legal criteria for establishing shared tenure in Peru; and under three specific objectives: analyze the regulatory framework that regulates tenure rights, identify which rights are immersed in tenure processes, prepare a legislative proposal that sets the legal criteria for shared tenure in Peru. Whose methodological development is based on exegesis and legal hermeneutics. Assigning the subsequent hypothesis, The legal criteria for determining shared tenure in Peru are a) the age of the child, b) the mutual agreement of the parents, c) psychological examination of both parents and the child, d) economic situation of the parents, e) co-parenting plan; whose criteria will ensure the best interest of the child in its maximum expression; allowing in this way the full development of the minor, with greater enjoyment of his rights, which we will contrast with the application of documentary observation and interviews; which will allow us to get to verify if the approach is correct and the solution according to reality.

Keywords: Shared Tenancy, legal hermeneutics, psychological examination, co-parenting plan

INTRODUCCION

El estado peruano tiene como fin supremo velar por la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, y más aún si esas personas son niños, niñas y/o adolescentes que necesitan del cuidado y protección de las autoridades.

En la actualidad resulta, de cierto modo, común ver a madres y/o padres solteros, familias desintegradas y/o incremento de divorcios. ¿Las razones?, definitivamente, son diversas. Y, a pesar que es el propio estado quien debe procurar la continuidad de la familia unida, ello es lo que menos sucede. Ante tal situación y la imposibilidad por parte del estado peruano, de velar por la integración de la familia unida; lo más importante, entonces, resulta ser: proteger al menor que, en ciertos casos, termina en medio de una pelea de separación y divorcio de sus propios padres. Y si de por sí, dicho proceso ya es difícil de sobrellevar por los hijos, lo más complicado resulta ser ponerse de acuerdo por parte de los padres, o que el juez especializado resuelva, con quién se quedan los hijos. Y es que si bien, por lo general, estos se quedan con la madre; y el padre se ve, de cierto modo, discriminado y/o excluido del procesos de crianza y educación de sus menores hijos; lo correcto debería ser aplicar la ley de manera imparcial, sin preferencias de género a la hora de decidir la tenencia de los menores y, sobre todo, decidir y resolver teniendo en cuenta lo más importante: el interés superior del niño, niña y/o adolescente, es decir, resolver la custodia de los hijos teniendo en consideración aquello que resulte más favorable para los intereses y bienestar de los hijos menores de edad que se encuentran involucrados en un procesos de divorcio.

No obstante, no se debe olvidar que tanto el papá como la mamá tienen el derecho y deber de criar, educar y convivir con sus hijos, así estos hayan decidido

separarse. Es por ello que, la Tenencia Compartida resulta ser una opción a tener en cuenta en los supuestos de separación y/o divorcio de los padres; pues ambos conservarán el derecho y la oportunidad de continuar siendo parte de la crianza y educación de sus menores hijos.

Sin embargo, y pese a que esta alternativa jurídica es legislada y reconocida por el ordenamiento jurídico peruano; son pocos los casos en donde un proceso de separación y/o divorcio concluye, ya sea de manera consensuada o mediante la decisión de un juez, en un proceso de tenencia compartida. Las razones, resultan ser variadas; una de ellas, por ejemplo, es que, si bien el juez especializado tiene la potestad de dictar dicha medida siempre que le sea favorable para el menor, la legislación nacional no especifica los criterios a tener en cuenta, a efectos de que el juez opte, o al menos considere, esta alternativa.

Es por ello que, mediante el desarrollo del presente trabajo de investigación lo que se pretende es determinar los criterios jurídicos a tener en cuenta, de manera unánime y general, por parte del juez especializado en familia, a efectos de fijar la Tenencia Compartida en el Perú; una alternativa de custodia para los hijos menores de edad en la cual, pese a tener a sus padres separados, no pierdan el derecho a convivir con cada uno de ellos.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Descripción de la realidad problemática

Para abordar la casuística que nos incumbe, es necesario partir del derecho de familia, cuya connotación etimológica, deriva de los vocablos dhá (asentar) y dhaman (asiento, morada, casa), atendiendo a que existen diversas acepciones, el investigador ha creído conveniente señalar, que es una institución jurídico, natural y social, unidas por el matrimonio o la unión de hecho, la filiación o el parentesco, que viviendo bajo el mismo lecho, que deben cumplir de manera común los fines espirituales, materiales y económicos (Corral Talciani, 2005, pp.21, 25-32).

Siendo la institución jurídica privada más importante dentro de la sociedad, cuya protección deriva de normas supremas nacionales¹ e internacionales², contemplada

¹ Normas declarativas y operativas del derecho de familia, relevantes para la Tenencia (Mallqui Reynoso, 2001, pp.45-47) conforme la Constitución Política del Perú

- Institución innata y esencial de la humanidad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Artículo 4°).
- El amparo de la paternidad responsable (Artículo 6°).
- La protección del niño, el adolescente y el anciano ante, el abandono corporal o moral (Artículo 8°).
- El derecho de familia a contar con una familia decorosa (Artículo 10°).
- La atención preferencial del Estado a las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación (Artículo 18°).
- La igualdad de derechos del varón y la mujer (Artículo 2° inc.2).
- La protección de la familia y el matrimonio como una institución natural y fundamental de la nación (Artículo 5°).
- Los deberes de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a los hijos (Artículo 6°).
- El derecho de los padres a intervenir en el proceso educativo de los hijos (Artículo 23°).

² Organismos internacionales que protegen a la familia.

- La Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre de 1948, en su artículo 6° reconoce como derecho fundamental de toda persona el de constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
- La Declaración Internacional de los Derechos Humanos en su artículo 16° inc3 “establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; el artículo 25° inc.1 establece que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, **así como a su familia**, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”

en el cuerpo normativo de nuestro Código Civil Peruano de 1984, dentro del libro III, que comprende desde la sección primera hasta la Cuarta. Atendiendo lo expuesto podemos manifestar que dada la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, cuya institución es el centro y la base fundamental inmersa en cualquier sociedad, es que nuestros legisladores ha creído conveniente otorgarle mayor relevancia jurídica para velar por la protección familiar y resguardar el interés superior de los menores ante una posible disolución matrimonial o disolución de la unión de hecho, surgiendo la figura jurídica de la “Tenencia”.

Tradicionalmente la tenencia, era la institución que tenía por finalidad colocar a la niña, niño o adolescente **bajo el cuidado de uno de los padres** al encontrarse estos separados de hecho, en atención que se debía tener en cuenta aquello que le fuera más favorable y en bienestar del niño, niña o adolescente, velando el cumplimiento del interés superior del niño; de cuyo contexto se entiende que la tenencia es ejercida por uno de los padres, y al otro se le concede el régimen de visitas (Cas. N°1738-2000-Callao, El Peruano,30-04-2001,p.7151).

-
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17° inc.1 establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.
 - La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17° inc.1 establece “que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.
 - La Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer garantiza que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. (art.5°, lit.b),
 - La Carta Social Europea establece que con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas (art. 16°).
 - El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador” lo más importante es el contenido del artículo 15, relativo al Derecho a la Constitución y Protección de la Familia.

En la actualidad la figura de la tenencia se ha modernizado gracias a la modificatoria normativa de la Ley N°29269, Ley que modifica los artículos 81^{o3} y 84^{o 4} del Código de Niños y Adolescentes, en cuyo cuerpo normativo regula la nueva figura denominada tenencia compartida o coparentalidad, que es aquella interacción constante y positiva, de cooperación y relación mutua, cuya negociación respetuosa, bajo la distribución equilibrada de roles, permite organizar las relaciones de los padres e hijos dentro de la familia desunida, velando por el desarrollo integral y el cumplimiento máximo de los derechos de los hijos, bajo el principio del interés superior del niño (Bolaños Cartujo, 2015,pp.3-5).

Dado el contexto en el cual fue redactada la presente norma, a nuestro parecer resulta vacía, puesto que, no señala que criterios deberían tenerse en cuenta para solicitar la tenencia compartida, por lo que surge la siguiente interrogante ¿Cuáles deben ser los criterios jurídicos para fijar la tenencia compartida en Perú?

En consecuencia, el presente trabajo de investigación, pretende contribuir a resolver el vacío normativo en la modificatoria actual de la Ley N°29269, cuyo objetivo es determinar aquellos criterios jurídicos que fijen la tenencia compartida en el Perú, ello en beneficio y protección del interés superior de niño, niña o adolescente en su plena y máxima expresión.

³Artículo 81°.-Tenencia. Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determinan de común acuerdo entre ellos y toman en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si esta 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.

⁴Artículo 2°.- Modificación del artículo 84° del Código de los Niños o Adolescentes. Modifíquese el artículo 84° del Código de los Niños o Adolescentes, el cual será redactado de la siguiente manera:

“Artículo 84°- Facultad de Juez. En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquier 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 se le sea favorable.
- b) El hijo menor de tres (03) años permanecerá con la madre.
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

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

1.2. Formulación del Problema

¿Cuáles deben ser los criterios jurídicos para fijar la tenencia compartida en Perú?

