

**UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**LA TENENCIA COMPARTIDA Y VULNERACIÓN AL  
INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO DE  
FAMILIA PERUANO**

**Tesis para optar el Título Profesional de abogado**

**Responsable de Investigación:**

**Bach. CYNTHIA VANESSA OBISPO JAMANCA**

**Asesor:**

**Abog. JESÚS EDMUNDO HENOSTROZA SUÁREZ**

**Huaraz - Ancash - Perú**

**2018**



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,  
PARA OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL  
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación - RENATI.  
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

**1. Datos del Autor:**

Apellidos y Nombres: OBISPO JAMANCA CYNTHIA VANESSA

Código de alumno: 081.1604.181                      Teléfono: 930163192

Correo electrónico: cynthiaobjam\_2907@hotmail.com DNI o Extranjería: 72848499

**2. Modalidad de trabajo de investigación:**

- ( ) Trabajo de investigación                      ( ) Trabajo académico  
( ) Trabajo de suficiencia profesional                      ( x ) Tesis

**3. Título profesional o grado académico:**

- ( ) Bachiller                      ( x ) Título                      ( ) Segunda especialidad  
( ) Licenciado                      ( ) Magister                      ( ) Doctor

**4. Título del trabajo de investigación:**

LA TENENCIA COMPARTIDA Y VULNERACIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR  
EN EL DERECHO DE FAMILIA PERUANO

**5. Facultad de:** DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**6. Escuela, Carrera o Programa:** DERECHO

**7. Asesor:**

Apellidos y Nombres: Abog. HENOSTROZA SUÁREZ JESÚS EDMUNDO Teléfono: 979031022

Correo electrónico: jeshuven@hotmail.com      DNI o Extranjería: 31608353

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma: .....  .....

D.N.I.: 72848499

FECHA: 28 / 06 / 2019

## **AGRADECIMIENTOS**

El desarrollo y conclusión de este trabajo, no hubiera sido posible sin el respaldo y esfuerzo de mi madre, por darme amor y estar a mi lado en este camino de manera incondicional para terminar la carrera de derecho.

Agradezco también a los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, magistrados y amigos, por sus consejos y aportes académicos durante el desarrollo y realización de esta tesis.

Finalmente reconozco a mi Universidad, por brindarme una educación superior, formarme académicamente y darme la oportunidad de salir adelante.

## **DEDICATORIA**

A Dios por guiar mi vida,  
al esfuerzo de mis abuelos Ángel y Lorenza  
por enseñarme a ser constante en alcanzar mis metas.

## INDICE

AGRADECIMIENTOS.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
INDICE .....	iv
Resumen .....	vii
ABSTRACT .....	viii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	1
EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....	1
1.1 Descripción del Problema:.....	1
1.2 Formulación del Problema de investigación.....	2
1.2.1 Problema Principal:.....	2
1.2.2 Problemas Específicos: .....	3
1.3 Importancia del Problema:.....	3
1.4 Justificación y Viabilidad: .....	3
1.4.1 Justificación Teórica: .....	4
1.4.2 Justificación Práctica: .....	4
1.4.3 Justificación Legal: .....	4
1.4.4 Justificación Metodológica: .....	5
1.4.5 Justificación Técnica:.....	6
1.4.6 Viabilidad Teórica: .....	6
1.5 Formulación de Objetivos.....	7
1.5.1 Objetivo General:.....	7
1.5.2 Objetivos Específicos:.....	7
1.6 Formulación de Hipótesis .....	7
1.6.1 Hipótesis General:.....	7

1.6.2 Hipótesis Específicas: .....	7
1.7 Variables .....	8
1.8 Metodología .....	8
1.8.1 Tipo y diseño de Investigación .....	8
1.8.2 Plan de recolección de la información .....	9
➤ Población.....	9
1.8.3 Instrumentos de recolección de la información .....	10
1.8.4 Plan de procesamiento y análisis de la información .....	10
1.8.5 Técnica de análisis e interpretación de la información .....	11
1.8.6 Validación de la hipótesis .....	11
CAPITULO II.....	13
MARCO TEÓRICO .....	13
2.1 Antecedentes.....	13
2.2 Bases Teóricas .....	16
2.2.1 Derechos Humanos .....	16
A. Definiciones de los Derechos Humanos .....	16
2.2.2 Derechos del Niño.....	23
2.2.2.2 Interés Superior del Niño .....	31
2.2.3 La Tenencia Compartida en el Derecho de Familia.....	36
2.2.3.1 Instituciones familiares .....	36
2.3 Definición de Términos .....	47
CAPITULO III .....	50
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	50
3.2 Resultados Normativos .....	53
3.2.1 Derecho Interno.....	53
3.2.2 Derecho Internacional .....	56

3.2.3 Derecho Comparado .....	57
3.3 Resultados Jurisprudenciales .....	60
3.3.1 Tribunal Constitucional .....	60
CAPITULO IV .....	64
DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPOTESIS .....	64
4.1 Discusión Doctrinaria .....	64
4.4 Validación de Hipótesis .....	73
CONCLUSIONES.....	80
RECOMENDACIONES .....	81
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	82

## Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad centrar su estudio respecto a La Tenencia Compartida y Vulneración al Interés Superior del Menor desde el enfoque dogmático – jurídico que cuestiona si corresponde establecer la existencia de vulneración al Interés Superior del Niño en las decisiones judiciales sobre Tenencia Compartida, concepto incorporado a nuestra legislación en el Código de los Niños y Adolescentes que regula todo lo concerniente a la tenencia de los hijos respecto de los padres desavenidos que ya no viven juntos, modificándose el art. 81 por la Ley 29269.

La metodología se encuentra enfocada desde el punto de vista de la ciencia como investigación descriptiva y en forma particular como jurídica-dogmática, mediante la utilización específica del método hermenéutico en materia jurídica; bajo dicha perspectiva metodológica se empleará la técnica documental y análisis cualitativo de la Jurisprudencia para establecer los alcances, las ventajas y desventajas que trae consigo la tenencia compartida, teniendo como punto de partida el principio rector del Interés Superior del Niño.

**PALABRAS CLAVES:** Tenencia compartida, Interés, Niño, Principio, Vulneración, Decisiones Judiciales, Legislación.



## **ABSTRACT**

The aim of this research work is to focus its study on Shared Tenancy and Vulnerability to the Higher Interest of Minors The dogmatic approach - the legal case that conflicts with the existence of the violation of the Higher Interest of the Child in decisions Judges on Shared Tenancy, a concept incorporated in our legislation in the Children and Adolescents Code that regulates everything related to the possession of children with respect to disadvantaged parents who no longer live together, modifying the art. 81 by Law 29269.

The Methodology is focused from the point of view of science as descriptive research and in particular specific as legal-dogmatic, through the specific use of the hermeneutical method in legal matters; From the methodological perspective, the documentary technique and qualitative analysis of the Jurisprudence will be used to establish the scope, advantages and disadvantages that shared possession will bring, taking as starting point the director of the Higher Interest of the Child.

**KEYWORDS:** Shared Tenancy, Interest, Child, Principle, Vulneration, Judicial Decisions, Legislation.

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis titulada “La tenencia compartida y vulneración al Interés del menor en el derecho de familia peruano” trata sobre la realidad social y judicial con respecto al tratamiento de la institución familiar de la Tenencia Compartida en el Perú.

Se denomina, "Tenencia Compartida" al ejercicio conjunto de la tenencia de los hijos entre los padres. Esto implica que, ambos compartan los días fijados consensual o judicialmente en forma alternada 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 enfocar 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, por eso se dice que el desarrollo del niño es integral, porque como lo dice, integra todos los campos de su vida.

Por ello, el presente trabajo ha sido estructurado en cuatro capítulos: el capítulo I, está referido al problema y la metodología de la investigación, en la cual, siguiendo el diseño de investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología.

En el capítulo II se hizo referencia al marco teórico de la investigación, en el cual se realizó el uso de la técnica de fichaje y análisis de contenido para el sustento teórico-doctrinario de la investigación, para lo cual se tomaron las

principales teorías y contenidos del interés superior del niño y la tenencia compartida en el Perú.

El capítulo III, está referido a los resultados de la investigación, mediante el recojo de información vinculante al tema y a las variables de la investigación, los mismos que fueron analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la discusión y validación de la hipótesis, el que en base a los resultados obtenidos se procedió a realizar la discusión de los resultados y luego se procedió a determinar la validez de la hipótesis planteada.

La titulado

## CAPITULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1 Descripción del Problema:

Refiere el Código Civil Peruano, que la patria potestad concede como atributo de los padres el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia, trabajando sobre este término diremos que el Código de los Niños y Adolescentes introduce un nuevo modelo de tenencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden jurídico, citado como Tenencia Compartida, que es una propuesta del ejercicio de la autoridad parental, en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres, término que no resulta muy propio en el Derecho de Familia, pues más alude a tener consigo algo, como una suerte de pertenencia, y quizás el término tenencia pueda ubicarse mejor en el plano de las cosas, tal como lo encontramos en algunos diccionarios, que cuando aluden a la tenencia, la refieren a la posesión o tenencia de algunas cosas, empero en el derecho de los menores termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos.

Sin embargo, la tenencia puede que verse desde dos vertientes como derecho de los padres, y derecho de los hijos, por lo tanto la opinión de ellos (en el caso de que estén en posibilidades de hacerlo resulta siendo importante), y aun cuando su desarrollo evolutivo no le permitiera formarse su propia

opinión, habría que considerar fundamentalmente los intereses de éstos antes de que se pronuncien sobre la tenencia compartida, como es el interés del menor siendo el principio base en el derecho de familia y el de niños y adolescentes.

A nivel internacional contamos con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que reconoce al niño como sujeto pleno de derechos, instaurando principios fundamentales, en la presente me enfocare al de materia de estudio que es el interés superior del niño (art.3).

En este sentido considero que el problema radica entre la doctrina y la jurisprudencia respecto a la institución familiar de tenencia compartida en la legislación peruana y de cómo ésta contradicción vulnera el Interés Superior del Niño; por lo tanto su conceptualización, sus implicancias en la práctica y probablemente por ser el principio más enigmático en cuanto a su interpretación al momento de emitirse las decisiones judiciales por parte del juzgador, conlleva a que no todos los fallos y medidas son concernientes ni constituye la esencia de la Convención que implica la promoción y protección del desarrollo integral (psíquica y física) del niño.

## **1.2 Formulación del Problema de investigación**

### **1.2.1 Problema Principal:**

¿Existe vulneración al Interés Superior del Menor en la Tenencia Compartida en el Derecho de Familia Peruano?

### **1.2.2 Problemas Específicos:**

- a) ¿Cuál es la importancia de aplicar el Principio del Interés Superior del Niño para garantizar la protección integral del menor en contextos de conflictos entre los padres separados?
- b) ¿De qué manera el modelo de Tenencia Compartida afecta el desarrollo psicológico del menor?

### **1.3 Importancia del Problema:**

El presente trabajo de investigación es importante porque nos permite dar una mayor trascendencia en cuanto a contenidos, alcances, funciones y posibles limitaciones de un modelo de tenencia en nuestro país, que si bien es cierto no es un nuevo concepto dentro del Derecho de Familia, en la actualidad, la situación de tenencia compartida no es la más frecuente y fallos sobre el particular no abundan. Sin embargo, se puede recoger una jurisprudencia vacilante, que en los últimos tiempos parece orientarse a igualar derechos y deberes de progenitores.

Asimismo, las normas de protección hacia los niños y adolescentes no son aplicadas en su integridad por los operadores de justicia, lo que trae como consecuencia la vulneración de su desarrollo integral específicamente del desarrollo psicológico, que repercute a un problema social y jurídico.

### **1.4 Justificación y Viabilidad:**

La Justificación se identifica con los móviles de la investigación, a decir de Arazamendi: “son los propósitos definidos que son suficientemente

importantes que fundamenten su realización”<sup>1</sup>, por lo que pasamos a justificar de la siguiente manera:

#### **1.4.1 Justificación Teórica:**

La presente investigación se justifica teóricamente desde la visión del Derecho de familia, asimismo de una perspectiva procesal implicando como sujetos de un proceso al menor y sus padres, teniendo como base normas jurídicas y principios que garantizan la protección de sus derechos.

