

# **UNIVERSIDAD PERUANA DE LOS ANDES**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Escuela Profesional de Derecho**



## **INFORME FINAL DE TESIS**

**TÍTULO : LA EFICACIA DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA MODIFICATORIA DEL ART. 81 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES (LEY N° 29269) EN EL JUZGADO DE FAMILIA DE CONDEVILLA AÑO 2016”**

**PARA OPTAR : EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTOR : BACH. SEGUNDO RAUL SALAZAR VIRU**

**ASESOR : MAG. JOSÉ RONALD VÁSQUEZ SÁNCHEZ**

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO CIVIL. COMERCIAL Y PROCESAL CIVIL  
RESOLUCIÓN**

**DE EXPEDITO N°: 1203-2019-DFD-UPLA**

**HUANCAYO – PERÚ**

**ASESOR:**

Mag. José Ronald Vásquez Sánchez

### **DEDICATORIA:**

La actual investigación, quiero dedicársela a Dios que me ha dado la vida y la fuerza para llegar a culminar el presente proyecto de investigación.

A mi madre, quien en vida fuera doña EGLANDINA VIRU LA ROSA, quien estuvo siempre presente en aquellos e importantes momentos de mi vida.

A mi esposa, ROCIO CRISTINA YUMBATO CORAL, a mis HIJOS, y a mis HERMANOS, por estar siempre presente cuando más los necesite, quienes con su ayuda y constante cooperación estuvieron en los momentos difíciles de mi formación profesional.

**Autor**

### **AGRADECIMIENTO:**

A la prestigiosa Universidad Peruana los Andes – UPLA y sus docentes, en cuyas aulas tuve la formación profesional, a los Juzgados de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla – Lima, por brindarme las facilidades técnicas y de acervo documentario para la investigación con lo que he logrado importantes objetivos como el de culminar el desarrollo de mi tesis con éxito con la finalidad de obtener mi titulación profesional

**SEGUNDO RAUL**



## RESUMEN

El problema general visualizado en la presente investigación, ¿La tenencia compartida en al modificatoria del Art. 81° del Código de los Niños y Adolescentes perjudica al menor cuando se dictan sentencia por el Juzgado de Familia de Condevilla?; consecuentemente a ello el objetivo es determinar, si el Art 81° del Código de los Niños y Adolescentes es efectiva en su aplicación cuando se dictan sentencias por el juzgado de familia de Condevilla, en este trabajo el tipo y nivel de la investigación es básica – teórica, así como explicativa; el método y diseño de la investigación es inductivo-deductivo y analítico sintético, así como explicativo causal; la muestra está representada por 5 jueces, así como especialistas de los juzgados de paz letrado y de familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte; el tipo de muestreo para la presente investigación es probabilístico, siendo la principal conclusión que la aplicación del art. 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que al no existir acuerdo entre los padres sobre la tenencia del menor, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas para su cumplimiento, por lo que esto podría perjudicar al menor según el caso, consecuentemente a ello la solución a este gravísimo problema, es la capacitación a los jueces en materia de familia sobre el tema de tenencia compartida, teniendo en cuenta que todos los padres no tiene el mismo comportamiento psicológico y social frente a sus responsabilidades ante sus hijos.

**Palabras Claves:** Tenencia, monoparental, compartida, separación, juzgado, familia, bienestar, desarrollo, integral, sentencia.

## ABSTRACT

The general problem visualized in the present investigation, does the tenure shared in the modification of Art. 81 of the Code of Children and Adolescents harm the minor when a sentence is handed down by the Family Court of Condevilla ?; consequently the objective is to determine, if Article 81 of the Code of Children and Adolescents is effective in its application when sentences are handed down by the family court of Condevilla, in this work the type and level of the investigation is basic - theoretical , as well as explanatory; The research method and design is inductive-deductive and synthetic analytical, as well as causal explanatory; the sample is represented by 5 judges, as well as specialists of the magistrate and family courts of the Condevilla Basic Justice Module of the Superior Court of North Lima; The type of sampling for the present investigation is probabilistic, being the main conclusion that the application of art. 81 of the Code of Children and Adolescents, that when there is no agreement between the parents on the possession of the child, or if it is harmful to the children, the possession will be resolved by the specialized judge, dictating the measures for compliance, so This could harm the child as the case may be, consequently the solution to this very serious problem is the training of family judges on the issue of shared tenure, taking into account that all parents do not have the same psychological behavior and social facing their responsibilities to their children.

Keywords: Tenure, single parent, shared, separation, court, family, welfare, development, integral, sentence

## ÍNDICE:

	Pág.
RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
INTRODUCCION	X

### **CAPITULO I**

#### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
1.1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	13
1.1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	17
1.1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	18
1.1.4 DELIMITACION DEL PROBLEMA	25
1.2 OBJETIVOS	26
1.2.1 OBJETIVO GENERAL	26
1.2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS	27
1.3 HIPOTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACION	28
1.3.1 HIPOTESIS	28
1.3.2 VARIABLES	29
a. Identificación de las Variables	29
b. proceso de operacionalización de variables e indicadores	31

### **CAPITULO II**

#### **MARCO TEORICO DE LA INVESTIGACION**

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION	32
--------------------------------------	----

2.2 MARCO HISTORICO	38
2.3 BASES TEORICAS DE LA INVESTIGACION	42
2.4 MARCO CONCEPTUAL	103
2.5 MARCO FORMAL Y LEGAL	119

### **CAPITULO III**

#### **METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION**

3.1 METODOS DE INVESTIGACION	120
3.2. TIPOS Y NIVELES	122
3.3. DISEÑO DELA INVESTIGACION	124
3.4. POBLACION Y MUESTRA	125
3.5. TECNICAS DE INVESTIGACION	126
3.5.1. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS	126
3.5.2. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS	128

### **CAPITULO IV**

#### **RESULTADOS DE LA INVESTIGACION**

4.1. PRESENTACION DE LOS RESULTADOS	132
4.2. DISCUSION DE RESULTADOS	149
CONCLUSIONES	155

RECOMENDACIONES		157
REFERENCIA BIBLIOGRAFICA		159
ANEXOS:		163
Anexo 01	Matriz de Consistencia	163
Anexo 02	Matriz de operacionalización de variables.	165
Anexo 03	Carta de autorización de recolección de datos	167
Anexo 04	Sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima Norte- Expediente N° 937-2009.	168
Anexo 05	Protocolo de pericia Psicológica N° 0253-2008-PSI	171
Anexo 06	Informe N° 201-2008-PS (Informe Social – Tenencia Compartida)	174
Anexo 07	Casación N° 1252-2015- Sala Civil Transitoria – Corte Suprema de Justicia de la Republica – Lima	177
Anexo 08	Casación N° 1961-2012 – Sala Civil Permanente – Lima – Corte Suprema de Justicia de la Republica.	184
Anexo 09	Casación N° 3767-2015 – Cusco – Tenencia y Custodia de menor.	201
Anexo 10	casación N° 370-2013-ICA – Tenencia y Custodia de Menor.	209
Anexo 11	Cuestionario de encuesta.	214
Anexo 12	Validez del cuestionario de la encuesta.	218

## INTRODUCCIÓN

Tenencia compartida, es un vocablo que era imposible escucharlo en el Perú hace algunos años, y ni pensar de sentencias que resuelvan los juzgados bajo este término y criterio.

Es el caso, que si los padres, por las razones que fuere, se encuentren separados o divorciados y han procreados durante su convivencia hijos y estos a la fecha de dicha separación son menores de edad, se estilaba que uno de ellos debería tener la tenencia y al otro progenitor más agraviado le tocaría un régimen de visitas. Sin embargo, en el año 2008, en el Perú se llegó a aprobar la ley que modifica importantemente al Código Civil y al Código de los Niños y los Adolescentes introduciendo de manera especial la tenencia compartida como una novedad en la legislación nacional, conllevando ello de que el niño con padres separados pueda crecer y desarrollarse al lado de ambos padres. Sin que ello signifique que vivan los padres juntos.

La modificación precitada en el párrafo anterior, establece como norma que para los procesos o acuerdos de la tenencia, deberá tomarse principalmente en cuenta principalmente la importante opinión del menor, dependiendo para ello la edad de éste, salvo en aquellos casos en que previamente exista un acuerdo entre sus progenitores, razón por la cual el juez especializado tomara en cuenta para

determinar sus criterios al momento de sentenciar; de otro lado se tiene que tener en cuenta tanto los aspectos normativos como la doctrina, como cuando el niño es menor de 3 años este tendrá que permanecer con la madre, así como también a cuál de sus padres corresponde la tenencia u otorgar una resolución de tenencia compartida, salvaguardando de esta manera el principio de interés superior del niño. Como se podrá apreciar, la tenencia compartida es un avance muy significativo en nuestra legislación nacional ya que permite a que ambos padres se encarguen por igual de la protección, así como principalmente de la educación del menor; lo cual significa que el menor vivirá unos días o unos meses con uno de sus padres, por ende tendrá dos hogares y a sus padres siempre presentes y constantes en el desarrollo de su vida.

Hay que tener presente, que todo niño tiene el derecho a estar con ambos padres y ambos padres el deber de hacerse cargo de la crianza de ellos; no sabremos las consecuencias reales hasta ver resultados en el futuro de las sentencias expedidas en este caso por el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, y si el resultado de la tenencia compartida logrará felicidad de los niños como de los padres.

No es procedente la tenencia compartida cuando uno de los cónyuges esté incurso en un proceso penal, seguido por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos o bien cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia familiar.

Cabe mencionar, que el juez puede pedir la opinión de especialistas relacionados al régimen de visitas más beneficioso para el menor.

El resultado de los informes emitidos por el equipo psicosocial de los juzgados, son importantes para que el juez pueda resolver en favor del menor; este informe pericial, aunque no es vinculante para el juez, es fundamental y casi siempre determinante respecto al tipo de custodia y de visitas a establecer en la sentencia de divorcio, lo que el juez debe valorar es la funcionalidad, de tal forma que los padres cumplan y respeten sus derechos, en la obtención de la tenencia compartida, de esta forma garantiza y se proteger el interés superior del menor



# **CAPITULO I**

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1 Planteamiento Del Problema**

#### **1.1.1 Descripción del Problema**

En los últimos años, uno de los más grandes problemas sociales es la determinación, de con cuál de los progenitores deben permanecer los hijos menores en un divorcio o en la separación de hecho de sus padres. Y si las Resoluciones de Sentencia de los Juzgados de Familia son eficaces frente al problema de la aplicación de la mencionada Resolución y su eficacia frente a ella.

La tenencia de los menores por las madres ha durado durante varias décadas, de manera especial en países florecientes como los Estados Unidos, España y otros del mismo nivel.

De la presente investigación, se ha podido visualizar, que la eficacia de un tenencia compartida, se ve entorpecida, al verse

erróneamente una suposición de bienestar del menor con la protección exclusiva de la figura materna; consecuentemente a ello crean una tajante discriminación al padre, sin tener en cuenta para ello, que el interés superior del niño se basa principalmente en con quien estaría mejor en su cuidado y calidad de vida del menor, dejando de lado la equidad que tienen ambos padres de tener la tenencia de los menores

Es preciso señalar que en el Perú, existe la predilección de los jueces de otorgar la tenencia de los hijos a las madres, sin tener en cuenta cuales son las condiciones económico y sociales o familiares, dicha tendencia principia desde nuestra escasa cultura, en la que se visualiza a la madre como aquella responsable y encargada del cuidado de los niños y se ve al padre como la persona encargada de proveer la manutención del hogar.

Para la presente tesis, en que visualizarnos la eficacia de la tenencia compartida a través del Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla durante el año 2016, se tiene que los artículos 81º y 84º, como se puede apreciar cuentan con textos contradictorios, es así que el Art. 81º describe el interés superior del niño en conjunto con la tenencia

compartida y de otro lado se tiene el Art. 84<sup>o</sup> del mismo cuerpo legal que menciona sobre el favoritismo del juez para otorgar la tenencia exclusiva a la madre, sin embargo también cita el mencionado interés superior del niño, conscientemente a ello, es eficaz o no la tenencia compartida a través de una resolución de juzgado, situación que analizaremos en el presente estudio..

Así mismo, se puede visualizar entre las normas legales sobre la materia, al Código Civil que precisamente en el Art. 206<sup>o</sup> detalla que la tenencia debe ser otorgada a aquel progenitor que sea más idóneo para llevarla y por tanto su otorgamiento debe tener en cuenta las condiciones y circunstancias en donde el menor se pueda desarrollar ampliamente de la mejor forma, sin que esto incluya una preferencia a uno u otro padre. La eficacia de la Tenencia Compartida, ha significado desde sus comienzos, el problema de que si se tiene o no la certeza que responda el desarrollo integral y a una vida digna del menor; en razón a que cuando se crea la ruptura de la pareja, se forma así la familia monoparental, que se conforma por solo uno de los padres con sus hijos,

Uno de los grandes problemas entre padres separados o divorciados con hijos menores, está relacionado al obstáculo

del vínculo paterno filial y a la limitación de los derechos del padre sin la tenencia real; frente a esta situación progresiva, no existen métodos jurisdiccionales ni personales inmediatos que puedan remediar el gravísimo daño causado al progenitor limitado y al menor. Consecuentemente a ello podemos visualizar la rapidez con la que se realizan la disolución del vínculo matrimonial, pero sin medir los gravísimos efectos que ello refleja en los menores, que siempre son los más afectados.

Téngase en cuenta, que el alejamiento de los padres para un menor, es un hecho gravísimo, que lo marcará de por vida si esta no se realiza adecuadamente; por tanto, todo hijo tiene el derecho de tener a ambos padres y de tenerlos a su lado. Como se podrá apreciar, en muchos casos se ha visualizado en los Juzgados de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, que la madre obstruye el vínculo entre el padre y su hijo; y así, se ordenará la variación de tenencia a favor del progenitor “débil” o quien resulte obstruido en esta vinculación.

Dentro de este marco podemos visualizar un remedio legislativo, a través del Código de los Niños y del Adolescentes, cuyo párrafo final del Artículo 84º modificado dice: ... “En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el

otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”.

Como podrá visualizarse del párrafo precedente, es una regulación que resulta vinculante para el magistrado, quien deberá tener presente para la efectividad de sus resoluciones en primer lugar la residencia principal del menor, la misma que debe estar en concordancia con la garantía de protección del vínculo paterno filial, y en el marco de los derechos del niño.

### **1.1.2 Formulación del Problema**

A Problema General:

¿En qué medida el Código de los Niños y Adolescentes, perjudica al niño o al adolescente en su aplicación, cuando se dictan sentencias por el Juzgado de Familia para la tenencia compartida por sus progenitores?

## B Problemas Específicos

1. ¿Por qué el Código de los Niños y Adolescentes no protege plenamente el bienestar del menor?
2. ¿Cuál tipo de tenencia son aplicados generalmente por el Juez de Familia?

### 1.1.3 Justificación de la Investigación

#### 1.1.3.1 Justificación Teórica

En el presente estudio, debemos partir de un avance en nuestra legislación nacional y su regulación del matrimonio a través del Código Civil y del Código adjetivo, en que se determina el procedimiento en relación a las causas de nulidad, separación y divorcio; téngase en cuenta, que el modelo familiar peruano siempre ha sido el patriarcal, dejando a la madre como la vigilante natural de los menores.

En las decisiones de los jueces sobre tenencia, se consideraba que la facultad de los hijos se otorgaba a uno u otro progenitor, teniendo en consideración los supuestos de nulidad o separación, según se producía y considerando la conducta de los cónyuges en el matrimonio, dejando a un lado a uno de los padres.

Considerando, que la separación era causal, y que en dicha causa existía un responsable, lógicamente las consecuencias era castigar esta mala conducta con el perder la custodia de los menores, situación que con el tiempo felizmente ha tenido un nuevo encausamiento u orientación, priorizándose así el bienestar de los menores, como ente principal para su evolución y desarrollo dentro de esta sociedad.

Con las normativas de protección a los niños y adolescentes, se impone el interés superior del menor, el mismo que en el Perú, ha adquirido tal fuerza que ningún juez se opone a tal principio, por el contrario lo tienen como una base para emitir criterios e imponer justicia

Actualmente, se ha producido un drástico cambio legal, de tal forma que se impone el interés superior del niño; sin embargo, si bien es cierto que desde la entrada en vigencia en el Perú del Código de los Niños y de los Adolescentes, que es una norma especial de protección jurídica de los menores, en el que su principal rol es consagrar el principio del Interés Superior del Niño: pero a pesar de ello tímidamente los jueces de familia están dando preferencia a la custodia compartida de los menores a sus padres; sin embargo aún la mayoría de nuestros tribunales siguen prefiriendo asignar la guarda y custodia a uno solo de los padres, dirigido ello especialmente hacia la madre, perjudicando al otro padre con un tímido régimen de visitas

De igual manera, considerando la actitud beligerante entre los progenitores, no se esfumará por el hecho de establecer el sistema tradicional de custodia monoparental con un régimen de visitas para el cónyuge que lleva la peor parte; sin embargo, tanto la experiencia como múltiples estudios realizados por especialistas en



materia social familiar, han demostrado que el sistema de custodia exclusiva o monoparental solo contribuye a desmejorar la relación entre los padres y de éstos con los menores, debido al alto grado de diferencia efectiva y sobre todo económica que se produce con la nueva situación que se establece entre los progenitores.

Téngase en cuenta, que lográndose plenamente la eficacia de la tenencia compartida de los hijos, resultaría muy demostrativo su efectividad, en razón a que ambos padres habrían que bajar los niveles de violencia familiar, que son ocasionados comúnmente por el incumplimiento de pensión de alimentos, del régimen de visitas, entre otras causas;

En la presente investigación, se tiene como objetivo principal el determinar la eficacia de las resoluciones que dictan los jueces de familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla en el periodo 2016, en cuanto a la aplicación del Art. 81<sup>a</sup> del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley N° 29269, por lo cual visualizaremos, si en realidad es efectiva en su

aplicación, cuando los jueces dictan sentencias para la tenencia compartida de los niños y adolescentes por sus progenitores

#### **1.1.3.2. Justificación Práctica**

En la presente investigación, se busca demostrar si es eficaz o no las resoluciones emitidas por el juzgado de familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla en el periodo 2016 y la garantía en la protección de los derechos de los niños y adolescentes; y por ende garantizando el desarrollo integral y emocional del menor; toda vez que como se puede visualizar, en innumerables casos, que la legislación comparada respalda con mayor fuerza este amparo, en tanto que en el Perú, en nuestra legislación nacional se puede ver que la realidad es otra, siendo que muchas veces se trasgrede de manera indiscriminada el derecho de los menores.

#### **1.1.3.3 Justificación Social**

La eficacia de la modificatoria del Condigo de los Niños y Adolescentes a través de la Ley 29269, se refleja en el impacto social, resultante de la tenencia compartida,

materia del presente estudio de investigación, con la finalidad de que cambiará la equivocada imagen de que los niños solo deben estar a cargo de la progenitora; y se visualizará una nueva imagen de una tenencia con la participación de ambos padres.

La importancia del presente estudio de investigación, coadyuvará ampliamente en el aspecto social, toda vez que servirá, para establecer bases al problema relacionado con la tenencia, toda vez que ello contiene un altísimo impacto social, especialmente como es la tenencia compartida de los menores por ambos padres separados, dando de esta manera las correspondientes contribuciones a fin de identificar hechos y fenómenos, que coadyuben a definir si la tenencia compartida es buena o no para el menor, conforme lo sentencian el juzgado de familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte.

#### **1.1.3.4 Justificación Metodológica**

Según: John Henry A. Morales; en investigación científica, la justificación metodológica del estudio se da

cuando el proyecto por realizar propone un nuevo método o una nueva estrategia para generar conocimiento valido y confiable.

Para lograr los objetivos del presente estudio, se ha acudido a técnicas de investigación como el cuestionario y su respectivo procesamiento, a fin de medir sus resultados lo cual ha permitido elaborar un instrumento antes mencionado denominado cuestionario, el mismo que fue dirigido abogados y jueces, que nos permitió obtener información. Este instrumento podrá ser utilizado por otros investigadores especialistas en la materia del derecho civil.

Por tanto, la justificación metodológica para el presente estudio, consiste en trazar un procedimiento para que genere conocimientos permitidos y de garantías, consecuentemente a ello, para investigar y observar a través de un modo o forma, ello implica diferentes etapas a fin de visualizar la eficacia de las resoluciones emitidas por el Juzgado de familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, frente a la realidad y bienestar del menor.

## **1.1.4 Delimitación del Problema**

### **1.1.4.1 Delimitación Temporal**

En el estudio se investigará la presencia del problema en el periodo judicial de Enero – Diciembre del año 2016

### **1.1.4.2 Delimitación Espacial**

La investigación se realizó en el Juzgado de Familia – Módulo Básico de Justicia de Condevilla, de la Corte Superior de Lima Norte, distrito San Martín de Porres, Provincia y departamento de Lima

### **1.1.4.3 Delimitación Social**

El grupo social materia del presente estudio, se constituye por los padres separados por distintas causas y que el juzgado de familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla de la Corte

Superior de Lima Norte, a través de sentencia dispone la tenencia compartida del menor

#### 1.1.4.4 **Delimitación Conceptual**

Académicamente el presente estudio se encuentra enmarcado dentro del área de derecho de familia, aplicando conocimiento de las siguientes áreas:

- Constitución Política
- Derecho Civil – Familia
- Código Procesal Civil
- Código de los Niños y Adolescentes.
- Ley N° 29269

## 1.2 **OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### 1.2.1 **Objetivos Generales**

Determinar si el Art. 81<sup>a</sup> del Código de los Niños y Adolescentes, es eficaz en su aplicación, cuando se dictan

sentencias por el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, para la tenencia compartida por sus progenitores en el año 2016

### **1.2.2 Objetivos Específicos**

- a. Determinar si la tenencia compartida se relaciona con el desarrollo integral (físico y Psicológico) del menor, teniendo como base la imposición de las sentencias emitidas por el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte.
  
- b. Determinar si la tenencia compartida se relaciona con el desarrollo integral del menor, teniendo como base la aplicación del art. 81<sup>a</sup> del Código de los Niños y Adolescentes (modificado por la Ley 289269) aplicado a través del Juzgado de Familia del Módulo

básico de Justicia de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte

### **1.3 HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.3.1 Hipótesis**

##### **1.3.1.1 Hipótesis General**

La aplicación del art. 81<sup>a</sup> del Código de los niños y Adolescentes, modificado por la ley N° 29269 sobre tenencia compartida, por los juzgados de familia, no es efectiva, por lo que es aporte negativo para el bienestar de niños y adolescentes

##### **1.3.1.2 Hipótesis Específicas:**

1. La tenencia compartida no protege plenamente el bienestar del menor, tan solo teniendo como base los acuerdos conciliatorios o las Resoluciones a nivel de sentencias del Juzgado de familia del Módulo



Básico de Justicia de Condevilla del Distrito Judicial de Lima Norte en el año 2016.

- 2 Generalmente los jueces toman la decisión de la tenencia monoparental dando preferencia a la madre dejando de lado al padre, por tanto la tenencia compartida no se relaciona en forma directa y efectiva con el desarrollo integral de los niños y adolescentes, teniendo solo como base la imposición de sentencias judiciales a nivel de las resoluciones sentenciales del juzgado de familia.

### **1.3.2 VARIABLES**

#### **a. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES**

Entendemos por variable cualquier característica o cualidad de la realidad que es susceptible de

asumir diferentes valores, es decir, que puede variar, aunque para un objeto determinado que se considere puede tener un Valor Fijo".

En ese contexto la aplicación no es efectiva por lo que es aporte negativo para el bienestar del niño y adolescente.

### **Variable 1**

La eficacia de la tenencia compartida

### **Variable 2**

Modificatoria del Art.81<sup>a</sup> del Código de los Niños y Adolescentes.

**b. PROCESO DE OPERACIONALIZACION DE  
VARIABLES E INDICADORES**

<b>VARIABLES</b>	<b>DIMENSION</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>	<b>INDICADORES</b>
<p><b>VARIABLE 1</b></p> <p>La eficacia de la tenencia compartida</p>	<p>Elementos utilizados para resolver casos de tenencia de menores</p> <p>Tenencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Monoparental</li> <li>- Compartida</li> <li>- Legal Conjunta</li> <li>- Física Conjunta</li> <li>- Negativa</li> <li>- Responsabilidad parental</li> <li>- Coparentabilidad</li> </ul>	<p>Busca la garantía y protección de los derechos del niño, a fin de garantizar su desarrollo integral, conforme a las normas legales sobre la materia</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Los derechos fundamentales de los niños y adolescentes y los instrumentos normativos interaccionan</li> <li>• La participación de los menores en el proceso</li> <li>• Principios de igualdad</li> <li>• Principios de efectividad</li> <li>• La adopción de medidas judiciales a instancia de los hijos.</li> </ul>
<p><b>VARIABLE 2</b></p> <p>Modificatoria del Art.81<sup>a</sup> del Código de los Niños y Adolescentes.</p>	<p>Norma que modifica el Art. 81 del Código de los Niños y Adolescentes, enmarcado en el principio rector aprobado en la convención sobre los derechos del niño, sobre el interés superior del niño</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Nivel internacional</li> <li>- Legislación Nacional</li> <li>Legislación Comparada-</li> </ul>	<p>Tiene como objetivo principal, el determinar la eficacia de la Tenencia compartida con la aplicación del Art. 81° del Código de los Niños y Adolescentes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Justicia constitucional</li> <li>• Justicia Civil familiar</li> <li>• Justicia especializada de niños y adolescentes</li> </ul>

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEORICO DE LA INVESTIGACION**

#### **2.1 Antecedentes de la Investigación**

Según “Menéndez” (2012 –p.63), indica que: “En los antecedentes se trata de hacer una síntesis conceptual de las investigaciones o trabajos realizados sobre el problema formulado, con el fin de determinar el enfoque metodológico de la investigación”. Entre los trabajos previamente visualizados se encuentran los siguientes:

##### **2.1.1. Nacional:**

A fin de visualizar la eficacia de la tenencia compartida en la aplicación del Código de los Niños y Adolescentes por el Juzgado de Familia del módulo básico de justicia de condevilla de la Corte Superior de Lima Norte. Se presentan a continuación nociones sobre análisis realizados por autores afines con la presente investigación a nivel nacional.

Adriani y Miani en su Tesis: "Botín de Guerra". Conexos en la Universidad de Mayor de San Marcos. El objetivo; es Las Relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal y variable.

Como se puede visualizar, la problemática planteada, es establecer el ciclo más adecuado en la diferenciación de la convivencia normal y la de visitas. Estas particularidades tienen triunfo cuando existe una buena interrelación entre ambos padres.

Podemos establecer, que cuando existe un estrecho convenio de los progenitores y estos establecen armoniosamente un cumplimiento dual de roles, en aquel momento se está salvaguardando prioritariamente el interés superior del menor, y por ende es el único beneficiado gracias al acuerdo de sus padres.

De otro lado tenemos a Beltrán Pacheco cuando visualizamos en su Tesis: "El Mejor Padres son Ambos

Padres”. Conexos en la Universidad de UNIFE. La profundidad del tema expresa que en el nuevo grupo familiar de cada padre independientemente, los menores se sientan como parte de cada familia, incluyendo a los nuevos cónyuges y hermanos, la tenencia compartida por ende será conceptuada como una creación de un núcleo familiar que les permitirá a uno de los padres vivir con su hijo logrando de esta manera una convivencia integral del menor con el entorno familiar de sus padres.

Así también tenemos, las Casaciones 370-2013 Ica, 1262-2015 Lima Norte, 3767-2015 Cusco relacionadas con la Tenencia y Custodia de Menor, la Casación 1961-2012 sobre alienación parental, creando ello antecedentes para la presente investigación.

### 2.1.2 **INTERNACIONAL.**

En el marco de la eficacia de la tenencia compartida, podemos visualizar tesis sobre investigaciones efectuadas por autores relacionados con la investigación a nivel internacional sobre la materia, así tenemos a

Steffen -2003 en su importantísima tesis doctoral para obtener el grado de Magister en Ciencias de la Educación con mención en “Orientación Familiar, Relaciones Humanas y Familia” en la cual se puede apreciar que visualiza la discordancia entre los menores con la tenencia compartida, con relación a aquellos menores que se encuentran con la tenencia monoparental, con un universo planteado entre edades de 4 a 10 años, analizando el estudio correspondiente podemos apreciar que aquellos menores que se encontraban bajo la modalidad de tenencia compartida tenían mayor grado de independencia y placían más del lapso de tiempo que pasaban con cada uno de sus progenitores, igualmente sus padres reflejaron estar más satisfechos y con mayor compromiso en el desarrollo integral de sus menores hijos; por tanto podemos considerar que una gran ventajas de la tenencia compartida es la activa participación de los padres para con los hijos; así como elimina o reduce drásticamente los variables y cambiantes compromisos de rectitud de los menores hacia sus padres, muy contrario a lo expuesto la tenencia monoparental produce infidelidad con uno de sus progenitores, así

como produce un insignificante compromiso del padre para con los hijos, en razón a que no tiene la tenencia del menor.