1.3. Justificación de la Investigación

El presente trabajo de investigación será gran beneficio para nuestra legislación peruana, puesto que busca determinar los criterios jurídicos que fijen la tenencia compartida en el Perú, cuyos criterios plenamente determinados permitirán resguardar el interés superior del niño y coadyuvarán con el desarrollo integral de los derechos del niño, niña o adolescente, por lo que resulta indispensable la determinación de criterios jurídicos en la Ley N°29269 , cuyos criterios serán útiles para los operadores del derecho; permitiendo que el menor posea mejor y mayor comunicación con sus padres, permite a la vez el cumplimiento equitativo de los roles de los progenitores, elimina situaciones de conflicto, salvaguardando el cumplimiento de sus derechos de alimentación, vestido, alimentación, educación, salud, vivienda, desarrollo integral físico y mental.

Por lo que, la relevancia jurídica del presente trabajo de investigación, se justifica, debido a que permitirá que los padres bajo mutuo acuerdo, y atendiendo a que mantienen en claro la distribución de responsabilidades y roles, se centren en la protección y el desarrollo del menor. Por lo que el establecimiento de los criterios jurídicos que se pretende realizar en la presente investigación , permitirá que los progenitores se presente ante el juez para obtener decisión final en un tiempo más corto y con la finalidad de que sea

menos tedioso y genere problemas dentro de la familia o esta influya negativamente en sus hijos; puesto que lo que busca es el desarrollo pleno e integral, el goce máximo de sus derechos y velar por el interés superior del niño, niña o adolescente.

Por lo que el presente trabajo de investigación nos permitirá determinar los criterios jurídicos determinantes para la tenencia compartida, llenando el vacío existente en la modificatoria de la Ley N°29269.

1.4. Objetivos de la Investigación

1.4.1. Objetivo General

Determinar los criterios jurídicos para fijar la tenencia compartida en el Perú.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Analizar el marco normativo que regula el derecho de tenencia compartida.
- Identificar qué derechos se encuentran inmersos en los procesos de tenencia compartida.
- Proponer la modificación del Art. 84 del Código de Niños y Adolescentes.

1.5. Hipótesis de Investigación

Los criterios jurídicos para determinar la tenencia compartida en el Perú, son a) la edad del menor, b) la voluntad del niño y adolescente c) el lugar de residencia de los padres, d) la actividad de los padres, e) la estabilidad emocional de los padres y los hijos, f) el cumplimiento cabal de los roles paternos, g) el aseguramiento del bienestar del hijo, h) la voluntad del progenitor de ejercer la

tenencia; cuyos criterios velaran por el interés superior del menor en su máxima expresión; permitiendo de esta manera el desarrollo íntegro del menor, con mayor goce de sus derechos.

1.5.1. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Tabla 01: Operación de variables

VARIABLES	INDICADORES	DEFINICIÓN
Los criterios jurídicos son determinantes para otorgar la tenencia compartida	Edad del menor.	Permite establecer los años que posee el menor desde el nacimiento.
	Acuerdo mutuo de los padres.	Voluntad de pacto para tener facilidad de comunicación.
	Examen psicológico de ambos padres y del menor,	Instrumento que sirve para determinar la salud mental
	Situación económica de los progenitores,	Esta establecida por los ingresos que poseen que les permite tener una vida digna.
	Plan de coparentalidad;	Formato que permite identificar los roles y funciones acreditadas por los progenitores
	Garantiza el principio al interés superior del menor	Interés Superior del Niño.- derecho en su amplio

	contexto que involucra todo aquello que permite el desarrollo integral, emocional y físico del menor.
Garantía el desarrollo íntegro del menor	Desarrollo de la personalidad: implica el desarrollo psicológico y físico del ser humano.

1.6. Unidad de Análisis y Universo

1.6.1. Unidad de Análisis

- La unidad de estudio estará determinada por la Ley N°29269 y sus modificatorias en el artículo 81° y 84° del Código de Niños y Adolescentes.
- La unidad de información estará dada por la norma e investigaciones y/o libros.
- La unidad de estudio está dada por la opinión de expertos en la materia.

1.6.2. Universo

El universo se encuentra conformado por la Ley N° 29269 y el Código de Niños y Adolescentes del Perú.

1.7. Aspectos Generales

1.7.1. Enfoque

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo que se orienta principalmente a realizar un análisis profundo del derecho de familia, específicamente del derecho de tenencia compartida, en referencia a la posibilidad de poder determinar los criterios jurídicos que fijen la tenencia compartida en el Perú, lo cual nos permitirá llegar al análisis, síntesis y comprensión para poder llegar a una solución a la problemática planteada (Bonilla Castro & Rodríguez Sehk, 2013, p.73).

1.7.2. Tipo

En la presente investigación es de tipo básica, pues a través de la información expuesta en el marco teórico y los resultados se determinará y establecerá los criterios jurídicos para determinar la tenencia compartida, de esta manera nos permitirá reconocer los criterios básicos que coadyuven con la realidad actual, generando con ello una solución a la problemática planteada en la presente investigación (Lino Amerizandi, 2010. p.30).

1.7.3. Diseño

Asimismo, la presente investigación tiene un diseño de investigación no experimental de corte transversal, pues no se manipulará ninguna variable y se analizará una situación jurídica-social en un periodo determinado (Cruz del Castillo, Olivares Orozco, & Gonzales García, 2014. p.139)

1.8. Métodos de Investigación

EXÉGESIS JURÍDICA.-Este método nos permitirá tener una interpretación objetiva, crítica y completa de las normas del derecho nacional y del derecho

comparado sobre tenencia compartida o coparentalidad, y de esta manera determinar los criterios jurídicos que determinen la tenencia compartida, realizando un estudio lineal de las normas tal como ella aparecen dispuestas en los textos legislativos (Muñoz Razo, 2011,p.24).

HERMENÉUTICA JURÍDICA.-Con el presente método realizaremos una interpretación lógica y sistemática, dentro del contexto nacional e internacional sobre la tenencia compartida o coparentalidad, dejando de lado aquellos criterios subjetivos que se tenía con respecto a la tenencia monoparental (Muñoz Razo, 2011, p.26).

1.9. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

La técnica a usar será el análisis documental, al agenciarnos de material bibliográfico, específicamente en lo que se refiere a doctrina.

Los instrumentos que se han utilizado son los siguientes:

- a) Fichas
- b) Escala de valoración
- c) Tecnología

1.10. Limitaciones de la Investigación

La limitación encontrada durante el desarrollo del presente proyecto de investigación está dada por la falta de conocimiento de la figura de la tenencia compartida o coparentalidad.

1.11. Aspectos Éticos

Nos reservamos el derecho de conservar en anónimo la identidad de las personas que poseen una tenencia compartida, cuya información otorgada será útil para el objeto de investigación; y que ha sido recepcionada en el trabajo de campo realizado, con la finalidad de no afectar sus derechos fundamentales o sus intereses personales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la Investigación

El tema de investigación propuesto es de trascendental importancia para el derecho, puesto que abordara los criterios jurídicos determinantes para fijar la tenencia compartida; en razón de ello abordaremos aquellos sendos estudios que nos permitan consolidar la base de la presente indagación.

En ese sentido, se ha considerado pertinente para efectos metodológicos escoger aquel trabajo que guarda pertinencia con las variables de estudio y cuyas conclusiones permiten reforzar la línea de investigación adoptada, según se detallaran a continuación:

Señalamos que hemos realizado un estudio minucioso en la legislación nacional, encontrando una tesis, cuyo enfoque nos permite aproximarnos al presente tema de investigación; con la finalidad de encontrar el cimiento que nos permita fijar futuros criterios que nos permitirán abordar la presente indagación.

Cuyo antecedente está ubicado en la Tesis “Aplicación de la tenencia compartida en el distrito judicial de Loreto durante el año 2016.”, de la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, realizada por los Bachilleres Calderón Espinoza & Riveros Da Sailva, para obtener el grado de maestro; quienes arriban a las siguientes conclusiones: a) existe desconocimiento por parte de las partes del proceso y por parte de los órganos jurisdiccionales especializados en familia, b) existe un conocimiento errado de la figura de la tenencia compartida, c) de la evaluación de los medios probatorios debe

advertirse el cumplimiento de los roles, d) el juez debe brindar información sobre los beneficios de la tenencia compartida (2007, pp. 43-75).

Bajo el mismo contexto señalamos se sitúa la Tesis “Tenencia Compartida, y desarrollo integral del Niño, Niña y adolescente a nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur, 2013”, de la Universidad Autónoma del Perú, realizada por el Bachillere Chong Espinoza, para obtener el grado de abogado; quien arriba a la siguiente conclusión: de la verificación de sentencias del Juzgado Transitorio de Familia del Distrito Judicial de San Juan de Miraflores, año 2013; se verifica que existe relación directa y significativa entre la tenencia compartida y el desarrollo integral, el desarrollo emocional, el desarrollo físico del niño, niña o adolescente; se ha tenido en cuenta los acuerdos con la niña, niño, o adolescente. (2015, pp. 106-113).

