



Universidad
Andina
del Cusco

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRIA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

*TENENCIA EXCLUSIVA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE
TENENCIA EN EL JUZGADO DE FAMILIA DE LA CIUDAD DEL CUSCO EN EL AÑO 2020*

TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

PRESENTADO POR: BACH. LUZ GLORIA LOAYZA
ECHEGARAY

ASESOR: ISAAC E. CASTRO CUBA
BARINEZA PhD

CUSCO – PERÚ

2021



DEDICATORIA

A Dios, y a la Virgen Asunta, mis padres Wilber y Gloria por apoyarme moralmente. A mi esposo Gonzalo quien con su comprensión me apoyo en el desarrollo de la presente tesis, A mi hija Valeria Luisa, quien siempre será el más grande motivo, durante el tiempo en que escribía esta tesis.



AGRADECIMIENTO

Agradecer a la Universidad Andina del Cusco, por haberme permitido fortalecer y renovar mis conocimientos. Agradezco de igual manera a mi asesor el Dr. Isaac E. Castro Cuba Barineza, por su orientación, y colaboración en el desarrollo y culminación de la presente tesis y finalmente un agradecimiento especial a mis docentes y compañeros de aula quienes durante el desarrollo de la maestría enriquecieron mi formación con su profesionalismo y fundamentalmente su experiencia de vida y laboral.



RESUMEN

En el presente trabajo de investigación para optar el grado de magister de la maestría en Derecho civil y comercial con el tema: “Tenencia exclusiva y el interés superior del niño en los procesos de tenencia en el Juzgado de Familia de la ciudad del Cusco en el año 2020”; realice un análisis profundo de forma sistemática evaluando todos los elementos que se encuentren relacionados con el objeto de la presente investigación. Asimismo, en el primer capítulo se puede verificar la realidad del problema estudiado, sobre la Tenencia Exclusiva, dicho problema podemos evidenciar en los casos que se presentan de tenencia ante los Juzgados de Familia; procediendo a continuar realizando los estudios de planteamientos teóricos, las normas y legislación comparada con respecto a la variable a estudiar, lo cual nos lleva a la formulación del problema donde plantearemos la hipótesis con sus variables y objetivos de la misma; en el segundo capítulo, se consignó los métodos, el tipo y el diseño de la investigación, posterior de su variable y operacionalización, se desarrolló una guía de entrevista a profesionales que dieron su opinión de acuerdo a como diferencian la tenencia compartida y exclusiva, que se tomó en cuenta durante la presente investigación; en el tercer capítulo, se desarrolló los resultados y la discusión de los mismos. Finalmente se desarrollaron las conclusiones y recomendaciones, donde se arribó a la conclusión que los jueces deben tomar en cuenta diversos criterios para poder determinar la tenencia de un menor, debiendo valorar evaluaciones, la opinión del menor, las posibilidades económicas del progenitor que obtendrá la tenencia lo cual debe considerar que este aporte en la educación del menor; asimismo de procurar su alimentación, vestimenta, salud, conducirlos al colegio, a pasear, a conocer nuevos lugares y compartir con sus abuelos así como con los parientes más cercanos; siendo todo aquello que tiene que darse para la atención y cuidado directo de los hijos que estén bajo su tutela; siendo que de esta forma fortalece los vínculos familiares y el desarrollo integral del menor.

Palabras clave: separación, tenencia exclusiva, interés superior del niño.



Abstract

In the present research work to opt for the master's degree of the master's degree in civil and commercial law with the theme: "Exclusive possession and the best interest of the child in the possession processes in the Family Court of the city of Cusco in the year 2020"; carry out a deep analysis systematically evaluating all the elements that are related to the object of this investigation. Likewise, in the first chapter, the reality of the problem studied can be verified, on Exclusive Tenure, we can evidence this problem in the cases that are presented of possession before the Family Courts; proceeding to continue carrying out the studies of theoretical approaches, the norms and comparative legislation with respect to the variable to be studied, which leads us to the formulation of the problem where we will propose the hypothesis with its variables and objectives of the same; In the second chapter, the methods, type and design of the research were recorded, after its variable and operationalization, an interview guide was developed for professionals who gave their opinion according to how they differentiate shared and exclusive tenure, which was taken into account during the present investigation; In the third chapter, the results and their discussion are developed. Finally, the conclusions and recommendations were developed, where it was concluded that the judges must take into account various criteria to be able to determine the possession of a minor, having to assess evaluations, the opinion of the minor, the economic possibilities of the parent who will obtain the possession. which must consider that this contribution in the education of the minor; also to ensure their food, clothing, health, drive them to school, to walk, to see new places and share with their grandparents as well as with the closest relatives; being everything that has to be given for the attention and direct care of the children who are under their guardianship; being that in this way it strengthens family ties and the integral development of the child.

Keywords: separation, exclusive tenure, best interests of the child.



ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria.....	I
Agradecimiento.....	II
Resumen.....	III
CAPITULO I.....	11
1. EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACION.....	11
1.1 Planteamiento del problema.....	11
1.2 Formulación del problema.....	13
1.2.1 Problema General.....	13
1.2.2 Problemas Específicos.....	13
1.3 Objetivos de la investigación.....	14
1.3.1 Objetivo General.....	15
1.3.2 Objetivos Específicos.....	15
1.4 Justificación de la investigación.....	15
1.5 Metodología aplicada al estudio.....	17
1.5.1 Diseño metodológico.....	18
1.5.2 Diseño contextual.....	19
1.6 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	19
1.7 Hipótesis de trabajo.....	20
1.8 Categorías de estudio.....	20



CAPITULO II.....	21
1. Desarrollo Temático.....	21
SUBCAPITULO I.....	21
1.1 La tenencia exclusiva.....	21
2.1.1. Definición de tenencia.....	21
2.1.2. Naturaleza jurídica de la tenencia.....	23
2.1.3. Clases de tenencia.....	25
A. Tenencia legal compartida.....	26
B. Tenencia física compartida.....	26
C. Tenencia exclusiva o separada.....	26
2.1.4 Otras clasificaciones.....	26
A. De acuerdo a la persona que ostenta.....	26
B. De acuerdo al proceso	30
2.1.5 Lineamientos para determinar la tenencia.....	34
2.1.6 Ventajas y desventajas al determinar la tenencia.....	34
A. Ventajas.....	35
B. Desventajas.....	37
2.1.7 La tenencia exclusiva en la doctrina.....	39
2.1.8 Normas legales para el proceso de tenencia en el Perú.....	41



A. Constitución política.....	41
B. Código civil.....	43
C. Código de los niños y adolescentes.....	43
SUBCAPITULO II.....	45
2.2 El Interés superior del niño.....	45
2.2.1 Definición.....	45
2.2.2 Antecedentes del interés superior del niño en el derecho romano.....	50
2.2.3 Análisis normativo del principio del interés superior del niño.....	52
A. El interés superior y los instrumentos internacionales.....	53
B. El interés superior del niño en el ordenamiento jurídico nacional.....	57
2.2.4 Análisis doctrinal del principio del interés superior del niño.....	61
A. Definición del interés superior del niño.....	61
B. Objetivo.....	64
C. Características.....	65
D. Funciones.....	67
E. Principios relacionados con el interés superior del niño.....	70
2.2.5 Análisis jurisprudencial del principio del interés superior del niño.....	75
A. El interés superior del niño en la interpretación de la Corte interpretación de la corte interamericana de derechos humanos.....	76



B. El interés superior del niño en la jurisprudencia nacional.....	78
2.2.6 Análisis sobre el interés superior del niño, en relación a tenencia de menores.....	82
CAPITULO III.....	85
3. Presentación de resultados.....	85
3.1 Situación respecto a la tenencia de menores de edad en los procesos seguido en la ciudad del Cusco en el año 2020.....	85
3.2 Razones por las que es importante salvaguardar el interés superior del niño en los procesos de tenencia.....	86
3.3 Repercusiones de la tenencia compartida sobre el interés superior del niño.....	87
3.4 Argumentos que alegan los jueces al otorgar la tenencia exclusiva en los procesos de tenencia desarrollados en los Juzgados de Familia de la ciudad del Cusco durante el año 2020.....	89
3.5 Posición que toma la jurisprudencia nacional respecto a la tenencia.....	91
3.6 La tenencia exclusiva como mejor respuesta al interés superior.....	94
3.6.1 Posición de algunos profesionales respecto a la tenencia.....	95



Conclusiones.....	97
Recomendaciones.....	101
Referencias Bibliográficas.....	102
Anexos.....	10



CAPITULO I

1. EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACION

1.1 Planteamiento del problema

El Código de los Niños y Adolescentes establece en el Artículo Nro. 81: *“Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.”*

Partiendo de dicho concepto se tiene que la tenencia se da en los casos de que los padres que mantienen un vínculo matrimonial y/o de convivencia decidan separarse, de allí que surge el problema de quien debe quedarse con los menores, para lo cual deberían realizar un acuerdo, lo que actualmente no sucede por lo que se puede visualizar que la problemática es la falta de acuerdo lo cual conlleva a iniciar un proceso de tenencia para que el Juez de Familia decida quien deberá tener dicha patria potestad tomando criterios que no afecten el interés superior del niño, debiendo tener en cuenta su estado emocional que más se puntualiza en estos procesos, debido a que la inestabilidad que genera puede interrumpir el derecho a vivir en un ambiente sano, conforme lo establece el Código de los Niños y Adolescentes en su Artículo Nro. 03.

Según Enrique Varsi Rospigliosi (2012, p. 304) dice que: Se ha sostenido que la tenencia es un atributo derivado de la patria potestad. Y es lógico. Para ejercer la



relación paterno-filial se requiere tener al hijo bajo custodia. Quien goza de la patria potestad debe estar legitimado de una tenencia, aunque surgen casos especiales. Ejemplo, por la separación de cuerpos uno de los cónyuges se queda con el hijo lo que no significa que el otro pierda la patria potestad. Hay uno que tiene al hijo sin embargo ambos dirigen y supervisan su desarrollo.

Los criterios que el Juez Especializado en Familia puede tomar dentro de un proceso de tenencia son los siguientes y se aplicarían según al caso en concreto:

- a. Por acuerdo
- b. A falta de acuerdo
- c. A falta de padres (incapacidad, ineptitud o ausencia) - Los abuelos

Y que sucede si en el proceso de tenencia se atenta contra el interés superior del niño, siendo que estos son respaldados por los derechos humanos, ya que por su naturaleza, deben ser reconocidos a todas las personas sin excepción sin distinción de pertenecer alguna raza, al transcurrir el tiempo el reconocimiento y la aplicación en favor de los niños y adolescentes no resulto tan fácil de conseguir, y a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), fue donde se materializó este reconocimiento, los Estados y las personas en general han podido adquirir conciencia sobre la existencia de derechos que son aplicables a este sector de la población, los cuales no solo los favorecen en cuanto a su titularidad sino que, además, de una parte, obligan al Estado a implementar programas, políticas y normas que les garantice su aplicación y, de otra parte, facultan a los menores para demandar cuando se vulnera estos mismos, por cuanto, son reconocidos como sujetos de derecho.