En el sentido de que permitirá analizar y se podrá establecer si la tenencia compartida, vulnera el desarrollo integral del niño o adolescente enmarcados en el principio del interés superior del niño.

#### **1.4.2 Justificación Práctica:**

La investigación tiende a resolver problemas jurídicos relacionados con la protección del desarrollo integral del menor específicamente a la integridad psicológica, la satisfacción de sus derechos y del desarrollo del proyecto de vida del menor dentro de los procesos materia de conflicto sobre Tenencia Compartida.

#### **1.4.3 Justificación Legal:**

El trabajo de investigación encuentra su justificación jurídica en las siguientes normas legales:

- Constitución Política del Perú: Inciso 8 del Art. 2. *“A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la*

---

<sup>1</sup> ARAZAMENDI, Lino. La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis. 2da. Ed.: Lima - Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.; 2011. p. 139.

*propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.”*

*Artículo 14.- “(...) Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país. La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo (...).”*

- *Ley Universitaria N° 30220: Artículo 6. Fines de la universidad*  
*La universidad tiene los siguientes fines: (...) 6.6 Difundir el conocimiento universal en beneficio de la humanidad.”*

*Artículo 48. “La investigación constituye una función esencial y obligatoria de la universidad (...). Los docentes, estudiantes y graduados participan en la actividad investigadora en su propia institución o en redes de investigación nacional o internacional, creadas por las instituciones universitarias públicas o privadas”*

- *Estatuto de la UNASAM: Artículo 119. La obtención del título profesional que confiere la Universidad a nombre de la Nación exige los requisitos siguientes: a Tener el Grado Académico de Bachiller en la especialidad; b) Adecuarse a una de las siguientes modalidades: La presentación, sustentación y aprobación de la tesis ante un jurado”.*

#### **1.4.4 Justificación Metodológica:**

El paradigma metodológico que justifica la presente investigación es desde una perspectiva cualitativa toda vez que se realizara una



investigación dogmática, sustentada en la doctrina y jurisprudencia. Se investigará en consideración a conceptos y comprensiones partiendo de pautas de los datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías, principios y reglas jurídicas preconcebidas.

#### **1.4.5 Justificación Técnica:**

La tesis se facilitó con el soporte técnico y logístico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner y el software Office 2015.

#### **1.4.6 Viabilidad Teórica:**

- **Económica:** Se cuenta con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación.
- **Temporal:** La investigación se ejecutó durante el periodo correspondiente a finales del año 2017 e inicios del año 2018; ello para garantizar la realización del trabajo en el tiempo planificado.
- **Bibliográfica:** Dentro de las fuentes de información referidas al tema de investigación que se va a desarrollar, se cuenta con material bibliográfico tanto en formato físico como virtual.
- **Metodológico:** Para realizar el presente trabajo de investigación cuento con asesores especializados en el tema.

## **1.5 Formulación de Objetivos**

### **1.5.1 Objetivo General:**

Establecer que los instrumentos jurídicos internacionales determina la existencia de vulneración al Interés Superior del menor en la Tenencia Compartida en el Derecho de Familia Peruano.

### **1.5.2 Objetivos Específicos:**

- a) Analizar cuál es la importancia de aplicar el Principio del Interés Superior del Niño para garantizar la protección integral del menor en contextos de conflictos entre los padres separados.
- b) Determinar de qué manera el modelo de Tenencia Compartida afecta el desarrollo psicológico del menor.

## **1.6 Formulación de Hipótesis**

### **1.6.1 Hipótesis General:**

Es probable que los instrumentos jurídicos internacionales permiten determinar la existencia de vulneración al Interés Superior del menor en la aplicación de la Tenencia Compartida en el Derecho de Familia Peruano.

### **1.6.2 Hipótesis Específicas:**

- a) El Principio de Interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño garantiza y protege la no vulneración de los derechos integrales del menor en los conflictos entre padres separados.
- b) La praxis de la regulación jurídica y social del modelo de tenencia compartida afecta al desarrollo psicológico del menor.

## 1.7 Variables

- **Variable Independiente:** Interés Superior del menor.
- **Variable Dependiente:** Tenencia Compartida

## 1.8 Metodología

### 1.8.1 Tipo y diseño de Investigación

- **Tipo de Investigación:** Se debe de recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversas tipos de investigación tales como; exploratorias, descriptivos, correlacionales y explicativos<sup>2</sup>.

El presente trabajo de investigación responderá a una investigación dogmática-teórica, cuya característica principal de este tipo de investigación es que nos permite concebir al derecho como un conjunto de normas que puede ser analizado de forma aislada, esto es sin tomar en cuenta lo que estas normas ocasionen en la realidad, sino que se analizan sus enlaces entre ellas y sus posibles contradicciones.

Asimismo, corresponde al tipo de diseño no experimental, pues se usa en los casos de una investigación sistemática en la que el investigador no tiene control sobre las variables independientes porque ya ocurrieron los hechos o porque son intrínsecamente manipulables<sup>3</sup>, es decir no se las puede manipular deliberadamente.

---

<sup>2</sup> HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. Mc Graw Hill, México, 1997, p.150.

<sup>3</sup> WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio. *Metodología Jurídica*. México, Biblioteca virtual de la UNAM Jurídica. 1997, p. 92.

➤ **Diseño de Investigación:**

- **Diseño General:** Se empleó el diseño Transeccional o Transversal<sup>4</sup>, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el periodo 2017-2018.
- **Diseño Específico:** Se empleó el diseño descriptivo, toda vez que con el presente diseño, se busca establecer y estudiar las causas que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio en la realidad<sup>5</sup>.

### 1.8.2 Plan de recolección de la información

➤ **Población**

- a) **Universo físico:** Careció de delimitación física o geográfica, al ser una investigación dogmática
- b) **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática y jurisprudencia civil, también está dirigida a agentes jurídicos del derecho.
- c) **Universo Temporal:** El periodo de estudio correspondió al 2017-2018.

---

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, Carlos FERNÁNDEZ COLLADO y Pilar BAPTISTA LUCIO. *Ob. cit.*, p. 151.

<sup>5</sup> BEHAR RIVERO, Daniel. *Metodología de la Investigación*. Lima, Shalom, 2008, p. 63.

### 1.8.3 Instrumentos de recolección de la información

<b>TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN</b>	<b>INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN</b>	<b>INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA</b>
- Fichaje - Análisis de contenido - Documentales - Electrónicos	-Fichas de resumen -Fichas textuales -Fichas mixtas -Fichas de lectura -Fichas de análisis de contenidos	Libros, revistas e internet

### 1.8.4 Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información comprendió para:

- a. La selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:
  - Fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales, se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario.
  - Jurisprudencia, se empleó la ficha de análisis de contenido, los que permitieron recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.
- b. El estudio de la normatividad, se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática del problema de estudio.

### **1.8.5 Técnica de análisis e interpretación de la información**

El procesamiento de los datos no es otra cosa que el registro de los datos obtenidos por los instrumentos empleados mediante una *técnica analítica* en la cual se comprueba la hipótesis y se obtienen las conclusiones. Por lo tanto se trata de especificar el tratamiento que se dará a los datos, ver si se pueden clasificar, codificar y establecer categorías precisas con ellos en las que puedan ser clasificadas las respuestas.

En la investigación jurídica dogmática que no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como *análisis cualitativo*.

El dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística<sup>6</sup>.

### **1.8.6 Validación de la hipótesis**

En las investigaciones cuantitativas, una regla del método científico establece “Someter la hipótesis a contrastación dura, no laxa”. Se trata de elaborar en este

---

<sup>6</sup> ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima, Editorial Ffecaat, 2014, p. 55.

punto un diseño, o emplear un método, que nos permita conocer si nuestra hipótesis planteada se ajusta a los hechos o merece ser modificada.

Como vimos, en Derecho podemos hablar de tres tipos marcados para realizar investigación, eso significa que también podemos hablar, en general, de tres tipos de diseños de contrastación de hipótesis. En efecto, esto se debe a la naturaleza de la investigación. Sin embargo, dado que de los tres tipos de investigación dos son teóricas (las jurídicas propiamente dichas y las iusfilosóficas), sus diseños de contrastación serán similares en comparación con las investigaciones jurídico-sociales<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 56.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1 Antecedentes**

##### **2.1.1 Antecedentes Locales**

De la revisión de las tesis sustentadas en la escuela de Pre y Post grado de la FDCCPP-UNASAM, no se evidencia trabajos relacionados a la Tenencia Compartida, pero si respecto a la Vulneración del Interés del Niño, trabajo similar del tesista Edward Zilbert Rojas Melgarejo (2017), *“Vulneración al Interés superior del niño en estado de abandono en la adopción judicial con acogimiento familiar en el Perú”*, tesis para optar el título de abogado, quien arribó a la conclusión, que la Ley de Acogimiento Familiar-Ley N° 30162, vulnera el interés superior del niño, pues la prohibición a los acogedores temporales el de acudir a la Adopción Judicial del menor, transgrede estrictamente a lo establecido en la Constitución Política del Perú, las normas Internacionales y principios rectores de protección del menor; ya que el Estado debe adoptar medidas inmediatas y urgentes frente a la situación de desprotección familiar de un menor sin vulnerar sus derechos fundamentales, formulando y reformando normas de protección integral del menor, acorde a los Tratados, Convenios y Normas Internaciones que protegen esencialmente el Principio de Interés Superior del Niño.



### **2.1.2 Antecedentes Nacionales**

De la revisión en los repositorios de universidades nacionales, se encontró la investigación de:

- Elard Galo Melgar Valdez (2015), "*Normas Internacionales sobre los Derechos de los Niños y Adolescentes en las sentencias sobre tenencia y régimen de visitas en la provincia de Huaura periodo 2013-2014*", tesis para optar el título de abogado por la Universidad Nacional Faustino Sánchez Carrión, concluye que la Convención Internacional de los Derechos de los Niños refiere al derecho del niño, a vivir en el seno de una familia, a no ser separado de ella y mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, derechos que no se suspenden por el hecho que los padres se encuentren separados.

Por ello señala, que en el proceso de tenencia de menor cuando el Juez establece la tenencia a favor de un solo padre y a favor del otro un régimen de visitas restringido, estaría desconociendo los derechos fundamentales del niño, y asimismo, al no disponer de la tenencia compartida se estaría negando al niño la posibilidad de relacionarse suficientemente con ambos padres.

### **2.1.3 Antecedentes Internacionales**

Revisando tesis publicadas a nivel internacional, se encontró la investigación de:

- Emilia Fernández-Luna Abellán (2015), “*Custodia Compartida y Protección Jurídica del Menor*”, tesis doctoral sustentada en la Universidad Complutense de Madrid, la autora realizó un estudio acerca del régimen de custodia compartida o alterna, conceptuando la noción de guarda y custodia en aras de determinar cuáles son los derechos y deberes que dicho régimen conlleva para el titular o titulares de la misma, a fin de que ambos progenitores puedan asumir para con su descendencia la posición de garantes de dicho menor o menores cuando los mismos se hallen en su compañía, pues corresponde a los progenitores la tarea de velar por el mantenimiento de la funcionalidad de la familia en cuantos titulares de la patria potestad.

Según el Código civil español, tras la promulgación de la Ley 15/2005 se modificó en materia de separación y divorcio, anunciando expresamente la posibilidad de implementar la custodia compartida en situaciones de crisis familiares, pues su finalidad apunta hacia un equitativo e igualitario de derechos y deberes de los progenitores, así como el reparto de espacios y tiempos de ambos progenitores para con los hijos tras la ruptura de la pareja.

Concluyendo que no existe un criterio uniforme sobre la utilidad e implementación de la custodia compartida en situaciones de crisis matrimoniales, pues con anterioridad a la reforma el Código sustantivo no

excluía la aplicación de la custodia compartida por determinación judicial o por acuerdo de los progenitores.