Los antecedentes en referencia, contribuyen con la presente investigación puesto que nos permite identificar que la figura de la tenencia compartida aún no está tratada adecuadamente, por lo que nos permite identificar que existe un desconocimiento de ella; a través de ellas nos ha permitido observar que no existen criterios jurídicos determinantes que sirvan como mecanismo jurídico de aplicación a todos los procesos de tenencia compartida, lo cual refuerza la postura del investigador respecto a la necesidad de determinar y regular los criterios jurídicos bases que permitan esbozar la tenencia compartida, ante el vacío legal presente.

2.2. Bases Teóricas

La presente investigación tiene como finalidad desarrollar aquellos conceptos relacionados al tema materia de indagación, por lo que abordaremos aquellos conceptos jurídicos que permitan desplegar nuestros objetivos y demostrar el cumplimiento de nuestra hipótesis.

2.2.1. Tenencia compartida o coparentalidad.

Según Bolaños Cartujo, la tenencia compartida está dada por la interacción constante y positiva, de cooperación y relación mutua, cuya negociación respetuosa, bajo la distribución equilibrada de roles, permite organizar las relaciones de los padres e hijos dentro de la familia desunida, velando por el desarrollo integral y el cumplimiento máximo de los derechos de los hijos, bajo el principio del interés superior del niño. Presenta una figura de situación a futuro a través de la cual le permite establecer qué padres desearán a futuro, supone la decisión de seguir decidiendo, requiere de disponibilidad y predisposición de los progenitores; supone una identidad relacional, además de la interacción e intercambio de mensajes no verbales y verbales. (2015,pp.3-10).

Garay Molina, señala que la fórmula más idónea, es aquella en la que el menor disfrute más de la presencia y cuidado de sus padres; resaltando de esta manera las siguientes ventajas, a) ejercicio conjunto de roles y coadyuva al desarrollo integral del menor, b) equiparación y organización de los progenitores en cuanto a su vida profesional y personal, c) comunicación permanente entre hijos y padres, d) reconoce al menor como alguien ajeno al conflicto matrimonial, e) mitiga el sentimiento de

abandono, f) disminuye la depresión infantil, suicidio adolescente, reduce la involucración con vicios, y el riesgo de menores infractores, g) facilita el acuerdo entre cónyuges separados, h) disminuye el trabajo y cantidad de procesos. (s.f. pp.17-18).

El investigado señala, que si bien la figura de la coparentalidad o tenencia compartida, ya posee regulación en el Perú, a través de la Ley N°29269, ley que modifica los artículos 81° y 84° del Código de Niños y Adolescentes, están en su cuerpo normativo aún no ha fijado los criterios jurídicos determinantes de otorgar la tenencia compartida, por lo que tal como lo hemos descrito en los párrafos precedentes, el desarrollo y ejercicio adecuado de la tenencia compartida permitiría el cumplimiento de las ventajas señaladas por Garay Molina, permitiendo de esta manera que los progenitores puedan ejercer la responsabilidad paternal según sus distintas funciones, recursos, posibilidades, características personales; lo cual permitiría el cumplimiento del principio del interés superior del niño y el ejercicio pleno de los derechos.

2.2.2. Principio del interés superior del niño:

Tal como hemos señalado a lo largo de nuestra investigación, en los procesos de tenencia, se resguarda el interés superior del niño, niña o adolescente, tal es así Montoya Chávez, quien cita a O'Donnell , señala que el interés superior del menor es “todo aquello que favorece a su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad”. Cuyo autor además hace énfasis en lo estipulado por la declaración de los derechos del niño, todo niño o

adolescente al señalar que “gozarán de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo aquello 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”; así como en lo señalado por La convención sobre los Derechos del Niño “ el interés deberá ser observado por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (CDN,3,1)” ; y por ultimo lo referido en El pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, “respecto al derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (PIDCP,11)” (2007, pp.50-52).

El velar por el interés superior del menor supone el desarrollo integral físico y psíquico, lo cual permite que el menor goce de sus derechos inalienables e irrenunciables de vestimenta, alimentación, salud, vivienda, recreación, educación y otros que permitan su libre desarrollo e integra.

2.2.3. Derecho al desarrollo y bienestar personal:

Según Mesías Ramírez, señala que es el ejercicio de todos sus potencialidades físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio, con la finalidad de alcanzar un nivel de vida mejor; siendo imposible su cumplimiento si no se cuenta con los bienes materiales y espirituales para una coexistencia digna relacionada con la condición humana (2004, pp.98-100).

Los investigadores señalamos que el desarrollo al desenvolvimiento físico y psíquico del niño, niña o adolescente, se desarrollaría de manera plena si ambos padres poseen un plan tuitivo que beneficie al menor, y tal como lo hemos señalado en las ventajas que otorga la coparentalidad, el cumplimiento del presente derecho se daría de manera plena y en un goce máximo para el menor.

2.3. Discusión Teórica

Frente a los hechos materia de investigación y habiendo desarrollado aquellos antecedentes que nos permitan otorgar una solución a la presente problemática señalamos que lo fijado por Fernando Rivero & Tania Calderón, en la investigación de tesis “aplicación de la tenencia compartida en el distrito judicial de Loreto durante el año 2016”, de cuyas líneas de estudio tomaremos dos situaciones relevantes para la presente investigación y están dadas por el desconocimiento que poseen las parte del proceso y los órganos jurisdiccionales especializados en familia, además de tenerse un conocimiento errado de la figura de la tenencia compartida (2007, pp. 43-75).

Del mismo modo rescatamos lo señalados por Chong Espinoza, en la tesis “Tenencia Compartida, y desarrollo integral del Niño, Niña y adolescente a nivel del Primer Juzgado Transitorio de Familia, Lima Sur, 2013”, en razón a que rescata a verificado que existe relación directa y significativa entre la tenencia compartida y el desarrollo integral del menor. (2015, pp. 106-113).

Las conclusiones esbozadas en los párrafos precedentes a las que han arribado los autores antes referidos, contribuyen con nuestra investigación puesto que

identifica que dado el poco conocimiento que se tiene de la figura de la tenencia compartida, y atendiendo a que existe un desconocimiento por parte de las partes y de los órganos jurisdiccionales; permite identificar que debido a ello es que no se ha fijado los criterios necesarios que permitirían fijar la tenencia compartida, contribuyan a orientar a los progenitores y con ello faciliten y reduzcan los procesos en los juzgados.

2.4. Definición de Términos Básicos

2.4.1. Tenencia Compartida

Es aquella en la que dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre si y mantiene una relación de apoyo mutuo centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas, estando ambos implicados activamente en la vida de sus hijos (Bolaños Cartujo,2015, p.3).

2.4.2. Interés Superior del Niño

Es el principio general que abarca todos los derechos fundamentales, que garantiza la protección del menor (Ravetlla Ballesté, 2011,p.29).

CAPÍTULO III

MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL DERECHO DE TENENCIA COMPARTIDA

El artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el mismo que ha sido suscrito por el Estado Peruano, obliga a los Estados Partes a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres; y entre estos deberes están los de cuidado, crianza y educación de sus menores hijos.

El Perú, por su parte, como primer ordenamiento jurídico que regula la Tenencia Compartida, de manera indirecta, se encuentra la Constitución Política la que, en su artículo 4° establece que: **“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano es 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” (el subrayado es propio).

La muy especial importancia de la familia para el interés general -para la más fácil consecución de las condiciones que permitan a todos ejercer con plenitud y armonía sus derechos y libertades y cumplir sus deberes- explica su relevancia constitucional y la muy amplia atención que le dispensa en concreto la Constitución peruana de 1993. No hay ninguna otra institución o instituto jurídico privado que cuente con tantas determinaciones constitucionales. (Gaceta Jurídica, 2005, p. 348)

Todos los textos internacionales que, desde el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948, proclaman que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, sitúan esta institución explícita o implícitamente en relación intrínseca con el hecho capital de la generación de Nuevas personas humanas. De modo muy explícito, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, afirma que "se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, y

mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. (Gaceta Jurídica, 2005, p. 349)

Si bien se debe promover y proteger a la familia; qué sucede cuando esta se ve desintegrada y entonces nos encontramos ante una situación de separación; lo que prima allíya no es la familia, porque esta se ha desintegrado y/o fragmentado; sino, la protección de los hijos menores, pues se deberá tener presente que el estado peruano debe velar por sus intereses, cuidado y crianza.