En este contexto el estado peruano ha reconocido en nuestra Constitución Política una serie de derechos en favor de los niños y adolescentes tales como a la vida, a la



identidad, a su libre desarrollo, a la familia, a la educación, entre otros. De la misma manera, ha implementado a través del Código de los Niños y Adolescentes un tratamiento especial para los menores infractores y en la jurisdicción de familia ha establecido una serie de procesos dirigidos a hacer efectiva la protección que los padres deben brindar a sus hijos, siendo uno de ellos el proceso de tenencia, dirigido a situar al menor con el padre que mejores condiciones le ofrezca para su desarrollo integral, sin desconocer la continuidad de la relación paternal que el otro padre debe ejercer en caso de conflicto, estas determinaciones deben ser tomadas por un Juez atendiendo siempre al interés superior del niño es decir, a las circunstancias que más le favorezcan y obviamente en el menor tiempo posible para que el menor no pierda su estabilidad emocional.

Este objetivo formalmente resulta coherente y hasta deseable, pero en la práctica no se puede lograr con la urgencia necesaria, debido a causas extraprocesales, estas determinaciones resultan tomándose luego de varios meses durante los cuales el menor atraviesa por una etapa de inestabilidad dado que resulta siendo parte del conflicto de los padres.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿De qué manera la tenencia exclusiva responde mejor al interés superior del niño en los procesos de tenencia en el Juzgado de Familia de la ciudad del Cusco en el año 2020?

1.2.2 Problemas específicos



1° ¿Cuál es la situación respecto a la tenencia de menores de edad en los procesos seguido en la ciudad del Cusco en el año 2020?

2° ¿Por qué razones es importante salvaguardar el interés superior del niño en los procesos de tenencia?

3° ¿Cómo repercute la tenencia compartida sobre el interés superior del niño?

4° ¿Qué argumentos alegan los jueces al otorgar la tenencia exclusiva en los procesos de tenencia desarrollados en los Juzgados de familia de la ciudad del Cusco durante el año 2020?

5° ¿Qué posición toma la jurisprudencia respecto a la tenencia exclusiva y a la compartida?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Analizar si la tenencia exclusiva responde mejor al interés superior del niño en los procesos de tenencia en el Juzgado de Familia de la ciudad del Cusco en el año 2020.

1.3.2 Objetivos específicos



1° Conocer la situación respecto a la tenencia de menores de edad en los procesos seguido en la ciudad del Cusco en el año 2020.

2° Precisar las razones por las que es importante salvaguardar el interés superior del niño en los procesos de tenencia.

3° Determinar las repercusiones de la tenencia compartida sobre el interés superior del niño.

4° Conocer los argumentos que alegan los jueces al otorgar la tenencia exclusiva en los procesos de tenencia desarrollados en los Juzgados de familia de la ciudad del Cusco durante el año 2020.

5° Conocer la posición que toma la jurisprudencia respecto a la tenencia exclusiva y a la compartida.

1.4 Justificación de la investigación

El presente trabajo se justifica en las siguientes razones:

a) **Conveniencia**



En el presente estudio que se pretende realizar resulta conveniente para determinar cómo se aplica el interés superior del niño en los procesos de Tenencia en los Juzgados de Familia de Cusco. Los resultados del estudio nos mostrarán de manera diagnóstica si se aplica o no el interés superior del niño entre estos aspectos básicos de nuestra investigación.

b) Relevancia social

Los resultados que se obtengan de la presente investigación tienen relevancia jurídica porque ayudara a la determinación de la Tenencia Exclusiva del menor sin atentar contra su desarrollo emocional y de qué manera se aplica el interés superior del niño. El beneficio directo recae sobre los litigantes y abogados que recurren a realizar demandas de dicha materia.

c) Implicancias prácticas

En la actualidad según los datos estadísticos que se obtendrán se tiene que existe mayor cantidad de personas que recurren a realizar un proceso de Tenencia, buscando tener la custodia de su menor hijo, el objetivo de nuestro estudio tiene realmente un fin exploratorio en tanto se investigue como se motiva la determinación de la Tenencia Exclusiva y se aplica el interés superior del niño.

d) Valor teórico

En el desarrollo de la presente investigación recogeremos conocimientos teóricos pertinentes a nuestro tema de estudio. Dichos conocimientos serán sistematizados y ordenados. Esto será un aporte teórico para que los Abogados que necesiten información teórica pertinente y clara como fundamento para sus procesos.



e) **Utilidad metodológica**

En la ejecución de nuestro proyecto será necesario elaborar instrumentos de recolección de información como entrevistas entre otros, dichos instrumentos son de hecho un aporte metodológico que investigaciones futuras puedan aplicar si lo consideran conveniente.

Así mismo el enfoque metodológico que abordamos también constituye un antecedente metodológico para investigaciones futuras sobre la materia.

1.5 **Metodología aplicada al estudio**

El diseño metodológico del estudio se enuncia en el siguiente cuadro, tomando como referencia la Guía para la elaboración de tesis en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1.5.1 **Diseño metodológico**

- a. **Enfoque de investigación: Cualitativo** puesto que el estudio se basa en el análisis y la interpretación de documentos normativos y datos obtenidos en el trabajo de campo.
- b. **Tipo de investigación jurídica: Dogmático exploratorio**, pretende el análisis, interpretación de datos recogidos de la realidad para justificar la



tenencia exclusiva como una forma que favorece mejor al interés superior del niño.

1.5.2 Diseño contextual

El diseño de investigación es cualitativo y Documental, porque los datos que servirán para poder responder al problema de investigación, en principio lo vamos a obtener de una fuente de información como son el Código de Niños y Adolescentes, El Código Civil, La Convención sobre los Derechos del Niño y las distintas sentencias y artículos relacionadas al tema de investigación.

Asimismo, para reforzar la investigación utilizaremos una entrevista como instrumento de investigación para probar nuestra hipótesis.

En la presente investigación se utilizará el método de la investigación sintético por cuanto se tomará en cuenta cada uno de los supuestos materia de la problemática de esta investigación, como el otorgamiento de la tenencia exclusiva que se otorga, motivos entre otros.

1.6 Técnicas e instrumentos de recolección de información

a. Técnicas

- 1) Documental: Esta técnica consiste en determinar la identificación, recoger y analizar documentos que son relacionados con el contexto o hecho



estudiado. Asimismo, la información no se recaba de las personas investigadas, si no de los trabajos escrito, gráficos, etc.

2) Entrevista: Es una modalidad de recolección de datos con la participación de dos partes, como son: el entrevistador y el entrevistado.

b. Instrumentos

- 1) Fichas de análisis documental.
- 2) Guía de preguntas estructuradas.

1.7 Hipótesis de trabajo

La tenencia exclusiva favorece de manera efectiva al interés superior del niño en los procesos de tenencia en el Juzgado de Familia de la ciudad del Cusco en el año 2020.

1.8 Categorías de estudio

En el presente estudio, de acuerdo a la naturaleza del enfoque, nuestras categorías son las siguientes:

Tabla 1

Categorías de estudio	Subcategorías
-----------------------	---------------



Categoría 1°: La tenencia exclusiva.	<ul style="list-style-type: none">- Naturaleza jurídica- Fundamentos doctrinales- Regulación normativa
Categoría 2°: El interés superior del niño.	<ul style="list-style-type: none">- Naturaleza jurídica- Contenido y alcances- Fundamentos doctrinales



CAPITULO II

2. DESARROLLO TEMATICO

SUBCAPITULO I

2.1 LA TENENCIA EXCLUSIVA

2.1.1 Definición de tenencia

“La tenencia, básicamente es una institución que permite a los (o a uno de los) padres vivir juntamente con sus hijos (niños y/o adolescentes), orientado a la protección integral de estos, con el fin de que pueda desenvolver su vida en sociedad”.

Canales, Claudia (2014, p. 112), expresa que: “La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar esto es, teniendo como norte el



interés superior del niño resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro”.

López (2016, p. 23), también se refiere acerca del término, “Tenencia”, de la siguiente manera: “La terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una “ocupación y posesión actual y corporal de una cosa”, sino que el vocablo “guarda” es el acertado desde cualquier ángulo que se lo contemple. La guarda, jurídicamente tiene una mayor amplitud que la mal denominada tenencia, aun cuando en la práctica forense se los tenga como sinónimos. La guarda, entonces, comprende el conjunto de derechos. Función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual.

La tenencia importa un desmembramiento del ejercicio de la patria potestad en cuanto a la atribución de algunas facultades y deberes que comprende aquella, sujeta a la vigilancia o controlador de quien ostenta el ejercicio de la patria potestad”.

Mejía, P. (2005, p. 54) según el presente autor se tiene que la tenencia es una materia que permite establecer que cuando exista separación de padres sea esta de hecho o derecho, se pueda disponer con quien permanecerán los hijos, siendo



que la tenencia es el primer paso para obtener la patria potestad por ser integrador del complejo funcional de derechos y deberes.

Chunga, Fermín (2012, p. 112), señala que la tenencia es una institución que tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres por encontrarse estos separados, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar tomando en cuenta siempre el interés superior del niño. Ya que se trata de un cuidado directo e inmediato que ejerce uno de los padres respecto de su hijo menor de edad, sea niño o adolescente.

Bustamante (s/f, p.97) señala que la tenencia o guarda es un atributo exclusivo a la patria potestad y que solo lo pueden tener los padres y no terceras personas. En los casos en que un tercero deba asumir la tenencia del menor, estaremos ante el caso de la tutela si el ejercicio del cargo es permanente, o de colocación familiar si es de carácter provisional.

Por su parte Hollweck y Medina (s/f), consideran que la tenencia es un derecho que permite ejercer la patria potestad del menor o menores, que será por uno de los padres, esto cuando se tiene que existe separación entre los padres, por lo que solo corresponderá la convivencia del hijo con uno de los padres, quien ejercerá la patria potestad.

2.1.2 Naturaleza jurídica de la tenencia



La tenencia y custodia de los hijos es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fuese necesario.

Doctrinariamente, se entiende por tenencia a aquella facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (artículos 81 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes).

Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación.

VARSI, Enrique. Ob. cit., p. 258. Tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia, alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica.

La tenencia sin duda es un tema muy importante dentro del derecho de familia, al determinarse se precisa con quién vivirán los menores, ya sea con el padre o con la madre. Cuando los padres estén separados, la tenencia de los niños y



adolescentes generalmente se determinará de común acuerdo con ellos. Sin embargo, al no haber acuerdo de los padres o si estando de acuerdo, este resulta perjudicial para ellos, la tenencia la resolverá el juez de familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Actualmente en nuestro medio tenemos la denominada tenencia compartida o coparentalidad, mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica de la coparentalidad es que los dos padres, pese a vivir separados, llevan a cabo los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad se robustece dado que ambos padres la ejercerán directamente. En tal orientación, la tenencia compartida es aquella en la que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor. (Aguilar Llanos, B. *et al.* 2014 p. 104)

2.1.3 Clases de tenencia

Al respecto Carranza (2010.), expresa las siguientes:

A) Tenencia Legal Compartida



En este tipo de tenencia se debe tener en cuenta que ambos padres compartirán decisiones, responsabilidades y la autoridad frente al desarrollo del menor que tengan la mayor importancia y en la que tengan que colaborar para que el hijo e hija afronte de mejor manera, dicha tenencia será acompañada de un régimen de convivencia que se deberá variar según las necesidades que se presenten al niño y adolescente.

B) Tenencia física Compartida

Este tipo de tenencia se puede establecer que los padres podrán compartir el tiempo de residencia del menor, siendo que los periodos de convivencia no deberán ser obligatoriamente del mismo tiempo de duración, por ejemplo, la madre puede vivir con el niño el 75 por ciento mientras el padre el 25 por ciento, lo cual equivale a que todos los fines de semana pasaría a vivir con él.