## **2.2 Bases Teóricas**

### **2.2.1 Derechos Humanos**

#### **A. Definiciones de los Derechos Humanos**

El profesor Ernesto Pinto Bazurco, manifiesta que no existe una unidad de criterio para definir los Derechos Humanos, citando a Laski afirma que los Derechos Humanos son en realidad, las condiciones de la vida social sin las cuales no puede ningún hombre perfeccionar y afirmar su propia personalidad<sup>8</sup>.

Karel Vasak, afirma que el concepto de Derechos Humanos entra en el marco del derecho constitucional y del Derecho Internacional, el propósito de los cuales es defender por medios institucionalizados los derechos de los seres humanos contra los abusos del poder cometidos por los órganos del Estado, y al propio tiempo promover el establecimiento multidimensional del ser humano<sup>9</sup>.

El departamento de Información de las Naciones Unidas, Derechos Humanos, afirma, que los Derechos Humanos, son los derechos que son inherentes a nuestra naturaleza y sin los cuales no podemos vivir como seres humanos. Afirma Víctor García Toma, que usualmente son referidos como Derechos Humanos, expresión

---

<sup>8</sup> PINTO BAZURCO, Ernesto. *Derechos Internacional. Política exterior y diplomacia*. Universidad de Lima, p. 214.

<sup>9</sup> VASAK, Karel. *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*. Volumen I. Lima, Ediciones Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 37.

que emana de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), La misma que teóricamente es errada, ya que se incurre en una tautología jurídica.

En puridad, se trata de una denominación repetitiva, en razón de que los derechos de por si son humanos, ya que el hombre es el único sujeto titular de derechos y deberes. Como bien sabemos, ni los animales, ni las plantas ostentan titularidad sobre las prerrogativas jurídicas<sup>10</sup>.

Afirma el profesor Pinto Bazurco, que la Asamblea General de la organización de las Naciones Unidas, preocupada en que sus fines sean debidamente interpretados por la comunidad Internacional, mandó a la comisión de Derechos Humanos a elaborar un documento que esté inspirado precisamente en estos derechos y pudiera obtener una amplia aceptación, lo que se logró con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La misma que fue aprobada por unanimidad el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General, marcando así una nueva etapa en el Derecho Internacional<sup>11</sup>.

Antonio Pérez Luño, afirma que, se pueden señalar tres tipos de definiciones de Derechos Humanos<sup>12</sup>:

- a. Tautológicas: No aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos. Una definición tautológica muy repetida en la doctrina es la

---

<sup>10</sup> GARCIA TOMA, Víctor. *Los Derechos Humanos y la constitución*. Lima, Editorial Horizonte, 2001, p. 11.

<sup>11</sup> PINTO BAZURCO, Ernesto. *Op. Cit.*, p. 215.

<sup>12</sup> PEREZ LUÑO, A.E. *Delimitación conceptual de los Derechos Humanos en la obra colectiva: Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979, p. 17.

que afirma que “los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre”.

- b. Formales: No especifican el contenido de los derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Una definición formal es la que afirma que los “derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado”.
- c. Teleológicas: En ellas se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones. Una definición teleológica es la que dice que “los derechos del hombre son aquellos que son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización”<sup>13</sup>.

Una definición que pretende ser descriptiva, aunque tiene una fuerte carga teleológica, y que ha sido generalmente aceptada por la doctrina, es la que propone Perez Luño, quien entiende que los Derechos Humanos son: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concentran las exigencias de la dignidad, la libertad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> PEREZ LUÑO, A.E. *Delimitación conceptual de los Derechos Humanos en la obra colectiva: Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979, p. 18.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 43.

## **B. Las Declaraciones y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos**

La aprobación de declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos constituye una de las más notorias características de la nueva época en el ámbito jurídico.

### **a) Declaración Universal de los Derechos Humanos**

La Declaración Universal y la Declaración Americana expresan el contenido de los derechos civiles y políticos en forma más escueta y menos actual que los grandes tratados de Derechos Humanos, el Pacto Internacional y la Convención Americana, adoptados dos décadas después.

Las naciones que respaldaron la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas, entendieron que para consolidar el proceso de afianzamiento y respeto universal de los derechos Humanos era imprescindible, por un lado, elaborar un instrumento de alcance universal que enunciara de manera integral los derechos reconocidos hasta entonces, y, por otro, impulsar las acciones de una comisión de Derechos Humanos encargada de promover la vigencia de tales normas<sup>15</sup>.

La Asamblea General aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948. Esta Declaración es considerada en la actualidad como el fundamento de todo el sistema de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos por que ha ejercido una profunda influencia en el pensamiento y el comportamiento de las personas y de los gobiernos en todo el mundo y se le tiene como código de conducta y como patrón para medir el

---

<sup>15</sup> CARRUITERO LECCA, Francisco y Hugo SOZA MESTA. *Medios de defensa de los derechos humanos en el sistema nternacional*. Lima, Jurista Editores, 2003, p. 254.

grado de respeto y aplicación de las normas internacionales en asuntos de Derechos Humanos.

La Declaración Universal distingue dos categorías de derechos: Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>16</sup>. Asimismo, consagra el respeto a la libertad en sus diversas formas, a la igualdad, a la vida, a la integridad, a la personalidad jurídica, al debido proceso, a la intimidad, al asilo, a la nacionalidad. A contraer matrimonio y fundar una familia, a la propiedad intelectual o colectiva, a la libertad de pensamiento, de opinión, de reunión, a participar en el gobierno de su país directamente mediante representantes libremente elegidos e incorporarse en condiciones de igualdad a la función pública, a la seguridad social y a satisfacer sus exigencias económicas, sociales y culturales, al trabajo, al descanso, a un nivel de vida adecuado, a la educación, a la cultura, y al establecimiento de una orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados se hagan plenamente efectivos<sup>17</sup>.

#### **b) La Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959)**

A nivel internacional, uno de los primeros textos en los que aparece formulado como tal el principio del interés superior del niño no es otro que el de la Declaración Universal de los Derechos del Niño. Efectivamente, este concepto jurídico indeterminado aparece mentado en dos de los principios contenidos en este documento de las Naciones Unidas, para ser más exactos en el segundo de

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 255.

<sup>17</sup> ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del derecho*. 10a Ed. Lima, Editorial Eddili. 1964, p. 173-174.

ellos, relativo a los aspectos esenciales que deben tomarse en consideración al promulgarse leyes que garanticen el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social de las personas menores de edad; y en el séptimo, que eleva el interés superior del niño al nivel de elemento rector de quienes ostentan la responsabilidad de la educación y orientación de los niños, niñas y adolescentes<sup>18</sup>.

### **c) Convención sobre los Derechos del Niño**

Los derechos humanos se aplican a todos los grupos de edad, los niños y niñas tienen los mismos derechos humanos en general que los adultos, pero como son especialmente vulnerables, es necesario que tengan derechos concretos que reconozcan su necesidad de recibir una protección especial.

Adoptada el 20 de noviembre de 1989, por la Asamblea general de las Naciones Unidas. Entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

Instrumento que recoge los principios que sustentan la Carta de las Naciones Unidas, conviene en adoptar un régimen de protección especial a la niñez, mereciendo especial mención la reseña que se hace, respecto del bagaje de instrumentos anteriormente adoptadas por la comunidad internacional, que consignan en el preámbulo, tales como la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y de otro instrumento en que subyace el interés por el bienestar del niño.

En lo concerniente a los artículos adoptados, merecen especial mención el numeral 2 del artículo 2° y el numeral 1 del artículo 3°, en los que quedan

---

<sup>18</sup> Rev. chil. derecho vol.42 no.3 Santiago dic. 2015 en línea <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007> consultado: 12.01.18



ratificados la doctrina de atención integral y el Principio de Interés Superior del niño y adolescente.

Así se consigna en el numeral 2 del artículo 2°, que: *“Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus partes, o sus tutores o de sus familiares”*.

En lo referente al principio del Interés Superior del niño se ha consignado en el numeral 1 del artículo 3° que en *todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones Públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las Autoridades de administración o los órganos legislativos, se tendrá en consideración el interés superior del niño*<sup>19</sup>.

Este documento determina que los Estados partes tienen que asegurar que todos los niños y niñas tienen el derecho al acceso a servicios básicos sin la existencia de discriminación alguna.

Desde su entrada en vigor, el mundo ha asumido que los niños, las niñas y adolescentes tienen derechos específicos, referidos a una etapa de particular importancia en el desarrollo de los seres humanos.

---

<sup>19</sup> ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Op. cit.*, p. 260.

### 2.2.2 Derechos del Niño

Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación.

Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad y, por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social<sup>20</sup>.

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia-adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de

---

<sup>20</sup> Bidart-Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de México, 1993.

los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia-adolescencia; también es fuente de derechos propios de la infancia-adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad<sup>21</sup>.

América Latina es una región en la que existe un conjunto importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

---

<sup>21</sup> Ávila Santamaría Ramiro y María Belén Corredores Ledesma (Editores). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. 1ª Ed. Quito, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF - Ecuador y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010, en línea <https://www.unicef.org/ecuador/Derechos-garantias-ninez.pdf> consulta: 16.02.2018

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América latina que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Ávila Santamaría Ramiro y María Belén Corredores Ledesma (Editores). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. 1ª Ed. Quito, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF - Ecuador y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010, en línea <https://www.unicef.org/ecuador/Derechos-garantias-ninez.pdf> consulta: 16.02.2018

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños –incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas internacionales– cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños –como los derivados de la relación paterno-filial, o los derechos de participación–; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas con relación a la infancia.

El reconocimiento jurídico del “interés superior del niño” tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como “principio” que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, mediante el conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

Manifiesta Mercedes Carreras, que, el acceso de los derechos del niño a la comunidad internacional se efectúa mediante un proceso gradual en el curso del cual se transforman progresivamente en derecho internacional positivo. En el marco de las Naciones Unidas, los convenios sobre derechos Humanos son

instrumentos que pueden impulsar a los Estados a cumplir las obligaciones que contienen y aceptar las responsabilidades cuando estas se incumplen<sup>23</sup>.

Hay que acudir a la Declaración de Ginebra de 1924 para hallar una formulación inicial de los derechos de los niños a nivel internacional. Este texto fue tomado en consideración por la sociedad de naciones y sirvió de base para la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959. La actual etapa de positivación de estos derechos supone ya su reconocimiento a nivel internacional.

Definir los derechos sustantivos de los niños, como ciudadanos del mundo y partícipes de sus recursos, con los deberes correlativos de los estados y autoridades competentes; conferir a los agraviados el derecho a acudir a los foros internacionales y legitimar a organismos internacionales para que ejecuten las sentencias y acuerdos, constituyen objetivos primarios en esta tarea<sup>24</sup>.

### **2.2.2.1 El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**

#### **A. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**

La Convención consta de 54 artículos y dos Protocolos Facultativos que reconocen que todos los menores de 18 años tienen derecho al pleno desarrollo físico, mental, social y sobre todo a expresar libremente sus opiniones,

---

<sup>23</sup> CARRERAS, Mercedes. *Los derechos del niño: De la Declaración de 1959 a la Convención de 1989*. Madrid, Editorial Tecnos, p. 192.

<sup>24</sup> CARRERAS, Mercedes. *Op. cit.*, p. 193

convirtiéndose en un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad.

En ella se reconoce que el niño, por sus mismas condiciones, requiere de una atención especial que asegure su bienestar, definiendo los derechos humanos básicos que disfrutaban los niños y adolescentes en todos los lugares del mundo; todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y al desarrollo armonioso de todos los niños y niñas, reuniendo además derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reafirmando así su universalidad, interdependencia e indivisibilidad<sup>25</sup>.

La Convención sobre los Derechos del Niño opera como un ordenador de las relaciones entre la infancia, el Estado y la familia que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la C.D.N es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el papel de las políticas sociales básicas y de protección, limitando la intervención tutelar del estado en última instancia cuando se supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales. De este modo, el enfoque de los Derechos Humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad<sup>26</sup>.