Astrea de Jirtiz en su Tesis: "La Batalla es de los Dos", Conexos en la Universidad de San Luis de Argentina; cuyo objetivo; es. "Promover la participación activa de ambos padres en las funciones de educación, amparo y asistencia"; de cierta manera palia la emoción de menos de quien alcanza la custodia motivando los compromisos del padre a quien le dan el régimen de visitas.

Así mismo podemos visualizar a Echevarria – 2011 en su Tesis Doctoral "L Guarda y Custodia Compartida de los Hijos" efectuada en la Universidad de Granada – Facultad de Derecho, en la misma que se traza la problemática existente actualmente implicando el Derecho de Familia, en relación a la tenencia compartida, la cercana asistencia entre uno y otro padre con los menores, alejando todo discrepancia que iniciara la separación de los progenitores y muchas veces



llegando hasta la reconciliación de los mismos primando el derecho y el bienestar pleno del menor

Dentro la investigación realizada, hemos encontrado también a un especialista que va contribuir bastante con nuestra tema sobre la eficacia de la aplicación de la modificación de la norma relacionada con el Código de los niños y adolescentes a Gara de Ortiz, Jeannette, quien en su Tesis: " Los Hijos son de los dos tanto Deberes y Derechos". Conexas en la Universidad de San Carlos de México; se puede visualizar como uno de los objetivos que plantea que la custodia compartida debería ser una guía que encajaría en todo derecho de familia a nivel de todos los estados del mundo, toda vez que se busca la igualdad de ambos progenitores.

Consecuentemente a todo lo expuesto podemos decir, que la tenencia compartida envuelve el estricto ejercicio con la participación de ambos padres asumiendo sus deberes y derechos y responsabilidades sobre los menores.

## 2.2

### MARCO HISTÓRICO

En relación a la eficacia en la aplicación de la modificatoria del Código de los niños y adolescentes a través de la LEY N° 29269 esta se vincula a la tenencia compartida en nuestra legislación nacional, que es materia de nuestro estudio como mencionamos anteriormente en relación a su eficacia en su aplicación por el Juzgado de Familia de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte, podemos apreciar el siguiente marco histórico, que a continuación se expresa:

Para visualizar la eficacia de la norma tenemos que irnos a los datos históricos de la modificación de la propia norma; esto es remontarnos al mes de septiembre 2006, en que la Congresista Luisa María Cuculiza entre otros, presentó el Proyecto de Ley N° 199/2006-CR <sup>3</sup> , el mismo que se sustenta en la descripción de una serie de problemas enmarcados en los aspectos socio familiares, pobremente abordados en nuestra legislación peruana.

- a) La dificultad de la relación paterna filial, al despojar corrientemente a los papas del contacto directo con sus hijos, lo cual muchas veces ha motivado el alejamiento definitivo entre padre e hijo.
  
- b) El síndrome de alienación parental, esta situación es inducida por la madre quien casi siempre posee la tenencia de los hijos
  
- c) La violencia familiar en el aspecto psicológico, en razón a considerarse la parte débil de toda relación conflictiva como es el padre, y a veces la violencia es mutua quienes actúan entre sí, provocando de esta manera la limitación de sus propios derechos.

Así mismo sobre la materia, existe escasísimo estudio del derecho de los abuelos, así como de los demás familiares, cuando existe una relación de fenecida de los progenitores, muchas veces privándoseles a estos familiares del contacto

directo y frecuente con sus propios nietos y sobrinos. Como se ha podido apreciar a través de los medios de comunicación hablado y escrito, la propuesta legislativa, tuvo un rumbo parlamentario bastante extendida, en razón a que principalmente la acción política del propio Congreso tal cual pasamos a explicar:

En primer lugar se visualiza el Dictamen favorable de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social, El mismo que fuera aprobado por amplia mayoría, notándose también que algunos parlamentarios más conservadores no estaban de acuerdo con la Tenencia Compartida. Cronológicamente visualizaremos los siguientes:

- En fecha 20 noviembre 2007

Después de la insistencia de la parlamentaria María Luisa Cuculiza, casi un año de ello, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos emite su Dictamen favorable, el mismo que fuera aprobado por unanimidad.

- En fecha 29 de mayo de 2008.  
Las comisiones tanto de Justicia como el de la Mujer consensuaron en sustituir el texto original del proyecto de Ley
- En fecha 24 de septiembre de 2008.  
El pleno del Congreso de la República aprobó el Dictamen de la propuesta legislativa. Así como la dispensa de la segunda votación.
- En fecha 24 de septiembre de 2008.  
La entonces Ministra de la Mujer expresó el apoyo del Ejecutivo para la pronta promulgación de la Ley de Tenencia Compartida, modificándose de este modo el Código del Niño y del Adolescente.
- Finalmente el 04 de Octubre de 2008 se promulgó la Ley N° 29269,

Ley de Tenencia Compartida reformando nuestro Código de los Niños y Adolescentes de la Legislación Nacional.

## **2.3. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN**

2.3.1 La eficacia de la tenencia compartida, se relaciona estrechamente con la teoría. “Padres y el Desequilibrio Emocional”, de los mismos en estos procesos, como se ha dicho, afecta de manera negativa y por tanto, se hace necesaria una intervención con los padres de manera que se les pueda proporcionar el apoyo y los recursos emocionales adecuados.

Considerando que en nuestro país no existe un modelo definido de la tenencia que llene íntegramente las expectativas tanto de los menores como de los, razón por la cual este trabajo de investigación se centra principalmente en el

Código de los Niños y Adolescentes, que fuera modificado por la Ley 29269.

SILVIA RUSSEK- 2011-p45-Federación de Asociación para el Maltrato Infantil-México, en su Planteamiento Teórico “Después de la Separación los hijos quedan entre dos mundos” lo cual es la base del presente trabajo de investigación, se puede visualizar las diferentes reacciones y así como órdenes de las causas y efectos con relación a las variables planteadas en la presente tesis, relacionada con la eficacia de la tenencia compartida, relacionada con la modificatoria del Art. 81° del Código de los Niños y Adolescentes a través de la Ley N° 29269 y así poder determinar los respectivos objetivos generales.

Por lo tanto, uno de los modelos de programas de intervención para padres separados, se deben centrar en las prácticas de crianza proporcionándoles información sobre el desarrollo evolutivo del niño, niña o adolescentes, que son

cambios en las relaciones familiares; así como el estilo de la toma de decisiones; las técnicas y supervisión y estrategias; le enseñaría una adaptación adecuada.

2.3.2 INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.- este derecho se visualiza su origen al año 1989, en la que la Organización de las Naciones Unidas, proclama la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo este el primer tratado de alcance universal que regula los derechos humanos relacionados con los niños, siendo los Estados parte que suscribieron y ratificaron dicho compromiso, adecuando sus marcos normativos a los principios aprobados por la convención, dirigiendo esfuerzos y asignando recursos para que los niños puedan hacer pleno goce de sus derechos.

Debe tenerse en cuenta que el niño es la persona titular de los derechos y que por su estado de desarrollo físico y psicológico este necesita la



protección así como los cuidados, antes así como después de su nacimiento.

Gherzi, 2002, Pag. 76; el Interés superior del Niño cobra una importancia sobresaliente para su interpretación, así como para su debida aplicación. Con ello el sistema adecuado de la protección tanto a los niños como a los adolescentes, promoviendo su aliento, al igual que el respeto a sus derechos resulta innegable.

La promoción de los derechos del niño, es parte del fomento a la sociedad para coadyuvar en el desarrollo integral del menor, visto ello desde no solamente des el campo jurídico sino también de convivencia y fortalecimiento tanto físico como psicológico de los niños, niñas y adolescentes.

Revetllat Ballesté, 2012, indica, que definir el entenderse como interés superior del niño, es bastante difícil, en razón a que nos encontramos

que el derecho, se le conoce como concepto jurídico indeterminado, por lo cual no debe de interpretarse de forma estática, por ende su interpretación se entenderá de una forma flexible, y así dinámica.

Gonzales Fuentes, 2007, Pag. 55 señalan (...) de la existencia de una equivalencia entre los derechos fundamentales y el derecho del interés superior del niño, entendiéndose como la satisfacción integral de los derechos al interés superior del niño.

Como puede apreciarse, debe de prevalecer, la situación del menor en su vivencia, y en su situación real; lo que el juez debe de tomar en cuenta, a fin de que la decisión que se tome, sea la más favorable en relación al pleno desarrollo del niño.

Sokolich Alva, 2013 Pag. 82, Esta convención enfatiza (...) Doctrina de protección integral, que reconoce a los niños, niñas así como a los adolescentes, un ligado o agrupación de derechos civiles, sociales, económicos , así como políticos, entre otros, cuyo sustento están resumidos en los siguientes principios fundamentales:

- a. A la no discriminación.
- b. El interés superior del niño
- c. El derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo
- d. Respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten.

Gonzales Fuentes, 2007Pag. 57 (.....) en el reconocimiento de derechos, menciona que son derechos que permiten, el ejercicio de otros derechos, resolviendo los conflictos existentes entre los derechos reconocidos igualmente.

Por tanto se reconoce a los niños como sujeto de derecho, así como a los adultos sujetos de responsabilidad y obligaciones frente a los niños, niñas y adolescentes.

Por tanto, el interés superior del niño, se constituye en un principio garantista, obligando a los estados, a su estricto cumplimiento con lo dispuesto en la convención de los derechos del niño, exigiéndose la adecuación de las normas internas de cada país miembro, de tal manera que estén garantizados los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes.

Gonzalo Hernández Cervantes, 2010; en su tesis Doctoral señala: Que la idea del interés o beneficio del menor, no es completamente absoluta, sino que esta se varía de acuerdo con la evolución de la sociedad, así como de sus valores, dentro de la organización social y jurídica pre determinada, de acuerdo al lugar, tiempo, así como a las tradiciones y costumbres, concordantes con los criterios sociológicos y psicológicos, así como éticos.

En ese mismo sentido, téngase en cuenta que la Constitución Política del Perú, señala en su artículo 4°, que la comunidad así como el estado protegen al niño, al adolescente, y de igual manera a la madre y a los ancianos en estado de abandono. Así mismo protege a la familia, y promueve el matrimonio como institución natural y fundamental de la sociedad.

Gonzalo Hernández Cervantes, en su tesis Doctoral señala que el hit et nunc, significa el aquí y ahora, en referencia al ajuste de la vivencia que hay en cada familia y su interpretación del interés superior del niño, con relación a los hechos del derecho del niño, por ende los jueces deben valorar los medios probatorios con el apoyo de los equipos multidisciplinarios, entre ellos psicólogos, asistentes sociales, psiquiatras entre otros profesionales especializados y cuya necesidad y opinión es importante en la toma de resolución del juez, para una correcta protección y amparo del interés superior del niño.

Montolla Calle, 2006, pág. 60, expresa que el interés superior del niño, es la exigencia para que las autoridades no solo dicten normas o directrices gubernamentales, sino que se debe velar por su estricta observancia en beneficio de los niños y adolescentes, responsabilidad que involucra también a la sociedad.

Silvia Russek (2011 Pág. 45 Padres y Desequilibrio Emocional), en su planteamiento teórico, que relaciona a que luego de la separación de los progenitores los menores quedan entre dos mundos, donde se analiza diferentes actos y reacciones, así como órdenes de conductas de los niños, niñas al igual que de los adolescentes. En esta investigación se demuestra problemas atribuibles a la ruptura de la relación de los padres.

Para (Dr. Fermín Chunga La Monja. Derecho de Menores 2002. Editorial Grijley 6ta Edición) la tenencia se constituye en una institución familiar cuando los padres se encuentran separados de

hecho o a través de una sentencia judicial, con la finalidad de establecerse cuál de los padres se quedará en compañía del niño, estableciéndose por ende el correspondiente régimen de visitas para el padre que tiene la tenencia.

Es preciso mencionar, que la tenencia solo se aplica a los padres, a diferencia de la tutela que es la institución que protege al menor en ausencia de sus padres y es concedido a los abuelos u otros familiares. Así mismo la tenencia se diferencia de la Patria potestad, en razón a que la patria potestad es el derecho a ser padres y tomar decisiones sobre los hijos menores, siendo este derecho correspondiente a los dos padres por igual y resulta no negociable, ni renunciable y esta solo se puede perder por hechos muy graves y debidamente acreditados en el correspondiente proceso judicial, estos hechos graves podrían ser dedicar a los hijos a la mendicidad, actos contra la moral y buenas costumbres, trato excesivo con dureza o a negarle a prestarles los alimentos.

2.3.3. La TENENCIA COMPARTIDA o también conocida como la coparentabilidad, tal cual se nombra en la legislación Europea, sosteniéndose que este tipo de institución genera muchas ventajas a favor de los menores, como son: una mejor adaptación al entorno familiar, mejor provecho escolar, más satisfacción del menor en cuanto a la convivencia con cada uno de su padres, mejoramiento de su autoestima y confianza, una mejor relación interpersonal con sus padres, menos problemas psicológicos, reducción y casi nula las probabilidades de maltrato físico y violencia psicológica, permite establecer mejores vínculos afectivos y solidos entre padres e hijos.

Como puede apreciarse, y como teoría podemos decir podemos decir que las principales características citadas por la autora son: la estimulación de interrogantes por parte del menor, sobre las dudas que pueda tener, teniendo en



cuenta la madurez cognitiva y por tanto su capacidad comprensora.

Con relación a la tenencia compartida, es que ocurrirán cambios drásticos que podrían afectar la estabilidad del menor; razón por la cual resulta importante preparar a los hijos menores sobre los cambios que resultarán de la separación de sus padres.

Es preciso señalar, que los padres, aunque como parejas no funcionen, debe de tenerse en cuenta que siguen siendo padres, y más ahora con más fuerza debido que se afrontarán problemas individualmente que se relacione con el menor, por tanto es importante que los padres e hijos pasen mucho tiempo juntos, organizando salidas o todo aquello que haga y promueva el desarrollo integral del menor tanto física Como Psicológicamente.

Margaret Bonding Theory, 2006; “teoría de la Vinculación Afectiva “, la autora expresa que la tenencia compartida, permite mayor control en cuanto a las responsabilidades de los padres; en cambio en el régimen de visitas se parecía que hay un tiempo mínimo de convivencia con el padre que la obtiene; razón por la cual se considera que el padre que el padre que obtiene el régimen de visita no es un simple visitante, ya que este tiene interés y responsabilidad directa en el desarrollo integral de su menor hijo.

El interés superior del niño, es una fórmula de reparto del tiempo del menor entre sus dos padres en partes proporcionales, basado en un adecuado desarrollo del niño, y sobre todo integrarse a la familia de cada uno de sus padres.

En otras Legislaciones, como la Canadiense, se puede apreciar que el término de Tenencia Compartida por el de COPARENTABILIDAD, reconociendo que a pesar del divorcio de los padres,

estos deberán de procurarse una relación estrecha, recíproca y continua, a fin de que ello beneficie a su hijos, se tiene en cuenta que la edad del menor no debe ser excusa limitante al contacto con el otro progenitor, por ende no se da preferencia a ninguno de los padres, promoviendo siempre los actos conciliatorios ante cualquier divergencia.

Por tanto, teniendo en consideración el párrafo precedente, nuestro país debe de modificar las normas legales sobre la materia, ya que los menores tienen derecho a crecer con la participación de sus padres; en razón a que día a día crece la necesidad de que ambos padres aun estén separados puedan asumir plenamente del desarrollo integral de sus menores hijos.

Con relación a la separación de hecho, que es el fondo que motiva la tenencia de un menor ya sea monoparental o compartida, tenemos:

Placido Vilcachagua 2001. Pág. 98; menciona que la separación de hecho se efectúa, cuando los matrimonios o uniones de hecho, sin una disposición Judicial, rompen el deber de cohabitar de manera permanente, ya sea esto por voluntad de uno o de ambos componentes de la unión matrimonial o de hecho.

Montoya Calle, 2006, pág. 224; afirma que la separación de hecho es producida cuando se acaba la convivencia conyugal, sin que exista una resolución judicial que la determine, situación que puede darse de diferentes maneras como por el abandono del domicilio de la familia.

2.3.4. LA RUPTURA DE LA RELACIÓN DE LOS PADRES Y SITUACIÓN DE LOS HIJOS.- La separación de una pareja, con hijos menores se torna bastante complicada, en razón a que los niños son los más vulnerables en el entorno familiar y por ende los que tienen mayor sufrimiento frente a los problemas de los padres, y como se puede mencionar es inevitable

que los hijos estén inmersos en los problemas y decisiones de sus padres.

Consecuentemente a lo expuesto en el párrafo precedente, los padres tiene que tratar necesariamente los temas relacionados con la tenencia, patria potestad, alimentos y otros relacionados con el desarrollo y seguridad de los hijos menores.

Patria Potestad; según (Bermúdez Tapia, 2012 Pág. 456) indica que la patria potestad como un conjunto de deberes y derechos inherentes a los padres en relación a las personas y bienes que corresponden a los hijos, con el objeto de su protección y formación integral, lo cual se inicia desde la concepción y en tanto sean menores o no se hayan emancipados.

Por tanto, los titulares del derecho son los padres, pero no son sus derechos sino los de los menores,

por tanto son los que tienen el interés superior, consecuentemente a ello establecen los deberes de los padres hacia los menores.

(Garay Molina, 2009. Pág. 114) cita la sentencia de la sala de familia (...) la patria potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de los hijos menores, lo cual no puede ser materia de ningún convenio, de acuerdo o de renuncia, porque su ejercicio no constituye la disposición de los padres sobre ellos, por lo que no debe de confundirse la patria potestad con la tenencia, siendo la tenencia un atributo de la patria potestad.

2.3.5. Tenencia; según (Chávez Lamonja, 2012 Pág. 112)  
La tenencia desde el punto de vista jurídico, es la situación por la cual un menor se encuentra en el poder de uno de sus padres, siendo este un derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía.

Así mismo (Torres Vásquez, 2008, Pág. 743) manifiesta “La tenencia es una institución cuya finalidad es poner al menor bajo el cuidado de uno de sus adre al encontrarse estos separados de hecho, teniendo en cuenta lo más favorable al menor y la busca de su bienestar, esto es teniendo como base el interés superior del niño”

Para (Beltran Pacheco, 2009) la tenencia es “Un atributo de la patria potestad, el mismo que se ejerce cuando ambos padres viven juntos y por tanto ambos padres ejercen su derecho y deberes en armonía, y como institución propiamente dicha; cuando los padres no residen en el mismo domicilio y por tanto solo uno de ellos puede vivir con su hijo o hijos menores, por lo que el legislador hoy en día reconoce dios clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones”.

Como podrá observarse, la tenencia es una institución que tiene por finalidad, poner al niño bajo

el cuidado de uno de sus padres cuando estos se encuentren separados a lo que se le llama la tenencia mono parental, y el cuidado de ambos padres cuando se dispone o acuerdan los propios padres sobre una tenencia compartida.

La convención sobre los derechos del niño, (Resolución N° 44/25 de la Asamblea General del 20 de Noviembre de 1989) establece en su artículo 9 (...) Los Estados Partes velaran por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de la revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe de adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.



De igual manera el Artículo 18 – 1) Los Estados Partes, pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Así mismo, el Código Civil en su artículo 422°, expresa que: En todo caso los padres tienen el derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias.

El Código de los Niños y Adolescentes, en cuyo artículo 81 establece que: “Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este

resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el Juez Especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”

En la Casación N° 1015-2000-Lima; se menciona que el ejercicio de la tenencia por uno de los padres no es un mero derecho subjetivo que tiene sobre sus menores hijos, sino un complejo indisoluble de deberes que se expresa en una función a ellos encomendada, para lo cual no solo deben valorarse las características, aptitudes o habilidades positivas del padre o de la madre, sino también factores externos regulados en nuestra Ley positiva, como que el hijo deberá permanecer con el padre o madre con quien convivió un tiempo mayor, siempre que le favorezca, además de atender a la edad, al sexo del hijo (....)

La tenencia compartida, es la que corresponde a los dos progenitores, en forma amplia sin limitación alguna. Nuestra norma legal señala que ambos padres deberán de acordar la tenencia de sus hijos, a excepción de que los niños menores de tres (03) años deben de permanecer con su madre.

(Aguilar Llanos, 2014, Pág. 45) señala que la tenencia se traslada en una relación fáctica de la convivencia de los padres con sus hijos, lo cual sirve de base para el ejercicio de los derechos y sus deberes, lo cual significa una vida en común, siendo estas bases las que operen en la patria potestad, toda vez que ello influye en el proceso educativo, representación legal, y la aplicación de correcciones moderadas. (...) La tenencia tiene que verse desde dos vertientes, una la de los padres, como derecho de ellos de vivir con sus hijos, y la segunda referida a los hijos, como derecho de ellos de vivir con ambos padres (...)

(Bermúdez Tapia, 2012, Pág. 458) señala “Con la tenencia compartida los dos progenitores están en igualdad de condiciones, tanto respecto a la organización de su tiempo como a su vida personal y profesional”

La Corte Suprema de Justicia del Perú, en su Tercer Pleno Casatorio Civil, en la Casación N° 4664-2010 PUNO, establece como precedente judicial vinculante: “En los procesos de familia, como en el de los alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y en consecuencia debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencias, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y 43° de la Constitución Política del Estado”.

2.3.6 Las denuncias mutuas entre padres y la existencia de relaciones tensas, desaconsejan la aplicación de la custodia o tenencia compartida del hijo menor.

La razón que ampara, para rechazar este tipo de guarda y custodia o tenencia con respecto a los hijos menores, se centra esencial y principalmente en el “interés superior del menor”.

2.3.7 La **particularidad de custodia o tenencia compartida**, exige la imperiosa situación de que entre los progenitores exista la relación de respeto mutuo lo cual permitirá la aceptación de actitudes, así como conductas que amparen y sean de beneficio del menor.

Téngase en cuenta, que cuando las relaciones entre los progenitores son tensas y malas, conllevan a la interposición de denuncias

recíprocas, razón por la cual en estos casos no es aconsejable la tenencia compartida de los menores con ambos progenitores.

Cabe precisar, que la solicitud de tenencia compartida, se puede solicitar mediante la modificación de medidas, cuando anteriormente existe una sentencia que haya otorgado la tenencia a uno solo de los padres.

Es así, que las medidas que el Juez adopte en beneficio del menor o las sean convenidas mutuamente por los cónyuges, están podrán ser modificadas por los mismos cónyuges judicialmente o por nuevo acuerdo conciliatorio, cuando así lo presentaren las necesidades de los menores o la variación de las circunstancias de los progenitores.

### 2.3.8

La Custodia compartida, la corresponsabilidad parental, así como la justicia terapéutica, se visualizan como un nuevo modelo social

La tenencia se centra en una organización de responsabilidad de los progenitores, tras el rompimiento de una pareja, y sus consecuencias que este rompimiento tiene sobre los hijos menores y su tenencia, en especial de la aplicación de la custodia compartida. Por tanto se introduce la justicia terapéutica, como un paradigma pertinente que lleva a cabo modificaciones de las normas legales, así como los procedimientos judiciales, y la participación de los profesionales que intervienen en cada caso cuyo objeto es de facilitar una corresponsabilidad parental de manera y forma positiva, centrada principal y objetivamente en el bienestar de los hijos menores.

En el desarrollo de la historia de la humanidad, la figura de tenencia y custodia de los hijos menores, ha experimentado grandes y positiva evolución. En las épocas no tan antigua, los padres (varones)

ideaban a sus descendientes como si estos fueran una propiedad, lo cual les permitía la disposición de sus hijos de la manera que ellos considerasen lo mas conveniente, inclusive pudiendo matarlos, darlos en venta, como regalo a los a sus dioses, dejarlos abandonados o también explotarlos.

Ackerman 1995, Wall y Anadio, 1994 Hasta los principios del siglo XX, al producirse al disolverse de un matrimonio, la custodia era otorgada en forma sistemática al padre, teniendo supuestamente en cuenta que el hijo se encontraría en las mejores condiciones económicas, quien, junto con la cónyuge, eran de su propiedad.

A principio del siglo XX se produce cambios significativos relacionados con relación a la tendencia imperando la búsqueda del mejor interés para el menor.



(Fariña y Arce, 2000) Después de la Segunda Guerra Mundial, en el principio del mejor interés del menor empieza a cobrar fuerza. La Declaración Universal de los Derechos del Niño en 1959, las personas menores de edad comienzan a tener derecho propio, de forma personal e independiente a los de sus padres, lo cual dio lugar a la doctrina de los Tender Years, lo cual asume que los hijos pequeños deben de permanecer bajo el cuidado de la madre, al considerarse que es la persona que les va a proporcionar mejores cuidados; en razón a que las madres son las encargadas del cuidado de los hijos.

(Vanassche, Corijn, Swicegood y Matthijs, 2015). Los menores deben de vivir exclusivamente con la madre a tiempo completo, por ser quienes los tiene a su cargo.

(Halla, 2013) En los años 79 surge en Inglaterra, a través de una decisión judicial, la nueva posibilidad de custodia, la compartida

(Brinig y Buckley, 1998) Así mismo, Estados Unidos implanta en el Estado de Indiana en 1973 de manera fundadora una ley que favorece la custodia o tenencia compartida.

(Brinig y Buckley, 1998) A lo largo de la década de los ochenta y principios de la del noventa, se ampararon leyes que permitían compartir la custodia de los hijos menores, cuando la pareja se separaba.

(Kelly 2007, Lamb, 2004) Pese a que la mujer ha sido incorporada al mundo laboral, así como el varón a las actividades domésticas y al cuidado y crianza de los menores hijos, la desigualdad a la hora de asumir la custodia de los hijos menores tras una separación de sus padres, no ha

desaparecido sigue igual para algunos operadores del derecho que aplican la doctrina Tender Yearsen

(Briones y Villanueva, 2014) Cada vez es menos excepcional la tenencia compartida, pero en países como Estados Unidos, Noruega, Francia, los Países Bajos o Australia la incidencia de la custodia compartida todavía baja, siendo entre el 10 y el 30% de los procesos de tenencia que se atribuyen a la tenencia compartida. Incluso en aquellos países en los que las políticas de igualdad se encuentran plenamente instauradas, como es el caso de Suecia, dicha cifra se sitúa entre el 30% y el 40. Sin embargo, en Italia, tras la reforma de su *Codice Civile*, que introdujo entre sus normas legales la custodia compartida por medio de la Ley 54/2006, de fecha 8 de febrero del año 2006, la custodia pasó de establecerse en el 15.4% de los casos de separación en el año 2005 al 72.1% en 2007.

El Consejo de Europa, 2015 en la Resolución 2079 sobre igualdad y corresponsabilidad, se posiciona a favor de la custodia compartida, como se puede apreciar claramente en el punto 5.5, en que señala que hay que introducir en la “legislación el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación”. Obviamente, establece excepciones cuando existe abuso o negligencia en la atención a los hijos o violencia doméstica y señala que hay que ajustar el tiempo de estancia de los menores con los progenitores de acuerdo a sus necesidades e intereses.

Cuando se hace referencia, a la forma de organizar la vida de los hijos tras la ruptura de pareja no se debería colocar el foco en principios de igualdad de género sino, como exige la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (ONU. 1989) en buscar lo que es más conveniente para los menores.

Nelsen. 2011. Afirma “los padres divorciados, responsables políticos y profesionales que trabajan en el ámbito legal o de la salud mental en el sistema judicial de familia comparten un objetivo común: elegir y promover el plan de crianza más beneficioso para los niños cuyos padres se están separando” (p. 586). Sin embargo, como la misma autora reconoce, lo que podría semejar algo sencillo plantea una serie de cuestiones complejas que provocan una enorme controversia, si bien más en el debate político que en el científico.

En este sentido, hace ya más de dos décadas, el 14 de junio de 1995 la *American Psychological Association* en su informe a la Comisión de Estados Unidos sobre Bienestar Infantil y Familiar, tras exponer los resultados de las principales investigaciones sobre custodia compartida y sus repercusiones en el bienestar del niño, sostenía que la custodia compartida conlleva consecuencias favorables para los niños, en particular su mejor adaptación.

American La Institute 2002, Cancian et al. 2014. En Estados Unidos la mayoría de los Estados han acordado que el interés superior del niño implica la custodia compartida al igual que en otros países occidentales. En cuanto a España, se vienen produciendo una serie de cambios legislativos a nivel autonómico que promueven la custodia compartida, como en el caso de Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco. Sin embargo, la legislación estatal sigue anclada en la ley 15/2005, de 8 de julio la cual, si bien introduce la opción de custodia compartida, lo hace tenuemente, poniendo demasiadas limitaciones para otorgarla, especialmente si uno de los progenitores se opone, de tal manera que la decisión judicial se supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal.

2.3.9 **Custodia compartida o corresponsabilidad parental.** Como Tenencia Compartida podemos entender, tal como lo señala (Bayata. 2013) que este término no tiene una definición clara y

generalmente se distingue entre custodia física y custodia legal compartida.