C) Tenencia Exclusiva o Separada

(Canales Torres, 2014, p. 54). Sobre este tipo de tenencia, se tiene que los progenitores, ejercen la tenencia de forma individual, no necesariamente tener un vínculo matrimonial, es suficiente que se tenga la separación de hecho entre ambos. Por lo que. Los dos podrán ser



titulares de la patria potestad, pero uno de ellos ejercerá la tenencia del menor o menores de forma separada o exclusiva. Este tipo de tenencia también se podrá aplicar cuando uno de los progenitores pierda, se le extinga o suspenda el ejercicio de patria potestad.

2.1.4 Otras Clasificaciones

A. De acuerdo a la persona que lo ostenta

a) Tenencia Exclusiva o Monoparental:

(Gallegos Canales & Jara Quispe, 2014) También es conocida como tenencia unipersonal. Ocurre cuando se le reconoce o se le otorga a uno de los padres la tenencia de sus hijos, teniendo en cuenta el nivel de relación entre el padre o madre con el hijo o hijos. Esta modalidad de tenencia era la única reconocida por la legislación peruana, hasta la introducción de la tenencia compartida, en artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes, en setiembre del 2008.

(Beltran Pacheco, 2009) Se sostiene en los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, siendo una excepción los casos referidos a los niños menores de 3 años, respecto



se otorga preferencia a la madre, en tanto se presume que aún existe un nexo de necesidad biológica del niño a su madre.

b) Tenencia Compartida o Biparental

(Calderón Beltrán, 2011) Es una modalidad de tenencia de los hijos, a través del cual, luego de que se produce la separación de los padres, ambos continúan de manera conjunta conviviendo con sus hijos o hijas, ejercitando de manera adyacente y en ribetes de igualdad los roles parentales que han surgido de la consanguinidad, en este caso, el hijo o hija convive por un tiempo determinado con uno de los padres, trasladándose luego al domicilio de su otro progenitor, de esta manera el niño o niña conservará íntegramente sus relaciones familiares paternas y maternas y ambos padres compartirán igualmente sin distinciones sus deberes y obligaciones paterno filiales.

La tenencia compartida se plantea como una alternativa a fin de evitar que los padres entren en conflicto que afecte el estado emocional del menor, de tal manera que el niño viviría un tiempo con el padre y luego con la madre, la tenencia compartida, se denomina también "coparentalidad", o "responsabilidad parental conjunta".



La familia monoparental se entiende como aquella familia conformada solo por uno de los padres y sus hijos. Por ejemplo el caso de las madres solteras, las viudas, divorciadas y separadas de hecho, asimismo quienes sufren abandono por su pareja, ya que conviven en forma solitaria con sus hijos.

(Beltrán P, 2009) La tenencia compartida, se puede dar como una opción que permita que el padre pueda seguir educando a los hijos, aunque se encuentre divorciado o separado del otro conyugue, asimismo la madre debe tener la estabilidad psicológica, siendo que esta no sienta que asume la crianza y responsabilidades del menor sola, coadyuvando a que el menor tenga presente que ambos padres asumen el rol de crianza activamente.

La tenencia compartida tiene dos aspectos en opinión de Beltrán Pacheco (2009):

- i. **Tenencia Legal Compartida:** Los padres compartirán las decisiones, responsabilidades y autoridad de las cuestiones relacionadas con el hijo.



- ii. **Tenencia Física Compartida:** Los padres compartirán el tiempo de residencia del niño en periodos mayores a los de un régimen de visitas convencional.

Por otro lado, (Zutal Vidal , 2011) considera que el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes al incorporar la tenencia compartida, implica la asunción de derechos y deberes de los padres con respecto a sus hijos e hijas en igualdad de condiciones, es decir, involucra no sólo el vivir con ellos en igualdad de tiempo, sino el tomar decisiones de manera conjunta y tomando en cuenta la opinión del niño, de acuerdo a su edad y madurez. Por ejemplo, deberán ponerse de acuerdo con referencia a los gastos que cada uno deberá asumir cuando tiene la tenencia, el colegio donde estudiará el menor, las actividades extra escolares que realizará, las normas de conducta, los valores a serle inculcados y asistir conjuntamente o alternadamente a las reuniones de padres de familia, acudir a las citas médicas, entre otras. Por tanto, se trata de una coparentalidad y ello va de la mano con el derecho de igualdad entre los progenitores.

c) **Tenencia Negativa**

Los padres han de compartir el tiempo de residencia del niño en periodos mayores a los de un régimen de visitas convencional.



Este tipo de tenencia, lastimosamente afecta mucho los derechos de los niños, sin embargo, en el Perú no se sanciona penalmente al padre que "no desea hacerse cargo de su hijo o hija". La tenencia negativa se entiende de dos maneras, una como la que existe legalmente pero no se puede ejercer, por lo que un tercero tiene la responsabilidad del menor. Asimismo, se puede ver cuando existiendo ambos padres estos no se hacen cargo del niño, pero dicha figura no existe, debido a que los niños siempre deberán estar a cargo de una persona, el responsable del cuidado del niño, primeramente, es la familia y, a falta de ello, el Estado tiene la obligación de actuar y reemplazar el vacío existente.

B. De acuerdo al proceso

a) **Tenencia en los casos de divorcio:** Según lo establece el artículo 340 del Código Civil de 1984, los hijos se otorgaran al cónyuge que obtuvo el divorcio, pudiendo ser diferente de acuerdo a criterio del juez, siendo que debe prevalecer el bienestar del menor, también se puede proponer que en el caso exista dos a más hijos, por ejemplo se pueda dar la tenencia de dos hijos a cada uno, en los casos que exista que los niños están en desprotección por motivos graves o donde exista violencia física y/o psicológica, puede designarse a una tercera persona; los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges fueren culpables, los hijos varones mayores de siete años quedarán a cargo del padre y las hijas menores de edad al cuidado de la madre, a no ser



que el juez determine otra cosa: En caso de muerte o de impedimento legal del padre a quien el juez confió el cuidado de los hijos, el otro padre reasume de pleno derecho la patria potestad sobre ellos.

b) Tenencia que son designados por sentencia judicial de separación

convencional y divorcio ulterior: Este tipo de tenencia se obtiene por sentencia judicial, cuando exista la separación convencional y divorcio ulterior lo cual deberá estar conforme al inciso 13) del Artículo 333° y 354° de nuestro Código Civil; en dicho proceso los actores deben adjuntar una demanda con la propuesta de convenio (la cual debe señalar el régimen de visitas, el ejercicio de la patria potestad en caso de menores y alimentos); por lo que en este contexto y conforme a la ley se tiene que uno de los padres obtendrá la tenencia, siendo que esto no significa que perderían la patria potestad, el presente proceso se tramita en la vía sumaria como lo establece el Código Procesal Civil.

c) Tenencia en una sentencia por nulidad o anulabilidad de

matrimonio: Se considera que cuando se plantea una demanda de nulidad o anulabilidad de matrimonio, se debe tener en cuenta la tenencia de los menores en el supuesto caso que los padres no llegue a un acuerdo sobre este punto.



- d) **El acta de audiencia de conciliación:** En los casos donde ambos padres deciden llegar a un acuerdo mutuo sobre la tenencia, dicho acto se realiza en un centro de conciliación el cual debe estar adscrito al Ministerio de Justicia y quedara plasmado en un Acta, dicho documento debe ser de estricto cumplimiento por ambas partes, siendo que en el caso de incumplimiento del mismo, la parte afectada podrá dar ejecución al mismo mediante un proceso judicial, en el cual podrá solicitar la variación de tenencia y los acuerdos a que arribaron primigeniamente.
- e) **Pérdida de tenencia por resolución judicial:** Cuando la tenencia del menor es obtenida por vía judicial, si ocurren hechos que afecte la integridad del menor cuando esté a cargo de uno de los padres, el otro progenitor puede solicitar la tenencia, siempre que dicho hechos estén debidamente comprobados, en nuestro país se puede solicitar la variación de tenencia conforme se encuentra establecido por Ley.
- f) **Tenencia por mutuo Acuerdo:** Se puede determinar la tenencia del niño por mutuo acuerdo de ambos padres, sin la necesidad de recurrir a un tercero, como por ejemplo los centros de conciliación o los Juzgado de familia; esto hace que sea la mejor y madura decisión de los padres respecto al cuidado de los hijos.



- g) Tenencia de facto:** En este tipo de tenencia los padres no recurren al poder judicial, la decisión se tomó expresa o tácitamente, será expresa cuando uno de los padres comunica su voluntad de dejar al niño al cuidado del otro, y será tácita, cuando uno de los padres por sus actos hace ver que no puede tener al niño, por lo que el niño se queda en poder del otro progenitor.
- h) Tenencia Provisional:** La tenencia provisional viene a ser la facultad del padre que recurre al Juez Especializado a fin de solicitar la tenencia provisional mediante medida cautelar, en razón del peligro que estaría expuesto el niño; esta medida debe ser otorgada en el menor tiempo posible, si el niño o niña es menor de tres años. Si el hijo es mayor de 03 años, el juez resuelve previo informe del equipo multidisciplinario y dictamen fiscal.
- i) Tenencia Definitiva:** Este tipo de tenencia se decide mediante proceso judicial o mediante conciliación extrajudicial la cual tiene calidad de cosa juzgada; en este caso debemos tener en cuenta que para acreditar este tipo de tenencia debemos contar con la sentencia judicial y si es de un Centro de Conciliación Especializados tener el Acta de Conciliación con autoridad de cosa Juzgada.



2.1.5 Lineamientos para determinar la Tenencia:

Según Carnelutti (2006), define que existen determinadas características que se deben tener en cuenta para poder determinar la tenencia compartida, siendo los siguientes:

- a) La edad del niño y/o adolescente que exprese su voluntad para que se determine la tenencia compartida.
- b) El lugar donde viven de los padres y las actividades diarias que realizan.
- c) La preferencia del niño, su sexo, edad, salud mental y física.
- d) La predisposición de ambos padres, que permitan satisfacer las necesidades básicas del menor afectivas, morales y económicas.
- e) La adaptación del menor al seno familiar, a la institución educativa y la población en la que vive.
- f) Se debe tener en cuenta, el trabajo u oficio que ocupen los padres, lo cual puede imposibilitar que funcione el acuerdo.
- g) El ingreso económico de ambos debe permitir que se pueda asumir cualquier costo adicional que podría surgir de la tenencia compartida.
- h) Si la ubicación y distancia entre ambos hogares podría afectar la educación de los menores.

2.1.6 Ventajas y desventajas al determinar la Tenencia:

A) Ventajas



De La Oliva Vázquez (2009), expresa que si: “ vamos a hablar de las ventajas que tendría el implemento de la institución de la custodia compartida en nuestra legislación, deberíamos de enumerarlas pues son varias, claro que todo funciona con un pro y un contra y es por ello que analizaremos los dos puntos de vista en este tema:

- i. Los menores estarían compartiendo con sus padres garantizándoles a ellos la posibilidad de un mayor tiempo de convivencia familiar a pesar de que la relación marital o extramarital se haya roto por circunstancias ajenas a los menores, siendo este tiempo de convivencia igualitario entre los progenitores, compartiendo la responsabilidad de la crianza de los menores en todos los aspectos posibles.