Por su parte, el artículo 6° de la precitada Carta Magna, señala que: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad responsable. 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 adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

En lo relativo a los derechos y deberes de los padres señalados en la norma constitucional, estos son parte de aquellos que les reconoce el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 74) a los padres y madres que ejercen la patria potestad. El artículo 24 del mencionado cuerpo legal señala otros deberes de los hijos, además de los previstos en la norma constitucional. De otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los padres tienen una responsabilidad primordial para con el niño, pero que esta responsabilidad está circunscrita por los derechos que la Convención otorga al niño incluyendo su interés superior. El Estado debe proporcionar asistencia apropiada y cuando los padres no puedan asumir sus responsabilidades, deberá intervenir para proteger los derechos del niño y satisfacer sus necesidades (artículos 3.2, 5, 18 y 27). Para efectos de la Convención se considera niño a todo ser humano menor de 18 años (artículo 1). (Gaceta Jurídica, 2005, p.406)

En ese sentido, es el Estado quien siempre debe velar por los intereses de los menores; y una de estas maneras de llevarlo a cabo es mediante la regulación de la figura de la Tenencia, en la medida que se deberá, en un primer momento, considerar a esta como,

(...) una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponda al otro (Diario El Peruano, 2001, p. 716)

Pero, qué es la figura del Interés Superior del Niño, la misma que se encuentra estrechamente vinculada a la institución de la Tenencia. Pues bien, este principio que se encuentra reconocido en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes Peruano,

preconiza que todas las medidas concernientes a los “niños” a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su “interés superior”. En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres (...) (Sokolich, 2013, p.2)

En ese sentido, los jueces de familia deben tener como directriz, en los procesos de Tenencia y en todos los procesos en general que intervengan y/o involucren a menores de edad, al Principio del Interés superior del niño y adolescente; resolviendo según lo que resulta ser más favorable para ese menor.

Ahora bien, de manera precisa, la institución de Tenencia se encuentra regulada y reconocida en el Código de Niños y Adolescentes, artículos 81° hasta el 87°. Los mismos que serán analizados a continuación:

El art. 81 del Código del Niño y el Adolescente establece que cuando los padres estén separados, la tenencia de menores ya sean niños o adolescentes, se determinará de

común acuerdo entre ellos y se tomará en cuenta el parecer del niño o el adolescente. Sin embargo, en el supuesto de que no se llegue a algún acuerdo, será el juez especializado en familia quien decida teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 84° de la precitada norma, esto son:

- a. El menor deberá permanecer con el progenitor con quien convivió más tiempo, siempre que ello le sea favorable.
- b. El hijo menor de 03 años permanecerá con la madre
- c. Para el que no obtenga la tenencia o custodia del menor, debe señalarse un régimen de visitas.

Sin embargo, además de la tenencia otorgada a uno de los dos padres ya sea por mutuo acuerdo de ambos o por decisión unilateral del Juez, el Código de Niños y Adolescentes también reconoce, de manera muy general, a la Tenencia Compartida, es decir, que ambos padres se turnen la tenencia de sus hijos y no, que solo uno de ellos se haga responsable de la crianza de los menores, mientras que el otro solo tiene derecho a un régimen de visitas.

Así, el artículo 81° del precitado Código establece que, es el juez quien dispondrá de ser el caso, y teniendo en cuenta lo que resulte más favorable para el menor (Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente) si dicta la Tenencia Compartida.

De seguro que, en algún momento, se ha escuchado a un padre separado de su pareja o divorciado, que pedirá la ‘custodia compartida’ para no perder contacto con su

hijo y/o hija. En realidad, a lo que se refiere es que, al igual que la mamá, él tendrá la posibilidad de vivir con el menor y acompañarlo en su crecimiento y desarrollo.

Por su parte, la abogada María del Carmen Barragán explica que,

esta figura legal no existía hasta el 2008. Toda pareja, al finalizar su unión, tenía que llegar a un acuerdo (de palabra o por la vía legal) para determinar quién se quedaba viviendo con el niño y cuál de los dos visitaría al pequeño siguiendo un régimen de visitas. Gracias a la Ley de Tenencia Compartida (N° 29269), papá y mamá pueden ofrecerle cuidado y educación a su menor pese a estar separados e, incluso, quedarse unos días con él. *“Al principio se creyó que convivir con ambos padres le generaría inestabilidad emocional al niño, pero la experiencia demostró que no. Por el contrario, se fortalecían los vínculos afectivos y los progenitores tenían la oportunidad de fomentarle valores a su pequeño. Esto es algo que, a veces, no ocurre con el régimen de visitas, donde los padres tienen las horas contadas y la experiencia en el parque y los juegos no es la misma que en casa, durante la convivencia”*. (Diario El Trome, 2018, p.1)

En ese sentido, y para determinar y garantizar, por parte del juez, que esta medida resulta ser así de efectiva como lo comenta la Abogada María Barragán en el Diario El Trome, éste deberá adoptar criterios que le permitan determinar que la Tenencia Compartida, en el caso en particular, conviene a los intereses del menor y resulta ser la alternativa más favorable para este. Entonces, nos encontramos ante la interrogante de determinar cuáles son los criterios jurídicos para establecer la Tenencia Compartida en el Perú, toda vez que estos no se encuentran regulados de manera expresa en el ordenamiento jurídico peruano.

Al respecto se debe tener en consideración que la institución de la Tenencia Compartida, en el Perú, se regula de manera genérica a partir del año 2008 con la entrada en vigencia de la Ley N° 29269 – Ley que modifica los artículos 81 y 84° del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la Tenencia Compartida; por lo que, desde la entrada en vigencia de dicha Ley, el artículo 81° del precitado Código establece 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 éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado**, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, **pudiendo disponer la tenencia compartida**, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”. (El subrayado es nuestro)

Sin embargo, si bien el Código de los Niños y Adolescentes, en adelante Código, sí incluye dicha posibilidad de tenencia compartida de los menores; el detalle está en que no se contempla algún otro artículo que precise, por ejemplo, qué criterios deberá adoptar el juez, de manera general y unánime, para determinar si se otorga o no, la tenencia del menor, a ambos padres. Así por ejemplo, lo que para un juez resulta ser un criterio evidente de evaluación para optar por la tenencia compartida, tal vez, para el otro juez no lo sea, y peor aún, ni siquiera se le ocurra considerarlo.

Pues bien, lo que se pretende mediante la realización de la presente Tesis es lograr determinar los criterios jurídicos para fijar la tenencia compartida en Perú; y que estos se encuentren regulados de manera expresa por el ordenamiento jurídico peruano a efectos de que sean considerados, evaluados y aplicados de manera general y de forma unánime, por todos los jueces especializados en familia que se encuentren resolviendo procesos de tenencia y que esta, de ser posible y según el caso en particular y atendiendo al interés superior del menor, concluya con una sentencia que otorgue una tenencia compartida de los hijos.

Por su parte, y pese a la innovadora modificación de los artículos 81° y 84° del Código de Niños y Adolescentes,

hasta el momento ha sido casi nula la utilidad que se le ha dado tanto a nivel de común acuerdo de los padres, como a nivel judicial mediante decisión del juez especializado. Se mantiene aún la tendencia a preferir la tenencia en favor de la madre; cuestión que deviene en injusta y discriminatoria en casos cada vez más frecuentes (Bolaños, 2015, p. 67)

Y nuevamente surge la interrogante, ¿por qué los jueces no otorgan la tenencia compartida en el Perú?: ¿porque nuestra sociedad aún no está preparada? ¿ por las malas o nulas relaciones de comunicación que tienen los padres? O, tal vez, porque no se encuentra establecido de manera expresa los criterios que deben adoptar los jueces al momento de considerar establecer una Tenencia Compartida.

Se desprende de las anteriores consideraciones, que la vía más adecuada de pedir la custodia compartida, está constituida por la propuesta de convenio presentada por uno de los progenitores para que sea negociada con el otro; puesto que pedir la tenencia por la vía judicial acarrea mayores complicaciones y condiciona el resultado en gran medida a la voluntad y la decisión del juez especializado (Bolaños, 2015, p. 111)

Quien, como ya se precisó párrafos precedentes, en su mayoría de decisiones otorga la tenencia a uno de los padres, por lo general a la madre, y al padre solo lo relega imponiéndole un régimen de visitas.

Sin embargo, se debe tener en consideración que no solo depende del Juez otorgar una Tenencia Compartida, sino que, muy por el contrario, son los padres quienes deben querer que dicha medida se haga efectiva, ya sea por mutuo acuerdo o caso contrario y como lo establece el artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes, que lo proponga y/o conceda el juez especializado en familia quien, además de la voluntad de los padres de cada uno de ellos deba querer convivir con sus menores hijos, siempre que le sea favorable a estos últimos.