Bauserman. (2002) Asume que con custodia física compartida se pretende indicar que los niños van a pasar con ambos progenitores un tiempo considerable, aunque no necesariamente 50/50. Los investigadores han tomado como custodia física compartida cuando se pasa con uno de los progenitores entre el 33% y el 50% de tiempo y el resto con el otro (Kelly. 2007, Sodermans et al 2015 y Matthijs, 2014)

En la custodia legal compartida los menores, tienen una residencia principal, que suele conservar uno de los progenitores. Este tipo de custodia a los menores no les asegura una comunicación fluida y constante con el progenitor no residente, pero sí se garantiza que ambos progenitores sigan participando de manera permanente y activa en su vida y se tengan que poner de acuerdo cuando haya que tomar decisiones sobre ellos (Bauserman, 2002) Es decir,

la custodia legal compartida conlleva que ambos progenitores comparten los derechos y responsabilidades legales para tomar decisiones importantes que afecten a sus hijos.

En España, la custodia legal podría equipararse a la patria potestad, ya que, como es bien conocido desde la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio (Cortes Generales, 1981) por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, las sentencias de separación y divorcio siempre han venido estableciendo que los hijos menores del matrimonio, salvo que exista causa grave que lo impida, quedarán bajo la patria potestad de ambos progenitores. Sin embargo, contrariamente a lo que (Bauserman . 2002) establece para la custodia legal, la patria potestad conjunta en muy pocos casos se traduce en la participación habitual del progenitor no custodio en la toma de decisiones importantes y en la posibilidad de participar permanentemente y de



forma activa en la vida de sus hijos. Esta realidad obliga a concretar que si bien la custodia compartida no significa necesariamente dividir al 50% los tiempos de estancias y permanencias de los menores con sus progenitores, en ella “ambos progenitores van a responsabilizarse de igual modo de sus hijos, asumiendo implícita o explícitamente que ambos son importantes para ellos”

La (Fariña. Seijo, Arce y Novo. 2002. p. 115) Tenencia Compartida conlleva que ambos padres tengan la oportunidad de participar de manera responsable en el proceso de crianza de sus menores hijos, así como de su cuidado, y de representarlos legalmente.

(Alcázar, 2014, Simón, 2009) En la tenencia compartida se afectó y todo tipo de apoyo psicoemocional y material a los menores de tal manera que permita mantener y fomentar apegos positivos y seguros con los dos progenitores.

De este modo, para algunos autores (p.ej. Ibáñez 200, Ramírez, 2003. Simón, 2009) la tenencia compartida hace reseña a situaciones difíciles de concretar, por tanto la custodia exclusiva, custodia partida y custodia conjunta podrían encajar dentro del concepto general de custodia compartida. En virtud de ello, diferentes legislaciones de carácter internacional y autonómico aluden a la organización de la corresponsabilidad parental.

En Europa, como señala Bayata (2013), el término “custodia” tiende a desaparecer, siendo reemplazado por diferentes términos como “responsabilidad parental”. Así, la propia denominación del mentado Anteproyecto de Ley hace referencia al ejercicio de la corresponsabilidad parental. El artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala la obligación de “respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés

superior del niño. Este derecho se pone más de manifiesto en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en los que éstos no están eximidos de sus obligaciones para con los hijos, es decir, de su corresponsabilidad parental, lo que lleva a adoptar determinadas medidas para la protección del menor y de sus derechos, respetando también los derechos que tienen ambos progenitores” (Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio; (Ministerio de Jusycticia. 2014. P.7)

#### 2.3.10 **Evidencias sobre los efectos de la custodia compartida**

El impacto negativo que produce la separación de las parejas en los niños tanto a nivel de salud física como psicológica y su incidencia en su desarrollo personal, escolar y social es una situación preocupante, tanto para los operadores del derecho como la para la sociedad en general; es así que

numerosos estudios encuentran que los hijos menores de padres separados presentan grandes riesgos de padecer problemas de salud física como mental, como destacar entre otros la obesidad, el asma, la hipertensión, el cáncer, las enfermedades de tipo coronario como otras enfermedades, de otro lado enfermedades psicológica y psíquicas que repercuten en su desarrollo como personas(p.ej., Hemminki y Chen. 2006, Lorenz et al. 2006, Maier y Lachman.2000, Orgilés et al. 2008, Seijo et al 2010, Troxel y Mathews. 2004, Yannakoulia et al 2008)

La separación de los padres, tienen efectos muchas veces graves de índole psicoemocional, en los hijos menores, causantes de distorsiones emocionales, manías, ansiedades entre otros que afectan su salud psíquica (Ackerman. 1995, Cherlin et al 1998, Garnefski y Dijkstra, 1997, Kalminj 2016, Wallerstein y Kelly. 1980).

(Ellis 2009) Informa que el divorcio duplica el riesgo de problemas de ajuste emocional y también conductuales en los hijos menores.

Teniendo en consideración, que los hijos cuando ya tienen uso de razón pueden tener conciencia de la situación de sus padres, en relación a los conflictos de parejas o matrimoniales, ya que reflejan en ellos tal comportamiento, que en la mayoría de los casos es beneficioso, porque cesan los conflictos en forma directa, en el que el menor es participe de las actitudes de sus padres; toda vez que ellos siempre quieren tener a sus padres unidos y no separados.

(Seijo et al. 2010) En España, en un estudio realizado con estudiantes universitarios españoles, hallaron que aquellos cuyos padres se habían separado cuando ellos eran niños padecieron en la infancia y juventud más alteraciones psicoemocionales y recibieron más atención psicológica y psiquiátrica que aquellos cuyos padres vivían juntos. De hecho, “los hijos de padres divorciados acuden a las consultas y servicios de

psiquiatría del niño y del adolescente en mayor proporción que los niños de familias no separadas”

Mardomingo. 1994, p.623. Los que se separan y sus descendientes experimentan más problemas de salud mental y psicológica. De acuerdo con todo ello, afirma que las consecuencias del divorcio, especialmente para los niños, son graves y en algunos casos permanecen hasta la vida adulta.

(Bergström et al., 2014a, Vanassche et al., 2015), Tras la separación de los padres la mayoría de los hijos menores siguen viviendo más tiempo con la madre que con el padre, aunque cada vez más el tiempo de permanencia con el progenitor varón se va incrementando, ya sea con tiempos de estancias inter-semanales o custodias compartidas. Este hecho ha motivado investigar y comparar las consecuencias que los diferentes tipos de custodia tienen para los hijos.

Como puede apreciarse en general, la custodia compartida muestra más ventajas frente a la exclusiva en diferentes ámbitos: psicológico y emocional, escolar académico, en la salud física y en la relación con ambos progenitores.

En tal este sentido, Donohue, Beitz y Tolle (2009) no duda en afirmar que la investigación demuestra empíricamente que, tras el divorcio, lo mejor para los hijos es la custodia compartida y el contacto sustancial con el padre no custodio. Además, existen también evidencias de que la custodia compartida es beneficiosa para los progenitores.

Concretamente, Bauserman (2012) en un estudio meta analítico constata, entre otras cuestiones, que los progenitores con custodia compartida, en comparación con los que tienen custodia exclusiva, presentan mayor satisfacción con la relación que mantienen con sus hijos, tienen menos conflicto interparental y litigan menos; los padres se encuentran más satisfechos con el tipo de custodia,

las madres experimentan menos estrés y sobrecarga por las labores de crianza y ambos informan que la relación genera más sentimientos positivos y apoyo emocional.

Por el contrario, son pocos los autores que se muestran frontalmente opuestos a la custodia compartida. En ese sentido, se suele citar el estudio de McIntosh, Burns, Dowd y Gridley (2009) como argumento en contra de la custodia compartida, a pesar de que sus resultados deben ser considerados con mucha cautela: utilizó 69 familias con custodia compartida, de las que en sólo 16 casos los progenitores la habían elegido voluntariamente; la mayoría de las restantes familias se encontraban fuertemente enfrentadas y los propios investigadores consideraron que la ansiedad elevada encontrada en los niños pequeños estaba más relacionada con un grave conflicto entre los progenitores, el bajo nivel de formación de éstos y la falta de habilidades parentales de la madre que con la custodia compartida.



Carlsund, Eriksson y Sellström (2013) y (Cavanagh y Huston, 2008, King, 2002, Moxnes, 2003, Son autores que han informado que para los hijos menores, vivir en dos casas les incrementa sus niveles de estrés, debido a que existen cambios frecuentes y a una configuración familiar de mayor complejidad; así mismo, en una investigación realizada en Suecia, encontraron que la custodia compartida conlleva a más peligro para la salud y el bienestar de los menores. Igualmente, se ha motivado que el hecho de tener dos lugares de residencia, obstaculiza en la relación entre familias distintas.

Paradójicamente, Prazen, Wolfinger, Cahill y Kowaleski-Jones (2011) encontraron que la custodia compartida no pone en peligro las amistades vecinales de los niños; muy al contrario, hijos y progenitores suelen estar satisfechos en este sentido.

Por su parte, McMillan, McIsaac y Janssen (2016) empleando los datos de Canadá del período 2009-2010, en el estudio *Health Behaviour in School-aged Children Survey (HBSC)*, tampoco pudieron demostrar la hipótesis de que la custodia compartida contribuya a la disminución de la actividad física y el deporte practicado por los niños. También se advierte del mayor riesgo de esta modalidad de custodia para los menores, específicamente cuando existe un grave conflicto entre los padres y sus familias.

Bauserman (2002) Con el objeto de poder establecer el tipo de custodia que es la más beneficiosa para los menores, realizó un meta análisis, a través del cual, ha comparado los efectos de la custodia compartida, tanto legal como física y la custodia exclusiva materna en el grado de adaptación de los hijos menores, incluyendo comparaciones con la custodia paterna y familias intactas. En el análisis utilizó 33 investigaciones, de los cuales 11 ya habían sido publicados y 22 se

encontraban sin publicar (teniéndose en cuenta que de estos últimos 21 se trataban de tesis doctorales). Los participantes de los estudios habían sido madres, padres, niños, profesores y médicos, pero con independencia de la muestra, los resultados permitieron llegar a la conclusión que los hijos menores que tenían custodia compartida, tanto física como legal, estaban mejor adaptados, a diferencia de aquellos con custodia exclusiva y no de forma diferente a aquellos cuyos progenitores vivían juntos. Concretamente, quienes vivían con sus progenitores, en contraste a los que se encontraban bajo custodia exclusiva, se visualizaba un compromiso general más efectivo en las relaciones familiares, en autoestima, en adaptación emocional y conductual, así como en el ámbito académico.

Bauserman (2002) concluyó que “la investigación disponible es consistente con la hipótesis de que la custodia compartida puede ser beneficiosa para los niños y no presenta ninguna desventaja clara con respecto a la custodia exclusiva”. Se debe resaltar

que los progenitores con custodia compartida advertían de menos conflicto en el pasado y en el presente que aquellos que tenían custodia en exclusiva.

(Bauserman, 2002, p. 99) y Nielsen (2011) Llevaron a cabo estudios sobre las consecuencias de la custodia compartida, así como de la custodia materna, con las publicaciones encontradas en el *Social Science Index*, además del tipo de custodia, y el tiempo que los hijos pasaban con cada progenitor. De este modo, se tomó como custodia compartida o parentalidad compartida que los menores pasaran al menos el 35% con cada progenitor y en la categoría custodia materna que vivieran casi exclusivamente con su madre y pasaran períodos de tiempo variables con su padre.

(Bauserman, 2002, Cancian y Meyer, 1998, Fox y Kelly, 1995, Shiller, 1986, McIntosh et al., 2009). También establecieron que los jóvenes que se

beneficiaron de la custodia compartida, en contraposición a los que vivían con sus madres, consideraban que era por su mejor interés.

Actualmente, Fransson et al. (2015), en un estudio con menores de 10 a 18 años, 391 con custodia compartida, 654 con custodia exclusiva y 3.639 de familias intactas, hallaron que la afectación psicoemocional era menor en los adolescentes que tenían custodia compartida en comparación con los que tenían custodia exclusiva. Estas diferencias no se explicaban por factores socioeconómicos o por la mala salud de los progenitores. Los resultados de la investigación les llevaron a concluir que “la custodia física conjunta podría contrarrestar los posibles efectos negativos de la separación de los padres”

(Fransson et al., 2015, p. 183). Por su parte, en el estudio en el que también se incluían familias intactas, encontró que el tipo de relación filio-

parental se asocia en mayor medida con problemas psicosomáticos en los hijos que el tipo de custodia.

Según Kelly (2007), el hecho de que los padres con pernoctas semanales participen activamente en la vida de sus hijos menores, realizando actividades relacionadas con la escuela y el ocio, conlleva a numerosos beneficios para ellos, entre los que destaca el ajuste psicológico y conductual, así como su rendimiento académico.

(Fariña, Arce, Vázquez, Novo y Seijo, 2013), La custodia compartida supone, en general, ventajas para todos los miembros de la familia, especialmente para los hijos. No siempre es factible tras la ruptura de pareja de los progenitores esta modalidad de organización familiar debido en la mayoría de los casos a que se adopta un enfoque equivocado y se gestiona mal la ruptura. La justicia terapéutica supone una nueva visión en el abordaje y superación de estos procesos de una manera

amigable y cooperativa, posibilitando la coparentalidad postseparación.

### 2.3.11

#### **El paradigma de la justicia terapéutica**

El origen de la *therapeutic jurisprudence* (TJ) (traducido como justicia terapéutica) se establece en 1987, en un trabajo de David Wexler para el National Institute of Mental Health de los Estados Unidos, aunque oficialmente el concepto se instituye en 1996, con la publicación de *The development of Therapeutic Jurisprudence* de David Wexler y Bruce Winick (1996). La Justicia Terapéutica, fue etiquetada como una orientación importante dentro del movimiento denominado *Comprehensive Law*, surgido por la crisis del sistema de justicia de corte punitivo. En este sentido, Daicoff (2006) afirmaba que era uno de los pilares de un movimiento humanista, integrador y de intervención psicológica del manejo de la ley. Sin embargo, actualmente la Justicia Terapéutica es más que un movimiento: es un nuevo paradigma.

Stobbs (2013) Señala “existen indicios razonables para respaldar las afirmaciones de que la justicia terapéutica puede constituir un paradigma de Kuhn, en cualquiera de las tres categorías ontológicas” (p. 281).

Este paradigma se concentra en la tesis del rol que desempeña la ley y su aplicación de la misma en un proceso judicial como agente terapéutico, y particularmente en cómo incide en el procedimiento legal en el bienestar psicoemocional de las personas, especialmente de los menores. Siendo su propósito buscar y proponer normas y procedimientos legales, así como comportamientos de los operadores del derecho, que conlleven a resultados positivos para la vida emocional y el bienestar psicológico de los usuarios del sistema legal; es decir, que resulten terapéuticos, y erradicar todo aquello que pudiera ser potencialmente antiterapéutico en cualquier procedimiento legal. Además, la Justicia Terapéutica, busca no sólo



resolver los casos judiciales, sino también la causa que los motiva; Consecuentemente a ello pretende a que se apliquen todas las herramientas de las ciencias de la conducta a la ley, con la finalidad de lograr cambios palmarios que resulten positivos, para promover el bienestar de todas las personas que intervienen en el tribunal y a crear sistemas de justicia más relevantes y efectivos para las personas participes de él; así como para la ciudadanía en general. Para lograrlo incorpora al sistema legal conocimientos y hallazgos de la psicología, la criminología y trabajo social.

(Kaiser y Holtfreter, 2015). Sus principios importantes son:

- (1) La intervención judicial continua,
- (2) El estrecho seguimiento de la conducta y respuesta inmediata a la misma,
- (3) La integración de los servicios de tratamiento con el procesamiento de los casos judiciales,

- (4) La participación multidisciplinar y
- (5) La colaboración con organizaciones comunitarias y gubernamentales.

(Babb, 1997, Wexler, 2015). En procesos de separación de pareja los tribunales se tienen que centrar en proteger a las familias y a los niños de las consecuencias negativas de la ruptura conyugal, en el presente y en el futuro, y reducir la confusión emocional, para preservar o promover la armonía familiar. Además, deben buscar facilitar relaciones familiares más positivas y el fortalecimiento de un funcionamiento normalizado de la familia, intentando que su intervención incida de un modo positivo e incluso mejore la vida de quienes participen en el proceso.

(Babb, 2014). Igualmente menciona, que se requiere de todos los agentes jurídicos una intervención sensible al estado psicoemocional

en el que se encuentran los progenitores, para que el proceso sea lo más terapéutico posible para ellos y para sus hijos.

En definitiva, la Justicia Terapéutica, facilita las separaciones colaborativas y amistosas que permiten proteger y potenciar el bienestar de todos y mantener relaciones de coparentalidad positiva; es así que promociona el derecho colaborativo, la mediación familiar, los programas de apoyo a las familias que viven la ruptura de pareja, como el de “ruptura de pareja no de familia” y la coordinación de la parentalidad, prácticas que en países como Estados Unidos y Canadá ya se encuentran ampliamente instauradas, e incluso en procesos de evaluación de custodias orientados en los que la valoración de la capacidad para ejercer la parentalidad positiva lo cual es indispensable, tal y como establecen las normas internacionales.

Como se ha mencionado anteriormente, los resultados de la separación de las parejas, pueden afectar gravemente la vida de los hijos menores y de los mismos progenitores, especialmente cuando la separación se realiza de manera contenciosa y por ende el conflicto destructivo se encuentra latente en la vida de esa familia, independientemente a que se haya establecido la custodia compartida o de manera exclusiva.

Como se puede apreciar la custodia o tenencia compartida se muestra como una modalidad más adecuada que conlleva al bienestar de los hijos y el único modelo viable para proteger el principio de igualdad entre hombres y mujeres, aunque no siempre sea el más aconsejable como factible.

En los procesos que conllevan a la separación o al divorcio, invariablemente es necesario la adaptación a las necesidades y posibilidades que

tiene cada familia, teniendo en cuenta principalmente en definir la forma de las relaciones y comunicaciones entre los hijos con los progenitores. Lo fundamental, como establece la Convención sobre los Derechos del Niño, debe prevalecer el mejor interés de los menores, y eso es preservarles la familia.

#### 2.3.12

Como se ha podido analizar durante la presente investigación, las sentencias dictadas por el Juez de familia del Condevilla sobre tenencia compartida, toda vez que no se tiene en cuenta y no protege plenamente el bienestar del menor, que no se tiene en cuenta una mayor investigación sobre el interés del menor con relación a ambos progenitores, téngase en cuenta que actualmente en la teoría “Padres y el Desequilibrio Emocional” se considera que es un proceso que afecta de forma negativa en el marco de la tenencia de los menores; razón por la cual los modelos de programas de mediación para padres separados se centra en la práctica y el desarrollo evolutivo de los menores

Muchas veces las parejas no funcionan como tal, pero esto no quiere decir que por ello dejan de ser padres y por ende la responsabilidad continua como tal, he incluso con más fuerza, toda vez que se encuentra con nuevas acciones y realidades frente a sus hijos. Cuando un Juez dicta una sentencia tomando una decisión de cuál de los padres se queda con los menores, estas acciones también tienen consecuencia en los mismos menores toda vez ello refleja en su rendimiento escolar; y en su comportamiento social, razón por la cual es muy importante que los profesores y/o educadores tengan prioridad y una especial atención a estos niños teniendo en consideración su situación.

### 2.3.13

El tipo de tenencia que generalmente son aplicados por los jueces de familia es el monoparental, es decir existe una gran preferencia que los hijos menores se encuentren exclusivamente al lado de la madre, sin visualizar

lo beneficioso que podría ser que ambos padres tengan la responsabilidad del desarrollo del menor, salvo sus acepciones, que el juez puede ver y no aplicar la tenencia compartida protegiendo al menor con la respectiva opinión fiscal.

Tanto en las Legislaciones Europeas, como americanas a la tenencia de los hijos con la participación de los dos padres se le llama Tenencia Compartida estableciéndose que esta institución por su propia forma de ejecutarse ha generado muchas ventajas a favor de los menores, es así que los menores tienen una mejor adaptación al entorno social, un mejor rendimiento en los estudios y tareas escolares, mejor satisfacción en cuanto a los tiempos de convivencia con sus padres, mejor autoestima, una mejor relación interpersonal con ambos padres, menor problemas de carácter psicológicos y menos estrés, reducción de los maltratos psicológicos y físicos, mayor

responsabilidad de compartir los padres las responsabilidades y tareas con los hijos.

#### 2.3.14

La **“Teoría De La Vinculación Afectiva”** también llamada Bonding Theory por su autora Margaret Brinig, menciona que la tenencia compartida permite un mayor esfuerzo y mayor responsabilidad por los padres, contrario ello un “Régimen de Visitas” en donde se visualiza que la responsabilidad y el tiempo de convivencia es bastante mínimo, toda vez que el padre no vive con el menor y es simplemente un visitante.

La legislación Canadiense, establece a la Tenencia compartida como Copa Rentabilidad, reconociendo ella que a pesar de la existencia de una separación de hecho y/o divorcio ambos padres establecen el mantenimiento de una relación, continua, así como recíproca en el bienestar de sus menores hijos, sin tener límites por sexo, edad u otra razón que pueda favorecer a uno de ellos la exclusividad de los hijos, muy por



el contrario queda establecida la participación activa de ambos padres

**2.3.15** La casación N° 1252-2015 de Lima Norte, interpuesta contra la sentencia de vista emitida por la primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima norte, de fecha 14 de noviembre de 2014, interpuesta por don Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes, cuya demanda principal es la TENENCIA COMPARTIDA; sin embargo el A-quo le fija régimen de visitas al recurrente, a pesar de que tienen su poder a su menor hijo, disponiendo se entregue al menor a su madre, sentencia que fuera confirmada por la Sala Civil precitada. Por tanto la Corte Suprema de Justicia, estima procedente el Recurso de Casación referido a las causales:

- a) Indebida aplicación de los artículos 418° y 423° inciso 5) del Código Civil.
- b) Interpretación errónea del Artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes.
- c) Infracción normativa del Art. 139° inciso 3) de la Constitución Política del Perú.

Como se puede apreciar, de la misma Casación la Sentencia de Vista contiene un fallo extra petita, en razón a que el órgano jurisdiccional otorga un derecho que no había sido solicitado en la demanda.

Sobre el particular el artículo sexto de la Casación N° 1252-2015, anota que la tenencia compartida es factible jurídicamente, en atención a lo previsto por el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes; más aún si el Ad Quem ha determinado en la recurrida, que la conducta de ambos padres del menor no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del mismo, en tanto que ambos expresen sentimientos de afecto hacia él, y este anhela vivir con ambos.

Consecuentemente a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Republica – Sala Civil Transitoria de Lima Norte, CASARON la sentencia de vista, que nos ocupa en la presente tesis, y ordenaron a la Sala

Superior de su procedencia emita nueva sentencia, con arreglo a Ley y conforme a lo establecido en los considerandos de la precitada Casación.

## 2.4 MARCO CONCEPTUAL

### a. Tenencia del menor

La tenencia es una institución del derecho de familia, que tiene por finalidad, el determinar cuál de los padres estará al cuidado de los hijos en el caso de que exista una separación. Por lo que de acuerdo a las circunstancias, como particularmente señala (Beltrán P. "El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la Tenencia Compartida en el Perú?, 2009), puede ser definida como:

Un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos de consuno y, por tanto ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo

o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones.

- b. **La patria potestad.**- es la forma jurídica contenida tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes. Si bien es cierto esta institución no ha sido definida ni desarrollada en detalle en ambos cuerpos legales, tan bien es cierto que en ambas normas se han señalado los deberes y derechos que dicha figura genera en los padres respecto de los hijos.

De ahí que se puede concluir que la Patria Potestad es una institución que impone a los padres deberes y derechos en relación al cuidado y protección a los hijos menores de edad

Por otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 81º señala que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente.

c. **Tenencia Legal Conjunta**

Es la tenencia 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 en amplio de convivencia que varía según las necesidades del niño y adolescente.

d. **Tenencia Física Conjunta**

Es aquella, que Implica que los Padres compartan el tiempo de residencia del niño, aunque los periodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración, por ejemplo, la madre puede vivir con el niño el 75 por ciento mientras que el padre el 35 por ciento, lo cual equivale que todos los fines de semana pasaría a vivir con él. En Nuestro País, la mayoría de estudiosos del Derecho de Familia, Magistrados, Fiscales y Legisladores solo se han enfocado en desarrollar la segunda clase de tenencia, cuando en nuestra opinión la más viable es la Tenencia Legal Conjunta en tanto, para una sociedad como la Nuestra, aun las personas tienen tabús y desconfianza en la viabilidad de la tenencia física conjunta.

Para Viabilizar la Tenencia Conjunta o Compartida sea esta Legal o Física deben considerarse diversos lineamientos, entre la Estructura Tenemos:

- **Actividad de los Padres. –**

Lo Cual es Imprescindible considerar, ya que un Progenitor que tiene flexibilidad en sus horarios de Trabajo o facilidad para solicitar permisos Especiales para Coadyuvar en la Formación de sus Hijos podrá Ejercer mejor la Tenencia Conjunta, permitiéndoseles, por ejemplo: Acudir a sus reuniones escolares sean actuaciones, entrevistas. Actividades deportivas; los cuales suelen ser más importantes durante los primeros años de la vida del niño, ya que en la Adolescencia los Hijos suelen buscar independencia Emocional respecto a sus Padres como los Siguietes Aspectos:

- **Inestabilidad Emocional de los Padres y los Hijos.**

Es fundamental, en cuanto permitirá a los Progenitores coordinar y determinar las pautas de

Crianza en Conjunto, evitando que los niños y adolescentes desacaten los Lineamientos por estos. Los Padres Inestables perjudican a sus hijos, en tanto Limitan el Rol del otro Progenitor o, peor aún, limitan el Desarrollo de sus Hijos pues los Crían Inseguros y con Poca Autoestima.

- **Cumplimiento Cabal del Rol Paternal**

En Relación que los Padres, por lo que si bien pueden ser Amigos de sus Hijos no deben perder la Autoridad Respecto a ellos, ya que son personas en Formación que Requieren de un guía que les pueda dar amor, consejos, valores y sobre todo que los lleve a un Desarrollo Integral de su Personalidad.

- **Voluntad del Progenitor de Ejercer la Tenencia.**

Es Primordial, que el deseo de ejercer la tenencia surja de ambos Padres, en tanto, imponerle a un progenitor la Tenencia del hijo es perjudicial para este, por lo que en nuestra opinión, la Tenencia Compartida más que una solución que otorgue el

Juez, debe ser una decisión conjunta de ambos padres, o a pedido expreso de quien no vive con el hijo. Consideramos, que en aquellos casos los cuales sea el Juez quien determine la Tenencia Compartida, es menester que luego de expedida la Sentencia Judicial, se ordene un seguimiento en la Etapa de Ejecución, sea a través de visitas Sociales Inopinadas o a través de citaciones que el Juez efectué cada cierto tiempo para corroborar que se estén cumpliendo los Parámetros establecidos en su Resolución Judicial.

- **Lugar de Residencia de los Padres**

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

- **Edad del Niño o Niña**

Cuanto más pequeño sea el niño mayor tiempo necesita estar con ambos padres; recordemos que los hijos adolescentes tienen derecho a desarrollarse sus propias actividades en tanto se están preparando



para afrontar el futuro, por lo que los padres contribuirán en su formación en los diez primeros años de su vida.

- **Voluntad del niño y adolescente de acuerdo a su edad** los niños pequeños son más permeables a los cambios, mientras que los adolescentes están más identificados con el grupo social que los rodea así como con los intereses propios de su formación.

- **Aseguramiento del Bienestar del Hijo,**

En todo sentido, sea material como personal, físico y emocional para ello, los padres deben encontrarse en un adecuado estado de salud integral, pues sino le transmiten sus defectos y deficiencias, lo que afecta directamente su personalidad y su bienestar.

#### **e. Presupuestos Facticos para Solicitar la Tenencia**

Que exista una separación de hecho los padres que no exista acuerdo entre los padres para determinar con quién se queda los hijos. que existiendo acuerdo este sea perjudicial para el niño o adolescente que el juez tome en cuenta el parecer del niño o adolescente.

f. **Tenencia de Facto**

Es aquella que por decisión unilateral los padres no recurren al Poder Judicial, la decisión se tomó expresamente o tácitamente se puede decir que es expresa cuando el padre expresa su voluntad de dejar al menor, es tácita cuando los actos del otro padre indican que no quiere tener al menor.

g. **Tenencia Definitiva**

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

1. Los centros de conciliación especializados en familia tienen facultades de entregar actas de conciliación con autoridad de cosa juzgada.

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

Pero en caso de que no se cumpla en lugar de demandarse variación de tenencia, o modificación

de tenencia, el padre que no tiene la tenencia demandará tenencia como si no hubiese existido proceso judicial.

Si un padre tiene la tenencia por una resolución judicial del juzgado especializado de familia, sólo otra resolución judicial se la puede quitar.

Si un padre tiene la tenencia por un acta de conciliación de un centro de conciliación, cuya acta tenga autoridad de cosa juzgada. quien no obtuvo la tenencia en caso de querer variarla o modificarla posteriormente deberá recurrir al juzgado especializado a fin de solicitar la variación o modificación según sea el caso.