El sistema de la custodia compartida es el modo de mayor beneficio para aquellos que son ajenos a la ruptura, como son los hijos, este sistema previene la separación emocional del progenitor con sus hijos, lo cual sucede en la mayoría de los casos en que se nombra a un progenitor como custodio y al otro como progenitor no custodio y obligado uno de los progenitores al pago de un porcentaje de su sueldo para la manutención del o los hijos, en este caso existe una separación emocional lo cual al implementar el sistema de custodia compartida deja de existir, entre lo que se puede evitar que el niño genere con el pasar del tiempo los siguientes sentimientos como son:



- Miedo al abandono
- Baja autoestima
- Falta de confianza
- Sentimiento de Culpa
- Suplantación por un tercero en la vida del progenitor no custodio.

ii. Entonces al lograr la implementación de este sistema de custodia compartida entre los progenitores estos ítems antes mencionados quedarían olvidados, pues al estar los progenitores junto a sus hijos de manera igualitaria, estos tendrán acceso a sus emociones y a saber lo que pasa a su alrededor.

La actitud de los menores sería más amplia con sus progenitores, permitiéndoles a estos formar parte de sus emociones y decisiones, lo que al estar separados de estos no sucedería, ya que uno de ellos pasaría su mayor tiempo con uno de sus progenitores; mientras que el otro se lo vería aparecer en su vida en escasas ocasiones quitándole la oportunidad de verlo crecer y formar parte de los días de su o sus hijos.

Al tener una custodia compartida se evitaría por parte del progenitor custodio una especie de manipulación sea esta de manera consciente o inconsciente la cual se da en algunos casos”.

B) Desventajas



Romero (2005), refiere que: “Cuando hablamos de las desventajas nos referimos al hecho de diversas variantes que hay al momento de hacer el reparto justo e igualitario sin que alguna de las partes involucradas saliere perjudicada; siendo que dicho sistema perjudicaría según las siguientes razones:

- i. Cuando existe la necesidad de un reparto que sea igualitario en proporción al tiempo, ya que se exigirá que el o los menores se movilicen de un domicilio a otro de forma periódica, convirtiéndose este hecho en un peregrinaje para los menores brindándoles una inestabilidad, la misma que es perjudicial en el desarrollo emocional y psicológico del niño, niña o adolescente de quien se trate.
- ii. También nos podemos percatar del gran cambio que existe a futuro como son las terceras personas existentes en la vida de aquellos progenitores, un nuevo matrimonio entre los padres que tienen una custodia compartida generan a largo plazo problemas de integración y adaptación a los menores, esto es al tratarse del traslado del menor del hogar de la madre al hogar del padre.
- iii. Si hacemos referencia al hecho de que el menor se encuentre en el hogar familiar y tengan que ser los



progenitores quienes tengan que trasladarse, el perjuicio redundaría en el cambio de estilo de vida que estos tendrán al existir la alternancia entre el uno y el otro, cambio de manera radical, influyendo de forma negativa en sus estudios, actividades extracurriculares, amistades y demás.

- iv. Uno de los hechos que si bien es cierto no es de vital importancia, pero si es influyente en la vida de los menores de edad, es el hecho de que cada progenitor llevará de distinta manera las riendas del hogar y eso a la larga resultara perjudicial para los menores, pues estarían día a día cambiando de reglas, este hecho se dará siempre que los padres no hayan llegado a un acuerdo con anticipación o a su vez estos no mantengan una buena relación personal por el bienestar de los menores.
- v. Desde el punto de vista de los progenitores, el mantener un sistema de custodia compartida generaría un mayor costo económico, debido al hecho que ambos deberían de amoblar una habitación para la estadía de sus hijos, y para ser realistas en nuestro país no todas las personas tienen la capacidad económica para poder cumplir con este requisito que sería de vital importancia para la existencia de este sistema.



- vi. Este sistema tiene tantos pro como contras, en el cual podemos encontrar el hecho de que se puede generar molestia a los progenitores y a los menores involucrados debido a que se tendrá como requisito que las viviendas en las que estos se vayan a criar tener una cercanía en cuanto a territorio para que la movilización no se vea afectada, pero he aquí el problema si el divorcio hubiere sido controversial será bastante complicado que este punto pueda darse”.

2.1.7 La tenencia exclusiva en la doctrina

En la doctrina, el tema de la tenencia no ha sido abordado en su mayoría por los doctrinarios, pero si existen autores que han desarrollado el tema, como Varsi Rospigliosi quien ha establecido una definición:

(Varsi Rospigliosi, 2004, p.335) La Tenencia Compartida “es una novedosa institución del Derecho de Familia aplicada en el sistema anglosajón mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su



educación y desarrollo. La característica de esta institución es que ambos padres, pese a 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 a través de la coparentalidad o, como también se le conoce, guarda compartida.

La tenencia compartida, es conocida también como custodia compartida, esta se define como una alternativa temporal que el menor tendrá con cada progenitor, siendo que establecerá relaciones de convivencia ordinaria que tendrá una distribución variable; las dificultades más graves en este tipo de casos: son establecer el tiempo más adecuado en la variación de la convivencia diaria, así como las visitas, debe existir una buena comunicación entre ambos progenitores, se debe tomar en cuenta el número de traslados que el menor realizará de un hogar a otro y el mayor tiempo que convivirá con cada progenitor.

(Canales Torres, 2014, p.2) según este autor, hace referencia a que es muy importante que los progenitores y los hijos tengan una relación paterno filial sana, igualitaria y digna.

(Gallegos Canales, 2014, p. 436) Según a la “Custodia o Tenencia Compartida”, la cual se denomina también coparentalidad o responsabilidad parental conjunta, refiere el autor B. Salberg que implica: asumir de forma compartida la autoridad y responsabilidad de los hijos que se hayan engendrado en la convivencia



cuando estos se encuentren separados, debiendo tener el respeto al derecho de los niños de seguir teniendo la presencia afectiva de ambos padres en su vida, y aprender a convivir con la separación de los padres, teniendo en cuenta que aun existiendo dicha separación ambos siguen siendo sus padres. de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todos cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex esposos, pero aún socios parentales.

2.1.8 Normas Legales para el Proceso de Tenencia en el Perú

La tenencia en el Perú se halla regulada normativamente en las siguientes leyes:

A. Constitución Política

Artículo 6. En el presente artículo estable que: *“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables Es deber y derecho de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.”*

Artículo 7. Establece lo siguiente: *“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar. Convención sobre los*



derechos del niño (Resolución 44/25 de la Asamblea General del 20 de noviembre de 1989)”

Artículo 9 (...) Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Artículo 18

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



B. Código Civil Artículo 422.- En todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias.

C. El Código de los Niños y adolescentes en su Artículo 81 que señala que “Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la Tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”

Según Aguilar (2009, p. 191) manifiesta que la tenencia debería darse teniendo en cuenta la convivencia de los padres e hijos; relación de hecho que significa convivir en familia donde existe derechos y deberes que se deben cumplir, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos forman la base de otros atributos de la autoridad parental, porque si un padre o una madre no ejerce lo que se llama la custodia o tenencia, ¿pueden estar al frente en un proceso de crianza?, esto significa estar pendiente del menor en el proceso educativo, etc., cómo podría representarlo legalmente, o ejercer una corrección moderada 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 derechos de ellos de vivir con ambos padres.

La tenencia, se considera un derecho de los padres de compartir con sus hijos, disfrutar de ellos, debiendo siempre tener presente el derecho que tienen los niños y que garantice su desarrollo integral.

Tal como lo señalan en la **Casación N° 1015-2000- Lima** (Hinostroza Mingues, 2017, pág. 786) el ejercicio de la tenencia por uno de los padres no es un mero derecho subjetivo que tiene sobre sus hijos menores, 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(...).”.



SUBCAPITULO II

2.2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.2.1 Definición

Dentro del Marco Normativo expresamente no existe una definición o determinación exacta acerca del Interés Superior del Niño. Se hace un estudio de los orígenes del Derecho como protector de los más débiles en el ámbito de las relaciones de familia, para luego efectuar un compendio de las normas jurídicas que utilizan tal expresión.

En palabras de (Correa, 2013), dice que: Para entender que para proteger al menor, su interés, es decir lo que le hace bien, implica una dimensión puramente material del tema, debemos comprender que como persona humana, se puede encontrar en una situación de debilidad, respecto de las personas con las que vive y las que depende.

En la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se puede ver la primera referencia al “interés superior del niño”, tratado internacional que fue suscrito y ratificado por Perú.



La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional de las Naciones Unidas suscrito por el Perú, siendo este el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que abarca todos los derechos humanos, incluidos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, en favor del menor.

La OEA define que el Principio del Interés Superior del Niño, está reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño establecido en su artículo 3, del que se tienen las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al menor, debe siempre velar que no se vulnere sus derechos; es de una gran amplitud ya que obliga a que los legisladores, autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres cumplir con el rol que corresponde; también son las reglas para interpretar y/o resolver disputas legales; finalmente es una orientación o lineamiento de política para la formulación de políticas públicas para la niñez, que permitan orientar la política pública hacia el desarrollo armónico de los derechos de todos los seres humanos (niños y adultos), que sin duda contribuirán al mejoramiento de la democracia.

En el Perú, no está ajeno a esta materia importante relacionada al tema de familia, el Estado peruano, conformando y ratificando la Convención Internacional Sobre los Derechos Del Niño, las cuales asume posiciones que son atractivos en sus sentencias, fundamentado claramente en base al



Principio del interés Superior del Niño aún más cuando la Violencia a los Derechos de los Niños ha ido en aumento al transcurso del tiempo, lo que hace que estos derechos se consideren como una cuestión indispensable dentro de un proceso en donde se expliquen temas concernientes al niño y su entorno familiar, por lo que el Tribunal Constitucional considera necesario plantear dicho principio, cuya finalidad es brindar protección de manera especial al niño y evitar que este sea separado de su familia, tratando de contribuir a que el niño se desarrolle en un ambiente armónico e integral, es así que el Tribunal, cuando hace referencia al Interés Superior del Niño, refiere lo siguiente: Al observar que el interés superior del niño es el principio rector del derecho internacional de los derechos del niño y que interactúa con el principio de protección especial del niño y lo sustenta, la Corte considera que dicho principio se encuentra contenido y reconocido en el artículo 4° de la Constitución.

Por lo tanto, gracias a este principio, se debe realizar una acción nacional, social, comunitaria y familiar para maximizar el potencial de la niñez en relación con la protección de la niñez y la promoción, observancia, ejercicio y el goce de sus derechos, siempre que los mismos tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, mental y social

Ello se justifica no sólo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, el cual establece



que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”.

El Tribunal, determina la participación del Estado general, y al mismo tiempo asume formalmente determinadas funciones, que expresa a través de sus autoridades competentes, que son relevantes para el cumplimiento de sus obligaciones proteccionistas hacia la niñez, asimismo cumplir con adoptar todas las acciones y medidas necesarias y eficaz, que permitan lograr el objetivo del Interés Superior del Niño.

Es así, como El Interés Superior del Niño goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido carácter de norma de Derecho Internacional general. Los distintos ordenamientos lo reconoce, y recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l’ intérêt supérieur del “enfant”. Debemos indicar que en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un “principio general de derecho”, de aquellos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.



Estas definiciones e ideas establecen el Interés Superior del niño, como principio rector y sugieren que se deben priorizar ya atacar aquellos que afectan desproporcionadamente los derechos de los niños. Se trata de velar por el interés superior del niño y la falta de consideración de este principio genera una incertidumbre jurídica, donde se deje de lado considerar al niño como un ser humano, verdadero poseedor de derechos que deben ser respetados especialmente por los adultos y el Estado, debido a que los derechos del niño, niña o adolescentes, se deriva del Estado en su condición de persona por lo que se busca su efectividad, en consecuencia el Interés Superior del Niño implica todo aquello que es esencial para su pleno desarrollo.