Actualmente la Convención tiene gran importancia, pues en primer lugar reconoce la dignidad del niño, obliga al Estado a revisar sus leyes y hacer que se cumplan y

---

<sup>25</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *“Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”*. Tomo I. Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 33.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.33.

respeten sus derechos, todos los países una vez que la asumen se comprometen política y moralmente ante los demás países del mundo, existiendo por primera vez un instrumento legal internacional que se refiera exclusivamente a la defensa de los derechos del niño<sup>27</sup>.

Al margen del argumento político sostenido en favor de la legitimidad de la pretensión de observancia para todos los Estados Parte de las reglas de la Convención independientemente de su diversidad cultural, también desde un punto puramente conceptual se llega a conclusiones similares<sup>28</sup>.

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver

---

<sup>27</sup> Ávila Santamaría Ramiro y María Belén Corredores Ledesma (Editores). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. 1ª Ed. Quito, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF - Ecuador y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

<sup>28</sup> Derechos Humanos, 2010, en línea <https://www.unicef.org/ecuador/Derechos-garantias-ninez.pdf> consulta: 16.02.2018



los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

El estudio que dirigió Alston en 1994<sup>29</sup>, recoge este debate en diversos contextos culturales con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.

En este sentido, como se desarrollará más adelante, si la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del “interés superior”, entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos<sup>30</sup>.

#### ▪ **Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño**

La C.D.N consta de cuatro principios que constituyen el núcleo esencial sobre la base de la consideración del niño como sujeto de derecho y que deben orientar las medidas y diseños de políticas y programas que se adopten para la infancia,

---

<sup>29</sup> Alston, Philippe (ed.), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994

<sup>30</sup> Ávila Santamaría Ramiro y María Belén Corredores Ledesma (Editores). Op. Cit., p. 107

contiene: No discriminación, Interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, Ser escuchado y que sus opiniones sean tomadas en cuenta<sup>31</sup>.

Principios que son de obligatorio cumplimiento para todos aquellos Estados que han ratificado el texto internacional. Los principios que se plantean en la C.D.N están destinados a orientar la labor mundial en protección a los derechos de la infancia, incluido uno que posee el más amplio potencial, que es el “Interés Superior del Niño” debiendo ser una consideración primordial en todas las acciones relativas al niño.

### **2.2.2.2 Interés Superior del Niño**

#### **A. Definición y Contenido del Interés Superior del Niño**

El Interés Superior del Niño (ISN) es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de niñez y adolescencia, 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 como fin primordial el bienestar general del niño o niña<sup>32</sup>.

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.

---

<sup>31</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, ONU.

<sup>32</sup> *La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídica Vigentes en relación a la familia* www.iin.oea.org/badaj/docs, (Recuperado el 12 de mayo de 2012) p.32.

El interés superior de los niños y niñas en una visión infantocéntrica o puerocéntrica, la cual lleva consigo que todas las normas e interpretación de las mismas se construyan y fundamenten a través del principio de “interés superior de los niños y niñas”. Lo cual implica que a todo niño, niña o adolescente debe protegerse con preferencia sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser su propio padre o madre, terceras personas o la administración pública; por ello, se dice que el interés del sujeto menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano, razón por lo cual la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración estado y paterno céntrica<sup>33</sup>.

Por lo anterior, puedo decir que el contenido esencial del interés superior de los niños y niñas se refiere a la protección y garantía de sus derechos fundamentales para fomentar el libre desarrollo de su personalidad, a través de los valores establecidos en la dignidad que posee todo niño, niña y adolescente. El interés superior del niño ocupa un lugar central en la legislación, jurisprudencia y la doctrina referida en el derecho de familia peruano:

**a. Interés Superior del Menor en el Código de los Niños y Adolescentes:**

En nuestro ordenamiento legal, El principio de Interés Superior del Menor se encuentra establecido en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley N° 27337 - Código de los Niños y Adolescentes, el cual refiere: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que

---

<sup>33</sup> Lopez –Contreras, R.E. Interés Superior de los niños y niñas: Definición y Contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2015, p. 51-70 en línea [www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf)  
Consultado: 15.11.2017

adopte al Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respecto a sus derechos”.

Al respecto, Fermín Chunga Lamonja, Lucía y Carmen Chunga Chávez<sup>34</sup>, refieren: “El principio del Interés superior del niño consiste en dar preferencia al niño en la aplicación del derecho que pueda corresponder a un adulto”.

**b. Interés Superior del Menor en la Declaración de los Derechos del Niño:**

El principio en mención es regulado en los principios 7 y 8 de la Declaración de los Derechos del Niño, los cuales señalan: “(...) El Interés Superior del Niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a sus padres (...) El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro (...)”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02079-2009-PHC/TC menciona: “(...) En esta línea normativa es relevante subrayar que corresponderá a los Estados velar porque en cualquier

---

<sup>34</sup> Chunga Lamonja, Fermín, Chunga Chávez, Lucía y Chunga Chávez, Carmen. *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes*. 1ª Edición, Lima. Editora y Librería Jurídica Grijley. 2016, p. 229.

medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño (...)”.

**c. Interés Superior del Menor:**

Estando a los acápites antes señalados, respecto del Interés Superior del Menor, es posible afirmar que constituye un principio que vela por el resguardo de todo aquello que favorezca su desarrollo y bienes, tanto a nivel físico, psicológico y moral, a fin de que pueda desenvolverse en forma armoniosa y plena.

Siendo esto así, Roca Trías, E citado por Alejandra de Lama Aymá<sup>35</sup> señala: *“Se ha afirmado que el contenido esencial del interés del menor consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad”*.

De igual manera, Walter Ricardo Rojas Sarapura<sup>36</sup> menciona: *“(…) Este principio tiene su origen en el derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona; esencialmente el concepto significa que, cuando se presenten conflictos de este orden, como en el caso de la disolución de un matrimonio, por ejemplo, los intereses del niño priman sobre los de otras personas o instituciones (...)*”.

---

<sup>35</sup> De Lama Aymá, Alejandra. *La Protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, p. 95.

<sup>36</sup> Rojas Sarapura, Walter Ricardo. *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia*. 2ª Ed., Lima, Editorial Fecat, 2015, p.16.

Asimismo, Alex Plácido V<sup>37</sup> señala: “(...) se tiene que el principio del interés del niño exige armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención a fin de ser adecuadamente incorporado en el derecho interno, de manera que pueda ser invocado ante los tribunales (...)”.

### **Triple Aceptación del Interés Superior del Menor:**

El término Interés Superior del Menor, puede ser interpretado de tres formas diferentes:

- Como un derecho sustantivo: ya que el menor tiene derecho a que su “interés superior” tenga un carácter de consideración primordial en los procesos en los que se discutan situaciones que vayan a afectar sus derechos e intereses, de tal manera que éste interés pueda ser evaluado y se tenga en consideración al momento de emitir la decisión correspondiente sobre la cuestión materia de Litis, de tal manera que se garantice que este derecho siempre será tomado en cuenta cuando se tomen decisiones que afecten derechos de menores.
- Como un principio jurídico interpretativo fundamental: debido a que, si nos encontramos frente a un dispositivo normativo que ostente más de una interpretación, se deberá de optar por la interpretación que no afecte y salvaguarde los derechos e intereses del menor.

---

<sup>37</sup> Plácido V., Alex F. *Manual de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*. 1ª Ed., Lima. Pacífico Editores. 2015, p. 128.

- Como una norma de procedimiento: Cuando se tenga que tomar decisiones judiciales que afecten los derechos e intereses de los niños y adolescentes, el juzgador previamente a emitir su fallo, debe tener en consideración todas las repercusiones que éste puede generar.

### **Funcionalidad del Interés Superior del Menor:**

El Interés Superior del Menor, presenta dos funciones esenciales:

- Como Principio Jurídico Garantista: El interés Superior del menor, es un principio eminentemente garantista, de tal forma que constituye una obligación a las autoridades públicas de asegurar la efectividad y protección de los derechos subjetivos individuales de los menores, de manera tal que se impone al Estado el mandato de privilegiar determinados derechos de menores frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos.
- El interés Superior del Menor como pauta interpretativa: El interés Superior del Menor, establece que los derechos de los menores deben ser interpretativos de manera conjunta en forma sistemática, ya que así se logra asegurar la debida protección de los mismos.

## **2.2.3 La Tenencia Compartida en el Derecho de Familia**

### **2.2.3.1 Instituciones familiares**

- a. Patria potestad:** Es el poder que tiene el padre con respecto a los hijos (derechos, deberes, obligaciones y facultades). La patria

potestad está regulada en el Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes considerándose que a través de ella los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores<sup>38</sup>.

**b. Tenencia o custodia:** Es la institución por la que se legitima la posesión que tiene un padre con respecto de sus hijos cuando hay una separación de hecho. Este no vendría a ser un derecho del padre sino un derecho del hijo de contar con un protector adecuado (que cumpla los requisitos). En todo proceso de tenencia debe de fallarse el régimen de visitas que tendrá la otra parte (restringida de la tenencia)<sup>39</sup>.

**c. Régimen de Visitas:** Forma parte de la relación jurídica familiar que identifica el derecho y el deber de los progenitores, que no gozan de la tenencia, de mantener un contacto directo e inmediato con sus hijos, cuando no existe una cohabitación permanente entre ellos, con la finalidad de fortalecer las relaciones paterno-filiales y lograr el desarrollo integral del niño. Esta relación no solo implica que el padre visite a su hijo, sino también compartir, supervisar, responsabilizarse de manera integral y lograr una adecuada comunicación entre ambos<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. 1ª Ed., Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, 2011, p. 272.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Plácido Vilcachagua, Alex. *Manual de derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 19



- d. Tutela: El tutor protege al menor, al cual se le llama pupilo. La tutela se encuentra regulada en el Código Civil y en el Código de los niños y adolescentes y le corresponde al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y de sus bienes.

Del latín *tueri*, proteger, la tutela debe darse a los menores de edad que no están sujetos a la patria potestad. Se trata de un poder sucedáneo que entra solamente en función a falta de la autoridad paterna. Fórmulas como estas intentan definir la tutela remitiéndola a la figura principal de la patria potestad a la cual suple (con lo que hacen referencia implícita a que el sujeto pasivo y el contenido de la tutela son los mismos de la potestad paterna)<sup>41</sup>.

- e. **Consejo de familia:** Se encarga de dictar las decisiones correspondientes a la familia cuando no están presentes los miembros básicos de esta y se encuentra regulado en el Código Civil y en el Código de los niños y adolescentes considerándose que habrá un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre. Es un organismo consultivo y ejecutivo que controla a los tutores y curadores, y excepcionalmente a los padres, en el ejercicio de sus atribuciones en orden a garantizar los

---

<sup>41</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 8ª edición, Tomo II, Rocarme, Lima, p. 335.

derechos e intereses del incapaz. Su composición está regida por la ley<sup>42</sup>.

- f. Colocación Familiar: Está dirigido únicamente a familias residentes en Perú, por tratarse especialmente de una medida de aplicación temporal. Una consideración a evaluar en la aprobación de esta medida es el parentesco, afinidad o vínculos del niño o niña, con la persona, familia o institución que asume esta responsabilidad<sup>43</sup>.

#### **2.2.3.2 La Tenencia**

Fermín Chunga Lamónja, señala que la tenencia, es una institución familiar que se constituye cuando los padres están separados de hecho o mediante sentencia judicial, con el fin de establecer cuál de los padres se quedará en compañía del niño, y además de establecer el régimen de visitas para el padre que no obtuvo la tenencia<sup>44</sup>.

Tenencia del Niño y del Adolescente, es identificada como el derecho y el deber de los progenitores de mantener una convivencia inmediata y relación directa con los hijos para su cuidado y crianza. Asimismo, y de forma recíproca, es el derecho del hijo convivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca, para así lograr su desarrollo integral<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Op. cit.*, p. 273.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Fermín Chunga LaMonja. Derecho de Menores 2002 Editorial Grijley 6ta Edición

<sup>45</sup> Fernández Espinoza William Homer, La Alienación Parental como causa de variación de la Tenencia., Abogado Universidad de San Martín de Porres Perú.2011.

Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad <sup>46</sup>.

En ese sentido, la tenencia es un atributo derivado de la patria potestad, pero no es una facultad exclusiva de los progenitores, sino una facultad en función de lograr el desarrollo de la personalidad de los hijos. Además, quien goza de la patria potestad, está legitimado para ejercer la tenencia, aunque surjan casos especiales como la separación de cuerpos o divorcio, en que uno de los padres se queda con el cuidado inmediato del hijo.

Existen diferentes requisitos para que se dé la institución de la tenencia, tales como <sup>47</sup>:

- Que exista una separación de hecho entre los padres del niño.
- Que no exista acuerdo entre los padres para determinar con quién se quedan los hijos.
- Que existiendo acuerdo, éste ya resulte perjudicial para el niño o el adolescente.

---

<sup>46</sup> Placido Vilcachagua, Alex. Manual de Derecho de Familia. Gaceta Juridica, Lima 2001,p.35

<sup>47</sup> Fermín Chunga LaMonja, *Oo. Cit.*, p.

- Que el solicitante acredite con pruebas los hechos que demuestran que resulta más conveniente para el niño estar bajo su compañía.
- La partida de nacimiento del niño, o en todo caso el documento que acredite su vinculación con el niño.

### **2.2.3.3 La Tenencia Compartida**

#### **1. Concepto**

En nuestro sistema jurídico, es una novedosa institución de Derecho de Familia aplicada en el Sistema anglosajón mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo.

La característica de esta institución es que ambos padres, pese a estar separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir ambos padres siguen ejerciéndola a través de la co-parentalidad o como también se le conoce como guarda compartida.

Manuel Bermúdez, señala que para realizar la implementación de la Tenencia Compartida en la regulación del Código de los Niños y adolescentes se tomó en cuenta ciertos problemas socio – culturales como lo son<sup>48</sup>:

- La obstrucción del vínculo paterno-filial, al privarse generalmente a los varones del contacto con sus hijos, con lo cual si la situación es prolongada y reiterativa suele provocar el cansancio del padre y así terminar por alejarse de su propio hijo.

---

<sup>48</sup> Manuel Bermúdez Tapia 2008 Comentarios a la Ley de Tenencia Compartida en el Perú

- El síndrome de alienación parental, provocada por quienes tienen la tenencia de los hijos, manifestado en la generación de conductas y mensajes que influyen negativamente en el comportamiento con el otro progenitor.

- La violencia familiar en el ámbito psicológico, provocado a quienes son la parte débil de toda relación conflictiva, que puede ser inclusive para los dos progenitores quienes actúan entre sí provocando la limitación de sus derechos.

Para Garay Molina la tenencia compartida o co-parentabilidad, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho de tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales<sup>49</sup>.

## **2. Modalidades de la Tenencia Compartida**

➤ Para Manuel Bermúdez existen diversas modalidades de la tenencia compartida:

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

- Alternancia semanal.- Es la aplicada por la doctrina francesa.

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

---

<sup>49</sup> Ana Cecilia Garay Molina. Custodia de los hijos cuando se da in al matrimonio (2009) Editorial Grijley.

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

- Los niños pasan con uno de los padres los días lectivos y con el otro los días no lectivos y periodos vacacionales. Aunque esta modalidad se aleja de la esencia.<sup>8</sup>

➤ Ana Garay Molina señala las siguientes modalidades:

- Custodia física conjunta: Cuando se divide en intervalos similares la permanencia del hijo o hija con uno u otro progenitor; a la vez esta puede tomar muchas manifestaciones, llegando incluso a situaciones tan creativas como que el hijo o la hija habite en una misma casa y que sean los padres quienes roten de domicilio.

- Custodia Legal conjunta: El hijo o hija reside exclusivamente con uno de sus progenitores, pero tiene una relación fluida con el otro, sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño o adolescente.

- Custodia física y legal conjunta: específicamente esta modalidad se presenta en algunos estados del país de los estados Unidos como lo son California y Montana, en donde la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la totalidad de los estados.

La custodia física conjunta es considerada a priori como la más idónea<sup>50</sup>.

➤ Por su parte Cecilia Grosman reconoce la tenencia compartida bajo dos modalidades:

- Tenencia o guarda alternada.- Cuando el hijo o hija pasa periodos de tiempo con cada uno de los padres, según la organización y posibilidades de la familia en singular; situación en la que la convivencia de los hijos en los dos hogares va naturalmente acompañada de todas las actuaciones que requiere su formación.

- En la otra modalidad, los hijos residen de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado: atención a su salud, ayuda de las tareas escolares, esparcimiento, etc<sup>51</sup>.

### **3. Clases de Tenencia Compartida**

- Tenencia Legal Compartida

En la cual los padres comparten el derecho de decisión, responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afronte el hijo, por lo que suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia que varía según las necesidades del niño y adolescente.

- Tenencia física Compartida

Implica que los padres comparten el tiempo de residencia del niño, aunque los periodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración, por ejemplo

---

<sup>50</sup> Ana Cecilia Garay Molina. Custodia de los hijos cuando se da in al matrimonio (2009) Editorial Grijley.

<sup>51</sup> Cecilia Grosman. El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿Utopía o realidad?(2010)

la madre puede vivir con el niño el 75% mientras el padre el 25%, lo cual equivale a que todos los fines de semana pasaría a vivir con él.

#### **4. Lineamientos para determinarla**

- a) La edad del niño o adolescente y su voluntad para que se determine la tenencia compartida
- b) El lugar de residencia de los padres y sus actividades diarias.
- c) La preferencia del niño, su sexo, edad y la salud mental y física.
- d) La habilidad de las partes para satisfacer debidamente las necesidades afectivas, morales y económicas del niño.
- e) El grado de ajuste del niño al hogar, a la escuela y a la comunidad en que vive.
- f) Si la profesión, ocupación u oficio de los padres impedirá que funcione el acuerdo.
- g) Si el ingreso económico de ambos permite cualquier costo adicional que engendre la custodia compartida.
- h) Si la ubicación y distancia entre ambos hogares afecta la educación de los niños.

#### **5. Ventajas y desventajas**

La tenencia compartida se considera una vía de solución de conflictos al momento de decidir con quién van a convivir y compartir gran cantidad de actividades los hijos menores de edad de aquellos padres que se están separando.

Ya se ha marcado la importancia de hacer conocer esta opción a los padres, a fin de darles una alternativa más a la hora de pensar en la tenencia de los menores; con esto no se quiere decir que el juzgador deba transformarse en analista de los



padres, ya que eso no sería justo ni razonable, porque los que se preparan y especializan muy bien para ello son los psicólogos a quienes bien podrán recurrir aquellos que lo consideren necesario; sino que se quiere aludir al hecho de aconsejar a los padres, a buscar las vías de resolución más favorables para el menor y menos conflictivas para ellos.

Ventajas:

- La ruptura es **menos traumática** para el niño porque ninguno de los progenitores desaparece de su día a día. La familia ha cambiado, pero no se ha roto.
- Al pasar el mismo tiempo con ambos progenitores, el niño no tiene la **sensación de abandono** que sufre cuando pasa mucho tiempo sin ver a uno de los dos.
- El niño ahora tiene dos familias en lugar de una y eso debe tomarse como un añadido a su vida y no como una pérdida. El papel de los progenitores y su buena comunicación es fundamental para que esto ocurra.
- Como la custodia compartida exige la **constante comunicación** entre los progenitores, el niño no se ve en la necesidad de actuar como intermediario entre las partes, un papel que nunca deberían asumir los menores<sup>52</sup>.

Desventajas:

- En algunos casos de custodia compartido el niño permanece siempre en la misma casa y son los progenitores los que se trasladan, pero la

---

<sup>52</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo. “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”. *Revista la Ley*, ref. 12968/2009, 29 de junio de 2009, p. 16.

mayoría de las veces es el niño el que cambia de casa en cada periodo de custodia y eso puede generar cierta **inestabilidad** (que algunas rutinas del niño experimenten alguna alteración por el cambio de hogar)

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

- Síndrome de Alienación Parental.

- Violencia Familiar física y psicológica.

- Con este modelo de custodia también puede verse afectado el comportamiento del niño. Dos progenitores, dos casas, dos entornos diferentes cada uno con sus reglas, con sus ejemplos y con sus modos de enseñar. Puede que el niño sienta cierta **confusión** y se rebele ante las diferentes formas de educar.<sup>53</sup>

## 2.3 Definición de Términos

- a. **Coparentabilidad:** La modalidad de custodia de los hijos que tiene como principal objetivo que éstos sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores.

---

<sup>53</sup> ALASCIO CARRASCO Laura, MARÍN GARCÍA Ignacio. “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 Cc”. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, número 3, 2006, p.16-17.

- b. **Derecho:** Es la regulación de la vida social del hombre para alcanzar la justicia<sup>54</sup>.
- c. **Derecho de Familia:** Es una mera "reglamentación" de la realidad. En otras palabras, se razona a partir de la idea de que la familia es una institución anterior al Derecho y que, por consiguiente, el Derecho debe limitarse a comprobarla: las normas jurídicas no serían otra cosa que la transposición imperativa de una realidad natural, espontánea y universal.<sup>55</sup>
- d. **Derechos Humanos:** Expresión más frecuente usada en los textos internacionales y en los textos doctrinales, en la que se encierran una serie de exigencias y pretensiones ético-jurídicas y políticas, en virtud de la dignidad de la persona humana, frente aquellas formas de poder social que la niegan o que la ponen en peligro.
- e. **Desarrollo Humano:** Estudio científico del cambio y la estabilidad durante el ciclo de vida humana<sup>56</sup>.
- f. **Desarrollo Psicosocial:** Pauta de cambio de emociones, personalidad y relaciones sociales<sup>57</sup>.
- g. **Desarrollo Integral:** Proceso continuo, permanente y participativo que busca desdoblarse armónica y coherentemente todas y cada una de las dimensiones del ser humano<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> LEGAZ LACAMBRA. Define el derecho como "una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia, que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad dotado de valor anárquico". *Filosofía del derecho*. Barcelona, p.193.

<sup>55</sup> Fernando de Trazegnies Granda, Roger Rodríguez Iturri, Carlos Cardenas Quiroz, Jose Alberto Garibaldi(editores). *La Familia en el Derecho Peruano "Libro Homenaje al Dr. Hector Cornejo Chavez, PUCP fondo editorial. 1990,p. 21*

<sup>56</sup> PAPANIA, Diane E. y Ruth Duskin Feldman. *Desarrollo Humano*.12ª Ed., Mexico, McGraw-Hill/Interamericana Editores, 2012.

<sup>57</sup> *Ibid.*

- h. Familia:** Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.<sup>59</sup> Los lazos principales que definen una familia son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio.
- i. Institución Familiar:** Conjunto de situaciones, actuaciones o reglas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros.
- j. Menor de Edad:** Es aquel individuo que aún no ha alcanzado la edad adulta; comprendida por la infancia y parte de la adolescencia.
- k. Sujeto de Derecho:** Es aquel sobre el cual recae derechos y obligaciones.

---

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Artículo 16. 3. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, 1948.

## CAPITULO III

### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1 Resultados doctrinarios

- **La propuesta de Goldstein, Freud y Solnit<sup>60</sup>**

La propuesta de GOLDSTEIN *et altri* se basa en la teoría psicoanalítica y en la regla de que los niños tienen derecho a ser cuidados conjuntamente por sus dos progenitores, de manera independiente a si están o no casados, por considerar que esto corresponde a su mejor interés.