#### **h. Tenencia Provisional**

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

El que tiene la custodia de hecho no puede solicitar la tenencia provisional, pero puede recurrir inmediatamente a solicitar la tenencia a fin de que se le reconozca el derecho la ley prevé que quien no tiene la custodia, tiene el derecho de solicitar la tenencia provisional para salvar la integridad del menor, entonces el juez deberá ordenar dentro de las 24 horas la entrega del menor.

i. **Paternidad Responsable**

El artículo seis de la Constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica el ejercicio efectivo de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad; dentro de esta se encuentra el derecho que tienen los padres de vivir con sus hijos, y a su vez el derecho de los hijos de vivir en una familia, sea esta: nuclear, monoparental, separada, reconstituida o ensamblada, entre otras, siempre y cuando le ofrezcan un ambiente sano apto para su desarrollo integral, según el interés superior del niño.

j. **Coparentabilidad**

Este concepto involucra que el padre y la madre son igualmente responsables de sus hijos, cada progenitor debe responder frente a las demandas y expectativas de los hijos de forma independiente o de forma conjunta, porque a su vez el concepto de “coparentalidad engloba al progenitor como un ser completo, capaz de ejercer su rol y el del otro, pero, cada uno conserva su personalidad.

k.. **Clases de tenencia**

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

**A. Custodia:**

Es un atributo dado por vía judicial o convencional donde uno o ambos padres ejercen derecho y deber del desarrollo de los hijos

**B. Patria Potestad**

Es el conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria la madre y el padre al momento que se configura la filiación de la prole

l. **Interés Superior**

Se justifica como la mayor atención prestada a las necesidades del menor, sin duda valorada forzosamente en su propia dimensión, pero también sin desatender su notoria proyección de adulto en formación.

m. **Derechos;**

En plural, hace referencia a aquello que se concede o reconoce a un sujeto de derecho.

n. **Sujeto de Derecho:**

Es aquel sobre el cual recaen derechos y obligaciones.

ñ. **Menor de Edad:**

Es aquel individuo que aún no ha alcanzado la edad adulta comprendida por la infancia y parte de la adolescencia.

o. **Progenitores:**

Antepasado directo de una persona y en especial la padre o la madre.

p. **Institución Familiar:**

Conjunto de situaciones, actuaciones o reglas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran una familia entre si y respecto de terceros.

q. **Desarrollo Integral:**

Proceso continuo, permanente y participativo que busca desdoblar armónica y coherentemente todas y cada una de las dimensiones del ser humano.

r. **Convención sobre los derechos del Niño:**

Es un tratado internacional de las naciones unidas por el que los estados firmantes reconocen los derechos del niño.



s. **Interés Superior del Niño.**

Es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral del niño que aseguren su protección contra malos tratos.

t. **Crianza:**

Proceso en el tiempo y en el espacio que permite tener cuidado del niño hasta que se hace adulto, lo que implica un esfuerzo físico y emocional.

u. **Tipos de Tenencia**

La Doctrina ha determinado la existencia de Tres Tipos de Tenencia que son:

a) **Unipersonal o monoparental**

La tenencia monoparental o exclusiva, es aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria

potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta edad del menor, quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre, que por razones de costumbre se infiere que es la persona más adecuada para ejercer los cuidados del menor.

b) Compartida

Es aquella que ante una familia en la que se han disuelto los lazos de pareja y que se ha reconstituido, los hijos experimentan cambios en la dinámica, en el estilo de las relaciones; pasan de una convivencia donde, de una manera u otra, se compartían los roles maternos y paternos, a una dinámica relacional completamente diferente, donde es el padre o la madre quien va asumir el rol de custodio, en donde ambos padres, post-separados, puedan ejercer conjuntamente la tenencia de su hijo o hijos manteniendo las relaciones familiares y no alterando el desarrollo integral del menor. Corresponde a los dos progenitores, en forma normal, sin recorte alguno. nuestra legislación establece que ambos padres pueden acordar la tenencia de sus hijos, sin embargo, establece reglas que se deben tomar en

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

c) **Negativa.**

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

## **2.5 MARCO FORMAL Y LEGAL**

En la presente investigación a fin de visualizar la eficacia que existe en la aplicación de la norma modificatoria del Código del Niño y del Adolescente en relación a la tenencia compartida en el Juzgado de Familia de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte, se tiene como marco legal el art. 81º del Código de los Niños y Adolescentes,

el mismo que fuera modificado por la Ley 29269, la misma que tuvo como proyecto de Ley N° 199/2006 tiene como objeto incorporar la tenencia compartida en nuestra legislación nacional, con el objeto de que tanto el padre como la madre tengan igualdad frente a los menores hijos; razón por la cual se planteó la modificación de los Arts. 91° y 94° del Código de los Niños y Adolescentes, referente a la tenencia de éstos.

## **CAPITULO III**

### **METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION**

#### **3.1 METODOS DE LA INVESTIGACION**

La presente investigación será básica, transversal, observacional y comparativa

##### **3.1.1 Métodos generales de investigación**

La presente investigación se trabaja en relación al método funcionalista, en la medida que se adoptarán hechos o casos, como análisis o centro de los problemas jurídicos, para lo cual partiremos de una realidad concreta, que es materia de análisis

es decir la eficacia de la aplicación de la norma por el juzgado de familia de Condevilla en el año 2016 a fin de lograr una generalización.

### 3.1.2 **Métodos específicos de investigación**

Como método específico en la presente investigación tendremos el método documental, que es parte esencial de este proceso, constituyéndose como una estrategia donde a través de la cual se observa y reflexiona sistemáticamente las realidades teóricas o no, usando para ello diferentes tipos de documentos de carácter jurídico familia, consecuentemente a ello se utilizará técnicas precisas relacionadas con la documentación existente, usando para ello diferentes tipos de documentos. Así mismo en la presente investigación se utilizará el Método Histórico que es la forma de método científico específico de la historia como ciencia social.

Comprende las metodologías, técnicas y las directrices mediante las que los historiadores usan fuentes primarias y otras evidencias históricas en su investigación y luego escriben la historia.

### **3.1.3 Métodos particulares de investigación**

En relación a la materia de la presente investigación desarrollaremos como métodos particulares, el método, cualitativo, casuístico y estadístico, toda vez que se trata de sentencias judiciales y su aplicación en la tenencia compartida de menores.

## **3.2 TIPOS Y NIVELES**

### **3.2.1 TIPO DE INVESTIGACION**

En el presente estudio se está considerando, en razón a su propia estructura social y su contexto como una básica, no experimental, explicativo.

### **3.2.2 NIVEL DE INVESTIGACION**

Considerando la materia de investigación el nivel será descriptivo – explicativo en razón a que se realizará un análisis del sistema de justicia en la aplicación del art 81<sup>a</sup> del Código de los Niños y Adolescentes modificado por la Ley N<sup>a</sup> 29269 que constituye el presupuesto de la investigación en cuanto a su eficacia en su aplicación por el Juzgado de Familia del Módulo Básico de justicia de Condevilla.

La investigación descriptiva consiste en la recopilación de datos que describen los acontecimientos y luego organiza, tabula, representa y describe la recopilación de datos (Glass & Hopkins, 1984). A menudo utiliza ayudas visuales tales como gráficos y tablas para ayudar en la comprensión de la distribución de los datos. Debido a que la mente humana no puede extraer el significado completo de una gran masa de datos en bruto, las estadísticas descriptivas son muy importantes en la síntesis de los datos de una forma más manejable.

La investigación explicativa.- Otro tipo de investigaciones no experimentales que derivan de la estrategia asociativa son los estudios cuyo propósito principal es explorar las relaciones entre variables con el objeto de pronosticar o explicar su comportamiento (Pedhazur & Smelkin (1990),

### 3.3 DISEÑO DE LA INVESTIGACION

**El término correlación se utiliza generalmente para indicar la correspondencia o la relación recíproca que se da entre dos o más cosas, ideas, personas, entre otras.**

En el presente estudio se tendrá como diseño de la investigación el descriptivo explicativo, en razón a que los estudios explicativos pueden ocuparse tanto de la determinación de las causas (investigación Postfacto) como de los efectos (investigación experimental), constituyéndose para ello sus recomendaciones y conclusiones como el nivel más profundo de la investigación.

M → O

M = MUESTRA

O = OBSERVACIONES / RESULTADOS



### 3.4 POBLACION Y MUESTRA

#### 3.4.1 Población:

La población para la presente investigación está conformada por profesionales y especialistas del derecho de familia y 120 casos sentenciados durante el año 2016 sobre la materia de estudio en el Juzgado de Familia de Condevilla. .

3.4.2 **Muestra:** Para la muestra en la presente investigación se tiene como criterio o razón a los 9 operadores del derecho con conocimiento pleno de la materia en Derecho de Familia los cuales son:

- Especialistas Legales del Juzgado de Familia de del Módulo Básico de Justicia de Condevilla del Distrito Judicial de Lima Norte
- Fiscal Especializado de familia de Condevilla - - Distrito Judicial de Lima Norte.
- Asistente de Notificaciones Juzgado de Familia de del Módulo Básico de Justicia de Condevilla del Distrito Judicial de Lima Norte.

- Abogados especializados en Derecho de Familia.
  
- 120 expedientes judiciales

### **3.5 TECNICAS DE INVESTIGACION**

#### **3.5.1 TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS**

Para esta investigación se empleará las técnicas de investigación científica, las mismas que son:

a. Encuestas. –

Encuestas diseñadas especialmente para los operadores de justicia en el área de familia, quienes explicarán sobre la eficacia de las resoluciones dictadas en cada caso sobre la tenencia de menores, especialmente la relacionada con la tenencia compartida.

**b. Entrevistas.**

Se realizará una entrevista al juez de Familia del Módulo 9 Básico de Justicia de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte, quien nos brindará su opinión acerca de la tenencia compartida de menores y su eficacia en relación a las sentencias dictadas en el periodo 2016.

**c. Revisión de Expedientes.**

Análisis documental.

Esta técnica nos permite obtener y la recopilación de la información relacionada con la dogmática jurídica contenida en los expedientes judiciales y relacionados con las doctrinas y jurisprudencia inherentes al problema y objetivo del estudio.

### **3.5.2 TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS**

El procesamiento de datos se realizara teniendo en cuenta, la selección y clasificación de datos conforme a los indicadores y variables del estudio, cuya codificación y tabulación se efectuará mediante estadística descriptiva a través de Excel y SPSS 20; así como la representación de los datos serán a través de los correspondientes gráficos; y para el análisis e interpretación de los resultados se efectuará una breve descripción d los mismos.

#### **3.5.2.1 PARA LA RECOLECCION DE DATOS.**

- a. Encuestas.- Formatos que serán diseñados especialmente para los operadores del Derecho en el área de Familia quienes nos explicaran sobre la eficacia de la aplicación de las modificatoria del Código del Niños y del Adolescente en el Juzgado de Familia de Condevilla.

- b. Entrevistas realizadas a los operadores del derecho en materia de familia, lo cual consiste en un cuestionario a través del cual nos brindan sus opiniones sobre la aplicación de la modificatoria del Código de los Niños y Adolescentes y su eficacia en las sentencias expedidas por el Juzgado de Familia de Condevilla

#### 3.5.2.2 PARA LA REPRESENTACION DE DATOS

Se presentan cuadros estadísticos y gráficos de pastel.

#### 3.5.2.3 PARA EL ANALISIS E INTERPRETACION DE DATOS

Análisis de las encuestas, así como de casos de expedientes de familia que describen los casos de tenencia de menores, a pedido de los progenitores ante

el Juzgado de Familia de Condevilla,  
analizando sus resoluciones de sentencia  
y criterios utilizados para las mismas.

VALIDEZ DEL CUESTIONARIO DE LA ENCUESTA

JUECES	ITEM										Total Fila
JUECES	Item 1	Item 2	Item 3	Item 4	Item 5	Item 6	Item 7	Item 8	Item 9	Item 10	
Juez 1	1	2	2	1	2	2	1	1	1	1	14
Juez 2	2	2	1	2	1	1	2	1	1	1	14
Juez 3	2	1	2	2	2	1	1	2	2	1	16
Juez 4	1	1	1	1	1	1	2	2	2	1	13
Juez 5	2	2	1	1	1	1	1	1	1	1	12
Juez 6	2	2	1	1	1	2	1	1	1	1	13
Juez 7	2	1	1	2	1	1	2	1	1	2	14
Juez 8	1	2	1	1	1	2	1	1	1	1	12
Juez 9	1	1	2	1	1	2	1	2	2	2	15
TOTAL	14	14	12	12	12	12	12	12	12	11	123
varianza	1.6	1.6	1.3	1.3	1.3	1.3	1.3	1.3	1.3	1.2	24.6
Var.poblacion	13.67										

## **CAPITULO IV**

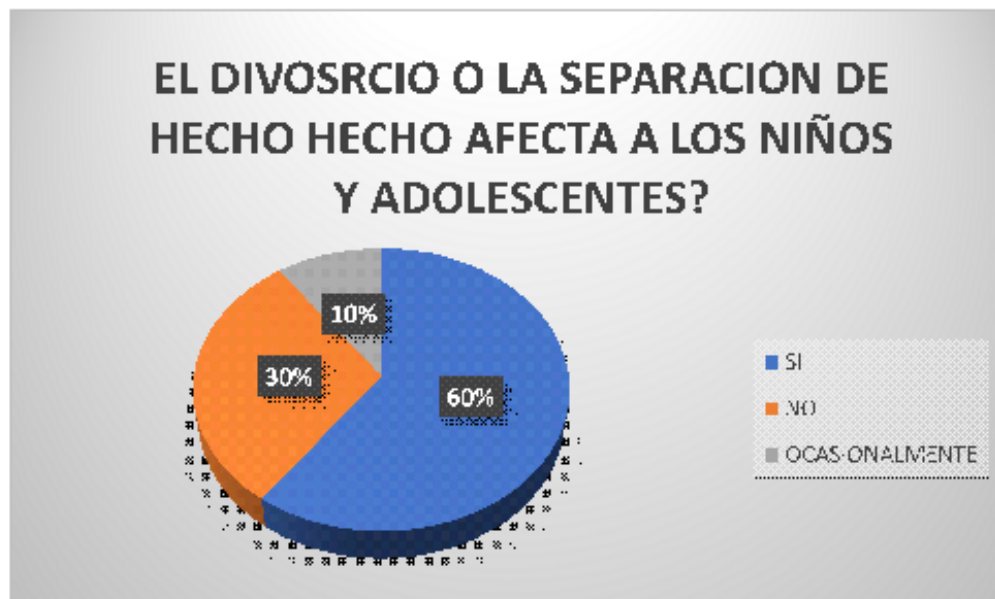
### **RESULTADOS DE LA INVESTIGACION**

#### **4.1 PRESENTACION DE LOS RESULTADOS**

El objetivo fundamental de la presente tesis es visualizar la eficacia de la tenencia compartida en la modificatoria del art. 81 del código de los niños y adolescentes (Ley N° 29269) en el juzgado de familia de Condevilla año 2016, para lo cual estamos presentando los resultados respectivos a través de tablas y cuadros estadísticos enmarcado todo ello en las hipótesis planteadas anteriormente, respondiendo a ello los respectivos niveles de probabilidades, es decir los resultados de la contrastación de la hipótesis a fin de demostrar la hipótesis o su rechazo, razón por la cual a continuación presentamos los siguientes resultados:



TABLA 01		
RESPUESTA	F	%
SI	8	80%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%



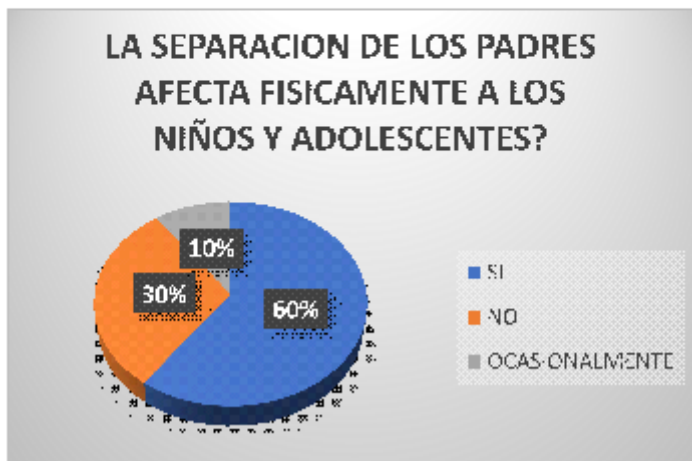
En el gráfico N° 01 podemos visualizar estadísticamente que el divorcio o la separación de hecho de los padres afecta a los niños y adolescentes, razón por la cual los padres tienen que al momento de separarse tener en consideración la situación tanto física como psicológica de los hijos.

TABLA 02		
RESPUESTA	F	%
SI	7	70%
NO	2	20%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%



En el Gráfico N° 02 podemos apreciar que efectivamente un 70% de niños y adolescentes son afectados psicológicamente en razón a la separación de sus progenitores, por tanto se debe tener en cuenta que dicho alejamiento de sus padres puede tener consecuencia en el desarrollo normal de los menores que no tienen la culpa de dicha separación.

TABLA 03		
RESPUESTA	F	%
SI	6	60%
NO	3	30%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%



En el GRAFICO N° 03 se puede visualizar que el 60% de los encuestados opina que efectivamente el acto de separación de sus padres afecta físicamente a los menores, ya sea en su salud física, su desgano y otros aspectos que se desarrollan con el desarrollo físico de los niños y adolescentes, sin embargo existe un 30% que ten una opinión en contrario y un 10% que establece su duda al respecto.

TABLA 04		
RESPUESTA	F	%
SI	9	90%
NO	1	10%
OCASIONALMENTE	0	0%
TOTAL	10	100%

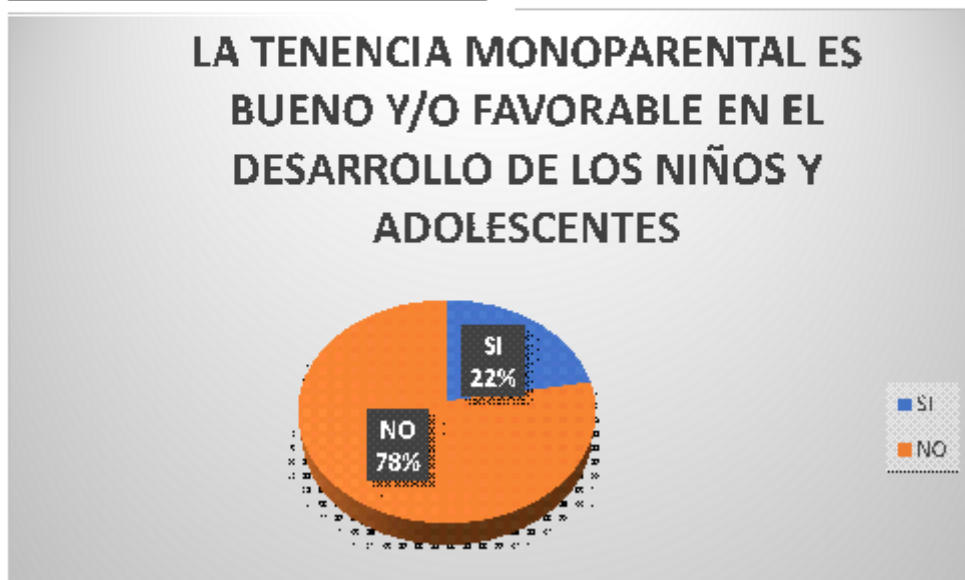


GRAFICO N° 04: De acuerdo a nuestras encuestas, se puede apreciar que el 90% opina que la tenencia monoparental no favorece el desarrollo de los niños y adolescentes, en razón a que es importante la presencia y figura de ambos padres en la formación de los hijos.

TABLA 05		
RESPUESTA	F	%
SI	8	80%
NO	2	20%
OCASIONALMENTE	0	0%
TOTAL	10	100%

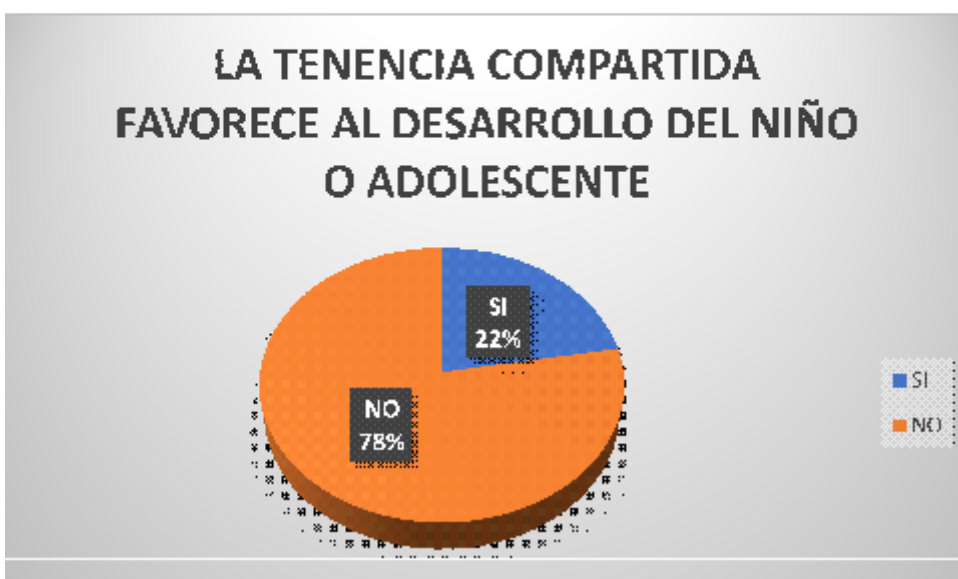


GRAFICO N° 05: Como se podrá del presente gráfico el 80% de los encuestados opinan que la tenencia compartida favorece el desarrollo de los niños y adolescentes, sin embargo aún hay opiniones en que la figura materna es la que debe hacerse cargo de los menores tal como se refleja en el 20% que muestra el gráfico.

TABLA 06		
RESPUESTA	F	%
SI	1	10%
NO	8	80%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%

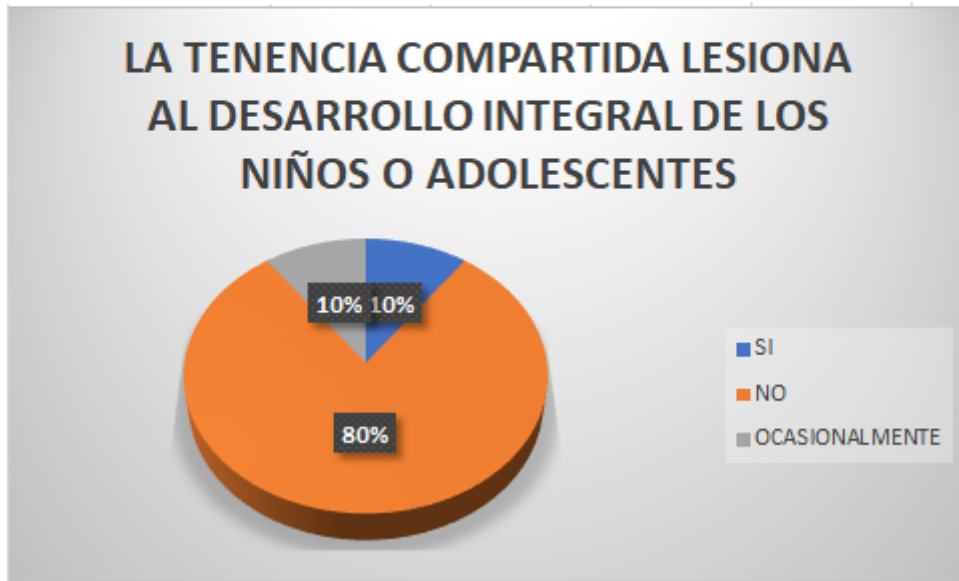


GRAFICO N° 06: En el presente gráfico podemos observar que el 80% opina que la tenencia compartida no lesiona el desarrollo integral de los niños o de adolescentes, sin embargo existe un 10% que si opina que lesiona el desarrollo de los menores y otro 10% indica que ocasionalmente lesiona tal desarrollo, entendiendo ello como que existen padres que no se ocupan cabalmente del desarrollo de sus hijos.

TABLA 07		
RESPUESTA	F	%
SI	8	80%
NO	2	20%
OCASIONALMENTE	0	0%
TOTAL	10	100%

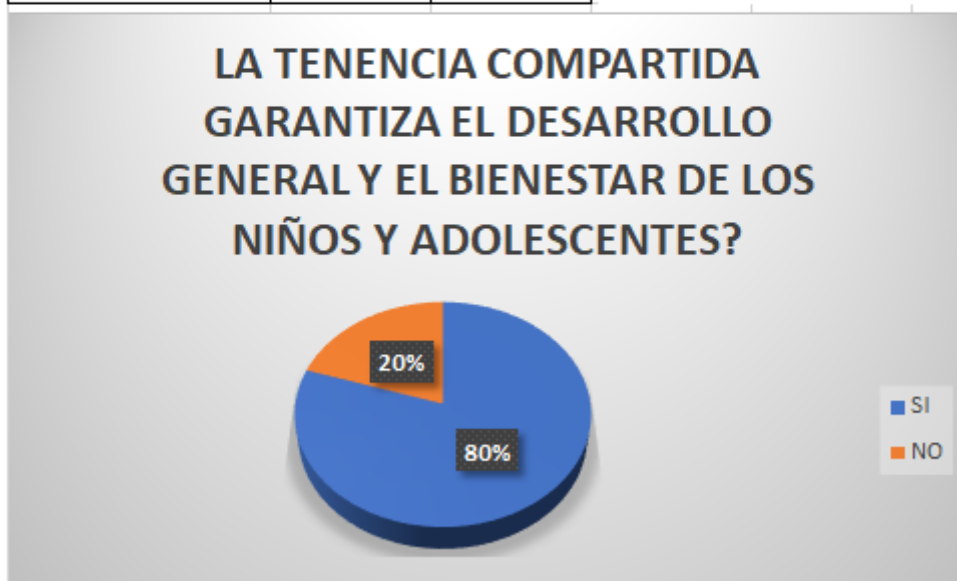


GRAFICO N° 07: La visualización que nos brinda el presente grafico sobre los resultados de la encuesta nos permite establecer que el 80% opina que la tenencia compartida garantiza el desarrollo general y bienestar de los niños y adolescentes, sin embargo existe una opinión contraria de un 20% que no cree que la tenencia compartida contribuya con el desarrollo de los menores.

TABLA 08		
RESPUESTA	F	%
SI	8	80%
NO	1	10%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%



GRAFICO N° 08: Se puede visualizar en el presente gráfico que existen opiniones favorables en cuanto a que el bienestar psicológico de los niños y adolescentes se encuentra garantizado con la tenencia compartida, tal cual se puede apreciar del gráfico en que el 80% opina favorablemente un 10% tiene una opinión contraria y otro 10% lo señala como que ocasionalmente podría garantizar tal desarrollo, quizás todavía con la marcada tendencia monoparental.



TABLA 09		
RESPUESTA	F	%
SI	6	60%
NO	3	30%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%

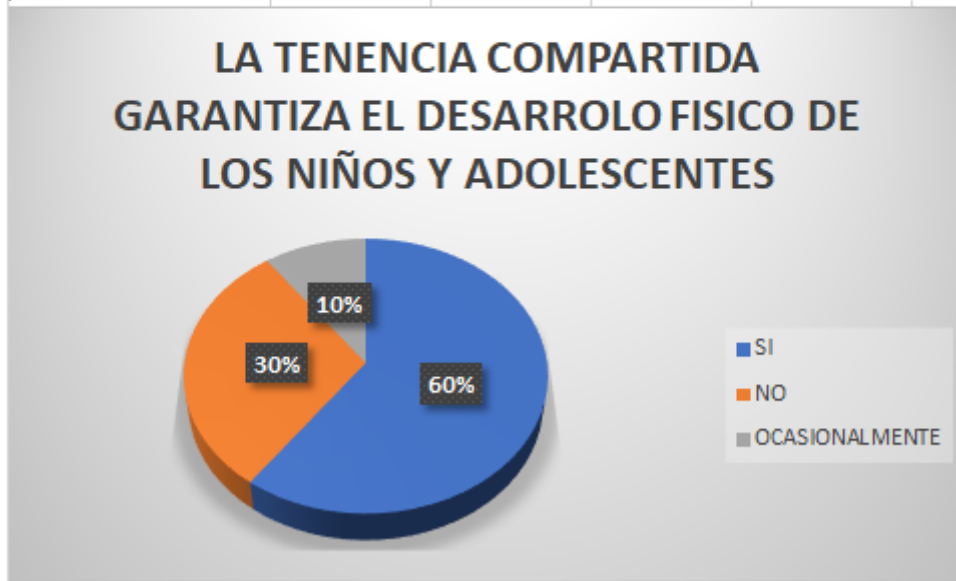


GRAFICO N° 09: En el presente gráfico se puede observar que el 60% opina que el desarrollo físico como es decir la salud de los menores entre otros aspectos físicos están garantizados en la tenencia compartida, al participar ambos padres del bienestar de sus hijos, sin embargo existe un 30% que tiene una opinión contraria, estableciendo que la tenencia monoparental es más beneficiosa para la salud de los hijos, sin embargo existe un 10% con duda y que opinan que ocasionalmente podría dañar la salud de los menores.