El interés superior del niño constituye una novedad en el Código Civil y es un criterio determinante que deberá tener en cuenta el juez en sus intervenciones, dado que la Convención Sobre los Derechos del Niño contempla reiteradamente este criterio, señalando en su artículo. 3º que: *“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño.”*

Conceptualmente, el interés superior de los menores dicta que los menores con derechos autónomos, vulnerables, en algunos casos estos podrían ser ejercidos en contra de sus padres. Los menores son sujetos de derechos a



diferencia de sus padres. Por tanto, si un menor es capaz de expresar su opinión, y se justifica su necesidad de ser oído. Por otro lado, si aun no tiene una opinión propia, los mayores no pueden tomar decisiones sobre ellos, ya que esto considera autonomía de desarrollo. Las resoluciones de los mayores deberán tener en cuenta el impacto de la decisión que se adopte en la autonomía futura del menor. El asegurar el desarrollo de la personalidad, la autonomía actual y futura e identidad del menor, aparecen indisolublemente ligados a ese criterio de la protección del interés superior del niño. Este principio tendrá especial relevancia a propósito de las decisiones que se adopten en materia de tuición, visita y patria potestad.

2.2.2 Antecedentes del Interés Superior del Niño en el Derecho Romano

En la práctica judicial se ha venido derivando del Derecho Romano, antiguamente en la regulación romana se tenía que los hijos eran vistos como una propiedad del padre quienes tenían el absoluto poder sobre ellos, así como sobre su esposa a la que podían abandonar o vender si ese era su deseo. En ese entonces, la sociedad romana, el niño era objeto de mucha afección y amor, pero no existía como individuo. Estaba considerado como un pequeño hombre desprovisto de palabra (infat = el que no habla) y que no podía bastarse por sí mismo, en consecuencia sin personalidad propia, ya que dependía completamente de los adultos, a un tal punto que para los romanos estaba permitido el “abandono de los niños”. Así en caso de



repudio o de divorcio, el pater familias, era quien disponía de la potestad y la custodia absoluta de los menores.

En uno de los trabajos realizados por (Ibáñez, EL LABERINTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA Claroscuros de un solo nombre con varios significados, 2004) señala que una de las primeras versiones del Concepto de Custodia (o Tenencia) Compartida fue desarrollada alrededor de 1970, según el texto de (Children Rights Council) para ayudar a proveer la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos.

El primer Estatuto de crianza conjunta fue aprobado en el Estado norteamericano de Indiana en 1973, y desde entonces se ha extendido en los cincuenta estados de la unión.

La tenencia o llamada también custodia la que puede ser compartida ha sido una reivindicación irrenunciable de las asociaciones de padres separados en todos los países de Occidente. Durante varios años, sus antagonistas y, en su estela, los poderes públicos se han limitado a rechazarla, a falta de argumentos más sólidos, por su supuesta inviabilidad práctica o, incluso, por unos más que discutibles efectos negativos para el niño, sin contraponer en balanza sus efectos benéficos. De ese modo, durante años, el debate sobre la tenencia o custodia compartida no salió de sus límites teóricos.



Lo que se encontraba en juego dentro de los diversos debates o discusiones teóricas acerca de la Tenencia Compartida, y en sus consecuencias prácticas era una cuestión de derechos humanos, concernientes también a los niños, que ante una posible separación de sus padres quienes se encuentran en una disputa de su tenencia, pueda mantener vínculos estrechos con ambos ya que el no es quien se pelea ni divorcia de sus padres, en definitiva, según (APFS, 2007) lo que se busca es preservar los lazos familiares naturales tras la ruptura del contrato matrimonial (o la separación de los padres).

Hacia mediados de 1990, algunos países habían cruzado ya el punto de inflexión en la trayectoria hacia la viabilidad de la tenencia o custodia compartida, que actualmente es toda una práctica con resultados satisfactorios, dejando de ser un mero prototipo teórico supuestamente inviable que se encuentra superando todas las pruebas y lleva ya recorriendo todo un camino práctico con resultados positivos y efectos psicológicos de su puesta en práctica sobre los principales destinatarios de la misma, los hijos a favor de cuyo beneficio operan todos los implicados en el proceso de toma de decisiones sobre su tenencia o custodia en aplicación del imperante Principio del “ INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”, que inspira la “DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO” y la legislación de la mayoría de sociedades avanzadas.

2.2.3 Análisis Normativo del Principio del Interés Superior del Niño



A. El Interés Superior y los instrumentos Internacionales

a) Convención sobre los Derechos del Niño

(López Contreras, 2015) Según este autor este principio se aplica al bienestar de todos los menores, donde este debe prevalecer este sobre todas las demás circunstancias, teniendo en cuenta lo que es mejor en el caso particular, además de sus necesidades físicas, emocionales y educativas; a fin de lograr establecer el mejor futuro para estos sujetos de derecho en desarrollo; significa al mismo tiempo poder llevar una vida con dignidad, en la que se garanticen y respeten las necesidades básicas de los menores, tales como las afectivas, las físico biológicas, las cognitivas, la emocionales y las sociales; es decir de manera más amplia, ya que es responsabilidad de toda la sociedad en su conjunto promover y proteger el interés superior del menor; es un criterio explicativo porque siempre se tiene en cuenta en la resolución de conflictos y también es una guía para las políticas públicas favorables para la infancia.

(Aguilar Llanos, 2009) El autor sostiene que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989; con la Convención se fortaleció el objetivo de proteger a los niños como sujetos de



derecho, ya que gozan de una protección especial en su calidad de grupo más vulnerable, al tratarse de menores de 18 años; así el principio del interés superior del niño se constituye como un determinante de la protección del niño.

El presente principio se encuentra establecido en el artículo 3 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que:

1. En todas las acciones que involucren niños emprendidas por organizaciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, órganos administrativos o legislativos, el interés superior del menor tendrá una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados miembros se comprometen a proporcionar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su salud, teniendo en cuenta los derechos u obligaciones de los padres, tutores u otras personas responsables frente del niño ante la ley y, con este fin, tomaran todas las medidas apropiadas, medidas legislativas y administrativas.



3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”.

(Freedman, s/f) hace ciertas precisiones: “En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al “núcleo duro” frente a otros derechos e intereses colectivos. Esto, significa priorizar todos los derechos fundamentales de la niñez en el diseño de implementación de las políticas públicas del Estado.”

En la Convención también se detallan los siguientes principios; el derecho a existir y desarrollarse, el derecho a la libertad de expresión ya ser escuchado, así como el derecho a no ser discriminado; estrechamente vinculados, y estrechamente alineados con el principio de interés superior del niño, ya que siempre deben tenerse en cuenta al aplicar cada medida.



b) Declaración de los Derechos del Niño

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Esta norma constituye el primer paso en la protección de los derechos de la niñez y constituye la antesala para la adopción de la Convención sobre los derechos del niño, que aborda el alcance y especificidad de los derechos del niño.

c) Otros Instrumentos



i. **La Opinión Consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Ha señalado que el principio de interés superior del Niño se “funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

ii. **El artículo 16° del Protocolo de San Salvador**

Que establece que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”

B. El Interés Superior del Niño en el Ordenamiento Jurídico Nacional.

a) Constitución:

Gran parte de la doctrina considera que nuestro ordenamiento jurídico recoge este importante principio, en el artículo 4° de nuestra Constitución, el cual dispone:



Artículo 4° “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

A decir del Tribunal Constitucional el principio de interés superior del niño se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución, por lo que, “en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.”

b) Código de los Niños y Adolescentes:

El Artículo IX del Título Preliminar dispone:

Artículo IX: “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”.

En ese sentido, en base al artículo 4° de nuestra Constitución, artículo IX del T.P del CNA y normatividad internacional señalada, en virtud al principio de interés superior del niño y del adolescente, las acciones que tomen el Estado, los integrantes de la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

(Dueñas Triviños, 2018) Por lo que también, en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deben estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

c) Leyes que amparan el Interés Superior del Niño:



- i. **Ley 30466:** Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, niña y adolescente, y su reglamento.

De acuerdo a su artículo 1, el objeto de la Ley es establecer parámetros y garantías para que en los procedimientos y procesos en los que se encuentre inmerso un niño se otorgue la consideración primordial a su interés superior.

Basándose en la Observación General 14 del Comité DN, la Ley en su artículo 2 ha definido al interés superior del menor de edad como un derecho, principio y una norma de procedimiento que le otorga “(...) el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”.

Asimismo, en su artículo 3 considera los parámetros que deben tenerse en cuenta en los procesos y procedimientos administrativos para aplicar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en un caso particular: El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño, el reconocimiento de los niños como titulares de derechos, la naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño, el respeto, la



protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas al desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

El artículo 4 de la Ley enumera las garantías procesales a aplicarse para la consideración del interés superior del niño. En el último párrafo de este artículo se ha señalado que cuando existan posibles conflictos entre el interés superior del niño o un grupo de estos o con terceras personas, serán resueltos caso por caso sopesando los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada.

Finalmente, con relación a la fundamentación de la decisión que tomen los organismos públicos, el artículo 5 señala que estos “(...) en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes”.

2.2.4 Análisis Doctrinal del Principio del Interés Superior del Niño

A. Definición del Interés Superior del Niño



(Placido, A. , 2002) señala que “el interés superior del niño es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc. que también influyen en los medios elegibles”.

(Llancari, 2010) El interés superior de las niñas, niños y adolescentes se basa fundamentalmente en el pleno bienestar integral de estos sujetos de derecho, asegurando su desarrollo, físico, psicológico y social, sobre todo respetando ante todo sus derechos y libertades; además es necesario prestar atención, al principio de no discriminación, para sobrevivir y desarrollarse, y respetar las opiniones de los niños al identificar y aplicar el principio del interés superior.

Nuestra Corte Suprema de la República ha señalado que “el principio de interés superior del niño implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo



relativo a la vida del niño; igualmente este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización”.

En ese sentido, lo que se propone con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten.

(Aguilar Cavallo, 2008) Este principio exige que el niño sea considerado al niño como un ser humano, como un sujeto real con derechos a ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.

Es por ello que, en cualquier medida, acción y/o política que se emita deba considerarse como prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que ante considerar otro interés debe preferirse el interés del niño.

(Aguilar Llanos, 2009) Su existencia, protección y desarrollo deber ser lo primero. Por lo tanto, se debe enfatizar que la



preocupación convierte las normas relativas al niño en normas de orden público, es decir, de obligatorio cumplimiento.

B. Objetivo

Según (Bennasar, s.f.), el principio del interés superior tiene por objetivo promover y garantizar el bienestar de todos los niños, en varios aspectos:

- a. El bienestar físico: Donde se debe asegurar la buena salud del niño, niña o adolescente, así como el buen desarrollo (salud, alimentación, higiene, entre otros).

- b. El bienestar mental: se ofrece la posibilidad de tener desarrollo intelectual (salud mental, protección al maltrato, tiempo libre, entre otros).



- c. El bienestar social: asegurando que el niño, niña y adolescente se desarrolle o realice social y espiritual (libertad de expresión, pensamiento, religión).

El principio del interés superior del niño no solo es resguardado por los integrantes de la familia, sino también por la sociedad, el Estado y todas las entidades que lo integran, pues el interés superior además de un principio también es un derecho y una norma de procedimiento que todos debemos garantizar. Este principio busca el bienestar físico, mental y social del niño, niña y adolescentes, para que este pueda tener un desarrollo integral, teniendo en cuenta que son sujetos de derecho en desarrollo, por lo que se tiene que considerar sus deseos, sentimientos y necesidades físicas, emocionales y educativas, en cada caso concreto.