Es Primordial que el deseo de ejercer la Tenencia surja de ambos Padres, en tanto, imponerle a un progenitor la Tenencia del hijo es perjudicial para este, por lo que en nuestra opinión, la Tenencia Compartida más que una solución que otorgue el Juez, debe ser una decisión conjunta de ambos padres, o a pedido expreso de quien no vive con el hijo. (Chong, 2015, p. 46)

Consideramos, que en aquellos casos los cuales sea el Juez quien determine la Tenencia Compartida, es menester que luego de expedida la Sentencia Judicial, se ordene un seguimiento en la Etapa de Ejecución, sea a través de visitas Sociales Inopinadas o a través de citaciones que el Juez efectúe cada cierto tiempo para corroborar que se estén cumpliendo los Parámetros establecidos en su Resolución Judicial. (Chong, 2015, p.47)

Por otra parte, se debe tener en consideración la edad del menor; pues si bien el artículo 84° del Código de niños y adolescentes establece en su literal “b” que el niño menor de 03 años debe permanecer con su madre; para la bachiller en derecho de la Universidad Autónoma del Perú, Suan Coralí Chong Espinoza, la edad constituye un criterio a considerarse en la Tenencia Compartida, como una alternativa de convivencia de los hijos con ambos padres, tras un proceso de separación y divorcio; pues,

Cuanto más pequeño sea el Niño mayor tiempo necesita estar con ambos padres; recordemos que los Hijos Adolescentes tienen Derecho a desarrollarse sus propias Actividades en tanto se están preparando para afrontar el Futuro, por lo que los Padres contribuirán en su Formación en los Diez Primeros Años de su Vida. (2015, p. 47)

En ese sentido, se puede señalar que la Tenencia Compartida, sobre todo cuando se tratan de niños y/o niñas menores de 10 años, puede ser viable de otorgarse y no, necesariamente, se tenga que prejuzgar que todos los niños menores de 03 años deban permanecer con su madre. Pues así como necesitan de esta última, de sus cuidados, cariño, convivencia, compañía y aprendizaje; también necesitan de la compañía, cuidados, convivencia, cariño y educación de sus padres a efectos de formar adultos potenciales que afronten la vida y resuelvan sus conflictos de la mejor manera.

Finalmente y a manera de conclusión se precisa que; la Tenencia Compartida en el Perú si bien sí se encuentra regulada de manera expresa por el ordenamiento jurídico vigente (Ley N° 29269, y los artículos 81° y 84° del Código de Niños y Adolescentes), esta regulación se da de manera general, sin profundizarse y/o precisarse aspectos

vinculados con esta institución como lo son: criterios a adoptarse por parte de los jueces o de los propios padres para solicitar dicho derecho, los periodos que pueden otorgarse, las causas probables que pueden extinguir la tenencia compartida; entre otros aspectos que debería regularse si en verdad el estado peruano se preocupara por promover esta figura, toda vez que ante la separación de los padres sigue siendo deber de ambos garantizar la educación, salud y crianza de sus menores hijos; y que mejor si los menores continúan conviviendo con ambos, aunque sea de manera separada; claro está, siempre que dicha medida contribuya con su bienestar psicológico, emocional y social; pues, definitivamente, lo más importante son los menores, y no, los padres. Teniendo en cuenta y preponderando, en todo momento, su interés superior.

CAPÍTULO IV

DERECHOS QUE SE ENCUENTRAN INMERSOS EN LOS PROCESOS DE TENENCIA COMPARTIDA

En los procesos de Tenencia Compartida se encuentran inmersos algunos derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú; derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes; así como también, a favor de los padres. Por lo que en el presente capítulo se procederá a desarrollar y explicar cada uno de estos derechos y su vinculación con los procesos de tenencia compartida.

4.1. Derecho a la identidad del menor

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, y es necesario para poder beneficiarse de los otros derechos fundamentales reconocidos también en la Constitución Política del Perú, y en los diversos instrumentos legales nacionales e internacionales.

Desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. Y es que la identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás. (Meza, 2009, p.280)

Todos los niños tienen derecho a poseer una identidad oficial, es decir, a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores.

La inscripción en el Registro Civil y la concesión de la nacionalidad le proporcionará al recién nacido la capacidad jurídica. Es decir, será reconocido como miembro de la sociedad, por lo que tendrá una serie de derechos y obligaciones. Además, tendrá acceso a los diferentes servicios necesarios para

desarrollarse y construir su vida y su porvenir, como la educación y la sanidad. La identidad les permite a los menores beneficiarse de la protección legal, al ser amparados por sus padres y el estado. (Bolaños, 2015, p. 66)

Como democracia moderna, el Perú ha suscrito una serie de instrumentos internacionales que velan precisamente por este derecho, adquirido desde el momento en que un individuo nace y se convierte en sujeto de derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional al cual se encuentra suscrito es estado peruano, establece, por ejemplo, que “el niño será inscrito 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**”. (El subrayado es nuestro) Incluso obliga a que el Estado se comprometa a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

En ese sentido, si el caso se diera que los padres deciden separarse con hijos menores a su cargo; el derecho de estos últimos a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos no tiene por qué extinguirse.

Dicho de otra manera, si papá y mamá se separan; los hijos no tienen que separarse también de estos. Pues, si bien no van a vivir con ambos padres, pueden vivir con cada uno de ellos de manera separada y por periodos (días, semanas, etc.); la finalidad, es que no pierdan la crianza, cuidados y convivencia con ninguno de sus padres; pues, al contrario, al tratarse de menores de edad (niños, niñas y/o adolescentes) necesitan de ambos progenitores para continuar forjando y enriqueciendo su personalidad y, sobre todo, su identidad.

Es diferente cuando en derecho se habla de filiación o de entroncamiento familiar, de pertenencia a una familia. En este caso los hijos matrimoniales acreditan su situación con la copia de la partida matrimonial de sus progenitores. Los hijos extra matrimoniales “son hijos” si sus padres, ambos, o uno de ellos, lo reconoce voluntariamente o si logra una sentencia del Poder Judicial que declare la paternidad o la maternidad. La sentencia o el reconocimiento voluntario, genera filiación legal respecto del progenitor que reconoce o del que fue sentenciado. De ahí que es importante señalar que el hecho que los recién nacidos tengan colocado un apellido equis, no vincula al infante con algún supuesto padre o madre (Meza, 2009, p. 286)

Y esta situación es cada vez más común en la actualidad, que las madres solteras sean quienes registren únicamente los nombres de sus hijos recién nacidos ante la ausencia o el desinterés de los padres. Sin embargo, si bien, por esta situación es que se prefiere otorgar la custodia de los menores a sus madres; ello no significa que se trate de una regla general aplicarse en todos o, la mayoría, de los casos. Es el estado peruano quien debe incentivar la maternidad y la paternidad responsable, antes del nacimiento de los hijos, durante su nacimiento y, si estos deciden separarse, continuar el vínculo de convivencia y crianza con sus hijos; pues la teoría del padre o madre que solo visita de vez en cuando a los menores y por horas limitadas, no retribuye ni contribuye con la crianza, educación, formación y, sobre todo, a forjar y fortalecer la identidad de sus menores hijos.

Para la investigadora jurídica de UNICEF ⁵Rosa María Álvarez, sobre el Derecho a la Identidad refiere que,

Se considera el derecho del niño a preservar su identidad como un derecho absoluto inherente a su persona, que consiste en el derecho a ser uno mismo, y en la obligación de los demás de respetar la identidad personal.

Se trata de proteger el interés del niño a la afirmación de su propia individualidad, a ser para los demás igual a sí mismo. El niño, como toda persona, tiene un interés jurídicamente protegido a la afirmación social de su

⁵Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, en inglés, *United Nations Childrens Fund*, es un organismo de las Naciones Unidas. UNICEF tiene como objetivo promover la defensa de los derechos de los niños, suplir sus necesidades básicas y contribuir a su desarrollo.

propia verdad, a ser para los demás ciudadanos igual a sí mismo, y a que no sean alterados o tergiversados los elementos de su identidad. (2016, p.114)

En ese sentido, si ya de por sí el proceso de separación y/o divorcio, para un menor, resulta difícil de sobrellevar y en cierta medida se ve expuesto y, muchas veces, vulnerado el derecho a su identidad; una buena opción ¿no significaría que este pase de vivir con sus padres juntos, a vivir con cada uno de ellos, aunque sea, de manera separada?; pues al final de cuentas, al menos los vínculos de convivencia y crianza entre los padres y los hijos no se verán anulados a diferencia, claro está, si la tenencia únicamente es otorgada a uno de los progenitores, limitando al otro a un régimen de visitas.

Sin duda alguna, el derecho fundamental a la identidad del menor y el proceso de Tenencia Compartida se encuentran estrechamente vinculados; en la medida que, para lograr forjar y/o fortalecer una adecuada identidad de los niños, niñas y adolescentes, el rol de crianza, convivencia y educación, que brindan ambos padres ya sea de manera conjunta o por separado, es sumamente importante en el proceso de identidad de sus menores hijos.

4.2. Derecho a la integridad moral, psíquica y física del niño, niña y/o adolescente

Resulta de gran importancia la concurrencia que debe de haber entre la familia, el Estado y la sociedad en la protección del goce y ejercicio de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el entorno familiar, así como en la asunción y cumplimiento de los deberes y obligaciones que tienen éstos para con la infancia.