TABLA 10		
RESPUESTA	F	%
SI	2	20%
NO	7	70%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%



GRAFICO N° 10: En el grafico se puede apreciar que el 70% de los encuestados opina que las conciliaciones en materia de tenencia compartida no serán cumplidas por los padres, esto en razón a la creencia que la fuerza de las sentencias judiciales son mayores a los acuerdos de las partes, sin embargo un 20% afirma que si serán cumplidas por los padres y un 10% establece sus dudas.

TABLA 11		
RESPUESTA	F	%
SI	1	10%
NO	8	80%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%



GRAFICO N°11: En el presente gráfico se puede apreciar que el 80% de los encuestados opina que la tenencia compartida no limita el desarrollo integral de los menores por el contrario les ayuda en su desarrollo

TABLA 12		
RESPUESTA	F	%
SI		0%
NO	9	80%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%

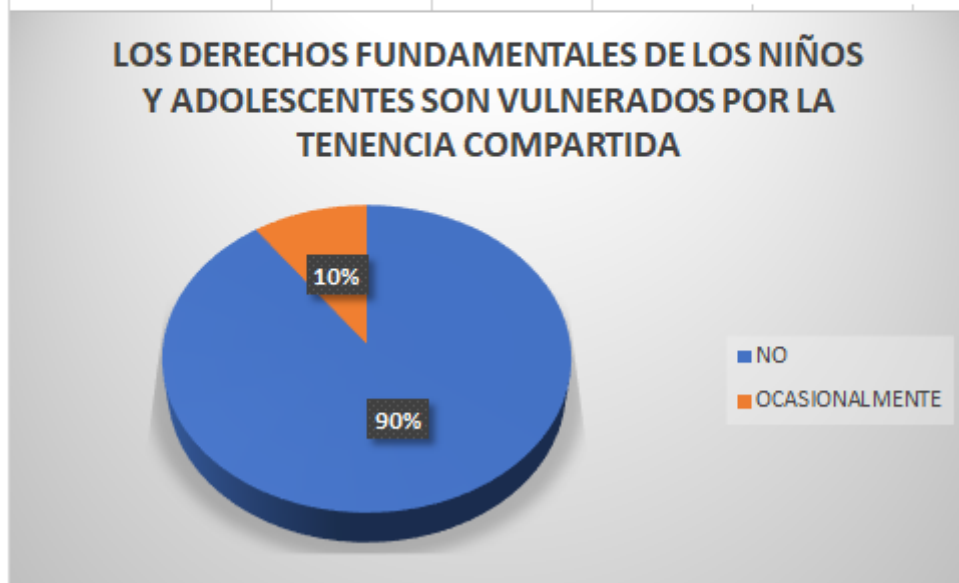


GRAFICO N°:12 Como se puede visualizar en el presente gráfico se demuestra que la tenencia compartida no vulnera los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, sin embargo existe todavía personas que creen que cuando los hijos tienen a ambos padres es dañino tan como lo opinan un 10% de los encuestados.

TABLA 13		
RESPUESTA	F	%
SI	9	90%
NO	0	0%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%

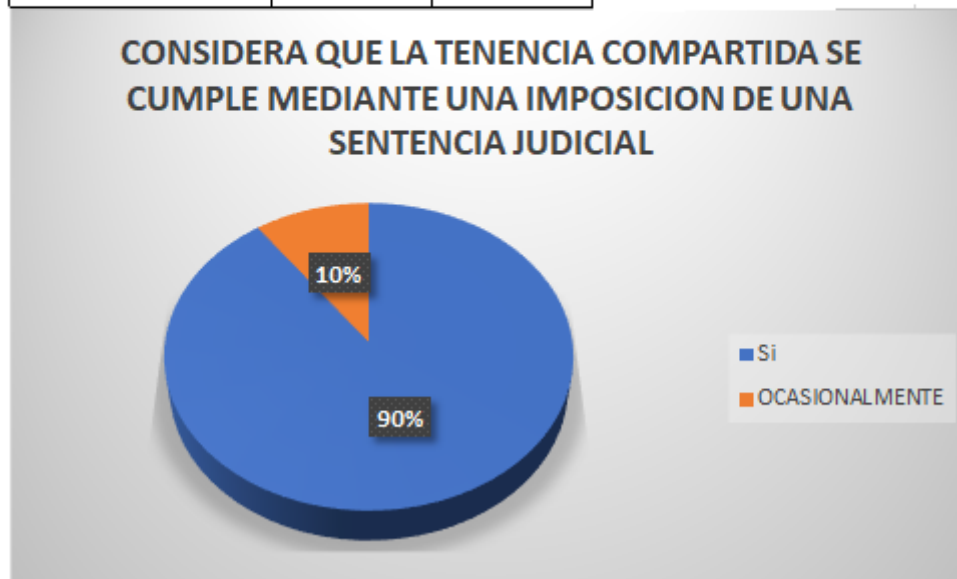


GRAFICO N° 13: En el presente grafico se puede visualizar que la tenencia compartida contrariamente a los acuerdos conciliatorios, se cumple por mandato judicial tal cual es la opinión del 90% de los encuestados, sin embargo un 10% opina que aun por mandato judicial existe desobediencia a su cumplimiento.

TABLA 14		
RESPUESTA	F	%
SI	0	0%
NO	9	90%
OCASIONALMENTE	1	10%
TOTAL	10	100%



GRAFICO N° 14:A la pregunta si la tenencia compartida produce inestabilidad en el desarrollo integral de los niños y adolescentes el 90% de los encuestados manifestó que no producía inestabilidad en los menores, sin embargo el 10% expreso que ocasionalmente produce inestabilidad.

TABLA 15		
RESPUESTA	F	%
SI	10	100%
NO	0	0%
OCASIONALMENTE	0	0%
TOTAL	10	100%



GRAFICO N° 15: En el presente gráfico se puede visualizar que el 100% de los encuestados responden afirmativamente que la tenencia compartida garantiza la totalidad del cumplimiento de la obligación alimenticia de los padres para con sus hijos.

TABLA 16		
RESPUESTA	F	%
SI	8	100%
NO	1	0%
OCASIONALMENTE	1	0%
TOTAL	10	100%

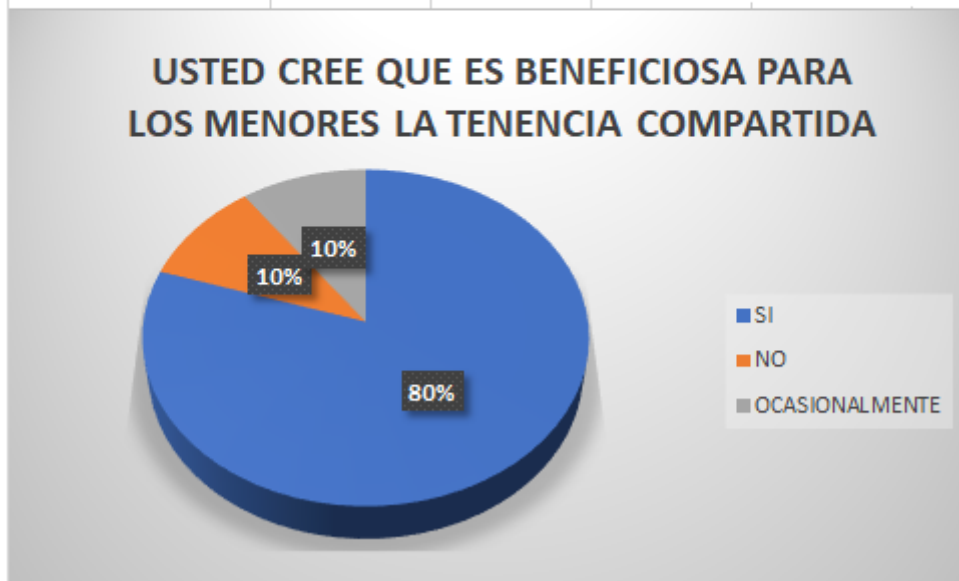


GRAFICO N° 16 : En el presente grafico se puede apreciar que un 80% de los encuestados opina que la tenencia compartida es beneficiosa para los menores a la hora de separación de sus padres, contrariamente un 10% opina que no es buena que la tenencia monoparental es más saludable para los menores limitándose el otro solamente a un régimen de visita, así mismo un 10% se encuentra con dudas sobre si la tenencia compartida es beneficiosa o no para los menores cuando los padres se separan.



Así mismo, como parte de los resultados de la presente investigación, se presenta la Resolución N° 01 de fecha 30 de Septiembre del 2009, expediente N° 937-2009 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima Norte, a través de la cual se CONFIRMA, la Sentencia Expedida por Resolución N° 27 de fecha 29 de abril del 2009 de fojas 366 a 371, la misma que aprueba la demanda de Tenencia Compartida interpuesto por Carlos Ricardo Tello Silva contra Milagros del Carmen Maco Narvarte respecto al adolescente Carlos Enrique Tello Maco, sustentada dicha sentencia en los informes periciales denominados protocolo de pericia psicológica n° 000253-2008-psi, a través del cual se pueda apreciar que el examinado muestra cuadros favorables para la tenencia compartida; así mismo se tiene el INFORME SOCIAL N° 0201-2008-PS el mismo que concluye que considera idóneo la aplicación del ART. 81° del Código de los Niños y Adolescentes, recomendando la TENENCIA COMPARTIDA, lo cual sustenta nuestra posición en cuanto a la aplicación de la tenencia compartida como parte de los cambios sociales en cuanto a la tenencia de menores, y más favorable al menor al tener a sus dos padres, compartiendo su desarrollo físico y psicológico permanentemente..

#### **4.2 DISCUSION DE RESULTADOS**

El presente estudio no tiene otro similar en cuanto a la eficacia de la aplicación del Código del Niño y del Adolescente en el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla; existentes temas que se relacionan en cuanto a los factores que

intervienen en la tenencia compartida y otros; pero ninguno de ellos se presenta en cuanto a resultados sobre la eficacia del mencionado código.

De los resultados obtenidos sobre la eficacia de la tenencia compartida en la modificatoria del art. 81 del código de los niños y adolescentes (Ley N° 29269) en el juzgado de familia de Condevilla año 2016, se pudo distinguir en el marco comparativo con otras investigaciones relacionadas con la materia, visualizadas durante el desarrollo de la presente investigación:

Que en primer lugar se tiene que percibir de manera prioritaria y fundamental que por criterio de los jueces especializados de familia; el 90% de las sentencias resolvieron otorgar la tenencia exclusiva, es decir monoparental, aun cuando ha concurrido los presupuestos legales que garantizan una relación de tenencia compartida, como son la ausencia de violencia familiar, predisposición de los padres, informes favorables de la fiscalía, así como del equipo técnico, entre otros, sin tener en cuenta el derecho de los menores de mantener relaciones con sus padres post-separación, no considerando que el objetivo del principio del interés superior del niño es el de mantener, preservar, así como tutelar el bienestar y el desarrollo integral del menor en el seno

de su familia así como de la sociedad, por lo que resulta ineficaz la aplicación de la modificatoria del Art. 81º del Código de los niños y adolescentes.

A fin de poder visualizar la eficacia de la tenencia compartida, se tiene como resultado de acuerdo a las encuestas realizadas, que el 90% opina la modificatoria del art. 81 del código de los niños y adolescentes (Ley N° 29269) en el juzgado de familia de Condevilla año 2016, no es eficaz, toda vez que los magistrados en referencia visualizan a la madre como el ente protector del menor mas no lo ven como un todo integral de desarrollo del menor; razón por la cual dichos funcionarios administradores de justicia, deben de tomar en cuenta los principales factores que intervienen para una decisión de otorgar la tenencia, como son la edad del menor, que conforme a las normas legales sobre la materia entre otros el art. 84º del Código de los niños y adolescentes; de igual manera el tiempo de convivencia del menor con cada uno de su progenitores, siendo este factor favorable al padre con quien vivió más tiempo el menor, concordante con el inciso a) del precitado Art. 84º del Código acotado; pudiendo favorecer en algunos casos al padre cuando la madre lo ha tenido al menor en estado de abandono; sin embargo los jueces en su mayoría de veces otorgan la tenencia

de los menores a las madres, es decir optan por la tenencia monoparental, sin tener en cuenta que la tenencia compartida tiene mayor beneficios para el desarrollo integral del menor.

De lo anteriormente expuesto, se puede mencionar, que no solo en la legislación peruana se da cierta preferencia a la madre en cuanto a la hora de sentenciar por los jueces en lo que a tenencia se refiere, así también tenemos a las normas legales sobre la materia de otros países como Argentina, que en su Código Civil,, señala en su art. 205° "...los hijos menores de 5 años quedaran a cargo de la madre". Así mismo el Código Civil de Colombia en su Art. 160° dice "... los hijos menores de siete años y las mujeres especialmente, quedaran en poder de la madre"; y tal como hemos tratado durante la presente investigación el Art 84° del Código de los Niños y adolescentes del Perú, establece " el hijo menor de tres años deberá permanecer con la madre".

Como puede apreciarse de los análisis a la información obtenida por diferentes fuentes, se concluye que no existe en la región sudamericana un criterio consensual sobre la edad del menor y su permanencia con la madre; es decir que arbitrariamente sin ningún criterio científico que respalde la norma legal se señala que la madre es quien debe cuidar al menor; sin embargo

tampoco existe un argumento científico o razonable que señale que la tenencia compartida afecta el desarrollo integral del menor que no puede valerse de si mismo; razón por la cual nuestra afirmación es que para el desarrollo y bienestar del menor este debe de tener contacto con ambos padres y ello solamente se logra con la tenencia compartida; teniendo en consideración que los lazos afectivos de ambos padres en los primeros momentos de existencia resulta beneficioso psicológicamente, toda vez que los expertos afirman que los primeros años del menor son los más importantes para lograr un normal desarrollo; así como incrementa un mayor deseo del progenitor de incrementar sus recursos en beneficio del hijo, así como dedicarle tiempo a su cuidado, sustento y sus necesidades, es decir que inicia y mantiene una especial relación de afectividad.

De otro lado en cuanto al tiempo de convivencia como un criterio para otorgar la tenencia, este debe ser analizado desde diferentes ángulos puntos de vista, toda vez que el padre casi siempre es aquel que logra los recursos económicos para el sustento del hogar; razón por la cual una decisión que favorezca al progenitor que no convive con el menor compartan los tiempos de convivencia con sus menores hijos, teniendo en cuenta que sería la mejor solución para el normal desarrollo de los menores

es el mantener relaciones con ambos progenitores. Téngase en cuenta que el interés del niño y del adolescente es una noción vaga e imprecisa, que facilita la interpretación de los jueces y del legislador su interpretación en relación a la edad, costumbres, sociedad entre otros; debiendo el Juez apreciar cual es el interés del menor en relación a su situación que lo afecte o lo beneficie.

## CONCLUSIONES

Del desarrollo y del análisis de datos de la presente investigación, se tiene como resultado que “La Eficacia de la Tenencia Compartida en la Modificatoria del Art. 81 Del Código De Los Niños Y Adolescentes (Ley N° 29269) en el Juzgado de Familia de Condevilla Año 2016” se fundamenta en:

**Primera.-** Que, conforme a nuestro objetivo planteado, se puede visualizar que en el desarrollo integral del niño y del adolescente existe una relación directa a nivel de Sentencias emitidas por el Juzgado especializado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte en el año 2016, por tanto su aplicación es eficaz, lo que debería hacerse es darle seguimiento para visualizar si existe el cabal cumplimiento a dicha sentencia por los progenitores.

**Segunda.-** Que, los acuerdos conciliatorios tomados en el proceso de tenencia, tienen una relación directa .y demostrativa con el desarrollo integral de los niños y adolescentes, toda vez que el conflicto se soluciona en forma armónica a favor del menor poseedor del derecho..

**Tercera.-** Que, la imposición de sentencias Judiciales emitidas por el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte relacionada con la tenencia compartida resultan eficaces toda vez que se relaciona directamente con el desarrollo integral del menor en armonía con la responsabilidad de sus padres.

**Cuarta.-** Que, la eficacia de la tenencia compartida en la modificatoria del art. 81 del código de los niños y adolescentes (Ley N° 29269) a nivel de sentencias en el juzgado de familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte en el año 2016 se relaciona con el desarrollo integral del menor, toda vez que dispone que ambos padres asuman las responsabilidades por igual sobre sus hijos.



## RECOMENDACIONES

Se recomienda que para lograr la eficacia y lograr el beneficio de un desarrollo integral del menor; las resoluciones de sentencias que emitan los Jueces especializados de Familia, deben tener un especial razonamiento al momento de aplicar las normas relacionadas con el principio del interés superior de los niños y adolescentes, toda vez que la tenencia monoparental en algunos casos puede ser beneficiosa al menor, como también perjudicial; en cambio tenencia compartida logra involucrar mayores beneficios en el desarrollo integral de los niños y adolescentes, porque el hijo necesita de ambos padres, así como los padres asumen independiente su rol sobre los hijos; es así que por tanto recomendamos:

.

Primera.- Se recomienda que los operadores del Derecho o las instituciones competentes difundan el cómo garantizar la Tenencia Compartida para el desarrollo integral del menor

Segunda.- Se recomienda se establezca un procedimiento que conlleve a la constante evaluación de los acuerdos conciliatorios, así como al dictado de normas específicas sobre su incumplimiento

Tercera.- Se recomienda que a través de las instituciones especializadas como el INABIF, ONGs y otras instituciones relacionadas con el tema, promuevan la eficacia de la tenencia compartida y el bienestar para el desarrollo integral del menor tanto en su aspecto físico como psicológico

Cuarta.- Se recomienda que se norme un procedimiento específico para que los padres que incumplan con las correspondientes responsabilidades impuestas por el juzgado, la parte afectada presente sus reclamos y que estos tengan prioridad de atención en el marco del interés superior del niño.

## REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

1. El Principio del Interés Superior del Niño –(recuperado el 25 de mayo 2017)  
[http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano\\_6\\_1\\_hm/Elprincipioll.pdf](http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1_hm/Elprincipioll.pdf)>.
2. Beltrán P."El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? Boletín N° 11 UNIFE FACULTAD DE DERECHO, 53-65 (2009).
3. Comisión de Justicia y Derechos Humanos C.D. Proyecto de Ley N° 199/2006-CR que propone modificar el Código de Niños y Adolescentes, a fin de incorporar la Tenencia Compartida – Lima. (recuperado el 25 de junio del 2017)  
<http://.congresofapmi.es/imagenes/auxiliar/actas-CM-45instrumentaliz>
4. Beltrán P."El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? Boletín N° 11 UNIFE FACULTAD DE DERECHO, 53-65 (2009).
5. Comisión de Justicia y Derechos Humanos C.D. Proyecto de Ley N° 199/2006-CR que propone modificar el Código de Niños y Adolescentes, a fin de incorporar la Tenencia Compartida – Lima. (2006) (recuperado el 25 de junio 2017)

<http://congresofapmi.es/imagenes/auxiliar/actas-CM->

[45instrumentaliz](#)

6. Aguilar B. ¿tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a los parientes? Dialogo de la Jurisprudencia N° 164, 30 (2012)  
inDret:[http://www.indret.com/pdf/853\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf)
7. Hollweck M. importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares. Buenos Aires. Thomson La Ley. (2001)  
inDret:[http://www.indret.com/pdf/853\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf)
8. Mosquera C.C. Tenencia de menor solo puede ser ejercida por los padres. Dialogo con la jurisprudencia N° 164-21 (2012)
9. Pérez M. “Padres que asumen la custodia de sus hijos en ausencia de la figura materna y retos” (2006)
10. Valverde, P. (2008). Causas que Provoquen Conflictos durante la Convivencia de la pareja. Bogotá: Universidad Católica Andrés Bello.  
inDret:[http://www.indret.com/pdf/853\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf)
11. Álvarez, C. (2010). Considera que es Importante un control Progresivo y Periódicamente debe ser Obligatorio, para poder Examinar en las condiciones que el Progenitor”. Perú: Universidad la Católica.
12. Cabanellas de las Cuevas, G. (2011). -- Diccionario Enciclopédico de Derecho Buenos Aires (recuperado el 25 de junio 2017) .  
inDret:[http://www.indret.com/pdf/853\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf)

13. Domínguez, A (2009). Conservar en ambos Progenitores el Poder de Iniciativa Respecto de las decisiones que conciernen a sus Hijos aún luego de la Ruptura Matrimonial". Bogotá: Universidad Católica Andrés Bello (recuperado el 25 de junio 2017)  
inDret:[http://www.indret.com/pdf/853\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf)
14. Otero, M. (2010). El Que la Guarda y Custodia Compartida es una Medida Adoptada en las Crisis familiares. Argentina: Universidad San Andrés.
15. Ñaupas. C. (2011). Metodología de la Investigación Científica. Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
16. Solano Jaime y Chunga, J. (2011). Análisis de la Modificatoria de la Tenencia
17. Compartida. México: Universidad Nacional San Marcos.
18. Zapata López, J. (2011). La Tenencia Compartida y el Divorcio. Colombia: Universidad Externado.(recuperado el 25 de junio 2017)  
inDret:[http://www.indret.com/pdf/853\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf)
19. Herrera, M. (2010). La Tenencia Compartida. Universidad de Noriega
20. López, R. (2010). Técnica de Investigación de los objetivos generales
21. María V, (2009). La Tenencia Compartida. Lima
22. Sampieri, f. (2012). Técnicas De Investigación Empíricas.
23. Serrano, (2010). Técnica de Investigación Descriptiva.

24. Tamayo, A. (2011). *El Proceso de la Investigación Científica*.

**25. EXP. N.º 0528-2012-PHC/TC “La Tenencia Compartida” (Al final)**

26. Guevara, A. (2011). El tratado de la Guarda y Custodia Compartida de los Hijos, el Compendio del Tratado Libre. Perú

## ANEXOS

### ANEXO Nº 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: “La Eficacia de la Tenencia Compartida en la Modificatoria del Art. 81 del Código De Los Niños Y Adolescentes (Ley Nº 29269) en el Juzgado de Familia de Condevilla año 2016”

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	DIMENSION	INDICADORES	METODOLOGIA/ DISEÑO	POBLACION Y MUESTRA
<p><b>Problema General:</b></p> <p>¿En qué medida el Art. 81ª del Código de los Niños y Adolescentes perjudica al niño o al adolescente en su aplicación, cuando se dictan sentencias por el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla para tenencia compartida por sus progenitores en el año 2016?</p>	<p><b>Objetivo General</b></p> <p>Determinar si el Art. 81ª del Código de los Niños y Adolescentes es efectiva en su aplicación, cuando se dictan sentencias por el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla para la tenencia compartida por sus progenitores en el año 2016</p>	<p><b>Hipótesis General</b></p> <p>La aplicación del art. 81ª del Código de los niños y adolescentes modificado por la ley Nº 29269 sobre tenencia compartida, por los juzgados de familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, del Distrito Judicial de Lima Norte en el año 2016, no es eficaz, por lo que es aporte negativo para el bienestar de niños y adolescentes</p>	<p><b>Variable 1</b></p> <p>La eficacia de la tenencia compartida</p>	<p><b>Elementos</b></p> <p>utilizados para resolver casos de tenencia de menores</p>	<p><b>Los derechos</b></p> <p>fundamentales de los niños y los - instrumentos normativos interaccionanos</p> <p>La participación de los menores en el proceso</p> <p>Principios de igualdad</p> <p>Principios de efectividad</p> <p>La adopción de medidas judiciales a instancia de los hijos.</p>	<p><b>Tipo de Investigación</b></p> <p>básica, no experimental, explicativo.</p> <p>Diseño del Estudio</p> <p>Diseño Descriptivo Correlacional</p>	<p><b>Población</b></p> <p>. La población para la presente investigación está conformada por profesionales y especialistas del derecho de familia del módulo básico de justicia de condevilla de la corte superior de Lima norte, que han intervenido en 120 casos sentenciados durante el año 2016</p>
<p><b>Problemas Secundarios</b></p> <p>¿En qué medida la sentencia de tenencia compartida dictada por el</p>	<p><b>Objetivos Específicos:</b></p> <p>Determinar si la tenencia compartida se relaciona con el desarrollo integral (físico y Psicológico) del menor, teniendo como base la</p>	<p><b>Hipótesis Secundaria</b></p> <p>La tenencia compartida no se relaciona en forma directa y significativa con el desarrollo integral del menor, teniendo como base</p>	<p><b>Variable 2</b></p> <p>Modificatoria del Art.81ª del Código de los Niños y Adolescentes.</p>	<p><b>Se impone</b></p> <p>mediante sentencias del Juez.</p>	<p><b>El Juez dicta</b></p> <p>sentencia compartida siempre que los padres estén de acuerdo</p> <p>Se emite sentencia</p>	<p><b>Instrumentos de Acopio de Información:</b></p> <p>-Cuestionarios</p> <p>-Entrevistas</p> <p>-Resoluciones Judiciales</p>	<p><b>Muestra:</b></p> <p>Especialistas Legales del Juzgado de Familia de del Módulo Básico de Justicia de Condevilla del Distrito Judicial de</p>

<p>Juez de Familia del Módulo de Justicia de Condevilla de Lima Norte no protege plenamente el bienestar del menor?</p> <p>¿Cuál tipo de tenencia son aplicados generalmente por el Juez del Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla de Lima Norte?</p>	<p>imposición de las sentencias de los Jueces de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla .</p> <p>Determinar si la tenencia compartida se relaciona con el desarrollo integral del menor, teniendo como base la aplicación del art. 81ª del Condigo delos Niños y Adolescentes (modificado por la Ley 289269) a través del Juzgado de Familia del Módulo básico de Justicia de Condevilla.</p>	<p>acuerdos conciliatorios a nivel de las sentencias del Juzgado de familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla del Distrito Judicial de Lima Norte en el año 2016.</p> <p>La tenencia compartida no se relaciona en forma directa con el desarrollo integral de los niños y adolescentes, teniendo como base imposición de sentencias judiciales a nivel del juzgado de familia del Módulo Básico de Justicia de Condevilla en el año 2016.</p>			<p>para evitar la inseguridad y el bienestar del menor</p> <p>Justicia constitucional</p> <p>Justicia Civil familiar</p> <p>Justicia especializada de niños y adolescentes</p>		<p>Lima Norte y abogados especializados en derecho de familia</p>
--	--	--	--	--	--	--	---



## **ANEXO 02: MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES**

Título: “La Eficacia de la Tenencia Compartida en la Modificatoria del Art. 81 del Código De Los Niños Y Adolescentes (Ley N° 29269) en el Juzgado de Familia de Condevilla año 2016”

VARIABLES	DEFIICION CONCEPTUAL	DIMENSION	DEFINICION OPERACIONAL	INDICADORES
Variable 1 La eficacia de la tenencia compartida	<p>Tenencia Compartida es el Ejercicio Conjunto de la Tenencia de los hijos entre ambos padres, implicando que ambos padres compartan los días de la semana en forma alternativa con sus hijos.</p> <p>El ejercicio de la coparentalidad después de una separación este resulta más eficaz cuando los padres llegan a acuerdos mutuos; razón por la cual, las legislaciones que podrían servir para establecer un régimen de divorcio acorde con el interés del niño, instan en la conveniencia de acuerdos de responsabilidad parental, teniendo como punto de partida la igualdad de derechos y obligaciones de ambos padres.</p>	<p>Elementos utilizados para resolver casos de tenencia de menores</p> <p>Tenencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Monoparental</li> <li>-Compartida</li> <li>-Legal Conjunta</li> <li>-Física Conjunta</li> <li>-Negativa</li> <li>-Responsabilidad parental</li> <li>-Coparentabilidad</li> </ul>	<p>Busca la garantía y la protección de los derechos de los niños y adolescentes; y como consecuencia de aquello el garantizar el desarrollo integral y emocional del menor; toda vez que como se puede visualizar, en innumerables casos, que la legislación comparada respalda con mayor fuerza, en tanto que en el Perú la realidad es otra, siendo que muchas veces se trasgrede de manera indiscriminada.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Los derechos fundamentales de los niños y adolescentes y los -instrumentos normativos interacciónanosles</li> <li>•La participación de los menores en el proceso</li> <li>•Principios de igualdad</li> <li>•Principios de efectividad</li> <li>•La adopción de medidas judiciales a instancia de los hijos.</li> </ul>
Variable 2 Modificatoria del Art.81ª del Código de los Niños y Adolescentes.	<p>La negativa experiencia de las legislaciones sobre divorcio, como estudios elaborados en diversos países del mundo, demuestran que el interés del niño es incompatible con el</p>	<p>Norma que modifica el Art. 81 del Código de los Niños y Adolescentes, enmarcado en el principio Rector aprobado en la convención sobre los derechos del niño, sobre</p>	<p>Se tiene como objetivo principal el determinar la eficacia del Art. 81ª del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Justicia constitucional</li> <li>•Justicia Civil familiar</li> <li>•Justicia especializada de niños y adolescentes</li> </ul>

	<p>actual sistema de tenencia exclusiva y requiere ineludiblemente cambios legales profundos, como ocurre con la Ley 29269, que deja paso a nuevas fórmulas de compartición de la responsabilidad parental</p>	<p>el interés superior del niño</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Nivel internacional</li> <li>-Legislación Nacional</li> <li>Legislación Comparada-</li> </ul>	<p>Ley N° 29269 es efectiva en su aplicación, cuando se dictan sentencias por el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia de Condevila para la tenencia compartida por sus progenitores en el período 2016</p>	
--	--	---	--	--

## INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN,



UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES  
COMISIÓN REORGANIZADORA  
FILIAL LIMA

Lima, 04 de Septiembre del 2017

Carta No.030-2017-DFD-UPLA

Señora  
DRA VILLAVERDE QUISPALAYA MAGDA  
JUEZ DEL JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA  
MÓDULO BÁSICO DE JUSTICIA DE CONDEVILLA DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA NORTE



Asunto: Carta de presentación para recolección  
de datos de proyecto de Investigación

Presente -

Previo cordial saludo por intermedio del presente, tengo a bien presentar al bachiller SALAZAR VIRU SEGUNDO RAUL con DNI Nro. 08004916 quien viene ejecutando su proyecto de investigación titulado "LA EFICACIA DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA MODIFICATORIA DEL ART.81 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES (LEY N°29269) EN EL JUZGADO DE FAMILIA DE CONDEVILLA AÑO 2016" en tal sentido solicito brindar el acceso a las instalaciones de su representada así como que brinde las facilidades a nuestro bachiller para que dicha investigación se logre consolidar durante los meses de Septiembre y Octubre del presente año.