C. Características

Según (Zermatten, 2003), la noción del interés superior del niño reviste varias características:

- a) El interés superior no es un derecho subjetivo o sustancial estricto sensu, sino que es un principio de interpretación que debe ser usado en todo tipo de medidas que conciernan a los niños.



- b) Establecido por la Convención, el presente principio debe ser de consideración inmediata, cuando existe un proceso y se debe tomar decisiones sobre cualquier tema que conciernan a los niños y adolescentes.
- c) El concepto de interés superior es “indeterminado” pues debe ser aclararse en la práctica. La jurisprudencia debe permitir desarrollar soluciones para situaciones individuales o para un grupo de niños.
- d) Este principio está inmerso en un espacio y tiempo en particular. Por tanto, su determinación en el caso concreto va a depender del conocimiento científico en constante evolución y ha de tener en cuenta los estándares de interpretación válidos existentes.
- e) En las decisiones que se tengan debe siempre tenerse en cuenta el interés superior del niño, el cual debe ser considerado para las consecuencias a corto, mediano y largo plazo de la misma.
- f) Este principio está en constante evolución, pues el conocimiento continúa desarrollándose.
- g) El criterio del interés superior es doblemente subjetivo. Por un lado, está la subjetividad colectiva (en una sociedad, en cualquier momento de la historia, existe una idea de lo que es mejor para un niño) y, por



otro, la subjetividad individual (que incluye las ideas de lo que significa el interés superior para los padres (o representantes legales), para el niño en cuestión y para el juez o el funcionario que tiene a su cargo tomar decisiones).

D. Funciones

Según (Ameghino, s.f.), este autor refiere que el principio del interés superior tiene las siguientes funciones normativas:

a. Como principio garantista

El principio del interés superior del niño, es un principio jurídico garantista, lo que quiere decir que garantiza que se respetara los derechos de los menores y no se vulnerara en ningún extremo, asimismo entendiéndose como la obligación de organismos públicos o privados de velar por el respeto de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes; este principio jurídico garantista asimismo, sirva de base a las autoridades competente al tomar decisiones sobre cualquier asunto relacionado con el desarrollo integral de los menores de 18 años, con la finalidad de respetar su interés superior.



b. El deber de satisfacer todos los derechos:

El principio del interés superior se encarga garantizar la realización de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes consignados en la Convención, a fin de garantizar la protección integral de estos sujetos de derecho en desarrollo.

La aplicación de los derechos del niño es un deber que deben cumplir todos los Estados que ratificaron la Convención considerando siempre el interés superior.

(Zermatten, 2003) sostiene que el principio de interés superior del niño tiene dos funciones "clásicas" el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución):

i. Criterio de Control

El interés superior sirve para asegurar que el ejercicio de derechos y las obligaciones de los niños sean facilitados y cumplidos. En los temas que se refiere al derecho de familia, servicios de protección de los niños, las situaciones de cuidado alternativo y los casos de migración es necesario



salvaguardar que el interés superior del niño ha sido considerado.

ii. Criterio de Solución

La definición de interés superior del menor, ayuda a los funcionarios responsables a tomar las medidas, con el fin de llegar a tener decisiones adecuadas especialmente en los casos que involucren a los niños; por lo tanto, en estos casos es necesario encontrar soluciones que tengan el impacto más positivo o menos negativo para en los niños, niñas y adolescentes.

(Cillero Bruñol, s/f) según este autor, manifiesta que el concepto de interés superior es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de que se adopten una medida respecto a ellos, se adopten medidas que promuevan y protejan sus derechos y no las que perjudiquen; sobre esta base, señala las funciones que cumple este principio:

- a) Ayudar a las interpretaciones jurídicas a reconocer el carácter holístico de los derechos de los niños y las niñas.



- b) Requiere políticas públicas para priorizar los derechos de la niñez.
- c) Permitir que los derechos de los niños prevalezcan sobre otros intereses, especialmente si están en conflicto con ellos.
- d) Dar orientación a los padres como al Estado en general, en cumplir sus funciones que les son relativas, deben tener como objeto "la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo".

(Alegre, Hernández, & Roger, 2014) En resumen, en este sentido el principio de interés superior del niño puede tener dos implicancias fundamentales. En primer lugar, cumple una función hermenéutica, en la medida en que permite una interpretación sistémica y acorde con el predominio de los derechos de la infancia. En segundo lugar, respetarlo es una obligación tanto en el ámbito público como en el privado.

E. Principios relacionados con el Interés superior del Niño

Cuando las relaciones familiares se rompen y los niños se encuentran en una situación de desamparo y que sean susceptibles de vulnerar sus derechos, siendo que el estado es el llamado a intervenir. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha



señalado que para proteger a los niños o adolescentes, debemos tener en cuenta sobre el respeto de los siguientes principios y derecho:

a) El principio de protección especial del niño.

De acuerdo con este principio, los niños tienen derecho a gozar de una atención y protección especial y a beneficiarse de las oportunidades para desarrollarse en forma, sana, plena y normal, en condiciones de libertad y de dignidad; por lo tanto, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues según el artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) de los niños se rige como un fin constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado.

Teniendo en cuenta, sobre la base del artículo 4° de nuestra Constitución y teniendo el carácter normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el niño y el adolescente debe ser considerado como sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento. Por lo tanto se debe a “su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o



inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos”

b) El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

Tal como señala el Tribunal Constitucional, “el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños”.

(Dueñas Triviños, 2018) Así, el disfrute de la convivencia entre padres e hijos es un elemento fundamental de la vida familiar y una expresión del derecho de los niños a tener una familia y no ser dividida de ella, aun cuando sus padres estén separados de sus hijos impone que se garantice la convivencia en la familia esté garantizada, salvo que no exista un clima familiar de estabilidad y bienestar.



En nuestra legislación, el presente principio se encuentra reconocido en el artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes, cuando señala que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

En el Derecho internacional, este principio se encuentra plasmado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” y en el artículo 9.1 de la misma Convención, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.

c) El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

Este derecho se encuentra plasmado en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”.



En virtud de este derecho “la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos”.

d) El derecho al desarrollo armónico e integral.

El desarrollo integral es definido como la “(...) atención y promoción de todas las áreas, dimensiones y ámbitos del ser humano en su conjunto y de forma globalizada” (Soler, 2016). Es decir, comprende los aspectos físicos, mentales, sociales, morales y espirituales promoviendo la maduración de las capacidades del ser humano y su mejor desarrollo en la sociedad.

(Torrealva, y otros, 1999) En concreto, el desarrollo integral del niño es un proceso de continuo cambio, por el cual los niños aprenden a manejar y a controlar sus movimientos, sus pensamientos, su razonamiento, sus sentimientos y su relación con los demás. Es por tanto, un proceso multidimensional que incluye cambios en todos los aspectos de la vida del niño, niña y adolescente.



Este derecho se fundamenta en el artículo 27 de la CDN: desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Los cuales deben tenerse en cuenta, como mínimo, por los jueces de familia en cada decisión que tomen, cuando evalúan el interés superior del niño, niña y adolescente en los procesos judiciales de tenencia.

La objetivo del desarrollo integral es que el niño pueda desenvolverse, de manera plena, en todos los aspectos de su vida; por lo tanto, asegurar tal desarrollo de las decisiones judiciales es necesario:

- i. Conocer y tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes.
- ii. Determinar el mejor entorno familiar, social y educativo para ellos.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que para asegurar el desarrollo integral del niño es vital que crezca junto a sus padres, a pesar de que se encuentren separados, ya que de esta manera podrá fortalecer sus lazos afectivos con aquellos:

(...) el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos



necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

En conclusión, los primeros obligados a procurar el desarrollo integral del niño son sus padres y para asegurar que se cumpla con dicha obligación, el Derecho lo ha regulado a través de las instituciones jurídicas de la patria potestad, la tenencia y el régimen de visitas.

2.2.5. Análisis Jurisprudencial del Principio del Interés Superior del Niño.

A. El Interés Superior del Niño en la Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la jurisprudencia supranacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en dos casos muy emblemáticos, siendo los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y *Fornerón e hija vs. Argentina*, en donde la corte han sostenido que el interés superior del niño se sustenta en el reconocimiento de su propia dignidad, en su valor como ser humano y en sus propias características. Citamos la primera:

En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias



de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

La Corte IDH también ha establecido que el interés superior del niño “(...) implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”

Sobre el desarrollo de los niños se ha precisado que es un “(...) concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”.

Por ello, la calidad de vida, el cariño, la comprensión y la seguridad que se brinde a los niños, niñas y adolescentes son determinantes en la construcción de personalidades saludables, aprovechar sus potencialidades, alcanzar la maduración de sus capacidades y la perfección en su entorno, para que puedan desenvolverse sanamente en sociedad. Buscar lo anterior (padres, la familia, la sociedad y el Estado) para evitar daños irreparables a su proyecto de vida y proteger su identidad, tal como lo dictamino la Corte IDH en el caso Reggiardo Tolosa.



En ese mismo sentido, en el caso Fornerón e hija vs. Argentina, la Corte IDH considera importante que “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”.

En cuanto al interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los asuntos que involucren, la Corte IDH señala que: “Este Tribunal ha señalado casos en los que se han encontrado víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe entenderse como la necesidad que se cumplan de satisfacción de todos los derechos de los menores, este derecho obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando se trata de un caso de menores de edad.

En conclusión, cuando se toma en cuenta al interés superior de los niños se garantiza el respeto y la satisfacción de sus derechos, ya que se considera al niño, niña o adolescente como un ser humano que tiene valor por sí mismo y que tiene derecho a desarrollarse, de manera plena, en todos los ámbitos de su vida.

B. El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Nacional



La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República considera que el interés superior del niño es un principio que “(...) significa que cualquier medida que se tome a nivel público o privado deberá contemplar en primer lugar el cuidado de que no dañe ni ponga en riesgo el cumplimiento de ningún derecho de niñas, niños y adolescentes”

Por otro lado, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema precisa que debe entenderse al interés superior del niño como la: “(...) plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado,³⁸ el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el cual permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema considera que el interés superior del niño, niña y adolescente como un principio rector, cuyos criterios se tienen en cuenta al momento de aplicar las normas son su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos. También, sostiene que dicho principio:

(...) se convertirá en una norma jurídica que ayude a adecuar el contenido normativo abstracto al empírico, resolviendo así la distinción, existente en



un caso concreto, entre la norma y su administración o aplicación de la regla que la infringe. Por lo tanto, el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares (...)

También, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el interés superior del niño, niña y adolescente es un principio que debe entenderse como un:

(...) instrumento legal que asegura el bienestar del niño tanto en el aspecto físico, como psíquico y social. Este principio obliga a las organizaciones públicas o privadas, con el objetivo de examinar los criterios de protección establecidos en el momento a que se deben tomar decisiones respecto de los niños y esto representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta; así como, debe servir como unidad de medida en caso de encontrarse en convergencia con otros intereses, como puede ser el referido a las situaciones de indefinición respecto del cobro de pensiones fijadas en determinada sentencia ante la inacción de quien se encuentra legitimado para exigir el cobro.

Dicho Tribunal sostiene que el interés superior del niño es un principio en virtud del cual “[...] las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción,



preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social”.

Sobre el bienestar del niño, este colegiado considera que ya no es un estado ideal tal como lo sostenían los autores Zermatten y Plácido sino más bien “[...] en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado”

El desarrollo de un niño no puede equipararse a su felicidad, pues el primero se refiere a un proceso de cambio constante que se da en varios aspectos de la vida del mismo (físico, mental, social, espiritual y moral), mientras que el bienestar está referido a un estado de realización máxima de estos aspectos.