Se dirige a establecer una serie de pautas para la toma de decisiones en las disputas que rodean a las decisiones sobre custodia del niño. La idea central que rodea a su propuesta es que *“El crecimiento físico, emocional, intelectual, social y moral del niño no puede ocurrir sin ocasionarle dificultades internas inevitables. La inestabilidad de todos los procesos mentales durante el período de desarrollo necesita ser compensada por la estabilidad y el apoyo ininterrumpido proveniente de ámbitos externos. El crecimiento compensado se detiene o interrumpe cuando los sobresaltos y cambios del mundo exterior se agregan a aquellos anteriores”<sup>61</sup>.*

A partir de esto se construye la noción de *pauta de continuidad*, y la idea de *padre psicológico*, el derecho debe facilitar el establecimiento y continuidad de las

---

<sup>60</sup> Esta sección se preparó en base al artículo ¿En el interés superior de quién? de JOSEPH GOLDSTEIN; FREEMAN, M.D.A, Freedom and the Welfare State: Child-Rearing, Parental Autonomy and State Intervention; PEGGY C. DAVIS, “There is Book Out...”: An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts; STRAUSS y STRAUSS, Review of Joseph Goldstein, Anna Freud and Albert J. Solnit “Beyond the Best Interest of the Child”, 1974.

<sup>61</sup> GOLDSTEIN, J., ¿En el interés superior de quién?, publicado en Derecho, infancia y familia de la Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos (Mary Beloff compiladora), Gedisa, Barcelona, 2000, p. 115.

relaciones paterno-filiales psicológicas que incluiría “...mantener la unidad de la familia en armonía doméstica para restablecer la unidad familiar donde hubo una ruptura y para fortalecer lo que queda de la unión allí donde la ruptura es irreparable”.

Goldstein *et alri* explican de la siguiente forma la noción de continuidad tiene que ver con el...

“asegurarle al niño ser integrante de una familia en la que al menos uno de los padres lo quiera; es garantizar para cada niño y sus padres una oportunidad para mantener, establecer o restablecer los vínculos psicológicos entre ellos, libre de injerencias estatales”.

El “interés supremo” del niño es preservar su familia, para ello propusieron unas “directivas” que deberían respetarse en todos los casos de decisión de custodia por parte de las autoridades las que, en palabras de sus autores, se dirigen a dotar de “contenido” al estándar del interés del niño, o como lo llaman *el estándar de la alternativa menos perjudicial posible*<sup>62</sup>.

#### ▪ La visión de Jon Elster

En cuanto a la indeterminación, Jon Elster<sup>63</sup>, considera que en todo problema de decisión en la que se busca una “elección racional” debería satisfacerse, al menos, las siguientes condiciones: debe conocerse todas las opciones; debe conocerse todos los resultados posibles de cada una de esas opciones; deben conocerse las probabilidades de que se de cada uno de los posibles resultados; y, se debe conocerse el valor atribuido a cada resultado.

---

<sup>62</sup> GOLDSTEIN, J., ¿En el interés superior de quién?, Op. Cit., , p. 116-118

<sup>63</sup> ELSTER, J., Juicios Salomónicos: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión, Editorial Gedisa, segunda reimpresión, Barcelona, 1999, p. 116.

Estas condiciones tampoco aseguran una salida definitiva ya que podrían arrojar resultados variables para un mismo caso, ya que tanto los resultados posibles de cada opción -como el valor atribuido a cada resultado- va a depender de los valores y consideraciones que haga quien juzga el caso en particular.

El mismo Elster opina que existe un “modo superior” de abordar el problema de los intereses del niño, a propósito de la evaluación de la aplicación del principio en los casos de tenencia, él lo llama un criterio “liberal y pluralista”.

Esto implica que la guía no son las preferencias sustantivas y elecciones que se imputan al niño, debiendo guiarse quien decide por una meta que considera “más formal”, que tiene como consecuencia la protección de la oportunidad y aptitud del niño para realizar sus opciones<sup>64</sup>.

- **La propuesta de María Linacero De La Fuente**

En la obra “La Protección Jurídica del Menor”, la autora parte de la idea de que el interés del menor únicamente puede ser perfilado por la casuística y propone algunos elementos para la consideración del mismo.

Al igual que ROCA TRÍAS considera que el interés del menor solamente puede establecerse «poniendo en relación dicho principio con el *respeto a los derechos fundamentales del niño*». A partir de ello afirma que esta noción se «materializa» tomando como guía los derechos fundamentales (del Derecho Internacional).

---

<sup>64</sup> ELSTER, J., Juicios Salomónicos: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión, Editorial Gedisa, segunda reimpresión, Barcelona, 1999, Op, cit, p. 118.

Considera que existen “tres límites” para que la discrecionalidad no se convierta en solución arbitraria: (i) *racionalidad* en la apreciación de los hechos; (ii) evitar que se cause perjuicio al bienestar espiritual y material del menor; (iii) protección de los derechos del niño contenidos en la legislación internacional.

## **3.2 Resultados Normativos**

### **3.2.1 Derecho Interno**

Nuestra Carta Magna contiene dicho principio en su artículo 4, el cual señala: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”*.

Respecto de dicha protección legal por parte de la Constitución, el Tribunal Constitucional en la resolución emitida en el Expediente N° 02079-2009-PHC/TC, refiere lo siguiente: *“(...) La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral (...)”*.



Se entiende que al mencionar los contenidos textuales de la Tenencia en las normas peruanas, existen cuestiones claras. Sin embargo, a continuación, se presenta el antes y el después de la Ley N° 29269 que modifica los 81 y 84 del código de los niños y adolescentes.

▪ **Ley 29269 que incorpora la tenencia compartida en el Perú**

La comisión de justicia y derechos humanos en el año 2006, refirió que el Código de los Niños y Adolescentes, se encontraba inspirado en la denominada “Doctrina de la Situación Irregular”; la misma que tenía por denominación a los niños como “objetos de tutela” y no como lo que son realmente “sujetos de derecho”, tal como lo prevé la Convención sobre los Derechos del Niño.

- **El antes y después de las instituciones**

La norma publicada en el Diario El Peruano, el 17 de octubre último, modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes.

**El artículo 81° CNA**

*Antes: “Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento”.*

El artículo modificado, señala lo siguiente:

**Artículo 81°.-**

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

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

#### **El artículo 84° CNA**

*Antes: “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia del niño o del adolescente debe señalarse un régimen de visitas”.*

#### **La modificación hecha por la ley 29269:**

Artículo 84°.- En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) Para el que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

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

Tal como ha venido ocurriendo, interpuesto el proceso de tenencia, ante la ausencia de una fórmula conciliatoria susceptible de ser suscrita por las partes, y corresponda al juez resolver la litis, este deberá guiarse por los criterios que establece el artículo 84°.

La novedad que esta norma entraña es que, el Juez, deberá inclinarse por quien contribuya y facilite mantener la relación familiar entre el otro progenitor y los hijos; por lo que en virtud de esta modificación (y del sentido común, por cierto), aquél será el más idóneo para ostentar la tenencia reclamada judicialmente. Una versión moderna del juicio de Salomón.

Este criterio se basa en las posibles disputas y controversias que existen cuando, después de separada la pareja, quien ostenta la tenencia (de hecho) de los hijos, impide sistemáticamente al otro progenitor a mantener contacto con aquéllos, como una especie de castigo consciente, o por simple desidia e ignorancia, perjudicando el normal desarrollo de los niños o adolescentes involucrados, quienes tienen derecho a continuar en contacto con ambos progenitores, aún después de la separación.

### **3.2.2 Derecho Internacional**

#### **➤ Interés Superior en la Convención Sobre los Derechos del Niño**

El antedicho principio fue establecido en la Convención Sobre los Derechos del Niño, el cual en su artículo 3 establece: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una

consideración primordial a que se entenderá será el interés Superior del Niño; 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad, de su personal y supervisión competente”.

### **3.2.3 Derecho Comparado**

- Alemania: El Burgerliches Gesetzbuch (BGB) no contempla expresamente la figura de la custodia compartida, pero no existe obstáculo procesal para adoptar este régimen si los progenitores así lo acuerdan. En 1983 existieron proposiciones sobre la aplicación de la “custodia común”, acordando en el congreso celebrado en Bruehl los siguientes puntos: primero, en casos normales el Juez de familia debe ceder a ambos cónyuges el derecho de custodia común, y si la decisión es otra debe ser justificada; segundo, el Juez debe aspirar en todo caso a la custodia común, y en situaciones conflictivas se tiene que demostrar la inviabilidad de esta figura para dictaminar sentencia. Esta propuesta utilizaba el término de “custodia común” y no de “custodia compartida”, que viene a ser la regla

en detrimento de la custodia unilateral<sup>65</sup>. En conclusión, en Alemania prevalece la custodia común, pero se trata de buscar la mejor alternativa entre las dos modalidades de custodia en interés del menor, no primando una figura sobre la otra.

- Francia: Se llegó a la conclusión de que la custodia monoparental discriminaba tanto a la mujer como al hombre, así que para que esto no sucediera los progenitores debían ser responsables de la educación diaria de los hijos a través de la implantación de una guarda conjunta. Así, la ley de autoridad parental de Francia, vigente desde el 5 de marzo de 2002, elimina el concepto de custodia y establece que los cónyuges deben presentar un plan de coparentalidad de mutuo acuerdo, en lugar de que los tribunales decidan sobre el futuro de sus hijos<sup>66</sup>.
- Italia: Producto de la Ley de modificación del Código Civil en materia de separación, en el artículo 15516 se establece de manera prioritaria la aplicación de la custodia compartida desde 26 de enero de 2006, y como no podía ser de otra manera, esta medida fue concebida en semejanza con la satisfacción del interés del menor, en Italia no es determinante el acuerdo de los progenitores, sino que la modalidad de la custodia compartida rige como regla general en todas las situaciones de separación o divorcio. Es decir, dicha normativa no prevé la elección entre la custodia monoparental o compartida<sup>67</sup>. Por medio de esta ley, se prevé expresamente la posibilidad de que el juez pueda establecer, cuando lo

---

<sup>65</sup> CLAVIJO SUNTURA, J.H. Tesis doctoral. El interés del menor en la custodia compartida. Salamanca, 2008, pág.120

<sup>66</sup> CLAVIJO SUNTURA, J.H. Tesis doctoral, op. cit, pág.121

<sup>67</sup> CLAVIJO SUNTURA, J.H. Tesis doctoral, op. cit, pág.123

considere conveniente para el menor, un régimen de custodia conjunta o alternada.

- México. El Código Civil para el Distrito Federal hace referencia a la guarda y la custodia de los hijos menores, refiriéndose a la custodia compartida en el artículo 283 que señala que en caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en la sentencia de divorcio, el juez deberá garantizar que los divorciados cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.

- Argentina: En octubre de 2005 en Argentina se suscribió la Ley No.26061 de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que en su artículo séptimo asignó a la familia la responsabilidad prioritaria de asegurar sus derechos; mientras, al padre y la madre, responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Hasta ahora la normatividad argentina no hace referencia expresa a la tenencia compartida de los hijos menores tras la nulidad del matrimonio, la separación o el divorcio, en consonancia la doctrina y la jurisprudencia predominante en Argentina es otorgar la tenencia a la madre.

- Chile. El 16 de junio de 2013 mediante norma No. 20.680 denominada Ley de tuición compartida, registrada con el título ciudadano de Ley amor de papa, se reformó el Código civil chileno en lo referente a las relaciones paterno filiales. El objeto fue proteger la integridad del menor cuando los padres viven separados. Basó, la norma en cita, en el

principio de corresponsabilidad el cuidado personal de los hijos, señalando que ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente, de la crianza y educación de sus hijos.

Deduzco que en varios países europeos y latinoamericanos se impulsó la custodia compartida como modelo preferente, incitando a los padres a solicitarla *communi consensus*, o facultando a los jueces de familia a preferir esta opción cuando el modelo de custodia se gestionaba en proceso contencioso. Esta situación conllevó a que en la práctica se establecieran diferentes fórmulas de custodia compartida según el lugar y tiempos de convivencia con cada uno de los custodios.

Es por ello que desde la praxis judicial la tenencia, guarda y custodia compartida en algunos países aún es poco implementada debido a la alteración sustancial de los hábitos del niño que debía cambiar periódicamente de domicilio, situación que inducía inseguridad e inestabilidad.

### **3.3 Resultados Jurisprudenciales**

#### **3.3.1 Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional, en diversas resoluciones expedidas por su parte, ha conceptualizado el principio del interés superior del menor, por lo que es necesario señalar algunos de éstos pronunciamientos.