Agradecida por el apoyo brindado, aprovecho la oportunidad para testimoniar mi especial deferencia a su persona.

Atentamente;



Dra. Amelia Churipen Elera  
Presidenta de la Comisión Reorganizadora  
De la Filial Lima

Cc: Archivo

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE  
SEGUNDA SALA CIVIL

Expediente	937-2009
Demandante	Carlos Tello Silva
Demandada	Milagros Del Carmen Maco Narvarte
Materia	Tenencia Compartida
Juzgado	Segundo Juzgado de Familia

RESOLUCIÓN NÚMERO

Independencia treinta de septiembre  
de dos mil nueve.-

VISTA: La causa en audiencia pública, sin informe oral, interviniendo como ponente la Juez Superior Huerta Ríos, conforme dispone el numeral 2) del artículo 45 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de conformidad con lo opinado por la representante del Ministerio Público en su Dictamen Fiscal de fojas 409 a 412 y, CONSIDERANDO:

Primero: Antecedentes:

Viene en CONSULTA, la sentencia contenida en la resolución número 27 de fecha 3-29 de abril de 2009 de fojas 366 a 371 que declara fundada la demanda interpuesta por Carlos Ricardo Tello Silva contra Milagros del Carmen Maco Narvarte, respecto del adolescente Carlos Enrique Tello Maco y concede TENENCIA COMPARTIDA y en lo demás que contiene.

Segundo: Objeto de la Consulta

La consulta es un mecanismo procesal mediante el cual se impone a un órgano jurisdiccional, en casos trascendentales, elevar el expediente al superior, y a éste efectuar el control de legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.<sup>3</sup>

Tercero: Norme Aplicable

De la Demanda:

El artículo 81° del Código de los niños y adolescentes Ley 27337, modificado por la Ley 29269, establece que 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 éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. Dicha norma se basa en que la tenencia se podrá determinar de común acuerdo entre los padres de ahí la aplicación de la tenencia compartida.

Cuarto: Evaluación Jurídica del colegiado

4.1. Cabe tener presente que la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes de los padres es el de cuidar de la persona y viene de sus hijos menores, y la tenencia un atributo de la patria potestad reservada para los padres separados de hecho en la que debe tomarse en cuenta el interés superior del niño. principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor que como estándar jurídico deberá estar presente en el primer lugar en toda decisión que afecte al niño o adolescente.

4.2. A fojas 03 obra el acta de nacimiento del adolescente Carlos Enrique Tello Maco, emitida por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil RENIEC.

4.3. En caso de autos el demandante Carlos Ricardo Tello silva solicita TENENCIA COMPARTIDA del menor Carlos Enrique Tello Maco, pro con l madre del menor, con quien está divorciado.

4.4. A fojas 100, obra la copia certificada del acta de audiencia única del expediente 197-2008, sobre tenencia, proceso en el cual las partes arribaron a un acuerdo conciliatorio en el sentido de que la madre y el padre biológico ejerzan la tenencia del menor de forma compartida en el sentido que los primeros quince (15) días de cada mes el menor estará viviendo con la madre y los días restantes del mes con el padre, situación que permanecerá siempre y cuando ambos padres vivan en la misma zona o zona cercana entre sí.

4.5. Que a fojas 215 al 225 se encuentra en autos los informes el Informe Social N° 0201-2008-PS, así como el Informe Psicológico N° 0253-2008-PSI, que concluyen con la recomendación de la procedencia de otorgamiento de una Tenencia compartida a favor de ambos padres

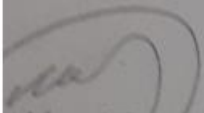
4.6. Finalmente, se ha tomado en cuenta la opinión del adolescente Carlos Enrique Tello Maco para conceder la tenencia en atención que no resulta perjudicial ni atenta contra el interés superior del menor, por lo que sentencia debe de ser confirmada, tanto más si no existe pruebas ni indicios de que los padres pongan en peligro la integridad física o menor de su menor hijo.

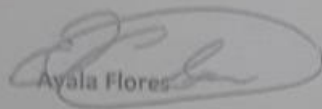
Fundamentos por los cuales.

CONFIRMARON la sentencia expedida por Resolución número 27 de fecha 29 de abril de 2009 de fojas 366 a 371 que aprueba la demanda de tenencia compartida interpuesta por Carlos Ricardo

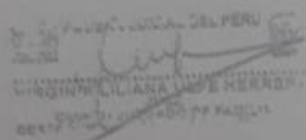
Tello Silva contra Milagros del Carmen Maco Narvarte respecto del adolescente Carlos Enrique Tello Maco, con lo demás que contiene. Notifíquese y devuélvase.

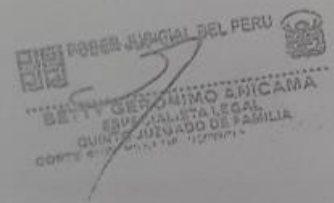
S.S.

  
López Vásquez

  
Ayala Flores

  
Huerta Ríos

  
PODER JUDICIAL DEL PERU  
CANDILAYA LÓPEZ HERRERA  
SECRETARÍA DE FAMILIA

  
PODER JUDICIAL DEL PERU  
BETTY GERSONIMO AMICAMA  
ESPECIALISTA LEGAL  
QUINTO JUZGADO DE FAMILIA  
CORTE DE APPELACIONES

PROCOLO DE PERICIA PSICOLÓGICA N° 000253-2008-PSI

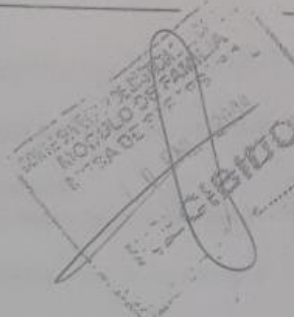
Solicitado por: Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte.

Oficio: N° 197-2008

TIPO: TENENCIA COMPARTIDA

I. FILIACION

APELLIDOS:	TELLO MACO
NOMBRES:	CARLOS ENRIQUE
SEXO:	MASCULINO
LUGAR DE NACIMIENTO:	PERU-LIMA-LIMA
FECHA DE NACIMIENTO:	01/02/1992
EDAD	16 AÑOS
ESTADO CIVIL	SOLTERO
GRADO DE INSTRUCCIÓN	ESTUDIANTE
OCUPACION	ESTUDIANTE
RELIGION	NO PRECISA
DOMINANCIA	DIESTRO
PROCEDENCIA	CUARTO JUZGADO DE FAMILIA DE LIMA NORTE
DOMICILIO	JR. MEZA MEDRANO N° 182 URB. SAN GERMAN- DISTRITO DE SMP.
INFORMENTE	EL ADOLESCENTE INFOTRMANTE.
LUGAR Y FECHA DE EVALUACION:	LOS OLIVOS 20 DE JUNIO DEL 2008.



II MOTIVO DE LA EVALUACION:

A RELATO:

8505 El examinado refiere: "... que al separarse sus padres el desea de alguna forma compartir su vida con ambos, que él no está de acuerdo con la separación de sus padres.....Que desde hace tres años vienen sucediendo conflictos entre sus padres agresiones de carácter verbal, y eso siempre me ha afectado verlos discutiendo y durmiendo separados como si fueran dos enemigos; sin embargo yo no quiero que ellos se separen quiero estar con los dos, porque mi es muy buena me arriende a mí y a mis hermanos, y mi padre también es muy cariñoso con nosotros procura no hacernos faltar nada de lo que necesitamos.... Yo me llevo muy bien con la familia de mi padre es decir con mi abuelita y mis tías, en muchas oportunidades me he quedado a dormir en la casa de mi abuelita... ahora mi papa se va a ir a vivir a la casa de mi abuelita y mi mama se va quedar en la casa con nosotros... a mi gustaría compartir siempre con ambos porque no me acostumbro estar sin mi padre y sin mi madre, ambos me ayudan a su manera en las atareas del colegio y mis otros quehaceres del hogar ambos me enseñan sus cosas de acuerdo a su experiencia vivida..

B HISTORIA PERSONAL:

1. PERINATAL.- Parto Normal
2. NIÑEZ.- Vivo con mis padres juntos
3. ADOLESCENCIA.- Actualmente vivo con mis padres
4. EDUCACION.- Estoy estudiando el cuarto año de educación secundaria.





MINISTERIO PÚBLICO  
INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL  
División Médico Legal-Lima Norte

5. HABITO E INTERESES.- Me gusta mucho la pintura y la música de mi edad.

6. ANTECEDENTES PATOLOGICOS.-

a. ENFERMEDADES.- comunes

b. ACCIDENTES.- no refiere

c. OPERACIONES.- No refiere.

7. ANTECEDENTES JUDICIALES.- No refiere.

C. HISTORIA FAMILIAR:

PADRE "..... (44) él es muy tranquilo, me ayuda en todo lo que le solicito y se encuentra a su alcance.

MADRE ".... (40) ella es una persona también bastante tranquila, ella no trabaja, solo se dedica a las cosas del hogar.

HERMANOS.- "... somos tres humanos, yo soy el ultimo, somos bien unidos.

ANALISI DE LA DINAMICA FAMILIAR "... vivo con mis padres y mis hermanos, pero mis padres duermen en diferentes habitaciones desde hace mucho tiempo.

ACTITUD DE LA FAMILIA.- No están de acuerdo con la separación de mis padres porque siempre se han amado mucho y ahora no sé qué ha pasado.

ACTITUD DEL EXAMINADO.- Quiero que mis padres no se separen, pero si es así, quiero vivir de alguna forma con los dos.

III INSTRUMENTOS Y TECNICAS PSICOLOGICAS:

Consentimiento informado

Escala de zung de depresión

Tes de la persona bajo la lluvia

Test de la figura humana de Karen Machover

Escala de zung (Depresión)

IV ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS:

Se trata de un joven adolescente de 16 años de edad, que acude al DML-Lima Norte para ser evaluado por servicio de psicología, derivado por el Cuarto Juzgado de familia de la Corte Superior de Lima Norte, aparente acorde con la edad cronológica. Adecuado aseo y arreglo personal, ingresa solo a la evaluación, no se percibe dificultades en la marcha, postura recta natural, realiza contacto visual, colabora, de lenguaje claro, coherente y fluido, tono de voz oscilante moderado, de facie de tristeza, preocupación d los hechos acontecidos. No se observó deterioro a nivel de memoria. Evidencia regular capacidad para solucionar situaciones de la vida cotidiana. De memoria conservada y pensamiento de tipo concreto funcional.

AREA DE ORGANICIDAD: Clínicamente no evidencia indicadores de organicidad ni alteración psicológica.

AREA DE INTELIGENCIA: Clínicamente impresiona con un desempeño intelectual dentro del promedio de acuerdo a su edad y su contextura socio cultural. .

AREA DE PERSONALIDAD: Del procedimiento psicológico aplicado y de la observación de conducta, estamos frente a una persona que se caracteriza por sus rasgos de carácter de





MINISTERIO PÚBLICO  
INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL  
División Médico Legal-Lima Norte

carácter dependiente emocional, busca del entorno para sentirse reconocida, de carencia afectiva, tiene adecuada capacidad para relacionarse con su entorno, sin embargo prefiere la compañía de personas cercanas a ella que le brinden seguridad, es insegura y ansiosa por la situación por la que se encuentran sus padres. Frente al hecho materia de la investigación se siente triste se muestra triste con emociones con emociones displacenteras de decepción, resignación por la forma en la cual ha culminado la relación de sus padres, sin embargo esto forja en el peritado a que haga uso de sus recursos resillientes de afrontamiento. A la fecha no se encuentra indicadores de afectación psicológica.

DINAMICA FAMILIAR: Consta con el soporte emocional y moral de parte de su ciclo vital, el cual contribuye ayudarla a lidiar frente a la situación en la que se encuentra atravesando sus padres, se identifica efectivamente con sus padres.

AREA PSICO SEXUAL: Se identifica plenamente con su rol y genero asignado.

V CONCLUSIONES:

DESPUÉS DE EVALUAR A CARLOS ENRIQUE TELLO MACO (16) SOMOS DE LA OPINIÓN QUE PRESENTA:

1. A LA FECHA NO SE EVIDENCIA INDICADORES DE AFECTACIÓN PSICOLÓGICA.
2. SE ENCUENTRA INMERSO EN UN CONFLICTO CONYUGAL DE SUS PADRES DE LARGA DATA, LO CUAL VIENE GENERANDO REACCIONES ANSIOSAS.

MIRIAM PACHECO TELLO  
FOLIO 01  
CPO 13632

## INFORME N° 0201-2008 - PS

### I. Datos de Identificación Personal:

APELLIDOS Y NOMBRES	TELLO MACO CARLOS ENRIQUE
SEXO	MASCULINO
FECHA DE NACIMIENTO	01/02/1992
DOMICILIO	IR. MEZA MEDRANO N° 182 URB. SAN GERONIMO DISTRITO DE SAN MARTIN DE PORRES
ESTADO CIVIL	SOLTERO
NACIONALIDAD	PERUANO

### II. MOTIVO

Solicitud de TENENCIA COMPARTIDA por sus padres, ante el Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte.

### III. PROCEDIMIENTO DE EVALUACION Y FUENTES DE CONTRASTACION

1. Entrevista de evaluación social en Despacho.
2. Entrevista en profundidad y evaluación residencial en domicilio.
3. Análisis de la historia social en el hogar.
4. Aplicación de los siguientes instrumentos de evaluación:
  - a. CEES - Cuestionario de evaluación de las exclusiones sociales
  - b. Cuestionario de salud autopercebida EQ-5D
  - c. Cuestionario de apoyo social funcional Duke-UNC-11
  - d. Escala de autoestima de Rosenberg
  - e. Escala de estrés de Holme y Rahe
  - f. Subescala de discapacidad social - cuestionario EPQ
  - g. Indicador AROPE de medición del riesgo de pobreza y exclusión social.

#### *Antecedentes e historia evolutiva.*

El entrevistado es de nacionalidad peruana, nacido el 01 de febrero de 1992. En una familia de un hijo, siendo el primogénito. Fue criado por sus padres, quienes conjuntamente le han brindado las facilidades y el apoyo para que realice su educación primaria y secundaria.

#### *Aspectos personales, perceptivo-conductuales, conativos y afectivos.*

Considera que el problema principal es que él se acostumbra en convivencia con ambos padres biológicos y que no desea que ellos se separen de hecho. Indica que en varias oportunidades ha hablado con sus padres para que no se separen, sin embargo no lo ha logrado.

Se define como una persona sincera, honrada, estudiosa, eficiente, y tranquila. No desea cambiar nada en su personalidad, carácter o conducta. Su meta por ahora es vivir con sus padres.

Durante la entrevista mantiene contacto ocular, muestra capacidad de escucha, facilidad de trato y habilidades básicas de interacción, comunicación y expresión de sentimientos propios. Se percibe

un bajo estado anímico. Se dan manifestaciones de optimismo y esperanza en el cambio. Se muestra colaborador y predispuesto a una relación de ayuda.

#### **Situación residencial**

Vive actualmente en una casa de dos pisos de material noble, tiene su propio dormitorio, su computadora y televisor personal, su habitación cuenta con baño propio.

#### **Dinámica familiar y apoyo social**

Vive acompañado de su padres, quienes también duermen en cuartos separados. Su familia le da ánimo para afrontar la situación en la que se encuentran sus padres y lograr una solución pacífica, el dinero para la comida es puesta tanto por su madre como por su padre en razón a que ambos trabajan.

#### **Relaciones sociales.**

Califica de buena su relación con su madre y su padre, con sus amigos y familiares, asiste a la iglesia evangélica más cercana.

Su red de relaciones está compuesta principalmente por cuatro amistades y las personas que frecuenta en la iglesia evangélica.

Manifiesta haber sufrido sentimientos de lastima de parte de personas conocidas y vecinos del barrio, debido al conflicto entre sus padres.

#### **Resultados de los instrumentos administrados.**

<b>INSTRUMENTO</b>	<b>RESULTADO</b>
CEES. Cuestionario para la evaluación de la exclusión social	Se ha obtenido información de carácter cualitativo para la evaluación de múltiples dimensiones de la situación social.
Cuestionario salud autopercebida EQ-5D	Perfil de salud 11123 índice individual de valoración del propio estado de salud 0,4
Cuestionario de apoyo social funcional Duke-UNC-11	Nivel de apoyo social auto percibido deficiente en las dimensiones confidencial y afectiva.
Escala autoestima de Rosenberg	Nivel de autoestima bajo.
Escala de estrés de Holme y Rahe	Cantidad de SVE en el último año: 9 Puntuación directa: 251 Riesgo moderado de enfermedad a causa de estrés.
Sub escala de deseabilidad social EPQ	Deseabilidad social
Herramientas para el diagnóstico y la investigación exclusión social	Exclusión social leve
Escala General de Categorías Diagnósticas	SD-10 Economía: SI 02 De realización creativa y expresiva. 03 De estima propia y ajena SI (M de relación a intercambio afectivo, SI (SD) seguridad y protección Física y Psicológicas SI por pobreza

*Diagnostico:*

Situación de exclusión social leve.- Provocad principalmente por el alejamiento de sus padres, lo cual repercute en su desarrollo en el ámbito social.

VI DICTAMEN:

En base a los resultados del diagnóstico llevado a cabo, el profesional que suscribe el presente informe, considera idónea la aplicación del art. 81° del Código de los Niños y Adolescentes en cuanto a la TENENCIA COMPARTIDA SOLICITADA.

Lima, 04 de Diciembre del 2008.

  
JUAN ANDRÉS TORRES SALAZAR  
PSICÓLOGO PROFESIONAL  
C.O.P.S. N° 02300

PODER JUDICIAL  
KARLA FLORES DE SAN RAMÓN  
ASISTENTE SOCIAL  
OF. ASISTENTE SOCIAL  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1252-2015  
LIMA NORTE  
TENENCIA COMPARTIDA DE MENOR**

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

Lima, cuatro de mayo

de dos mil dieciséis.-

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:** Vista la causa número mil doscientos cincuenta y dos - dos mil quince, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación correspondiente, emite la presente sentencia.-----

**MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho, contra la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos setenta y dos, de fecha seis de enero de dos mil catorce, que declaró infundada la demanda interpuesta y fija el régimen de visitas a favor de Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes, respecto a su menor hijo Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas; y la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro es quien debe tener al menor, disponiendo que el demandante le entregue al menor dentro del tercer día de notificado con la sentencia; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor.-----

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas sesenta del presente cuadernillo, de fecha trece de julio de dos mil quince, ha estimado procedente el recurso de casación referido por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material. El recurrente denuncia: **A) Indevida aplicación de los**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1252-2015  
LIMA NORTE  
TENENCIA COMPARTIDA DE MENOR**

**artículos 418 y 423 inciso 5 del Código Civil:** Señala que si bien el artículo 418 del Código Civil define la patria potestad como el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo que es distinto a la pretensión demandada que es el derecho a la tenencia y custodia del menor, el *Ad quem* no ha tomado en cuenta la opinión del menor expresada en la audiencia complementaria de fecha diez de julio de dos mil trece; **B) Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes:** Norma que regula la tenencia del niño y del adolescente, puesto que la Sala Superior no ha considerado el extremo de la citada norma en cuanto dispone que se determine la tenencia tomando en consideración el parecer del menor, por cuanto, a lo largo de la declaración de éste, ha hecho alusión, de que quiere quedarse bajo la custodia de su padre. Ello se debe a que, como se encuentra acreditado en autos, la madre abandonó a su menor hijo para irse a vivir con una tercera persona, hecho que no ha sido desacreditado a lo largo del proceso; **C) Infracción normativa del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú:** Alega que la sentencia de vista ha perjudicado su derecho en beneficio de la demandada, máxime si ella no apeló la sentencia. La doctrina nacional e internacional es unánime al prescribir que no se puede reformar la sentencia de manera peyorativa para la única parte apelante, es decir, el *Ad quem* ha incurrido en *reformatius in peius*, la Sala Superior sólo pudo reformar la sentencia a favor del recurrente y no en contra como ha ocurrido en el presente caso, al haber concedido la tenencia de su menor hijo a la parte demandada. De la simple lectura del proceso se puede constatar que la demandada se limitó a solicitar la tenencia compartida, por ende, al otorgársele la tenencia total de su menor hijo, el recurrente alega encontrarse frente a un fallo *extra petita*, pues la sentencia rebasa el marco de la demanda en términos cualitativos, es decir, se pronuncia otorgando pretensiones que no han sido materia de la demanda, esto es, cuando se otorgan conceptos o derechos que no forman parte del petitorio de la misma y menos, se fijó como punto controvertido la tenencia a favor de la parte



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1252-2015  
LIMA NORTE  
TENENCIA COMPARTIDA DE MENOR**

contraria. El fundamento central para sancionar el fallo extra petita en nuestro sistema procesal radica en que constituye éste una infracción al debido proceso contemplado en la norma antes citada.-----

**CONSIDERANDO:**-----

**PRIMERO.-** Previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine* es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se advierte que a fojas diecisiete Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes interpone demanda contra Olga Sayas Toro solicitando que se le otorgue la tenencia y custodia del menor hijo de ambos Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas. Como fundamentos de su demanda sostiene que contrajo matrimonio con la demandada el dieciocho de noviembre de dos mil, ante la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho, procreando al menor Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas, quien se encuentra viviendo con el demandante; con fecha uno de noviembre de dos mil doce, su esposa (demandada) hizo abandono de hogar, puesto que se involucró sentimentalmente con otra persona, dejando al menor en su poder, motivo por el cual el recurrente se encarga de su cuidado, sin que la madre tenga participación alguna. Existe incertidumbre respecto a la tenencia del menor, ya que la demandada podría arrebatárselo, lo que pondría en peligro su integridad física y psicológica. Que, por existir discrepancia y falta de acuerdo en cuanto a cuál de los padres debe ejercer la tenencia del menor es que interpone la demanda con el fin de que el juzgado determine el mejor derecho de uno de los progenitores.-----

**SEGUNDO.-** Tramitada la demanda según su naturaleza, el *A quo*, mediante sentencia de fojas doscientos setenta y dos, de fecha seis de enero de dos mil catorce, declara infundada la demanda; fija a favor del demandante un régimen de visitas, el cual deberá efectuarse los días martes y jueves desde las cuatro de la tarde hasta las seis de la noche, en el hogar materno sin externamiento; y el primer sábado de cada mes con externamiento del hogar materno, debiendo recoger a su menor hijo a las diez de la mañana y retornarlo al día siguiente

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1252-2015  
LIMA NORTE  
TENENCIA COMPARTIDA DE MENOR**

(domingo) al hogar materno a las seis de la tarde; asimismo, el tercer sábado de cada mes con externamiento del hogar materno, debiendo recoger a su menor hijo a las diez de la mañana y retornarlo al hogar materno al día siguiente (domingo) a las seis de la tarde. Como fundamentos de su decisión sostiene que si bien ambos progenitores no se encuentran incapacitados para ejercer la tenencia del menor; sin embargo, siendo relevante crear seguridad al menor, así como brindarle un hogar en el cual no se le manifieste la negatividad del progenitor ausente, sino por el contrario, coadyuvar al mejoramiento de las relaciones parentales; siendo ello así, estando a que de las pruebas se desprende que el menor estaría siendo influenciado en forma negativa contra la progenitora, corresponde cambiar el ambiente del mismo, y que si bien el demandante señala que la demandada mantiene una relación con una tercera persona con conductas negativas, sin embargo, del informe social no se advierte que dicha persona conviva con la demandada; más aún, la accionada ha señalado en su declaración de parte estar arrepentida de dicha relación, reclamando sólo a su hijo.-----

**TERCERO.-** Apelada la mencionada sentencia, la Sala Revisora, mediante sentencia de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, la confirma y, además, la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro sea quien tenga al menor Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas; en consecuencia, dispone que el demandante entregue al mismo dentro del tercer día de notificado con la sentencia; bajo apercibimiento de ejecución forzada. Como sustento de su decisión manifiesta que en virtud a los informes sociales practicados en las viviendas, tanto del demandante como de la demandada, así como también por los informes psicológicos practicados en ambos y en el menor, concuerdan con la Juez de la causa en el sentido que las conductas de aquéllos no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del menor, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos. De manera singular, se descarta que la demandada haya tenido -o tenga- conducta negativa para el menor. La



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1252-2015  
LIMA NORTE  
TENENCIA COMPARTIDA DE MENOR**

denuncia policial de "abandono de hogar" interpuesta por el demandante queda enervada con las denuncias y actuaciones policiales y judiciales interpuestas en su contra por la demandada. Éstas revelan que la agredió físicamente en repetidas ocasiones, dando lugar a su retiro del hogar conyugal. Para definir la controversia, si bien se debe tomar en cuenta la opinión del niño, como dispone la ley, en el caso de autos ello no debe ser determinante, por cuanto, en la audiencia respectiva el menor ha señalado "(...) *mi papá me ha dicho que diga que me quiero quedar con él (...)*", lo que refleja que -dada su capacidad limitada de discernimiento- ha sido influenciado por su padre (demandante). En tal contexto, en aplicación del principio del interés superior del niño invocado, al no existir una situación negativa para que la demandada tenga a su menor hijo, y aún cuando ella no ha formulado reconvencción en ese sentido, pero que al contestar la demanda ha expresado dicho interés, lo que ha sido sometido al contradictorio, en aplicación del principio de flexibilización del principio de congruencia en asuntos de derecho de familia establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Tercer Pleno Casatorio Civil, integrando la sentencia por omisión, se debe decidir porque la tenencia del menor sea ejercida por la demandada. El ejercicio de ese derecho debe ser facilitando el contacto físico y moral permanente del menor con su padre, conforme al régimen de visitas establecido en la apelada.-----

**CUARTO.-** Conforme se ha anotado precedentemente, el recurso de casación ha sido declarado procedente por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material, debiendo absolverse, en primer lugar, las denuncias de carácter procesal, de modo que si se declara fundado el recurso por esta causal deberá verificarse el reenvío, no teniendo objeto, en tal caso, el pronunciamiento respecto a la causal sustantiva.-----

**QUINTO.-** En tal sentido, en su denuncia de carácter procesal contenida en el apartado **C)** el recurrente alega que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, por cuanto la sentencia de vista contiene un fallo *extra petita*. Al

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1252-2015  
LIMA NORTE  
TENENCIA COMPARTIDA DE MENOR**

respecto, debe indicarse que estaremos ante un fallo de tal cualidad cuando el órgano jurisdiccional otorga un derecho que no había sido solicitado en la demanda. En el caso *sub examine*, el demandante Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes solicitó en su demanda que se le otorgue la tenencia y custodia de su menor hijo Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas, a fin de ejercerla en forma exclusiva. Luego, efectuado el emplazamiento de ley a la demandada, ésta en su escrito de fojas ochenta y uno, no reconvino solicitando ser ella quien ejerza la tenencia exclusiva; sin embargo, manifestó que ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo con el demandante, se dictara un régimen de tenencia compartida. Por consiguiente, se aprecia que, efectivamente, el *Ad quem* ha emitido un fallo *extra petita*, al otorgar a la demandada la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso.-----

**SEXTO.-** Sobre el particular debe anotarse que la tenencia compartida es factible jurídicamente, en atención a lo previsto por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; más aún, si se tiene en cuenta que el propio *Ad quem* ha determinado en la recurrida que las conductas de ambos padres del menor no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del mismo, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos.-----

**SÉTIMO.-** En consecuencia, se verifica la denuncia de vulneración del derecho al debido proceso del recurrente, en los términos antes descritos, lo cual conlleva la nulidad de la sentencia recurrida, en atención a lo dispuesto por el artículo 396, inciso 1 del Código Procesal Civil, correspondiendo al *Ad quem* renovar el acto procesal viciado, es decir, emitir nueva sentencia, de conformidad con las consideraciones previamente vertidas. Cabe agregar que, en atención a lo establecido en el considerando cuarto de la presente resolución carece de objeto pronunciarse sobre la denuncia de contenido material.-----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1252-2015  
LIMA NORTE  
TENENCIA COMPARTIDA DE MENOR**

Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho; por consiguiente, **CASARON**, la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; en consecuencia, **NULA** la misma; **ORDENARON** a la Sala Superior de su procedencia emita nueva sentencia, con arreglo a ley, y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y *los devolvieron*. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.