En cuanto al desarrollo de los niños, el Tribunal Constitucional establece que debe realizarse de forma integral, saludable, normal y armónica en condiciones de libertad y respetando la dignidad del niño.

En otro pronunciamiento, argumento que el principio interés superior del niño constituye un: (...) el valor especial y superior según el cual los



derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tiene un predominio de fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento su interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales.

Es así, que el interés superior es un valor especial que encuentra sustento y fuerza normativa en la dignidad de los niños; por eso, corresponde que no solo el Estado y la sociedad sino también la familia, dentro de la cual se encuentra el padre y la madre, velen por la protección de sus derechos.

El Tribunal Constitucional sostiene que el interés superior del niño es un “(...) principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las niñas favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa”.

Dicho Tribunal considera que el interés superior del niño, niña y adolescente es un principio que contiene un mandato de actuación garantista, pues exige a las instituciones privadas y públicas que en cualquier decisión que involucre a un niño sea considerado como sujeto de derecho al que se le debe garantizar la satisfacción de sus derechos. Este mandato obliga que se brinde al niño una atención especial y prioritaria en todos los asuntos en los que se encuentren involucrado.



2.2.6. Análisis sobre el interés superior del niño, en relación a tenencia de menores

El Principio del Interés Superior del Niño, que se ha convertido en un principio difícil de definir y concretar en la jurisprudencia, sin perjuicio de reconocer que se ha tomado la mayor participación el componente sociológico, es por ello su complejidad y constante modificación. Para tratar delicadamente dicho principio, se debe empezar por la adaptación, de los cambios sociales y la importancia de participación de los menores en la sociedad, quienes vienen experimentados cambios, de modo que el "*interés del menor*" se interprete en función de cada caso concreto. Por tanto, debemos saber y reconocer dicho principio como tal, cuyo significado es el de ser, en palabra de (Ortega, 2002) un bien jurídico protegido por el ordenamiento. Para concretar esta protección, se configura como un criterio en la toma decisiones que afectan a los niños, niñas y adolescentes. Pero tales decisiones no están relacionados con sus intereses, en abstracto, sino que se incardinan en el juego de otros derechos e intereses, bien porque exista un conflicto entre los del niño y los de otra persona.

De tal manera que, afectar el interés superior del niño, es una gran irresponsabilidad principalmente de los padres, quienes son los principales encargados de velar por ello, posteriormente por parte de los abogados quienes no cuentan con el conocimiento necesario o la voluntad de poder ser partícipes



de defender derechos, cuyo valor permite un mejor desarrollo de esas personas en su entorno familiar y social, finalmente el rol de los jueces, quienes son los encargados de la actividad jurisdiccional y de velar por los intereses de las personas principalmente garantizar los derechos y bienestar de los menores, por tanto cuando se tomen medidas concernientes a los niños, las instituciones, en este caso las públicas, deberán considerar su situación de manera primordial velando por su interés superior, según se puede desprender dicho análisis del Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si hablamos de casos judiciales en los cuales se disputa la Tenencia del menor, niño, niña o adolescente, por parte de los progenitores, en la cual no se ha demostrado, como refiere (Hollweck, 2001) ninguno de los progenitores ser más idóneo que el otro, conforme toda la prueba producida y habiendo fracasado el sistema de tenencia monoparental de hecho ejercido por la madre, es necesario encontrar un régimen que permita concluir con el clima beligerante en que se encuentra inmerso el niño, siendo esto último necesario e indispensable para su crianza y educación.

En este ámbito, considerar al niño como sujeto de derechos implica “generar una dinámica familiar donde se cuente con la participación del menor en los actos relativos a su persona, participación ésta que tendrá una forma distinta en cada etapa de su vida. Este aprendizaje dentro del proceso de socialización contribuye a cimentar la responsabilidad familiar y social del niño, a través de su cooperación en los actos que lo afectan”.



CAPITULO III

3 PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

3.1 Situación respecto a la tenencia de menores de edad en los procesos seguido en la ciudad del Cusco en el año 2020

Tabla 02: Casos ingresados en el año 2020 y 2021

MESES	2020	2021
ENERO	30	26
FEBERERO	15	37
MARZO	20	20
ABRIL	23	51
MAYO	18	33
JUNIO	11	24



JULIO	13	25
AGOSTO	10	50
SETIEMBRE	32	41
OCTUBRE	25	37
NOVIEMBRE	22	45
DICIEMBRE	18	28
TOTAL	237	417

Como podemos visualizar en la tabla presentada son muchos los casos de tenencia los mismo que van en aumento al transcurrir el tiempo, se tiene que la disputa entre los padres por obtener la tenencia de sus hijos sea compartida y/o exclusiva que se han dado en los Juzgados de Familia de Cusco, ocurre por varias causas, al haber estudiado algunos procesos se tiene que la primera causa de recurrir al Poder Judicial es que no existe entendimiento entre los dos padres, al momento de la separación por diversos motivos, lo cual conlleva a que los menores tenga que pasar por evaluaciones y declarar ante el Juez para saber con cual de los padres se siente mas cómodo, generando que el menor tenga que decidir generando una inestabilidad emocional, ya que los menores en muchos casos prefieren que sus papas estén juntos, no entiende ni las causas de tener que alejarse de alguno de ellos, es ahí donde resalta el interés superior del niño, ya que esto ayuda a que se pueda velar por sus derechos y que estos procesos no les cause algún daño psicológico.

3.2 Razones por las que es importante salvaguardar el interés superior del niño en los procesos de tenencia



Se tiene el artículo 85 que señala: El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente. Partiendo de esta premisa podemos indicar que el niño es quien convive con los padres y permitirle elegir con quien viviría más cómodo sin menospreciar que el otro padre tenga también un vínculo con el menor para lo cual el Juez fija un Régimen de Visitas, asimismo se debe tener en cuenta que los niños y adolescentes tienden a ser manipulados por algunos de los padres con la finalidad de que se queden con ellos, dándoles regalos e incentivos económicos, pero al final a veces solo desean tener la tenencia por el aporte económico por alimentos que puedan conseguir con el menor.

En el caso que esto sucediera el Juez tiene la función de poder disponer seguimientos que lo realizaría el Área de Asistentía Social del Equipo Multidisciplinario para verificar que el padre quien goza de la tenencia exclusiva del menor lo este realizando adecuadamente.

Otra razón importante para salvaguardar el interés superior del niño es que dicho principio fue creado justamente para defender los derechos del menor y brindar protección debido a que estos no tienen capacidad de ejercicio, al respecto cabe mencionar que los Jueces de Familia deben velar porque los menores sean beneficiados y se vea el desarrollo integral del menor.

En los procesos de tenencia también se deben ver la situación económica del padre que tendrá la tenencia exclusiva del menor, ya que esto permitirá a que el menor tenga buena alimentación, vivienda, educación, etc., sin que tengan que pasar en muchos casos necesidad o limitaciones en ciertas actividades. Por lo



que es importante contar con el Informe del Equipo Multidisciplinario ya que dicho informe ayuda a que los Jueces conozcan la situación económica, psicológica, educativa y medica de los padres y menores, para según a ellos determinar quién podría tener la tenencia del menor a quien deberá darle una calidad de vida, sin menospreciar que el otro padre goce en diferentes ocasiones de su menor hijo con un régimen de visitas apropiado a la situación del proceso; debido a que el padre que no se le otorga la tenencia queda en desventaja de poder vivir el día a día con su menor hijo y genera en muchos casos que busque problemas y esto perjudique que el menor lleve una vida tranquila.

3.3 Repercusiones de la tenencia compartida sobre el interés superior del niño

El Principio de Interés Superior del Niño, está presente en el momento que se asegura al niño en una relación estrecha y fluida con sus padres, no debe tener mucha relevancia que los padres no tengan una buena relación conyugal o de pareja, ya que dichos problemas son los que conllevan a que se produzca un proceso de tenencia porque en algunos casos no pueden llegar a una conciliación extrajudicial por no estar de acuerdo o ver quien tiene las mejores condiciones que resultaría mas beneficioso para el menor.

La tenencia compartida genera una inestabilidad emocional en los menores, ya que esto conllevaría a que el menor viva con el padre un mes y con la madre otro mes, lo cual no le permitiría tener una buena estabilidad de vivir en un solo lugar, actualmente se puede verificar que los niños son los mas afectados cuando los padres deciden separarse por múltiples problemas, pero existe que la Ley



ampara la tenencia compartida, por lo tanto los Jueces pueden disponer que así se realice desde el 20 de octubre del 2008, se puede determinar dicha tenencia compartida del hijo entre ambos padres.

Siendo esta una alternativa para la decisión del juez, que deberá siempre tomar una decisión teniendo en cuenta el Principio de interés Superior del niño, la Ley N°30466 que establece parámetros y garantías procesales para su consideración primordial, la Convención de los Derechos del niño, diversas opiniones de organismos internacionales, la doctrina y jurisprudencia, y deberá evaluar si es posible junto al Equipo Multidisciplinario que existen ya en todas las Cortes Superiores del País, verificar si los derechos del menor se encuentran siendo perjudicados.

Estos casos se deberían dar siempre que existan las condiciones necesarias para que se de esta figura. Se debe tener en cuenta que tanto en el ámbito judicial como extrajudicial debe notarse que la simple repartición del tiempo de los niños con cada padre no es suficiente para que se garantice el Principio de Interés Superior del Niño, sino que cuando este tiempo de alternancia entre los padres es corto, el niño crece en dos hogares distintos en los que por la misma característica de la corta periodicidad, este no se adapta al cambio que muchas veces puede ser abrupto y genera baja autoestima, por lo que se debería considerar un tiempo prudencial de adaptación del niño y hasta la movilidad de los propios padres para que resulte más fácil esta adaptación.

Esta modalidad de tenencia compartida se debe dar en periodos largos y no cortos quiere decir que el tiempo mínimo para que el Juez pueda señalar esta



tenencia compartida sea de 06 meses como mínimo y así evitar algún perjuicio para el menor.

3.4 Argumentos que alegan los jueces al otorgar la tenencia exclusiva en los procesos de tenencia desarrollados en los Juzgados de familia de la ciudad del Cusco durante el año 2020

Respecto a la jurisprudencia analizada sobre tenencia exclusiva, debemos señalar que, al haber revisado 05 sentencias de diversos Juzgados de Familia de la ciudad del Cusco, las cuales se encuentran en los anexos, se ha concluido que todas ellas manifiestan como fundamentos en la motivación las siguientes razones:

1° Sostienen que como requisito para poder otorgar la tenencia exclusiva a uno de los progenitores, se debe tener un vínculo más cercano con el, siendo esta una razón importante de ver que si un menor ha vivido la mayor parte del tiempo por ejemplo con la madre, esta debería quedarse a su cuidado, porque el padre no demuestra que la menor este mal cuidada, si el Juez determinaría la tenencia al progenitor que el menor no ha tenido mucho vinculo generaría una inestabilidad emocional, por no conocerlo para poder establecer una vida de padre e hija.

2° Manifiestan que al momento de dictar una sentencia de tenencia exclusiva deben tener en cuenta la estabilidad económica que debe tener el progenitor a quien se le otorgara la tenencia, esto debido a que el menor debe gozar de una



vida plena y saludable, estar en un ambiente que le permita desarrollar sus estudios, tenga acceso a una buena alimentación, medicina entre otros, es por ello que el Juez valora los informes sociales que verifican la situación económica y de vivienda de los progenitores para ver quien de los dos da una calidad de vida mejor.