En ese sentido, como otro de los derechos constitucionales que se encuentran vinculados con el proceso de Tenencia Compartida, se encuentra el derecho a la

integridad moral, psíquica y física de los menores, quienes se encuentran afrontando un proceso de separación y/o divorcio de sus padres.

El artículo 1° del Código de Niños y Adolescentes establece que “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, **protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental**” (el subrayado es nuestro); asimismo. El artículo 4° del precitado cuerpo normativo precisa que “**El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar**. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación”. Finalmente, el artículo 8° del Código, en lo que se refiere al derecho de los menores a vivir en familia, prescribe que **los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral**. (El subrayado es nuestro).

Y este deber de los padres de velar por la integridad física, psíquica y moral de sus menores hijos; no solo se les exige cuando viven en familia, pues, indistintamente de la situación sentimental de los progenitores, ya sea que vivan juntos o separados, estos no dejan de ser papás y los menores a su cargo, no dejan de ser sus hijos; en consecuencia, deberán velar por su desarrollo integral ya sea en conjunto o cada quien por su lado. Y la única manera de que los padres cumplan

con ello a cabalidad es conviviendo con sus hijos; lo que no sucede si uno de estos, en un proceso de separación, solo obtiene un régimen de visitas; pues este último no le permitirá velar por la integridad física, moral y/o psicológica de su menor hijo, pues para que ello ocurra necesita de tiempo para convivir con estos y no, únicamente, de periodos reducidos y plasmados en unas cuantas horas a la semana. No es lo mismo visitar a un hijo en etapa de crecimiento que convivir y ser parte de la vida de éste; derecho y deber que ningún padre y/o madre debería perderse.

Por otro lado, y a efectos de entender de manera precisa la conexión que existe entre la Tenencia Compartida y la protección y cumplimiento del derecho a la integridad moral, psíquica y física del niño, niña y/o adolescente; se deberá desarrollar el concepto y magnitud de este mismo derecho. Así, en un primer momento se dirá que el derecho a la integridad del menor se encuentra ínfimamente vinculado con el Principio del Interés Superior del Niño; en la medida que este último es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia; asimismo, se encuentra reconocido en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas.

Este principio se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie con fin primordial el bienestar general del niño o niña. En otras palabras, se puede indicar que hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir. Dicha decisión se debe considerar según lo que más le convenga al niño o niña en el caso concreto, a través de determinaciones que así lo indiquen, además de considerar los deseos y sentimientos del niño o niña -de acuerdo con su edad y madurez- y de las necesidades físicas, emocionales y educativas de los niños, niñas o adolescentes. (López, 2015, p. 55)

Factores y circunstancias que debe tener en cuenta el juez especializado en familia al momento de determinar si se concede o no, una tenencia compartida;

pues ello dependerá que si dicha alternativa resulte ser lo más favorable para el menor. Pues bien, si por parte de ambos padres se garantiza que los niños, niñas y/o adolescentes van a estar bien cuidados, van a vivir en un ambiente sano, de tranquilidad y armonía, en los cuales no se vea expuesto su integridad y/o desarrollo físico, psicológico y/o moral; que no les faltará comida y educación; en consecuencia, el menor deberá tener el derecho de continuar conviviendo con sus padres, así sea de manera separada; pues se entiende que el contexto es un divorcio.

En cuanto al contenido en sí del derecho a la integridad, parte de la doctrina entendió que,

El derecho a la integridad física y psíquica implica la preservación, sin detrimento alguno de la integridad del cuerpo y la mente, excluyéndose por tanto las penas, procedimientos y tratamientos que tengan por resultado la privación o inhabilitación intencional de alguna parte del cuerpo humano o de algunas de las facultades de la mente o del espíritu y cualquiera fuere el propósito con que tales actos se cumplan, excepto con fines medicinales (...)
(Anello, 2012, p.65)

Sin embargo, se considera que la concepción que más se asemeja al desarrollo de la presente tesis es aquel derecho a la integridad vinculado con el principio del interés superior del niño y adolescente.

4.3. Derecho al libre desarrollo y bienestar del menor

Como se puede observar, en la Constitución Política del Perú, los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos de derecho y están protegidos por la legislación, los organismos gubernamentales, los integrantes de la familia y la sociedad, quienes respetarán, garantizarán, desarrollarán y aplicarán día a día los contenidos de la Constitución, la Ley y la Convención sobre los Derechos del Niño en todos los ámbitos de su vida, en particular en la familia. No obstante, y cuando

esta última se desintegra, aun así persisten los deberes de los padres de garantizar y procurar el libre desarrollo y bienestar de sus menores hijos. Y regresamos, entonces, al mismo argumento de los párrafos precedentes; que son los padres de manera directa y principal quienes pueden y deben procurar el cumplimiento de este derecho; ya sea en conjunto y con la convivencia como familia o, por separado.

Así se tiene que, mediante los procesos de Tenencia Compartida lo que se pretende a través de ello es preservar el derecho del menor de un libre desarrollo y su bienestar; y la mejor manera de conseguirlo es que, pese a la separación de sus padres en los procesos de divorcio, estos no pierdan la convivencia con cada uno de sus progenitores. Debiéndose considerar que,

la esencia del libre desarrollo de la personalidad, como derecho, es el reconocimiento que el estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ellos es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por el de acuerdo con su temperamento y el carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público. (Anello, 2012, p.89)

Y para lograr dicho desarrollo mucho influye la crianza y educación que los individuos puedan recibir de sus padres, sobre todo, en sus primeros años de vida; un desarrollo establecido por la Constitución Política del Perú en su artículo 2° literal 1, y también reconocido en la Convención de los Derechos de los Niños y en el Código de Niños y Adolescentes. En definitiva, si lo que se pretende es lograr un desarrollo libre de la personalidad de los menores además de su bienestar; cuando se trata de un proceso de divorcio, una de las medidas a tener en consideración debe ser la Tenencia Compartida, a efectos de lograr la continuidad en el desarrollo de estos derechos; siempre que, claro está, ello resulte ser lo más favorable para el menor. Pues, por ejemplo, si en un proceso de divorcio donde el papá no se muestra

interesado en cuidar del menor ni mucho menos, obtener la custodia del mismo; resultaría contradictorio que el juez especializado en familia pensara en una sentencia que termine en Tenencia Compartida; ya que, demostrándose el desinterés del padre y la falta de apego hacia su menor hijo, difícil resultaría que se preocupara en convivir con él, criarlo y/o educarlo. Peor aún, se estaría exponiendo al menor a una convivencia negativa, y hasta traumática, que además no le traería ningún beneficio y/o bienestar en aras de su desarrollo.

Muy por el contrario, sería que ambos padres muestren interés de continuar conviviendo y siendo parte de la vida de sus hijos; pese al proceso de separación. Entonces, el juez, debe considerar la alternativa de Tenencia Compartida como una posible opción de resolución del conflicto sobre la tenencia de los hijos; al existir, en un primer momento, la predisponibilidad de ambos padres de convivir con sus hijos. Sin embargo, y como se mencionó en el desarrollo del capítulo anterior, lo más importante en esta clase de procesos, y en todos los procesos de familia en general donde se encuentren involucrados menores de edad, no son los intereses de los padres lo que debe primar, sino aquello que resulte ser lo más favorable para los niños, niñas y/o adolescentes, dicho en otras palabras, se debe garantizar el cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño.

Por otro lado, y en lo que respecta al derecho del libre desarrollo, este hace alusión y/o se manifiesta a través de la personalidad del individuo; así,

Desde el punto de vista jurídico, se entiende la personalidad como la capacidad que se le reconoce a un ser sujeto de derechos y obligaciones, limitada por el interés general y el orden público. Es la situación que la persona tiene con la sociedad civil y con el estado. La posición en la sociedad y en la historia, es la que determina sus estados de personalidad, con la libertad de pensamiento y expresión ya sea verbal o corporal; por eso la forma de vestir, el cuidado del cabello, de llevar un piercing, su estética, dependen de los gustos individuales de cada persona y se concretan con la imagen que de ellos se quiere

exteriorizar, escogiendo este estilo de vida por su propia autonomía para determinarse como tal en el medio social en que se viva y con el que se sienta más a gusto. (Rivera, 2017, p.1)

Sin embargo, y pese a que la sociedad representa un rol muy importante en el desarrollo de la personalidad de las personas; no se debe olvidar que los padres son los primeros en co-ayudar e influir en la formación de la personalidad de sus hijos.