**S.S.**

**MENDOZA RAMÍREZ**

**ROMERO DÍAZ**

**CABELLO MATAMALA**

**MIRANDA MOLINA**

**YAYA ZUMAETA**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

**SUMILLA:** Las normas sobre tenencia y custodia no son normas fatales, imperativas, que no admitan modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el "interés superior del niño", se trata una regla jurídica flexible, que se adecua a lo que lo favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese "interés superior", considera al menor como sujeto de derecho y rechaza que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad.

Lima, diez de setiembre de dos mil trece.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:** vista la causa número mil novecientos sesenta y uno guión dos mil doce, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

**I. ASUNTO:**

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por la demandada **Ana Cecilia Torres del Águila**, mediante escrito de fecha dieciocho de abril de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos veintitrés, contra la resolución número cinco de fecha dieciséis de marzo de dos mil doce que, entre otros, revoca la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda sobre tenencia y reformándola, la declara fundada y, en consecuencia, otorgan la tenencia y custodia de los niños a favor de su padre; asimismo fijaron un régimen de visitas a favor de la demandada, con lo demás que contiene.

**II. ANTECEDENTES:**

**1. Demanda:**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

Por escrito de fojas diecisiete, William Fernando Miranda Dueñas, interpone demanda de tenencia de menores, tratamiento psiquiátrico y psicológico, pensión de alimentos y régimen de visitas, alegando que fruto de su matrimonio civil con la demandada procrearon dos menores hijos Lucianna Jimena Miranda Torres y Guillermo Andrés Miranda Torres, de siete y tres años de edad, siendo que hace tres años la demandada fue diagnosticada con trastorno bipolar lo que le produce constante evolución y cambio de los estados de ánimo, lo que determinó su alejamiento del hogar conyugal debido a su comportamiento cambiante y su agresividad que hacia imposible la vida conyugal. Agrega que uno de los síntomas que padece es el gasto compulsivo, que hizo que después de ocho meses de su retiro lo demande por el pago de una pensión de alimentos a pesar de que en ningún momento incumplió sus obligaciones como padre; asimismo, señala que sin existir ningún tipo de agresión hacia la demandada ésta lo denunció por maltrato físico y psicológico y en mérito a ellos se sigue un proceso por violencia familiar y se abrió un proceso penal por faltas contra el ahora demandante en el que se le absolvió. Señala que la demandada niega la enfermedad de trastorno de bipolaridad por lo que truncó todos los tratamientos que recibió a lo largo de estos años reflejándose en su conducta, lo que lleva a pensar que en algún momento la demandada en fase maniaca y depresiva pueda ocasionar daños psicológicos o físicos a sus hijos y al recurrente.

**2. Contestación de la demanda:**

Mediante escrito obrante a fojas treinta y seis, Ana Cecilia Torres Águila, contesta la demanda, primero, deduciendo excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, señalando que éste abandonó el hogar conyugal, sustrayéndose a obligaciones de padre, lo cual llevó a que lo demandara por alimentos a favor de sus dos menores hijos, siendo así el demandante no podía demandar tenencia pues antes habría sido

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

demandado por alimentos; asimismo contesta la demanda, señalando que en lo que respecta a la afirmación del demandante de que ella adolezca de enfermedad mental se trata sólo una afirmación de parte que no se sustenta en ninguna prueba y que lo único que pretende es presionarla y desgastarla al extremo que no tenga fuerza mental para reclamarle los alimentos.

**3. Puntos controvertidos:**

Conforme aparece a fojas ciento treinta, habiéndose declarado infundada la excepción deducida por la demandada mediante resolución número seis, y luego de declararse saneado el proceso, se fijaron como puntos controvertidos, determinar si debe declararse la tenencia de los menores Luciana Jimena y Guillermo Andrés Miranda Torres de ocho y cuatro años de edad, a favor del padre demandante; y, como consecuencia de ello, fijar un régimen de visitas a favor de la madre demandada; para este efecto deberá determinarse la existencia de una causa debidamente justificada, pues las partes reconocen que el demandante ha sido demandado por alimentos antes del inicio del presente proceso.

**4. Resolución de primera instancia:**

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante resolución número veintiocho obrante a fojas quinientos setenta y uno, su fecha veintiuno de marzo de dos mil once, declaró infundada la demanda; fundamentando la misma en:

- 4.1.** Del Informe Psicológico de fojas ciento siete, practicado a la demandada, no se aprecia que la misma adolezca de trastorno bipolar o que sea un peligro para sus hijos; de la Evaluación Psiquiatra de fojas ciento cincuenta y uno, se concluye que la demandada no presenta psicosis y su personalidad está dentro de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

los parámetros normales con rasgos inestables, no indicando la existencia de trastorno bipolar que le impida cuidar a sus hijos.

**4.2.** Durante las audiencias se llevó a cabo la exhibición y ratificación de la pericia del Dr. Juan Alejos Zirena en su calidad de neurólogo, del Dr. Víctor Orlado Cruz Campos psiquiatra y de la psiquiatra Rosa Casanova Solimano, quienes no diagnosticaron trastorno bipolar, pero si personalidad dentro de los parámetros normales con rasgos inestables, trastorno afectivo, no arrojando ningún trastorno de disfunción cerebral, trastorno esquizo-afectivo, depresión, no habiéndose diagnosticado bipolaridad (aunque no se descartó en algunos casos), en tanto que el psiquiatra Paul Enrique Vega Adrianzén aprecia que padece de trastorno bipolar. De la entrevista con los menores, la menor Lucciana refiere que quiere a ambos padres, y que quiere vivir con su madre y que su padre los visite los fines de semana; respecto al menor Guillermo Andrés Miranda Torres en su entrevista refiere que desea vivir con su mamá y que su padre los visite.

**4.3.** Se tiene en consideración que de los cinco psiquiatras y un psicólogo que han tratado a la demandada, uno de ellos ha referido que su diagnóstico con respecto a la demandada es de trastorno bipolar pero ha precisado que sólo se entrevistó una sola vez con la demandada; por su parte los psiquiatras restantes, incluyendo al psiquiatra del departamento de Medicina Legal, no han llegado a la conclusión de que la demandada adolezca de trastorno bipolar pese a que todos ellos también se han entrevistado con la demandada; razones por las que no se ha acreditado fehacientemente que la demandada sufra de trastorno bipolar. Asimismo de los exámenes psicológicos de los menores, no se aprecia que la demandada sea violenta o agresiva con sus hijos; asimismo respecto al informe social del demandante este vive en la casa materna con sus hermanos y es el soporte económico de su

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

familia, por ende no se ha establecido que cuente con disponibilidad para que se ocupe directamente de los niños como si lo hace su madre.

4.4. Los menores en las entrevistas han señalado que se encuentran a gusto viviendo con su madre y que ésta no los maltrata y por lo demás expresamente han referido que desean seguir viviendo con ella y que su papá los visite, siendo así, conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Código de Niños y Adolescentes, debe estarse a la opinión de los niños, esto sumado a que ellos siempre han estado al cuidado de la madre y que no se puede afectar su estabilidad.

**5. Fundamentos de la apelación:**

Mediante escrito de fojas seiscientos sesenta y cinco, el demandante apela la sentencia, fundamentando la misma en que se ha probado que la demandada padece de problemas psiquiátricos que nunca ha aceptado, habiendo intentado ayudarla para superarlos recurriendo a varios psiquiatras entre los años dos mil tres y dos mil seis, no aceptando la demandada un tratamiento psiquiátrico, tal como ha sucedido al no someterse a la evaluación psiquiátrica que fue dispuesta en el acto de audiencia de fecha veintiocho de enero de dos mil diez, no habiéndose tomado en cuenta la conducta procesal de la demandada; asimismo no se tomó en cuenta el hecho nuevo presentado por su parte, referido a que el día quince de marzo de dos mil diez, cuando fue objeto de agresión por parte de la emplazada, quien le arrojó huevos y luego lo insultó delante de sus hijos, golpeó con un martillo el parabrisas, las lunas del copiloto y los cuatro faros del auto, luego que él le negara dar una suma de dinero para la reparación de una lavadora, estando a que recibe una pensión de alimentos de S/. 3,300.00 (tres mil trescientos con 00/100 Nuevos Soles), sin incluir el pago directo del crédito hipotecario de US\$ 500.00



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

(quinientos con 00/100 Dólares Americanos), y los cerca de S/. 7,000.00 (siete mil con 00/100 Nuevos Soles) por la matrícula de sus hijos en el Colegio *Jean Le Boulch*; asimismo señala que la demandada viene incumpliendo el régimen de visitas y que el colegio ha comunicado su decisión de no renovar la matrícula de su hijo para el año dos mil once; indica además que sus menores hijos conocen a su actual pareja e hijos de ésta, lugar donde se ha acondicionado un dormitorio con todas las comodidades y que cuenta con las redes sociales necesarias para recibir el soporte y acompañamiento.

**6. Resolución de segunda instancia:**

Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior revocó la resolución de primera instancia, reformándola declaró fundada la demanda; bajo los siguientes fundamentos:

- 6.1. Que, luego de la separación de los cónyuges, el padre no desatendió a los menores, pues ha venido cumpliendo con sus obligaciones alimentarias así como también ejerciendo activamente su derecho de patria potestad.
- 6.2. La demandada pese a no laborar y recibir mensualmente la pensión alimenticia, tanto para su persona como para sus menores hijos, no ha brindado los cuidados necesarios para un óptimo desarrollo integral de los niños, toda vez, que en el caso del niño Guillermo Andrés Miranda Torres, la Institución Educativa FAP José Quiñones no le renovó la reserva del derecho de matrícula del año dos mil diez, así como tampoco el Colegio *Jean Le Boulch* para el año escolar dos mil once, y en ambos casos por haberse presentado serias dificultades en el manejo conductual del citado niño; el mismo que se corrobora con la pericia psicológica de fojas ciento diez que establece que el citado menor presenta trastorno hiperactivo disocial; que conforme a la carta notarial remitida por

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

el demandante al Colegio *Jean Le Boulch*, con fecha veintidós de diciembre de dos mil diez se señala "...debo señalar que el compromiso adquirido por mi persona de llevar a mi hijo a terapias durante el año 2010 no ha sido cumplido porque lamentablemente no ejerzo en la actualidad la tenencia de mi hijo, y lamentablemente la madre de mi hijo Guillermo a pesar de varios intentos de llevarlo no colaboró con este compromiso"; asimismo se señala que al ser preguntada a la demandada en la audiencia única si sus hijos concurren a las terapias psicológicas, manifestó que no, y además se toma en cuenta la respuesta de la demandada en cuanto señala que si tiene conocimiento de los problemas de conducta que tiene su hijo, pero que no lo ha podido llevar por factor de dinero y tiempo del menor, lo cual a consideración de la Sala Superior no se condice con la realidad, pues en autos ha quedado debidamente establecido que el demandante cumple con sus obligaciones alimentarias, más aún, si la propia emplazada admite a fojas quinientos diecinueve, que el actor se encuentra al día en el pago de los alimentos.

**6.3.** Asimismo se toma en cuenta las evaluaciones psicológicas y el informe social relacionado con los menores, que no son favorables, al establecerse que si bien los menores cuentan con una inteligencia superior a lo normal, sin embargo tienen regular rendimiento escolar, lo que demuestra que la madre no les brinda los cuidados necesarios para su formación integral.

**6.4.** Se observa que la demandada no tiene un adecuado control de emociones, conforme se verifica con la constatación policial de fecha quince de marzo de dos mil diez ante la Comisaría de Santa Felicia, de fojas cuatrocientos ochenta y cinco; en las que se indica que la denunciada cogió unos huevos y los lanzó contra su cónyuge en presencia de sus menores hijos, además sacó un martillo metálico y causó daños materiales al vehículo del actor

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

conforme lo corrobora el efectivo policial de la Comisaría de Santa Felicia y el vigilante Pablo Layme Vilca, así como las fotografías de fojas cuatrocientos ochenta y seis, lo que no resulta favorable para el desarrollo integral de sus menores hijos.

**6.5.** Además se aprecia del cuaderno de medida cautelar de régimen de visitas provisional a favor del accionante que la demandada no ha cumplido con lo ordenado por el órgano jurisdiccional, conforme a las constancias policiales de fojas cincuenta y cuatro, cincuenta y seis, cincuenta y siete, cincuenta y nueve y sesenta, y no ha garantizado el derecho de los niños de mantener el contacto con su padre, habiendo incluso sido requerida mediante resolución de fecha siete de agosto de dos mil nueve, lo que ha dado como consecuencia que el demandante se vea impedido de llevar al menor Guillermo Miranda a las terapias psicológicas especializadas en modificación de conducta, condicionadas por los Centros Educativos "José Quiñones" y "*Jean Le Boulch*", para que pueda continuar con sus estudios escolares, lo que ha motivado que al niño no se le permita continuar con sus estudios en dichos centros educativos.

**6.6.** Ha sido tomado en consideración lo señalado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del niño, que dice 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 en concordancia con el artículo 9.3 de dicha Convención, que prescribe "*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño, que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*" y los artículos 74, 84, 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

6.7. En tal sentido, la Sala Superior revoca la sentencia recurrida así como también fija un régimen de visitas a favor de la madre a efectos de mantener el vínculo materno filial.

**III. RECURSO DE CASACIÓN:**

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha cinco de julio de dos mil doce ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Torres del Águila, por la infracción normativa de los artículos IX y X del Título Preliminar y de los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes; así como el artículo 139 incisos 3° y 5° de la Constitución Política del Estado, al haber sido expuestas las referidas infracciones con claridad y precisión señalándose además la incidencia de ellas en la decisión impugnada.

**IV. CUESTIÓN JURÍDICA A DEBATIR:**

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate radica en determinar si se han infringido las reglas del debido proceso y motivación, así como las normas referidas a tenencia y custodia de menores.

**V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA:**

**PRIMERO.-** Que, el debido proceso formal constituye una garantía constitucional que asegura que en la tramitación de un proceso, se respeten determinados requisitos mínimos<sup>1</sup>. Tales requisitos, que han sido objeto de discusión<sup>2</sup>, en general se considera que abarcan los siguientes criterios: (i) Derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa);

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

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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

(ii) Derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que no tenga interés en un determinado resultado del juicio; (iii) Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); (iv) Derecho a la prueba; (v) Derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; (vi) Derecho al juez legal. Derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas.

**SEGUNDO.-** Que, se advierte que la recurrente sostiene que la resolución cuestionada no se encuentra debidamente motivada. En realidad, como se aprecia, no cuestiona en sí el debido proceso ni en estricto defectos de motivación, sino el material probatorio, con todo debe señalarse que aquí se ha respetado el derecho a ser informado del proceso, al juez imparcial, a la publicidad del debate y el derecho de defensa, a la prueba, a ser juzgado sobre el mérito del proceso y al juez legal. Nada de eso se ha cuestionado por lo que este extremo del recurso debe ser rechazado.

**TERCERO.-** Que, siendo ello así, y haciéndose la precisión respectiva, este Tribunal Supremo verificará si la resolución impugnada se encuentra indebidamente motivada. Cabe indicar que: *"La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Art. 139 incs. 3° y 5°); por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, intema y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente<sup>3</sup>".*

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE  
CASACION N° 1961-2012  
LIMA

**CUARTO.-** Que, en esa perspectiva, debe indicarse, en cuanto a la justificación interna (que consiste en verificar que “el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido” sin que interese la validez de las propias premisas), que el orden lógico propuesto por la Sala Superior ha sido el siguiente: (i) Como **premisa normativa** la sentencia ha considerado dos normas fundamentales: a) el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que en caso de desacuerdo la tenencia la resuelve el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento; y, b) el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en el extremo que prescribe que el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. (ii) Como **premisa fáctica** la Sala Superior ha advertido que los menores han sido descuidados y que la madre tiene un carácter inestable. (iii) Como **conclusión** la sentencia considera que la demanda debe ser amparada. Tal como se advierte, la deducción lógica de la Sala es compatible formalmente con el silogismo que ha establecido, por lo que se puede concluir que su resolución presenta una debida justificación interna.

**QUINTO.-** Que, en lo que concierne a la justificación externa, ésta consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas<sup>4</sup>, lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera<sup>5</sup>. En esa perspectiva, este Tribunal Supremo estima que la justificación externa realizada por la Sala Superior es adecuada. En efecto, las normas indicadas son las correctas para resolver el presente caso, pues las premisas normativas aluden a dispositivos referidos a la tenencia y custodia de menores, los que

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

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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

además, conforme se advierte en el considerando vigésimo segundo de la sentencia, han sido concordados con el Preámbulo y el artículo 9.3. de la Convención sobre los Derechos del Niño. A su vez, la premisa fáctica corresponde al material probatorio existente. Dada la corrección de la premisa normativa y fáctica, la conclusión a la que se arribó fue la adecuada, existiendo debida justificación externa.

**SEXTO.-** Que, en lo que respecta a los problemas específicos de motivación se tiene que, existe *motivación aparente* cuando en una determinada resolución judicial parece que se justifica la decisión pero su contenido no explica las razones del fallo; que existe *motivación insuficiente* cuando no hay un mínimo de motivación exigible y que existe *motivación incongruente* cuando se dejan incontestadas las pretensiones o se desvía la decisión del marco del debate judicial<sup>6</sup>. Tales incorrecciones no se encuentran en la sentencia recurrida. Así, como se ha presentado en líneas precedentes, se ha justificado la decisión tanto en el aspecto de los hechos como en el normativo, hay argumentación prolija y se han contestado las pretensiones existentes, como se puede apreciar del relato detallado de los eventos sucedidos entre las partes y de las normas legales utilizadas. En tal sentido, este Tribunal Supremo estima que se ha fundamentado el por qué del sentido del fallo y se han contestado rigurosamente las pretensiones existentes.

**SÉTIMO.-** Que, por otra parte, debe verificarse si, como señala la recurrente, no se ha tomado en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con el que vivió más tiempo, y que se ha incurrido en error cuando se menciona que sus hijos tienen regular rendimiento cuando en el caso de Guillermo Andrés tiene un promedio de catorce y la menor Lucianna Jimena el de excelente; situaciones ambas que vulnerarían el artículo 84 del referido cuerpo legal. Asimismo, debe verificarse si al no

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente número 0037-2012-PA/TC.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

tomarse en cuenta la opinión de los menores, se ha vulnerado el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes.

**OCTAVO.-** Que, sobre el particular debe mencionarse que los artículos IX y X del Código de los Niños y Adolescentes hacen referencia al interés superior del niño y a los procesos de menores como problemas humanos<sup>7</sup>. Se trata de normas principistas que guían la interpretación del resto del articulado del referido Código y que deben atenderse, tanto por ser dispositivos legales vigentes como porque responden a los Tratados Internacionales suscritos por el país (por todos: Convención Internacional de los Derechos del Niño). Siendo ello así las infracciones alegadas por la recurrente al artículo 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes<sup>8</sup> referidos a las facultades del juez en los casos de tenencia y a la necesidad de escuchar la opinión del niño deben ser interpretadas en el marco de las normas principistas antes señaladas.

**NOVENO.-** Que, establecidos los parámetros legales antes señalados, se observa que, con respecto a la permanencia de los menores con el

<sup>7</sup> **Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-** 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.

**Artículo X.- Proceso como problema humano.-** El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.

<sup>8</sup> **Artículo 84.- Facultad del juez.-** En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

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

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

**Artículo 85.- Opinión.-** El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

progenitor que los tuvo más tiempo, debe señalarse que, en efecto, el artículo 84.1 menciona que ello es así, pero dicho dispositivo culmina con la siguiente frase: "*siempre que le sea favorable*". No se trata, por tanto, de una norma fatal, imperativa, que no admite modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el "*interés superior del niño*", se trata de una regla jurídica flexible, que se adecúa a lo que le favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese "*interés superior*", considerando al menor como sujeto de derecho y rechazando que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad. Así expuestas las cosas, aunque la permanencia del niño con uno de sus progenitores es un elemento a considerar, tal hecho cede cuando tal evento no sea favorable a él. Lo mismo que se ha dicho sobre el artículo 84.1 debe señalarse con respecto al artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir, la opinión de los menores es importante, pero debe ser evaluada con el conjunto de medios probatorios existentes, a fin de determinar qué es lo que conviene al menor.

**DECIMO.-** Que, en lo relacionado al error en el promedio escolar de los menores, se observa por la propia declaración de la recurrente en su recurso de casación y por lo expuesto a fojas ochocientos doce que Guillermo Andrés tiene un promedio por debajo del regular, pues apenas llega a trece punto setenta y ocho, siendo que en el contexto de su Informe Psicológico lo tiene como persona de inteligencia superior. En cambio, conforme se aprecia a fojas ochocientos once, sí es verdad que Lucianna Jimena tiene un promedio destacado (AD). No obstante, esa equivocación de la Sala Superior no sólo no genera nulidad alguna, sino además en nada modifica la contundencia de sus afirmaciones.

**UNDÉCIMO.-** Que, en efecto, el promedio escolar es sólo uno de los factores tomados en cuenta para dictar la sentencia; a ello se ha

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

agregado que a Guillermo Andrés no se le haya renovado la matrícula del año dos mil diez en la Institución Educativa FAP "José Quiñones" ni en el dos mil once en el "Colegio Jean Le Boulch", y en ambos casos por problemas de conducta del menor, que no han merecido la vigilancia y el control deseable por parte de la recurrente, más aún cuando ha contestado en Audiencia Única que *"no ha podido llevar (a su hijo al psicólogo) por factor dinero y tiempo del menor"* cuando se ha acreditado el cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del padre. Asimismo, si bien, como se ha dicho, el promedio de notas de Lucianna Jimena es bueno, no es menos verdad que la educación no puede reducirse a la actividad escolar, sino se desarrolla también en la casa donde se vive. Allí el ambiente es inadecuado para ambos menores. Así, conforme lo expone el Informe Psicológico (fojas ciento trece), Lucianna Jimena, que tiene inteligencia superior con coeficiente ciento doce, es también una niña con *"autoestima por debajo de lo normal, con sentimientos de inferioridad y desvalorización"* y con *"síndrome de niña maltratada"*. Por su parte, Guillermo Andrés, señala el Informe Psicológico, que también tiene una inteligencia superior con coeficiente ciento quince, es *"fronterizo a nivel social"* y, tal como se ha relatado en líneas precedentes, ha tenido problemas de conducta en los dos colegios donde ha estado. Todo ello demuestra que la madre no ha desempeñado de manera debida su labor de resguardo y cuidados necesarios para su formación.

**DUODÉCIMO.**- Que, a ello, debe añadirse, como lo ha hecho la sentencia impugnada:

- Que el médico neurólogo y psiquiatra de la Clínica Medlab ha señalado que trató a la recurrente porque presenta trastorno afectivo y que le realizó dos evaluaciones para descartar trastorno

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

neurológico, y que a la tercera sesión (que iba a servir para descartar un posible trastorno bipolar) la ahora demandada ya no concurrió.

- Que el psiquiatra del Instituto Nacional de Salud Mental "Honorio Delgado" refiere haber tratado a la madre de los menores que entonces padecía "depresión mayor" y que, dado el grado de desconfianza que tenía, le pidió descartar trastorno esquizoafectivo, no concurriendo la paciente a ninguna otra cita.
- Que la Historia Clínica obrante de fojas doscientos sesenta y ocho a doscientos setenta informa que la recurrente padece episodio depresivo moderado, D/C trastorno bipolar, lo que fue ratificado por el médico tratante.
- Que la pericia psicológica practicada a la casante señaló que sufre de trastorno de ansiedad generalizada.
- Que, a lo expuesto se añade que la recurrente no tiene un adecuado control de sus emociones, habiendo lanzado huevos y golpeado con un martillo el auto del demandante.

**DÉCIMO TERCERO.**- Que, lo expuesto permite concluir que en nada se han vulnerado los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, pues ellos han sido evaluados en el contexto del desarrollo de los menores, del actual cuidado que se les brinda y teniendo como norte el principio del "interés superior del niño" y que un proceso de menores es siempre un problema complejo cuya solución se da con la evaluación exigente del material probatorio, como se ha hecho en el presente caso.

**VI. DECISIÓN:**

Por estas consideraciones y conforme a lo establecido en el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Torres del Águila, de fecha dieciocho de abril de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACION N° 1961-2012**  
**LIMA**

veintitrés; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista del dieciséis de marzo de dos mil doce, que corre a fojas setecientos treinta y tres; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en los seguidos por William Fernando Miranda Dueñas contra Ana Cecilia Torres del Águila, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Castillo.-**

**SS.**

**ALMENARA BRYSON**

**HUAMANÍ LLAMAS**

**ESTRELLA CAMA**

**RODRÍGUEZ CHAVEZ**

**CALDERÓN PUERTAS**

Jcyp/Ymbs

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO  
SECRETARIO  
SALA CIVIL PERMANENTE  
CORTE SUPREMA

10 6 MAR 2013

**CAS. N° 3767-2015-CUSCO**

**TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR.**

Lima, ocho de agosto de dos mil dieciséis.

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:** Vista la causa número tres mil setecientos sesenta y siete – dos mil quince, efectuados el debate y la votación correspondientes, emite la siguiente sentencia.

**I. MATERIA DEL RECURSO**

Se trata del recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco, contra la sentencia de vista de fojas mil noventa y dos, de fecha treinta de junio de dos mil quince, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirma la sentencia apelada de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, que declara fundada la demanda.

**II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, de fecha veinte de octubre del dos mil quince, ha declarado procedente el citado recurso de casación, por las causales de:

- a) Infracción normativa material de la Ley N° 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.
- b) De forma excepcional, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, por la causal de: Infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, a efectos de evaluar si la Sala Superior ha cumplido con motivar debidamente, y si ha aplicado normas que resultan pertinentes al caso de autos.

**III. CONSIDERANDO:**

**Primero.-** Previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine* es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. Del examen de autos se tiene que a fojas treinta y ocho, Elvira Erika Cabrera Huayllani interpone demanda de tenencia y custodia de su menor hijo, contra Edison Vargas Estrada; siendo sus fundamentos de hecho que con el demandado procrearon a su menor hijo Giancarlo Edison Vargas Cabrera y debido a la conducta del demandado -alcoholismo y problemas económicos- fracasó la convivencia en agosto de dos mil doce. El demandado demostró una conducta irresponsable no cumpliendo con sus obligaciones económicas, motivo por el cual le inició una demanda de cobro de alimentos que se tramitó ante el Juzgado de Paz Letrado de Arequipa. Nunca privó al demandado de su derecho a visitar a su menor hijo pese a que la amenazaba con quitárselo. El veintiséis de diciembre de dos mil doce le permitió verlo, haciéndole creer el demandado que estaba

arrepentido del daño causado, lo que aprovechó éste para llevarlo a la ciudad del Cusco sin su consentimiento. El demandado se negó a devolverle a su menor hijo, siendo la persona menos indicada para estar a su cuidado, por ser una persona emocionalmente inestable, además de abusivo y obsesivo, como se tiene de los múltiples mensajes de texto que tiene la accionante como prueba en las demandas de violencia familiar, además de ser irresponsable, como queda demostrado en la demanda de alimentos, así como al padecer de un problema de alcoholismo.