Siendo esto así, en la resolución emitida en el Expediente N° 03744-2007 PHC/TC estableció que: “(...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos

jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (resaltado agregado). Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales (...).”

### **3.3.2 Poder Judicial**

**- La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia: Casación 3767-2015**



### **Cusco - Tenencia y custodia de menor<sup>68</sup>**

Se trata del recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada contra la sentencia de vista, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, por las causales de: I) Infracción normativa material de la Ley número 29269 – Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida, alegando que dicha infracción se ha producido porque la sentencia de vista en su considerando décimo desconoce la mencionada ley, refiriendo que el sistema peruano ha adoptado la tenencia de carácter monoparental.

Como fundamentos expone que el sistema peruano ha optado por la tenencia de carácter monoparental, es decir, sólo uno de los progenitores puede gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro; el menor cuenta con seis años de edad y vive con su padre, pero conforme a lo manifestado por la demandante en sus diversos escritos, el demandado no le permite ver al menor, situación que se torna mucho más grave, en tanto se concedió la tenencia provisional a favor de la demandante; y requirió en varias ocasiones que el demandado cumpla con la entrega del menor a su madre, sin embargo, el recurrente demostró una conducta reticente a cumplir con dichos mandatos, habiendo incluso sido pasible de detención por veinticuatro horas.

Se concluye entonces que quien propicia el alejamiento del mismo de su madre es el demandado; es decir, asume una conducta con predisposición para impedir que

---

<sup>68</sup> Legis.pe, “No procede tenencia compartida si uno de los padres tiene conducta negativa o confrontacional (Casación 3767-2015, Cusco)” 2017.

la demandante se reúna con su hijo, lo que definitivamente debe tenerse en cuenta, ya que es atentatorio al bienestar del menor por afectar su estabilidad emocional, en las diferentes entrevistas realizadas al menor, éste ha indicado que desea vivir con su padre, sin embargo, en los informes psicológicos se ha diagnosticado que el menor se halla necesitado de afecto, y que se desenvuelve en un ambiente que le impide actuar con libertad, pues existe dependencia hacia su padre para la satisfacción de sus necesidades; mostrando ambivalencia y confusión con respecto a sus sentimientos hacia sus padres, no evidenciándose vinculación afectiva con ninguno de ellos; todo ello aunado al hecho que se le impide mantener contacto con su madre, definitivamente esta situación vulnera su estabilidad emocional y la satisfacción real de sus necesidades afectivas.

## CAPITULO IV

### DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPOTESIS

#### 4.1 Discusión Doctrinaria

##### 4.1.1 Posturas a favor

###### ➤ **Mínima intervención estatal y noción de continuidad**

Los autores consideran que son los progenitores los que deben llegar a los acuerdos para compartir la custodia; la intervención estatal (por medio de las decisiones judiciales) en realidad afecta a la noción de continuidad y no contribuye a que exista una verdadera custodia compartida, la imposición mediante las decisiones judiciales “...se convierte más en un interruptor que en un fortalecedor de los que queda de la unidad familiar, lo que ocurre cuando, en lugar de proteger, socava los vínculos psicológicos entre el niño y el progenitor”<sup>69</sup>.

Se plantean dos nociones básicas, la primera es que la necesidad de “continuidad” en las relaciones familiares implica que los padres acepten, que en función del interés del niño, la *mínima intervención estatal*; en segundo lugar, únicamente el bienestar del niño, y no de otras personas como los progenitores, la familia u otras personas, es la que debe justificar la intervención estatal. Esta intervención debe hacerse de manera rápida y el objetivo debe ser “crear o recrear” una familia para el niño.

Así, la tenencia compartida solamente tiene sentido si existe un acuerdo, y en ningún caso esto puede ser impuesto judicialmente porque va en contra del interés del niño.

---

<sup>69</sup> GOLDSTEIN, J., *¿En el interés superior de quién?*, Op, cit., p. 116

➤ **No es posible una elección racional**

Elster considera que la única forma “racional” de decidir en interés del niño es que este pueda participar en la decisión, esto implica fomentar su capacidad para tomar esas decisiones en su propio interés. La perspectiva del autor debe ser entendida en el marco que desarrolla su análisis, ya que se refiere exclusivamente a las decisiones que las autoridades toman en las disputas sobre custodia.

Con ello se contribuye a que el niño alcance la madurez, maximizando sus potencialidades y la autonomía necesaria para escoger cuáles de esas opciones desarrollar. Alcanzada la madurez sólo a él le incumbe decidir qué hará, asegurando que no se imponga las opciones.

Para que se de esta situación debe asegurarse ciertas condiciones, específicamente de salud física y bienestar material (para garantizar la supervivencia y el desarrollo de las potencialidades) y cuidado emocional (como condición para la elección autónoma). Más allá del resultado, al escoger las opciones que resulten de estos intereses del niño, hay un interés primordial que es promover su capacidad sin restricciones materiales ni psicológicas<sup>70</sup>.

#### **4.1.2 Posturas en contra**

➤ **Una determinación casuística:**

En esta propuesta los derechos aparecen como límite y objetivo en la valoración del interés del menor. La mención a la racionalidad al tomar las

---

<sup>70</sup> ELSTER, J., Juicios Salomónicos: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión, Editorial Gedisa, segunda reimpresión, Barcelona, 1999, Op, cit, p. 118.

decisiones parece ser una invocación a la necesidad de argumentar las decisiones que se tomen en nombre del interés superior.

En los casos de conflictos de intereses, entre el interés del menor y otros intereses legítimos, la autora propone, como fórmula de solución, que se considere la prevalencia del *favor minoris*, siempre que sea posible dentro del marco del interés general de la familia, perdiendo de vista la obligación legal de privilegiar el interés del menor.

#### **4.1.3 Posición personal**

Dentro del desarrollo la investigación, en la doctrina se pueden encontrar varias propuestas dirigidas a establecer criterios de vulneración, vulnerabilidad, valoración o desvaloración del principio del interés superior del menor y de cómo repercute en la praxis su respectiva regulación jurídica y social, teniendo como instrumentos jurídicos de solución de conflictos, de políticas públicas, a las normas internacionales que en un inicio fueron, son y serán los fundamentos jurídicos de la protección de los menores. A modo de investigador opto por la postura de ver al Interés superior del niño como la plena satisfacción de los derechos (un principio garantista), propuesta de MIGUEL CILLERO<sup>71</sup>, quien propone identificar el interés superior del niño, niña y adolescente con la «plena satisfacción de sus derechos»<sup>72</sup>.

De acuerdo a éste autor la CDN

---

<sup>71</sup> En parte esta descripción ha sido tomada de un trabajo previo del autor de la tesina en SIMON, F., *Derechos de la Niñez y la Adolescencia: de la Convención de los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Tomo I, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2008, p. 317 y 318.

<sup>72</sup> CILLERO BRUÑOL, M., *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*, publicado en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, GARCÍA MÉNDEZ, E., Y BELOFF, M., (compiladores), tercera edición, Temis, Bogota. 2004, pp. 86 y 87.

*“Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trata que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”<sup>73</sup>.*

Para CILLERO el principio “es una garantía ya que toda decisión que concierne al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres...”, y sirve como garantía: «Iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas».

Como principio de carácter hermenéutico «...dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia-adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño», es decir que defiende el desarrollo psicológico y físico del niño y adolescente.

Sirve para la «resolución de conflictos de derechos contemplados en la misma Convención los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden

---

<sup>73</sup> Ibid, p. 87

producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño». En este caso opera como «norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos».

*Es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos...<sup>74</sup>*

## **4.2 Discusión Normativa**

### **4.2.1 Discusión de la normatividad interna**

A nivel nacional, la Constitución Política establece que tanto la comunidad como el Estado tienen el deber de proteger especialmente al niño, niña y adolescente. Asimismo, y como parte del proceso de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1992 el Estado peruano aprobó el Código de los Niños y Adolescentes, que posteriormente fue reemplazado por el actual Código de los Niños y Adolescentes, publicado en el año 2000. A partir de dichas normas, se incorpora en el ordenamiento jurídico nacional un “Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente”, el cual, partiendo del principio del interés superior del niño, busca garantizar el efectivo ejercicio de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales de los niños, niñas y adolescentes. Los derechos de los niños, niñas y

---

<sup>74</sup> CILLERO BRUÑOL, M., *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*, publicado en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, GARCÍA MÉNDEZ, E., Y BELOFF, M., (compiladores), tercera edición, Temis, Bogota, 2004, pp. 86 y Op. cit., 89.

adolescentes, están consagrados tanto en instrumentos internacionales como en las normas nacionales.

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

Afirma que la tenencia, busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres. Las relaciones parentales abarcan todo el ejercicio de la autoridad parental, incluyendo la tenencia, la educación, la asistencia, la representación, la vigilancia y la fiscalización; atributos controlados por el Estado para la protección integral de los menores.

En el Perú, la Tenencia siempre fue reconocida, por tanto hasta ahora no ha sido prohibida, en el sentido que, según se ha venido desarrollando, esta pertenece a uno de los atributos de la Patria Potestad, institución del Derecho de Familia, la cual se pierde por situaciones específicas declaradas por un Juez, lo cual no se da en dicho contexto, por tanto ambos padres poseen el mismo derecho sobre sus hijos sin tener caso de recurrir a un Juez para que le declare la misma, salvo por razones insalvables dentro de las relaciones interfamiliares, que se dan generalmente cuando la relación de los padres se ha resquebrajado.



Con la incorporación de la tenencia como alternativa en el caso del artículo 81° del Código de los niños y adolescentes, se abre un abanico de posibilidades de señalamiento de regímenes más acertados, y acordes con lo que verdaderamente es más favorable para un niño, y también la posibilidad de optar por una posición ecléctica y altruista, que no es sino privilegiar la posibilidad de que el niño siga gozando de papá y mamá, no obstante la separación de éstos y, que no es sino imponer a los padres el deber de continuar en la tarea de “ser padres en todo el sentido de la palabra” y desechar la posibilidad de que se conviertan en tiranos, el uno contra el otro.

No obstante, sostengo la postura que la tenencia, es un híbrido, una situación tal, que deja al hijo o hijos, sin un hogar fijo, o que los cosifica, sin tener presente que los niños necesitan de un lugar estable donde vivir y desarrollarse y, a su vez, de un código coherente bajo el cual desenvolverse; vale decir, reglas claras y uniformes que los guíen y conduzcan.

A tales argumentos, rápidamente se pueden confrontar, posturas que sostienen que, la tenencia compartida, no es precisamente, dividir el hogar del niño en dos, y convertirlo en una especie de nómada, con dos hogares, con dos códigos de costumbres distintos dependiendo del lugar en el que le toque, circunstancialmente estar: en el hogar del padre o en el de la madre. Es, por el contrario, generar un periodo de alternancia equilibrado con ambos progenitores, de manera que sea menos traumática la separación, y se garantice a través de esa dinámica un desarrollo psico-emocional sano para la familia, cuando la relación entre ex cónyuges es lo suficientemente madura y privilegian el bienestar de los hijos.

Por el contrario, existen posturas que sostienen que, la intención de la norma, genera una gran incertidumbre jurídica dentro del marco de los derechos del niño, porque en vez de reforzar la Tenencia de menores, genera un cambio total para ellos a causa de la separación de los padres que sometiendo sus derechos y obligaciones a una decisión judicial, limitan su rol de padres, debido a que si estos no se encuentran en condiciones armoniosas, imposibilitan llegar a un acuerdo sobre la tenencia de sus hijos, la cual debe seguir siendo “compartida”, teniendo como base, que el nuevo estado de familia no significa ningún cambio, puesto que se le considera un sujeto de derechos y que sus progenitores a pesar de su separación, siguen teniendo para con ellos derechos y obligaciones, debiendo evitársele cualquier tipo de angustias que ellos le causen con su separación; propiciando que su relación se mantenga en la mejor de las formas, pensando en su interés y su desarrollo psicológico, moral y físico. Lo cual no viene desarrollándose en nuestro país, debido a la facultad, que la mencionada ley otorga a los jueces para optar por la tenencia monoparental o exclusiva si no hay acuerdo entre estos, debiendo tener un sentido contrario, que con acuerdo o a falta de este la Tenencia sea compartida.