Se denomina, "Tenencia Compartida" al ejercicio conjunto de la Tenencia entre los padres. Esto implica que, ambos compartan los días de la semana en forma alternativa con sus hijos. Y el desarrollo integral del niño, niña y adolescente se divide en el área motriz, lingüística, socio-afectiva, intelectual, artística, pero no porque se dividan éstas áreas, se pretende decir que al desarrollar o enfocarte en una de éstas las demás no se ven afectadas, pues un niño al desarrollar su lenguaje desarrolla también lo afectivo, lo social, el pensamiento, lo motriz, el desarrollo infantil requiere de todas las áreas, por eso se dice que el desarrollo del niño es integral, porque como lo dice, integra todos los campos. (Chong, 2015, p. 7)

Si el desarrollo integral de un menor, como expresa la autora citada líneas precedentes hace alusión a la actividad motriz, lingüística, socio-afectiva, intelectual, artística, etc., que el niño, niña y/o adolescente puedan desarrollar; resulta evidente anunciar que todas estas actividades serán desarrolladas, incentivadas y/o mejoradas, en compañía de sus padres; quienes, con la convivencia que posean con sus hijos, podrán ser parte de su desarrollo integral, tratando en lo posible, además, de garantizar en todo momento su bienestar; ya sea de manera conjunta o, en el caso de los procesos de tenencia compartida, cada uno por su lado y durante los periodos de tiempo que lleguen a convivir con sus menores hijos.

Asimismo, se deberá tener en consideración que,

No procederá la Guarda Conjunta cuando cualquiera de los cónyuges esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos o bien cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Además, el juez podrá pedir la opinión de especialistas calificados relativo al régimen de

custodia más beneficioso para el menor y a la idoneidad de los padres para ejercer la patria potestad. (Chong, 2015, p. 8)

Tal y como lo establece el artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes, el juez especializado en familia podrá optar, en un proceso de divorcio y ante el conflicto de decidirse la custodia de los hijos, por la medida de Tenencia Compartida, siempre que ello resulte ser lo más favorable para el menor. En ese sentido resulta obvio que ante los supuestos de proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica; no se deberá considerar y menos otorgar la medida de tenencia compartida; pues ello conllevaría a poner en riesgo la integridad, el libre desarrollo y el bienestar de los menores.

4.4. Derecho de los padres, a la igualdad ante la ley

El derecho de igualdad ante la ley, reconocido por la carta magna peruana, hace alusión al derecho que poseen todas las personas, indistintamente de su edad, género, estatus social, creencia religiosa, economía e ideología, de ser tratados y considerados de manera igual, a sus semejantes; sin hacer algún tipo de diferencia y/o discriminación.

La discriminación por parte del Estado puede manifestarse de diferentes formas. Una de éstas consiste en la expedición de normas jurídicas con un contenido discriminatorio (Huerta, 2011, p. 308)

De manera precisa, el Artículo 2° inciso 2° de la Constitución Política del Perú aborda el tema del derecho a la igualdad de la siguiente manera: Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de

origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Como se aprecia, este Artículo sólo hace referencia a dos aspectos relacionados con el derecho a la igualdad: el derecho a la igualdad ante la ley; y la prohibición de discriminación. (Huerta, 2011, p309)

Anteproyecto de Constitución	Artículo 1º.- Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad. Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, raza, género, características genéticas, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, además adoptará medidas positivas a favor de grupos discriminados o marginados.
Proyecto de Constitución	Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Está prohibida toda forma de discriminación que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. El Estado y la sociedad promueven las condiciones y medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado.
Texto aprobado por el Congreso	Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley, de oportunidades y de trato. Está prohibida toda forma de discriminación, sea cual fuere su origen, que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos fundamentales. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que el varón. El Estado y la sociedad promueven las condiciones y medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado.

Fuente: Huerta, 2011, p. 310.

En definitiva, el derecho a la igualdad ante la ley representa de gran importancia para nuestra sociedad, pues ante su incumplimiento estaríamos vulnerando nuestra propia concepción y aceptación de convivir en un estado democrático.

En ese sentido, y teniendo en cuenta un marco legal en derecho de familia; ante un proceso de tenencia, es la propia ley quien deberá garantizar la igualdad tanto

del padre como de la madre en solicitar la custodia de sus menores hijos; y de ser el caso, el juez especializado deberá considerar la posibilidad de resolver la custodia de los niños, niñas y /o adolescentes, mediante una tenencia compartida; en donde ambos padres, por igual, gocen de sus derechos y deberes de crianza, educación y convivencia con sus hijos.

En derecho familiar la custodia compartida constituye una de las modalidades que los padres, en caso de divorcio o separación, tienen el derecho y la obligación de ejercer en igualdad de condiciones y en beneficio de los hijos menores de edad. Esta modalidad es oponible a la custodia monoparental, donde sólo uno de los padres ejerce la custodia de los hijos, confiriéndose al otro el derecho a visitar a sus vástagos, indistintamente de la obligación del pago de alimentos, vestimenta, comida, estudios, etcétera. (...)

La custodia compartida tiene como finalidad única que, salvo en los casos en que ello sea perjudicial para los menores de edad, ambos progenitores prosigan con la crianza de sus hijos, pues son ellos los beneficiarios directos y plenos de esta institución del derecho familiar. (Pérez, 2017, p.231)

Sin embargo, no se debe olvidar que el derecho principal a garantizar y procurar su cumplimiento, en los procesos de custodia compartida, no es la igualdad de los padres ante la ley, en solicitar la tenencia de los hijos; sino, el de actuar y resolver conforme a lo que resulta ser lo más favorable para el menor, ese es en verdad el punto de partida, la premisa principal, que se debe tener en consideración a efectos de determinarse si se otorga o no, una tenencia compartida; ya en segundo plano queda el derecho de los padres de ser considerados como iguales, en las mismas condiciones, para que se les otorgue la custodia de sus menores hijos.

4.5. 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)(Chong, 2015, p. 56)

Finalmente, se debe tener en consideración que, es un derecho de los niños, niñas y adolescentes, dependiendo de su edad y capacidad para expresarse, decidir con quién de sus padres se quiere quedar, se siente más a gusto o tiene más confianza; opinión que será tomada en cuenta por el juez de familia, al momento de determinar la custodia de este menor.

Sin embargo, qué sucedería si el niño, niña y/o adolescente manifestara su deseo de quedarse con ambos padres; si como conclusión por parte del juez, este último determinara que el menor quiere vivir con ambos padres, pues con ambos se siente a gusto, muestra confianza. Entonces, estaríamos, posiblemente ante uno de los supuestos de tenencia compartida; y preciso “posiblemente” pues aún quedan por considerarse otros factores para determinarse si se concede o no, una tenencia compartida.

CAPÍTULO V

CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ

Luego de desarrollar aspectos como: qué es la Tenencia Compartida, cuán importante es en este proceso garantizar el cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño, desarrollar los derechos constitucionales involucrados en la custodia compartida; es preciso indicar que si bien el Código de Niños y Adolescentes incorpora desde noviembre del año 2008 la figura de la “Tenencia Compartida en el Perú”, gracias a la Ley N° 29269; no obstante su regulación sigue siendo, a la fecha, genérica e insipiente; toda vez que son pocos, los jueces y/o padres que consideran esta alternativa, ante una situación de separación; velando, obviamente por que esta decisión resulte ser lo más favorable para los menores involucrados en los procesos de divorcio y custodia.

En ese sentido, lo que se pretende mediante el desarrollo de la presente tesis es desarrollar los criterios jurídicos que determinaría, para el Juez especializado en familia, optar por una decisión judicial que conlleve a una tenencia compartida de los hijos. Es por ello que, dichos criterios serán desarrollados y explicados de manera individual en el presente capítulo; además de fundamentar el motivo de por qué deberían ser tenidos en cuenta por los órganos de justicia, al momento de determinarse una custodia compartida. Estos criterios jurídicos para determinar la tenencia compartida en el Perú, que deberán ser tomados en cuenta y analizados en conjunto, son:

a) La edad del menor

En cuanto un niño cuanto más pequeño necesita más tiempo con ambos padres, recordemos que los hijos adolescentes tienen derecho a desarrollar sus

propias actividades en tanto se están preparando para afrontar el futuro, por lo que los padres contribuirán en su formación en los diez primeros años de su vida.

El grado de acercamiento y comunicación que pueda entablar el juez especializado en familia con el menor involucrado en un proceso de tenencia, dependerá de la edad que este último posea. Pues no es lo mismo conversar con un niño de 2 años, como con uno de 8 o de 12 años. La comunicación que el juez pueda entablar con el menor, la información que este extraiga y la idea que se genere; tomará importancia en la medida que el niño, niña y/o adolescente pueda explicar cómo son las relaciones familiares con sus padres, con cuál de ellos se quiere quedar, entre otras interrogantes que pudiera tener el juez; que incluso lo lleven a considerar la medida de Tenencia Compartida, en el supuesto que el menor manifieste llevarse bien con ambos padres, y querer quedarse con los dos.

b) La voluntad del niño y adolescente

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

c) El lugar de residencia de los padres

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

d) La actividad de los padres

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

e) La estabilidad emocional de los padres y los hijos

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

f) El cumplimiento cabal de los roles paternaes

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

g) El aseguramiento del bienestar del hijo

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

h) La voluntad del progenitor de ejercer la tenencia.