**Segundo.-** A fojas ciento doce, Edison Vargas Estrada contesta la demanda señalando que es empleado, con trabajo estable en el Hospital de Essalud de Cusco, laborando en forma ininterrumpida por quince años como personal administrativo de la Red Asistencial, dedicándose a su trabajo y al cuidado exclusivo de su menor hijo debido al abandono económico y moral de la demandante. Con ella se conocieron aproximadamente en setiembre del año dos mil siete en dicho centro laboral, siendo que la demandante no le manifestó que tenía un hijo de otra relación sentimental y que en esa época convivía con el padre de su menor hijo en la ciudad de Arequipa, siendo que sólo cuando la accionante se embarazó, en agosto de dos mil ocho, le puso en conocimiento de ello. La demandante mantiene una serie de problemas con su ex conviviente a razón de las denuncias que se han instado ambos en la ciudad de Arequipa, siendo que mantienen conflictos, peleas, escándalos muy graves en el domicilio donde se encontraba su menor hijo en la ciudad de Arequipa, por lo cual se encuentra en inminente peligro de ver afectada su integridad física, psicológica y moral. Afirma que siempre de forma responsable y madura quiso preservar su relación con la demandante, siendo falso que tenga problemas de alcoholismo. Nunca desamparó económicamente a su menor hijo, y la accionante le ha iniciado un proceso de alimentos de mala fe, siendo que siempre le giró dinero a través del Banco de la Nación, así como le entregaba dinero en forma personal, llevaba víveres y prendas de vestir para su menor hijo, e incluso para el otro hijo de la demandante. Con el único afán de comunicarse con su hijo hizo instalar un teléfono fijo en el domicilio donde se encontraba viviendo en Arequipa; sin embargo, la demandante en muchas oportunidades cortaba el teléfono y no le comunicaba con su hijo. Para el mejor cuidado de su menor hijo contrató los servicios de una nana ya que la actora salía a su centro laboral a las siete de la mañana y retornaba a altas horas de la noche, estando dicho menor prácticamente abandonado. Luego de hacer varios viajes a la ciudad de Arequipa, los abuelos maternos le reiteraron que lo mejor sería que su menor hijo esté a su cuidado y que lo llevara a la ciudad del Cusco porque no sólo estaba desatendido, sino que estaba en riesgo su integridad física, psicológica y moral. Su menor hijo no estaba bien cuidado y, por el contrario, estaba prácticamente abandonado al igual que su medio hermano, siendo que el veintidós de diciembre de dos mil doce, visitó una vez más a su hijo en la ciudad de Arequipa, encontrándolo en estado calamitoso, sin aseo personal, con ropa no adecuada, mal de salud; motivo por el cual le reclamó a la demandante, quien le manifestó que ya no podía con el cuidado de sus dos hijos y que era mejor que lleve a su menor hijo al Cusco. Sorprendentemente la accionante había asentado una denuncia en la ciudad de Arequipa y, posteriormente, en la ciudad del Cusco, enterándose recién que había sido demandado en el mes de noviembre de dos mil doce por cobro de alimentos. Viendo el abandono moral y económico de su hijo, al que fue sometido por su progenitora, así como por el grave peligro que corre su integridad física, psicológica y moral, debido a los problemas que mantiene aquella con el progenitor de su hijo mayor, es el demandado la persona indicada para brindar custodia y tenencia en su menor hijo, ya que le brinda mejores atenciones y está en mejor situación de desarrollo, en un clima de tranquilidad y armonía, en compañía de sus familiares, donde percibe armonía y paz, considerando, además, que no puede abandonar su formación educativa ya que se encuentra matriculado en la Institución Educativa Nuestra Señora del Rosario.

**Tercero.-** El *A quo*, mediante sentencia de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, declara fundada la demanda. Como fundamentos de su decisión sostiene que del acervo probatorio se tiene que el menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera, entonces de tres años de edad, se encontraba en poder de la demandante; sin embargo, el demandado lo apartó de su cuidado. Asimismo, indica que se ha determinado que la composición de la familia de la demandante alcanza sólo a la actora y a su hijo mayor David Alejandro Portocarrero Cabrera, de nueve años de edad, y si bien aquélla habría padecido de violencia familiar, por parte de Armando Portocarrero Osorio -progenitor de su hijo mayor-, ello se produjo antes del nacimiento del segundo hijo de la demandante (veinticinco de abril de dos mil nueve); no habiéndose demostrado que los hechos de violencia familiar suscitados en esa fecha hayan continuado, por lo tanto, no existe posibilidad alguna de riesgo contra la integridad física del menor. Por el contrario, se infiere del acervo probatorio consistente en informes psicológicos y sociales, que el ambiente donde actualmente se encuentra viviendo el menor no es el adecuado para el desarrollo de su personalidad conforme han arrojado los informes psicológicos, ya que el demandado es inestable emocionalmente, es violento, vulgar y sarcástico, lo cual concuerda también con la evaluación del menor, ya que no puede hablar de su progenitora delante del demandado y tampoco puede afirmarse en el núcleo familiar donde se encuentra, no puede contrariar a su progenitor, lo que significa que el demandado ejerce control sobre las respuestas y formación del menor, lo que hace que sea inestable emocionalmente, advirtiéndose indicios de una alienación del menor en contra de la demandante, por lo que las óptimas condiciones económicas que el progenitor le brinda no resultan suficientes ante la inestabilidad emocional en el ambiente en que se encuentra. A su turno, en lo que concierne a la accionante Elvira Erika Cabrera Huayllani, el *A quo* indica que se ha establecido que no presenta sintomatología psicopatológica que le impida una adecuada percepción y evaluación de la realidad, siendo que, si bien tiene personalidad con rasgos inestables, tiene capacidad de percibir y evaluar la realidad; asimismo, presenta una reacción ansiosa mixta depresiva que está asociada a la situación de su menor hijo y al proceso judicial de Tenencia. En el informe social se tiene que ésta, reúne las condiciones necesarias para poder asumir la responsabilidad y crianza del menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera. De todo ello, infiere que quien se encuentra en mejores condiciones para la crianza y cuidado del menor es la demandante, puesto que existe mayor estabilidad sobre todo emocional en ella, tanto más, que la norma es clara al señalar que, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo debe permanecer con el progenitor con el que vivió mayor tiempo. Finalmente, a fojas quince, obra la Resolución número uno, de fecha cinco de noviembre de dos mil cinco, sobre un proceso de Alimentos, seguido por la demandante contra el recurrente, sin embargo, no se acredita que el demandado se encuentre al día en sus pensiones alimenticias, por lo que no procede fijar un régimen de visitas para el recurrente.

**Cuarto.-** Una vez apelada la mencionada sentencia, la Sala Superior, mediante sentencia de vista de fojas ochocientos cuarenta y cinco, de fecha treinta de junio de dos mil quince, la confirma. 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. Asimismo, de la revisión del expediente, colige que el menor actualmente 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, lo que es corroborado con los resultados de las diferentes pericias psicológicas y los informes sociales antes descritos, situación que se torna mucho más grave, en tanto el *A quo* concedió la tenencia

provisional a favor de la demandante, conforme se desprende de la resolución número 41 recaída en el incidente con número de Expediente 183-2013-42-1001-JM-FC-01 (que obra a fojas cuatrocientos ochenta y cinco de dicho cuaderno); 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 (resolución número cincuenta y tres, que obra en el cuaderno número 183-2013-42-1001-JM-FC-01, a fojas seiscientos ochenta y uno). Asimismo, no puede pasar desapercibida la conducta del demandado, quien al ser entrevistado en la visita social (fojas setecientos veintiuno), rehusó dar el nombre de la institución educativa donde el menor cursa sus estudios, señalando que lo hace por seguridad, con la finalidad de que la demandante no conozca dicha información, de otro lado a fin de lograr la ejecución de sus mandatos el *A quo* incluso llevó a cabo una diligencia de allanamiento del domicilio del demandado (Acta de fojas ochocientos cincuenta y siete, en el Expediente número 183-2013-42-1001-JM-FC-01), sin embargo no logró hallar al menor. 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 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, conforme se advierte de las evaluaciones psicológicas practicadas al mismo. 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. Consecuentemente, es posible colegir que lo manifestado por el menor de continuar viviendo con su padre, no obedece a su verdadero deseo, en tanto conforme se advierte del informe social de folios setecientos veintiuno, los presuntos malos tratos sufridos por parte de su madre, que son sustento para rechazar vivir con esta última, son afirmaciones producto de la influencia del padre hacia su menor hijo, lo que concuerda con el informe psicológico correspondiente al menor, que obra a fojas quinientos trece. Entonces, si bien el menor no tiene animadversión hacia su padre, pero de otorgarse la tenencia a favor de éste, no sería beneficiosa para el menor, en tanto conforme los considerandos expuestos, el demandado atenta contra su equilibrio emocional al privarlo de la presencia y atención de su madre, no resultando suficiente que se brinde al menor sólo comodidades materiales, ni se vele solamente por su salud física. Siendo la edad del menor del cual se solicita la tenencia, seis años, devendría en idóneo se otorgue la tenencia a favor de su madre, en tanto, no se probó que lo tuviera desatendido, o haya ejercido actos de violencia familiar en su agravio, como alega el demandado, debiendo tenerse en cuenta además que el menor vivió con ella desde su nacimiento hasta el veintiséis de diciembre de dos mil doce. Asimismo, de las diferentes evaluaciones psicológicas practicadas a la demandante no se advierte alteración mental alguna, ni aspectos que conlleven a considerar inadecuado que el menor esté bajo su cuidado, como ocurre con el demandado quien además de impedir que su madre visite al menor, ejerce influencia negativa en su contra, al instruirle que hable mal de ella. Por lo expuesto, si bien ambos padres biológicos detentan la patria potestad, la tenencia se le debe otorgar a la madre biológica, debiendo confirmarse la resolución materia de apelación, lo que no debe significar que no se establezca un régimen de visitas, que permita al menor, seguir vinculado a quien siempre será su padre y que también le permita estrechar lazos con él; no siendo razonable se



impida al demandado visite a su menor hijo, sustentándose que incumplió con sus obligaciones alimentarias, sin que ello haya sido acreditado fehacientemente; asimismo, en salvaguarda del interés del menor, procurando se logre que la relación de padre e hijo se fortalezca y estabilice, deviene en irrazonable que se admita el deterioro del vínculo paterno filial por el incumplimiento de las prestaciones alimentarias.

**Quinto.-** Como se ha establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil, celebrado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a propósito de la Casación N° 4664-2010-Puno, la naturaleza del proceso de familia es tuitiva, y “se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencia del proceso civil debido a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*”<sup>1</sup>, lo cual guarda relación con lo establecido en el artículo X del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual el Estado no sólo debe garantizar un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes, sino que en los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.

**Sexto.-** De la Resolución de fojas sesenta y nueve del cuadernillo de casación, se tiene que se ha admitido de forma excepcional el presente recurso casatorio por la infracción normativa procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, a fin de determinar si se había cumplido con motivar debidamente la recurrida, aplicando al caso concreto todas las normas correspondientes. Sin embargo, estando a la relevancia de la materia objeto de pronunciamiento y a las consideraciones expuestas en el considerando anterior, de existir una norma jurídica no aplicada por la Sala Superior para resolver el presente caso, este Supremo Tribunal deberá pronunciarse considerando la naturaleza de la norma infraccionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil.

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

**Octavo.-** A partir de la modificatoria antes señalada, en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de promover la tenencia compartida o coparentalidad de los menores, en la cual “ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (...). Los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones

---

<sup>1</sup> Sentencia de Casación N° 4664-2010-Puno, fundamento 11.

personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable”<sup>2</sup>. En ese sentido, la figura jurídica de la tenencia compartida debe entenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resalta la importancia de que el niño no sea separado de sus padres, sino cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés.

**Noveno.**-Siendo ello así, se tiene que al momento de emitir la sentencia de vista, la Sala Superior indicó en su considerando décimo que (sic) “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”, siendo que de ello se desprende que al momento de emitir su fallo, lo hizo negando la posibilidad de establecer si era lo mejor para el menor que sus padres ejerzan su tenencia de forma compartida, como estaba dispuesto en mérito a la modificatoria antes señalada, con lo cual se tiene que ha emitido una sentencia con infracción normativa del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes. Sin embargo, se tiene que el *Ad quem* sí ha ingresado al análisis de si era conveniente o no para el interés del menor el que su padre continúe ejerciendo su tenencia, aspecto que resulta también condicionante de la tenencia compartida. En ese sentido, ha concluido que a partir de las pericias psicológicas de éste (fojas doscientos veintitrés y quinientos trece) y de su progenitor (fojas doscientos sesenta y seis y quinientos siete), se evidencia que el menor presenta un apego a la figura paterna, pero con falta de estabilidad emocional por una inadecuada estimulación afectiva. Asimismo, siendo que 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. Al tenerse de autos que la conducta reiterativa del padre del menor ha sido la de privarlo deliberadamente del contacto con su madre -como se tiene de su renuencia a cumplir el mandato judicial de entregar al menor, así como de su poca colaboración para informar en un primer momento en qué institución educativa seguía estudios-, habiéndose incluso encontrado indicios de alienación parental en perjuicio de aquella, este Supremo Tribunal considera que no resulta posible conceder la tenencia compartida a favor de ambos padres, por lo que la evidente inaplicación del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes en que se ha incurrido al expedir la recurrida, si bien afecta su motivación, no es casable por ajustarse a su parte resolutive a derecho, como lo dispone el artículo 397 del Código Procesal Civil.

**Décimo.**- En cuanto a la infracción normativa del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, se tiene que a partir de la modificatoria introducida por la Ley N° 29269, en adelante, se tiene que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; que el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas, siendo además que en cualquiera de los

---

<sup>2</sup> VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 375.

supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. Siendo así, se tiene que no se aprecia tal infracción normativa, toda vez que los criterios establecidos en dicha disposición están sujetos a ser aplicados según el interés del menor, por lo que al haberse establecido en autos que se encuentra en riesgo la estabilidad emocional del menor por la conducta de su padre, y que a su vez, resulta que su madre sí cuenta con las condiciones necesarias para asegurar su cuidado, puede el juzgador no seguir los criterios allí señalados como determinantes para fijar la tenencia. Asimismo, dada la conducta del padre del menor, señalada en el considerando anterior, resulta evidente que no garantiza el derecho de su hijo a mantener contacto con el otro progenitor, criterio que la referida disposición normativa también establece como condicionante para otorgar la tenencia, debiendo ésta por ello recaer en la demandante.

**Décimo primero.-** Finalmente, respecto a la causal de infracción normativa admitida excepcionalmente, de la revisión de la regulación normativa aplicable al caso, este Supremo Tribunal aprecia que pese a que las instancias de mérito determinaron una variación de la tenencia del menor a favor de su madre, no aplicaron el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual, debía ordenarse, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno, lo cual resulta relevante para el caso de autos, tomando en cuenta la edad del menor y el apego emocional que tiene con su padre, con quien ha vivido los últimos años. Así, el extremo de la parte resolutive de la apelada que dispone que el menor sea entregado en un plazo de cinco días después de notificada la sentencia, constituye decisión que podría perjudicarlo, debiendo ser dicha variación de forma progresiva y por períodos de alternancia, aprovechando para su inicio el siguiente período de vacaciones escolares del año dos mil diecisiete, a fin de no interrumpir los estudios escolares del menor. Asimismo, dado que se ha fijado un régimen de visitas para el demandado, quien continuará por ello en contacto con el menor y su madre, la terapia psicológica a la que será sometido el menor debe también ser brindada a ambos padres a fin de lograr también en ellos estabilidad psicológica y emocional para garantizar el fortalecimiento del vínculo afectivo con su hijo, así como el respeto y consideración del otro progenitor, lo que se justifica tanto por el carácter excepcional de la casación concedida, como por el interés superior del menor.

#### IV. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con los artículos 396 y 397 del Código Procesal Civil, declararon **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por Edison Vargas Estrada a fojas mil ciento cuarenta y cinco; por consiguiente, **CASARON PARCIALMENTE** la sentencia de vista de fojas mil noventa y dos, de fecha treinta de junio de dos mil quince, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, sólo en el extremo que confirma que el demandado entregue al menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada de lo dispuesto en dicha resolución, y la **ANULARON** sólo en ese extremo; y actuando en sede de instancia **REVOCARON PARCIALMENTE** la sentencia apelada de fojas novecientos veinte, de fecha veintiocho de enero de dos mil quince, en cuanto dispone que el demandado Edison Vargas Estrada entregue al menor Giancarlo Edison Vargas Cabrera a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada de

lo dispuesto en dicha resolución; y **REFORMANDO** dicho extremo, dispusieron que la variación de la tenencia ordenada se efectúe en forma progresiva y con la asesoría del equipo multidisciplinario, de manera que no le produzca daño o trastorno a dicho menor y se lleve a cabo observando las consideraciones expuestas en esta resolución. Asimismo, **INTEGRARON** la recurrida, disponiendo que los Equipos Multidisciplinarios de las Cortes Superiores de Justicia de Arequipa y Cusco, a través del Juzgado competente de dichas ciudades, sometan también a terapia psicológica a la demandante Elvira Erika Cabrera Huayllani y al demandado Edison Vargas Estrada, en el número de sesiones que resulten necesarias, debiéndose informar acerca de los avances obtenidos que propenderán a lograr su estabilidad psicológica y emocional, así como el respeto y consideración hacia el otro progenitor; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Elvira Erika Cabrera Huayllani contra Edison Vargas Estrada, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y *los devolvieron*.

Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.

S.S. MENDOZA RAMÍREZ, ROMERO DÍAZ, CABELLO MATAMALA, MIRANDA MOLINA, YAYA ZUMAETA.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 370-2013  
ICA  
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

Lima, seis de marzo  
del año dos mil trece.-

**VISTOS;** con el acompañado; y **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por Miguel Ángel Torres Ávalos de fojas doscientos veintidós a doscientos treinta y dos; contra la sentencia de vista de fojas ciento noventa y ocho a doscientos cinco la cual confirma la apelada que declara fundada la demanda de tenencia y custodia de menor; para cuyo efecto deben calificarse los requisitos de admisibilidad y procedencia de dicho medio impugnatorio, conforme a lo previsto en la Ley número 29364. **SEGUNDO.-** El recurso de casación satisface los requisitos de admisibilidad regulados por el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por Ley número 29364, toda vez que se ha interpuesto: **i)** Contra la resolución de vista expedida por la Sala Superior respectiva que como órgano de segundo grado pone fin al proceso; **ii)** Ante la Sala Superior que emitió la resolución impugnada (Sala Mixta de Chincha de la Corte Superior de Justicia de Ica); **iii)** Dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna; y **iv)** Adjuntándose el arancel judicial respectivo conforme se advierte de fojas doscientos seis, por la suma de quinientos ochenta y cuatro nuevos soles (S/.584.00). **TERCERO.-** Respecto al requisito de procedencia contenido en el inciso 1° del artículo 388 del Código Procesal Civil el recurrente cumple con el mismo al haber impugnado la sentencia de primera instancia que era desfavorable a sus intereses; asimismo en cuanto al requisito señalado en el inciso 4° de la referida norma ha precisado que su pedido casatorio es revocatorio o anulatorio, cumpliendo los requisitos aludidos. **CUARTO.-** En cuanto a las exigencias contenidas en los incisos 2° y 3° del artículo 388 del Código Procesal Civil, el recurrente Miguel Ángel Torres Ávalos denuncia la causal de *infracción normativa* de los siguientes: **i) Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño**, puesto que, las sentencias no han procesado todos los medios probatorios obrantes en la causa y quizás

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 370-2013

ICA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

uno de los más importantes es el examen psicológico del menor, realizado por el órgano técnico adscrito al Juzgado de Familia, en donde se puede apreciar que esté siente animadversión hacia su madre, del mismo modo no se ha tenido en cuenta la resolución número 801-2011 de fecha seis de diciembre del año dos mil once, expedida por la Fiscal de Familia, documento en el cual se puede apreciar que el menor es víctima de maltrato psicológico por parte de la madre, por ello dispone el impedimento de visitas al domicilio del padre donde se encuentra el menor; del mismo modo pretende minimizar la opinión del menor, cuando expresa que desea vivir con su padre; argumentando en primer lugar que el padre ha prefabricado pruebas para acceder a su custodia y en segundo lugar se menciona el síndrome de alineación parental esto sin prueba alguna, precisa además como un Magistrado que ni siquiera ha tenido una entrevista con el menor pueda determinar fácilmente que es víctima del síndrome descrito; *ii) Artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Niño*, en tanto se está vulnerando el derecho y la necesidad del niño de vivir en un ambiente de afecto, seguridad emocional, moral y material al no tener en cuenta la declaración del menor cuando se refiere que su abuelo al discutir con su madre le ordenó llevar al menor con su padre para que viva con él; sin embargo cosa distinta sucede con el padre puesto que este conjuntamente con su esposa e hijas acogieron al menor en su hogar brindándole cariño y afecto así como los cuidados que le corresponden por derecho; la madre no podrá asistir a sus cinco hijos sin descuidar algún aspecto de su crecimiento, pues es difícil no incurrir en alguna deficiencia; no se ha efectuado la visita de la asistente social a fin de acreditar las características de los hogares y determinar cual de ellos presta la mejor de las garantías para el crecimiento del menor, cual es su estructura familiar, que comodidades se le brinda al menor y demás aspectos propios de dicha intervención, todos ellos dirigidos al interés superior del niño; *iii) Artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes*, al no tomarse en cuenta el parecer del niño, y por el contrario se ha tratado de minimizar ésta aplicando el síndrome de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 370-2013  
ICA**

**TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

alineación parental, cuando por lo menos este hecho debió ser comprobado ya que, los Tribunales Especializados de Familia están técnicamente asesorados, contribuyen a garantizar y consolidar la convivencia y resolver con mayor grado de justicia y eficacia los conflictos familiares; y, *iv) Artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado*, al considerar que no se han procesado todos los medios probatorios aportados por el demandante incluso han sido descritos como pre fabricados; se trata de indicar que el menor es víctima del síndrome de alineación parental sin prueba alguna que respalde tal aseveración; y no se ha efectuado la visita social a los hogares de los padres para determinar sus características y estructuras tanto morales y legales así como físicas; así también indica que es preocupante que se disponga se remita lo actuado a la Fiscalía Civil y de Familia de Chincha para que ésta actúe según sus atribuciones con relación a la violencia familiar en la modalidad de maltrato psicológico, que el demandado viene infringiendo a su menor hijo, cuando fue la madre quien lo trajo desde Jaén porque el abuelo del menor no quería que él siguiera viviendo en su hogar, hecho que no ha sido contradicho por la demandada. **QUINTO.-** Examinados los agravios reseñados en los acápites i), ii) y iii) del considerando precedente, se advierte que la causal denunciada no satisface el requisito de procedencia establecido en el numeral 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil, en tanto el recurrente Miguel Ángel Torres Ávalos pretende que sea este Colegiado Supremo quien valore nuevamente el caudal probatorio, y otorgue la tenencia y custodia del menor a su favor, presupuesto fáctico que ha sido desvirtuado por las instancias de mérito quienes han señalado que el menor permaneció en poder de su madre desde su nacimiento hasta los seis años, hecho que no ha sido controvertido por el actor, para luego ser trasladado por su padre a Chincha, asimismo existen actitudes por parte del menor que reflejan un adiestramiento previo por parte del padre constituyéndose el Síndrome de Alineación Parental, conforme se advierte de los hechos acaecidos en la Audiencia Única, más aun si del informe psicológico practicado al padre

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 370-2013  
ICA  
TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

demandado de fojas ciento treinta y tres a ciento treinta y cuatro, se indica que es "emocionalmente inestable, asociado a una personalidad de temperamento colérico (...) apreciándose inmadurez para asumir la responsabilidad de su menor hijo, haciendo que asuma dicha responsabilidad la esposa (madrastra del menor)"; siendo ello así los agravios invocados resultan **improcedentes**, al no haberse demostrado la incidencia directa de la infracción normativa invocada sobre la decisión impugnada. **SEXTO:** En relación al acápite **iv)** reseñado en el cuarto considerando de la presente resolución debe indicarse que de la resolución de vista impugnada se advierte que la Sala Superior ha cumplido con emitir una resolución razonada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas, no evidenciándose que se haya omitido valorar el caudal probatorio aportado al proceso, puesto que es en virtud a dichas instrumentales que se ha determinado que la tenencia y custodia del menor debe ser ejercida por la madre, y si bien es cierto se ha dispuesto que se remitan los autos a la Fiscalía Civil y de Familia de Chincha, ello obedece a que existen indicios de actos de violencia familiar en la modalidad de maltrato psicológico que deben ser analizados por el órgano competente, siendo así al no haberse demostrado que se ha incurrido en vulneración del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, así como el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en tanto el *Ad Quem* ha emitido una decisión debidamente motivada, resultando de aplicación los alcances del artículo 197 del Código Procesal Civil, que prescribe "(...) en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión", por lo que su agravio es improcedente. Por estas consideraciones, y en aplicación del artículo 392 del Código Procesal Civil, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Miguel Angel Torres Ávalos mediante escrito de fojas doscientos veintidós a doscientos treinta y dos, contra la sentencia de vista de fojas ciento noventa y ocho a doscientos cinco, de fecha quince de noviembre del año dos mil doce; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 370-2013**

**ICA**

**TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR**

Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Natalie del Pilar Parra Vera contra Miguel Ángel Torres Ávalos y otro, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y los devolvieron. Ponente Señor Rodríguez Mendoza, Juez Supremo.-

**S.S.**

**RODRÍGUEZ MENDOZA**

**PONCE DE MIER**

**CHUMPITAZ RIVERA**

**VALCÁRCEL SALDAÑA**

**CABELLO MATAMALA**

LCA / MMS3

SE PUBLICO CONFORME A LL.

Dra. Flor de María Concha Moscos  
Secretaría (e)  
Sala Civil Transitoria  
CORTE SUPREMA

27 MAR 2013

5

## CUESTIONARIO

El Presente Cuestionario de Expertos tiene como objetivo principal el determinar el nivel de impericia y su relación con las normas legales sobre la materia de tenencia compartida y sus efectos.

### I. DATOS PERSONALES

1.2 ESPECIALISTA-----

1.3 ACTIVIDAD LABORAL -----

1.4 DISTRITO DONDE VIVE-----

### II PREGUNTAS:

2.1 El divorcio o separación de hecho afecta a los niños y adolescentes?

Si

No

Ocasionalmente

2.2 La separación de los padres afecta psicológicamente a los niños y adolescentes?

Si

No

Ocasionalmente

2.3 La separación de los padres afecta físicamente a los niños y adolescentes?

Si

No

Ocasionalmente

2.4 la tenencia monoparental es bueno y/o favorable en el desarrollo de los niños y adolescentes?

Si

No   
 Ocasionalmente

2.5 La tenencia compartida favorece al desarrollo del niño o adolescente?

Si   
No   
 Ocasionalmente

2.6 La tenencia compartida lesiona al desarrollo integral de los niños o adolescentes?

Si   
No   
 Ocasionalmente

2.7 La tenencia compartida garantiza el desarrollo general y el bienestar de los niños y adolescentes?.

Si   
No   
 Ocasionalmente

2.8 La tenencia compartida garantiza el desarrollo psicológico de los niños y adolescentes?.

Si   
No   
 Ocasionalmente

2.9 La tenencia compartida garantiza el desarrollo físico de los niños y adolescentes?

Si   
No   
 Ocasionalmente

2.10 Las conciliaciones en materia de tenencia compartida serán cumplidas por los padres de los niños y adolescentes?

- Si
- No
- Ocasionalmente

2.12 El desarrollo integral de los niños y adolescentes se puede ver limitado por la tenencia compartida?

- Si
- No
- Ocasionalmente

2.13 Los derechos fundamentales de los Niños y Adolescentes son vulnerados por la tenencia compartida?

- Si
- No
- Ocasionalmente

2.14 Considera que la tenencia compartida se cumple mediante una imposición de una sentencia judicial.

- Si
- No
- Ocasionalmente

2.15 La tenencia compartida produce inestabilidad en el desarrollo integral de los niños y adolescentes?

- Si
- No
- Ocasionalmente

2.16 La tenencia compartida garantiza la totalidad del cumplimiento de la obligación alimentaria de los padres?.

- Si
- No
- Ocasionalmente

2.17 La tenencia compartida produce inseguridad en su desarrollo integral de los niños y adolescentes?

- Si
- No
- Ocasionalmente

2.18 Usted cree que es buena la tenencia compartida?

- Si
- No
- Ocasionalmente

2.19 Está Usted a favor con las sentencias o acuerdos que establecen la tenencia compartida?

- Si
- No
- Ocasionalmente

2.20 Las medidas de amparo o de protección garantizan el bienestar de los niños y adolescentes?

- Si
- No
- Ocasionalmente

2.21 La sentencia del juez son respetadas por los padres en materia de tenencia compartida?

- Si
- No
- Ocasionalmente

VALIDEZ DEL CUESTIONARIO DE LA ENCUESTA

JUECES	ITEM										Total Fila
JUECES	Item 1	Item 2	Item 3	Item 4	Item 5	Item 6	Item 7	Item 8	Item 9	Item 10	
Juez 1	1	2	2	1	2	2	1	1	1	1	14
Juez 2	2	2	1	2	1	1	2	1	1	1	14
Juez 3	2	1	2	2	2	1	1	2	2	1	16
Juez 4	1	1	1	1	1	1	2	2	2	1	13
Juez 5	2	2	1	1	1	1	1	1	1	1	12
Juez 6	2	2	1	1	1	2	1	1	1	1	13
Juez 7	2	1	1	2	1	1	2	1	1	2	14
Juez 8	1	2	1	1	1	2	1	1	1	1	12
Juez 9	1	1	2	1	1	2	1	2	2	2	15
TOTAL	14	14	12	12	12	12	12	12	12	11	123
varianza	1.6	1.6	1.3	1.3	1.3	1.3	1.3	1.3	1.3	1.2	24.6
Var.poblacion	13.67										