#### **4.2.2 Discusión de la Normatividad Internacional**

Con relación a dicha norma, Fermín Chunga Lamonja, Lucía y Carmen Chunga Chávez<sup>75</sup>, mencionan: “Señala en resumen que todas las medidas respecto al niño deben estar basadas en consideración del “interés Superior del Niño”. Pero ¿Qué entendemos por el “Interés Superior del Niño”?; creemos

---

<sup>75</sup> Chunga Lamonja, Fermín, Chunga Chávez, Lucía y Chunga Chávez, Carmen; *Ob. Cit.*, p.173.

que es el derecho a desarrollarse íntegramente dentro del seno de una familia, en un ambiente de comprensión, amor y en un Estado justo y, sin discriminación y en paz. Corresponde al Estado, dispensar al niño la protección debida en situaciones especiales”.

#### **4.2.3 Discusión del Derecho Comparado**

Los sistemas de guarda compartida en Derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no el interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en períodos iguales con cada uno de los progenitores.

#### **4.3 Discusión Jurisprudencial**

##### **4.3.1 Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales.

### **4.3.2 Análisis de la Jurisprudencia del Poder Judicial**

La tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario para concederla que entre éstos exista -o sea probable- una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que sólo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicha colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres.

### **4.4 Validación de Hipótesis**

La hipótesis general formulada en la investigación se modela al siguiente enunciado jurídico: “Los instrumentos jurídicos internacionales permiten determinar la existencia de vulneración al Interés Superior del menor en la aplicación de la Tenencia Compartida en el Derecho de Familia Peruano”.

Asimismo las hipótesis específicas fluyen en base a los siguientes términos:

- El Principio de Interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño garantiza y protege la no vulneración de los derechos integrales del menor en los conflictos entre padres separados.
- La praxis de la regulación jurídica y social del modelo de tenencia compartida afecta al desarrollo psicológico del menor.

Tomando en cuenta nuestros enunciados hipotéticos sostengo que la investigación ha quedado validada en base a los siguientes fundamentos:

Los instrumentos jurídicos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, base legal de mi investigación, reconoce en su preámbulo a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, por lo que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; y, que de igual modo reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El principio del Interés superior del niño concordando con la doctrina es un principio rector de toda norma, en virtud del cual en cualquier decisión relacionada con la niñez y adolescencia se considerará principalmente aquello que aporte mayor beneficio a sus intereses. Para determinar el interés superior del niño se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo. Llegando así, entonces, a contribuir al cambio paradigmático del status de niño/a y adolescente como sujetos de derechos según lo establece la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Señalan diversos autores y al cual nos adscribimos sobre el principio del Interés superior del niño, que tiene o posee diversas funciones, unas de carácter interpretativo, otras como principio jurídico garantista (manifestado en nuestro

marco teórico), como criterio a tener en cuenta al momento de la intervención institucional, o como prioridad en la concreción de políticas públicas y sociales.

Se admite el carácter interpretativo del principio del Interés superior del niño, pues es aceptado como el criterio sistemático de interpretación, que “los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño”. Asimismo “permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención.

El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos, y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño”.

El Interés superior de los niños y niñas es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia. Este principio se encuentra establecido de manera fundamental en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos de los niños y niñas. El ISN 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.

Para poder decidir lo que más le convenga a los niños y niñas, se hace viable tratar de establecer los probables efectos que puedan surgir derivados de la decisión a tomar. Estos probables efectos se hacen referencia en cuanto al cambio o mantenimiento en su entorno, por lo que se tiene que establecer el conjunto de circunstancias personales, físicas, morales, familiares, de amor, confianza y educativas a las que el niño, niña o adolescente se va a rodear.

Estos efectos del entorno son los que el juzgador o entidad administrativa deberá ponderar en el momento justo de tomar una decisión, derivado de lo que más le convenga al niño o niña, para lograr establecer que la decisión debe valorar el mejor porvenir -futuro- para el niño o niña, lo que significa vivir dignamente en donde se tenga se tengan cubiertas necesidades básicas tales como las afectivas, las físico-biológicas, las cognitivas, las emocionales y las sociales.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que todo niño o niña tiene el derecho de establecer un proyecto de vida que debe de ser cuidado y fomentado por el Estado, para lograr su desarrollo y beneficio social.

En principio se puede establecer, sin lugar a dudas, que los padres y madres son los principales garantes del interés de sus hijos e hijas, de donde se desprende que estos se encuentran bajo la patria potestad de aquellos, en beneficio de los niños y niñas, con respecto a su integridad física y psicológica y a todo aquello que les beneficie. En igual sentido, se establece como obligación de los juzgadores y juzgadoras resolver lo que más le favorezca al niño o niña, tal y como lo exige el ISN.

Por lo que Ahida Aguilar Saldivar, señala que la tenencia compartida en nuestro ordenamiento es una forma objetiva de aplicar el principio en mención, es un paso adelante en la búsqueda del bienestar de los niños cuyos padres decidieron separarse, debido a que invita a los hijos a continuar manteniendo vínculos con las dos ramas familiares, aspecto esencial en su desarrollo; sean cuales fueren las relaciones entre los padres, el hijo necesita querer a su padre y a su madre, para desarrollarse emocionalmente en buenas condiciones.

Manuel Bermúdez Tapia señala que en principio, los progenitores tienen derechos equivalentes respecto de sus hijos, salvo si existen consideraciones personales respecto de la disolución del matrimonio o conveniencia o el vínculo con el hijo resultase perjudicial para el niño, niña o adolescente.

Quien provoca una situación perjudicial para el hijo, para el otro progenitor no puede pretender una equivalencia de derechos, dado que la Ley no ampara el Abuso de Derecho ni mucho menos puede admitir la indefensión de quien resultase perjudicado en sus derechos.



Si los progenitores, optan por la disolución del matrimonio o convivencia y aún no exista un acuerdo respecto de la tenencia, el juez a partir del 20 de octubre del 2008, puede determinar la tenencia compartida del hijo entre los progenitores. Siendo esta una alternativa para el juez, que teniendo en cuenta el Principio de interés Superior del niño, la Ley N°30466 que establece parámetros y garantías procesales para su consideración primordial, la Convención de los Derechos del niño, diversas opiniones de organismos internacionales, además de la doctrina y jurisprudencia, evaluará si es posible junto un equipo técnico, sobre lo que satisface el interés superior del niño cuyo derechos se encuentran siendo perjudicados o ventilándose.

Ante esto, debemos tener en cuenta que, la tenencia compartida surge como un remedio para garantizar el derecho del niño a que mantenga una relación fluida con ambos padres, después de la separación de hecho de los mismos. Esto, siempre y cuando existan las condiciones necesarias para que se de esta figura.

Sin embargo, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial debe notarse que la simple repartición del tiempo de los niños con cada padre no es suficiente para que se garantice el Principio de Interés Superior del Niño, sino que cuando este tiempo de alternancia entre los padres es corto, el niño crece en dos hogares distintos en los que por la misma característica de la corta periodicidad, este no se adapta al cambio que muchas veces puede ser abrupto y genera baja autoestima, por lo que se

debería considerar un tiempo prudencial de adaptación del niño y hasta la movilidad de los propios padres para que resulte más fácil esta adaptación.

Tras dilucidar sobre el principio de interés superior del niño y la tenencia compartida, valido que no existe vulneración, sino vulnerabilidad del menor al atentar gravemente contra la estabilidad de un niño pues debe tener la idea y concepción estable de un hogar.

## CONCLUSIONES

- El Principio de Interés Superior del Niño es una garantía, un derecho y una norma de procedimiento, que prevalece sobre otros derechos y criterios, con el objeto de garantizar el bienestar y desarrollo integral de un niño, niña o adolescente; por lo que los derechos de los niños, que se encuentran reconocidos tanto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño como en el Código del Niño y Adolescente deben considerarse en primer lugar al emitir cualquier decisión y al encontrarse en controversia tanto en el ámbito judicial como extrajudicial.
- El Principio del Interés Superior del Niño es un factor y principio muy importante en el desarrollo integral del menor, pues repercute a largo plazo en su vida adulta a desarrollar un proyecto de vida al que querer formar un hogar, teniendo como referencia su vínculo familiar.
- La Tenencia Compartida es una figura del derecho de familia que surgió como un remedio para proteger los derechos del niño en los casos donde existe separación de hecho y divorcios, con el fin de repartir equitativamente no el tiempo sino deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, para así evitar que los niños, niñas y adolescentes, pierdan el contacto con uno de sus padres. Por lo que ambos deben velar por el cuidado de sus hijos en igualdad de condiciones.

## **RECOMENDACIONES**

Aunque no exista doctrina especializada en referencia a la tenencia compartida de periodicidad corta ni jurisprudencia que determine ésta situación; el presente trabajo insiste la preocupación por que este tema sea tomado en cuenta y traspase el ámbito académico para poder generar conciencia sobre éste figura y su aplicación teniendo en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAZAMENDI, Lino. La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis. 2da. Ed.: Lima - Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.; 2011.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento. Editorial Grijley, 2001, Lima.
- ZELAYARAN DURAN, Mauro. Metodología de la Investigación Jurídica. Ediciones Jurídicas, 2007, Lima.
- HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill, México 1997.
- CORRAL TALCIANI, Hernan, Derecho y derechos de familia, Lima: Grijley. 2005.
- DUTTO, Ricardo J. Daños ocasionados en las relaciones de familia, Buenos Aires: Hammurabi. 2006.
- Stilerman, Martha; Menores Tenencia Régimen de Visitas; Tercera Edición; Editorial Universidad; Buenos Aires; 2004.
- Rojas Sarapura, Walter Ricardo; Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia; Segunda Edición; Lima; Editorial Fecat; 2015.
- Ávila Santamaría Ramiro y María Belén Corredores Ledesma (Editores). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. 1ª Ed. Quito, Fondo de las Naciones Unidas

para la Infancia UNICEF - Ecuador y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010, en línea <https://www.unicef.org/ecuador/Derechos-garantias-ninez.pdf> (consulta: 16.02.2018)

- CARRUITERO LECCA, Francisco y Hugo SOZA MESTA. *Medios de defensa de los derechos humanos en el sistema nternacional*. Lima, Jurista Editores, 2003.
- CARRUITERO LECCA, Francisco y FIGUEROA AVENDAÑO, María Elena. *El Derecho de Familia: un análisis desde la jurisprudencia y la sociología jurídica*. 1ª edición, Ediciones BLG, Lima, Julio, 2004.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 8ª edición, Tomo II, Rocarme, Lima.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. “*Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*”. Tomo I. Bogotá, Editorial Temis, 1998.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Legislaciones Infanto – Juveniles en América Latina. Modelos y Tendencias*. En: Consejo de Coordinación Judicial – Unicef, *Materiales de Lectura del Seminario Taller Internacional: “El Principio del Interés Superior del Niño en la Doctrina de las Naciones Unidas de Protección de la Infancia”*, Diciembre 1997, Lima – Perú.
- GARCIA TOMA, Víctor. *Los Derechos Humanos y la constitución*. Lima, Editorial Horizonte, 2001.
- IEPALA. *Curso Sistemático de Derechos Humanos*. Madrid, pag. 99. 2002.

- LÔBO, Paulo. “Entidades Familiares Constitucionalizadas: para Além dos *Numerus Clausus*”. En: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Síntese, Porto Alegre, enero-marzo, N° 12, 2002.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. “Regulación jurídica de la familia”. En: *Código civil comentado*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2003.
- PEREZ LUÑO, A.E. *Delimitación conceptual de los Derechos Humanos en la obra colectiva: Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979.
- PINTO BAZURCO, Ernesto. *Derechos Internacional. Política exterior y diplomacia*. Universidad de Lima.
- VASAK, Karel. *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*. Volumen I. Lima, Ediciones Comisión Andina de Juristas, 1990.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. 1ª Ed., Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, 2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.