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

CAPÍTULO VI

PROPUESTA NORMATIVA QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 84° DEL CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.

6.1. Exposición de Motivos

En mérito a lo desarrollado en la presente tesis se ha creído conveniente realizar un Proyecto de Ley que servirá para modificar el artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes en el extremo que fija los criterios Jurídicos para la Tenencia Compartida en el Perú.

Lo que se busca, es modificar el citado Artículo a efectos de establecer los criterios Jurídicos para la Tenencia Compartida en el Perú, a efectos de garantizar una debida protección del derecho superior del niño, frente a la separación de los padres, además de obtener un verdadero desarrollo integral del Niño y Adolescente; por ende, mediante la aprobación de la propuesta legislativa y emisión de una nueva normativa, se coadyuvara con la problemática existente, debido al vacío en nuestra legislación existente ley N° 29269.

6.2. Artículo 1. Modificación:

Modifíquese el texto del artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes, del Código Civil, el que quedará redactado en los términos siguientes:

Art. 84°

Que en el art. 84 del Código de Niños y Adolescentes se plasme textualmente los criterios jurídicos para determinar la tenencia compartida en el Perú: a) la edad del menor, b) la voluntad del niño y adolescente c) el lugar de residencia de los padres, d) la actividad de los padres, e) la estabilidad emocional de los padres y los hijos, f) el cumplimiento cabal de los roles paternos, g) el aseguramiento del bienestar del hijo, h) la voluntad del progenitor de ejercer la tenencia.

“Los Criterios Jurídicos para Determinar la Tenencia Compartida en el Perú” será valorada de conformidad con las normas y principios que establece el Sistema de la Responsabilidad Civil, sobre la base de un sistema de libre valoración y merituación de la prueba aportada en el proceso.

6.3. Disposiciones finales

Primera.- Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

Segunda.- La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de de

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los días del mes de

6.4. Exposición de Motivos

La presente propuesta de ley surge como consecuencia de la problemática existente, de constantes separaciones de matrimonios y convivientes donde el menor sufre las consecuencias.

En ese sentido, la presente ley busca resolver la problemática existente, pues modifica el artículo 84° de la Ley 29269 del Código Civil, estableciendo que se deberá fijar de manera expresa los criterios jurídicos para determinar la tenencia compartida en el Perú, a efectos de garantizar el respeto del Interés Superior del Niño y Adolescente. Finalmente solo así se garantizara la realización y protección de los derechos del los menores primando el interés superior del Niño en casos de separaciones de los padres.

Pues, el contexto, nos permite evidenciar, la necesidad de modificar dicho dispositivo legal, máxime si nuestra legislación peruana y la jurisprudencia actual emitida y revisada viene siendo objeto de diversas críticas. Por lo que, el presente proyecto de ley contribuirá a resolver dicho problema jurídico.

6.5. Efecto De La Vigencia De La Norma Sobre La Legislación Nacional

La propuesta legislativa en estricto modifica el artículo 84° de la Ley 29269.

6.6. Análisis Costo Beneficio

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata del interés superior del niño y futuro de nuestro país.

CONCLUSIONES

1. La Tenencia Compartida es una institución del Derecho de Familia reconocida y contemplada de manera expresa en el artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes, gracias a la modificatoria ordenada mediante la Ley N° 29269 – Ley que incorpora la Tenencia Compartida en el precitado Código, modificando para ello sus artículos 81° y 84°.
2. La Tenencia compartida es un derecho que, si bien se le otorga y/o reconoce a ambos padres, no se debe olvidar que su aplicación es en aras de lo que resulta ser más favorable para el interés del menor; toda vez que la finalidad de la figura de Tenencia Compartida es el bienestar del menor, no de los padres.
3. Finalmente, a manera de conclusión, nos abocamos a argumentar que la Tenencia Compartida constituye una alternativa de tenencia muy beneficiosa siempre que vele por el interés superior del niño y adolescente. Y proponemos que en el art. 84 del Código de Niños y Adolescentes se plasme textualmente los criterios jurídicos para determinar la tenencia compartida propuestos por nosotros, los cuales son: a) la edad del menor, b) la voluntad del niño y adolescente c) el lugar de residencia de los padres, d) la actividad de los padres, e) la estabilidad emocional de los padres y los hijos, f) el cumplimiento cabal de los roles paternos, g) el aseguramiento del bienestar del hijo, h) la voluntad del progenitor de ejercer la tenencia.

RECOMENDACIONES

1. A los estudiosos del derecho recomendar un cuidadoso análisis de la figura de la tenencia compartida y notar que es una institución un tanto genérica que requiere mayor exploración.
2. Se recomienda, a los futuros investigadores, ahondar y reflexionar sobre estos lineamientos de tenencia compartida en el Perú, pues resulta una alternativa para el desarrollo integral del niño y adolescente.
3. Asimismo, sugerir la integración y plasmación de estos criterios, que, si bien solo algunos están explícitamente plasmados en el Art. 84 de Código de Niños y Adolescentes, en la legislación, toda vez que se presente un caso de tenencia compartida solucionar el caso de tenencia de la mejor manera salvaguardando el interés superior del niño.

REFERENCIAS

- Álvarez, R.M. (2016). *Derecho a la Identidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4242/8.pdf>
- Anello, C.S. (2012). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.
- Bonilla Castro,E.& Rodríguez Sehk,P.(2013). *Más allá de los dilemas de los métodos*. Colombia:Universidad de los Andes.
- Bolaños Cartujo, I. (2015). Custodia Compartida y Coparentalidad: Visión Relacional
Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6377738>.
- Calderón Espinoza, T & Riveros Da Silva, F. (2017). *Aplicación de la tenencia compartida en el distrito judicial de Loreto durante el año 2016*. (Tes. Para obtener el título de maestro inédita) Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, Loreto.
- Chong Espinoza, S. (2015). *Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del primer juzgado transitorio de familia*. (Tes. Para obtener el título de abogado inédita). Universidad Autónoma del Perú, Lima.
- Cruz del Castillo, C., Olivares Orozco, S., Gonzales Garcia, M. (2014).*Metodología de la investigación*. Mexico: Grupo Editorial Patria S.A de C.V.
- Corral Talciani,H. (2005). *Derecho y Derechos de la Familia*.Perú: Grijley.
- Diario El Peruano. (2001). *Cas. N° 1738-2000*. Lima, Perú. Recuperado de <http://resultadolegal.com/tenencia-de-hijos-en-el-peru/>

Diario El Trome. (2018). Legal: ¿En qué consiste la custodia compartida de los hijos?

Recuperado de

<https://trome.pe/familia/legal-consiste-custodia-compartida-hijos-82767>

Díaz de Guijjarro, E. (1953). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires.

Gaceta Jurídica. (2005). *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*.

Tomo I (1ra. Ed). Lima, Perú.

Garay Molina, A. (s.f). Tenencia compartida o coparentalidad ante la ruptura conyugal.

Recuperado de

https://www.academia.edu/32820265/TENENCIA_COMPARTIDA_O_COPARENTALIDAD_ANTE_LA_RUPTURA_CONYUGAL.

Herandez Alarcon, C. (2003). *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Juridica.

Huerta Guerrero, L.A. (2011). *El derecho a la Igualdad. Pensamiento Constitucional*.

Lima, Perú: Palestra Editores.

López Contreras, R.E. (2015). *Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido*. San Carlos, Guatemala.

Masias Zavaleta, D. (2001). *Tratado de Derecho Civil Peruano - Derecho de Familia*.

Cusco: Seminario de Derecho Procesal Civil.

Mallqui Reynoso, M. & Momethiano Zumaeta, E. (2001). *Derecho de Familia*. Perú:

San Marcos.

Meza Ingar, C. (2009). *La Identidad: Su estudio integral*. Lima, Perú.

Montoya Chávez, V. H (2007). *Derechos fundamentales de los niños y adolescentes. El interés superior del niño y los adolescentes y la situación de abandono en el artículo 4° de la Constitución*. Lima. Editorial Grijley.

Muñoz Razo, C.(2011).*Como elaborar y asesorar una investigación de tesis*. Mexico: Editorial Pearson.

Ravetllat Ballesté,I. (2011). *Derecho de la Persona*. Barcelona: Bosch.

Rivera, J.A. (2017). Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Mirada Constitucional. Recuperado de <http://www.lostiempos.com/actualidad/opinion/20170720/columna/derecho-al-libre-desarrollo-personalidad>.

Sokolich Alva, M. I. (2013). *La aplicación del Principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano*. Lima. Perú: Vox Juris.

Oliva Gómez, E., Tapia Vega, R., Jiménez Muñoz, F & Hernández Castelo, E. (2017). *Temas Selectos 4 Hacia el ámbito del derecho familiar*. México: Ediciones eternos malabares, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

ANEXOS