3° Asimismo otras de las razones de otorgar la tenencia exclusiva es la opinión del menor, por lo que en los procesos de tenencia este procedimiento se realiza en la Audiencia Única donde se toma la manifestación referencial del menor, quien puede expresar con quien de los dos padres tiene mayor vinculación y se siente más cómodo, es así que el menor puede elegir con quien quiere vivir, lo cual también es tomado en cuenta por el Juez al momento de tomar una decisión.

4° En las Sentencias que se dictan en los casos de Tenencia Exclusiva se prioriza el interés superior del niño, velan por que se desarrolle en un ambiente familiar saludable que le otorgue seguridad y todo lo necesario para desarrollar su capacidades educativas y sociales; por lo que tomando en cuenta todos estos aspectos resulta favorable otorgar la tenencia al progenitor que cumpla los requisitos legales para responsabilizarse de la tenencia del menor.

3.5 Posición que toma la jurisprudencia nacional respecto a la tenencia exclusiva



Respecto a la tenencia exclusiva se tiene que jurisprudencia encontramos puntos que avalan que la tenencia exclusiva favorece el interés superior del niño se tienen las siguientes casaciones:

Mediante [Casación 1961-2012, Lima]

Jurisprudencia: 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. 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 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 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 4.1 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.

Por otra parte se tiene la [\[Casación N° 3016-2015, Tacna\]](#)

Jurisprudencia: Quinto.- Procediendo al análisis de la sentencia recurrida se advierte que la Sala comienza con el examen conceptual y normativo sobre el derecho y ejercicio de la tenencia de los padres respecto de sus hijos en los considerandos 3 y 5 procediendo luego a determinar en el caso concreto si los padres reúnen las condiciones necesarias para ejercer la tenencia, arribando a la conclusión que el demandado no podrá ostentar la tenencia compartida de la menor, siendo más bien la madre quien reúne las condiciones para obtener la tenencia de la menor Valeria Anthuané Del Carpio Mendoza, en base al informe psicológico número 085-2014/PS efectuada a la adolescente por el Equipo



Multidisciplinario del Juzgado, en el cual se concluye que la adolescente tiene una imagen débil y difusa de su padre, y es más, la imagen paterna de la niña es su abuelo materno (y no su padre biológico), a quien llama “papá chemo”, que ha establecido un fuerte y estable vínculo afectivo con su madre, tan es así que la menor expresa de modo consistente su deseo de permanecer bajo la tutela de su madre; asimismo con el informe social N° 0177-2014 respecto a la situación social y familiar de la demandante, en la que se concluye que la situación socio familiar de la madre se muestra estable, definida y otorga las condiciones adecuadas para la formación y desarrollo de su hija; sumado a ello que la demandante cuenta con el apoyo de sus padres donde desde el nacimiento a la fecha la menor ha vivido con ellos; y además el examen psicológico N° 0134-2014/Ps.01 efectuados al padre Michael Alexander Del Carpio Carpio en el cual se recomienda que por razones exclusivamente atribuidas a sus condiciones laborales (labora en Iquitos y en su días de descanso radica en Lima) el evaluado no puede por ahora ejercer la tutela de su menor hija.

3.6 La tenencia exclusiva como mejor respuesta al interés superior del niño en los procesos de tenencia en el Juzgado de Familia de la ciudad del Cusco en el año 2020

Al respecto, a partir de lo manifestado en los apartados anteriores del presente capítulo, podemos realizar un análisis indicando que la tenencia exclusiva es mejor que una tenencia compartida, ya que esta tenencia genera inestabilidad emocional en el menor, debido a que cuando un padre o madre realiza el proceso de tenencia en la mayoría de los casos ya viven con el menor lo cual hace que este vinculado



en un solo hogar y con el padre o madre con quien pasa el mayor tiempo viviendo, es este motivo el principal al momento de que el Juez otorgue la tenencia exclusiva del menor, ya que esto también permite a que no se vulnere el interés superior del niño, porque se permite que el menor desarrolle una vida plena y saludable, así como garantizar que el menor tenga seguridad de vivir en un hogar de armonía y paz.

La tenencia exclusiva en todos los aspectos favorece al menor también porque se le permite elegir con que progenitor se siente más protegido, esto sin generar que el otro padre no ejerza la Patria Potestad del menor, porque se le establece un régimen de visitas para que siga manteniendo un vínculo con el menor y contribuir a su desarrollo físico, intelectual y espiritual, permitiendo que el menor tenga un desarrollo biopsicosocial.

Asimismo, se debe tener en cuenta como se siente el menor cuando hubo la ruptura de la relación familiar, ya que en muchos casos es de forma agresiva existe violencia que genera al menor entrar en momentos de ansiedad, tener fobia de algunas cosas y en los casos de adolescentes se vuelven más rebeldes ante los padres.

Por lo tanto, los Jueces de Familia deben tener en cuenta estos aspectos para que la decisión que dispongan sea la mejor para el menor y sobre todo interponiendo ante todo el interés superior del menor.

3.6.1 Posición de algunos profesionales respecto a la tenencia exclusiva



Para consolidar nuestra posición en favor de la tenencia exclusiva, se ha recogido mediante la técnica de la entrevista la opinión de tres profesionales vinculados al tratamiento de casos relacionados con el interés superior de los niños. Dichas entrevistas se consignan en los anexos, las ideas predominantes en las respuestas las presentamos a continuación:

- **La profesional en Psicología** indica que la tenencia exclusiva y/o compartida siempre genera un desajuste emocional en los menores, ya que en muchos casos la relación no termina en las mejores condiciones, y aconseja que en los casos de ruptura se debe gestionar la ayuda profesional de un psicólogo para que de alguna medida pueda regular los conflictos que se podrían generar, ya que si no existe esta ayuda los niños pueden tener problemas de trastornos emocionales y afectivos con el síndrome de alienación parental (SAP).
- **La profesional en Derecho** manifiesta que la tenencia exclusiva es más conveniente para el menor, debido a que es más positivo en las relaciones familiares, en autoestima, en adaptación emocional, conductual y en el ámbito académico. Asimismo establece que el menor siempre tenga contacto con el otro progenitor mediante un Régimen de Visitas y que ambos padres reciban una orientación psicológica para que tengan una mejor relación para el cuidado y desarrollo del menor.



- **La profesional de Asistencia Social** considera que si podría contribuir de mayor manera por la orientación que recibiría del progenitor que tenga su cuidado, asimismo se determinaría reglas y normas que le ayudarían a un mejor desenvolvimiento en su vida socio familiar, educativa y social. La tenencia compartida generaría que los menores puedan manipular a sus padres, tener bajo rendimiento escolar por la inestabilidad que generaría vivir de un lugar a otro.

CONCLUSIONES



PRIMERA

En la presente investigación se ha logrado conocer la situación respecto a la tenencia de menores de edad en los procesos seguido en la ciudad del Cusco en el año 2020. Como se ha podido evidencia en la tabla 02, son innumerables los casos en los que los menores de edad son parte de la disputa de los padres de familia en los procesos de Tenencia. Esto nos muestra que el problema es objetivo y amerita un análisis respecto a la conveniencia de una de las formas de tenencia considerando el interés superior del niño.

SEGUNDA

Así mismo se ha logrado precisar las razones por las que es importante salvaguardar el interés superior del niño en los procesos de tenencia. Entre estas razones podemos partir de esta premisa para indicar que el niño es quien tiene el derecho de elegir para lo cual los Jueces de Familia tienen que tomar en cuenta su opinión, ya que en estos casos aparece la manipulación de los padres. Por lo tanto se debe velar y respeta que son los menores quien también tienen la opción de elegir primando el interés superior del menor.

TERCERA



Por otra parte en la investigación se ha podido determinar las repercusiones de la tenencia compartida sobre el interés superior del niño. Entre estas repercusiones tenemos que la tenencia compartida genera una inestabilidad emocional en los menores, lo cual no le permitiría tener una buena estabilidad de vivir en un solo lugar, pero en la actualidad hay casos que se dan debido a que se estableció desde el 20 de octubre del 2008, donde el Juez verificando el proceso puede determinar la tenencia compartida del hijo entre ambos padres.

CUARTA

Asimismo, se ha determinado los argumentos que alegan los jueces al otorgar la tenencia exclusiva en los procesos de tenencia desarrollados en los Juzgados de familia de la ciudad del Cusco durante el año 2020. Entre estos argumentos tenemos que los Jueces toman en cuenta la estabilidad económica del progenitor que tendrá que vivir con el menor, darle una vida plena y estable, también valoran que el padre tenga una estabilidad emocional que le permita desarrollar su rol como tal, reciben la opinión del menor para ver con cual de ellos se siente más cómodo y genera mas compatibilidad, asimismo determinan un Régimen de Visitas para el otro progenitor para que se siga manteniendo el vinculo con el menor.

QUINTA

En el estudio mediante el análisis de dos casaciones se ha podido conocer la posición que toma la jurisprudencia respecto a la tenencia exclusiva y a la compartida. En líneas



generales de acuerdo a la motivación de estas casaciones la posición es favorable a la tenencia exclusiva 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.

SEXTA

Finalmente se ha hecho un análisis respecto a la tenencia exclusiva como una mejor respuesta al interés superior del niño en los procesos de tenencia en el Juzgado de Familia de la ciudad del Cusco en el año 2020. Esto básicamente por las siguientes razones dando a conocer que en conclusión la tenencia exclusiva es mejor que la tenencia compartida debido a que esta última genera inestabilidad en el menor, en cambio la tenencia exclusiva garantiza que el menor tenga seguridad de vivir en un hogar de armonía y paz, y que los Jueces tomen en cuenta la opinión del menor.



RECOMENDACIONES

Primera:

Se recomienda a los jueces evaluar los factores necesarios para el otorgamiento de la Tenencia Exclusiva, lo cual deben estar de acorde a la realidad del menor, debido a que no todos los casos que se presentan ante el Juzgado de Familia se pueden utilizar los mismos criterios, siendo el objetivo principal salvaguardar el desarrollo integral del menor.

Segunda:

Se recomienda, a los jueces especializados en Familia, aplicar un criterio diferente para cada proceso, ya que se debe verificar mediante las evaluaciones que realiza el equipo multidisciplinario, para tener en cuenta las comodidades que cada progenitor le puede ofrecer al menor, asimismo debe tener mayor cuidado con que se presente el síndrome del SAP (síndrome de alienación parental), debido a que un progenitor por coaccionar al menor puede lesionar y confundir al menor.

Tercera:



Asimismo recomendamos también a los jueces, aplicar la Tenencia Exclusiva, con una adecuada aplicación de criterios del juez, llegue a que el menor viva con una persona que se encuentra en la capacidad de desarrollar su patria potestad acordemente, asimismo establecer un lazo paterno-filial con el progenitor que realizar el régimen de visitas. Así mismo, deben tomar en cuenta los factores adoptados por los fiscales de familia, quienes emiten el dictamen dirigido al juez con criterios propios y decisiones que coadyuban a la mejor resolución del proceso.

Finalmente se recomienda, se tome en cuenta la presente investigación a fin de poder mejorar sus conceptos e investigación.



REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Aguilar, B. (2009). La Tenencia como atributo de la Patria Potestad y Tenencia compartida. Revista Derecho y Sociedad N° 32, pág. 191. Lima

Aguilar, A. (2008) La Tenencia Compartida: Comentario A La Ley N° 29269, Que Incorpora Esta Figura Al Código De Los Niños Y Adolescentes

Bermúdez, M. (2008) Artículo “La Tenencia Compartida, como Garantía de Tutela Proporcional De Derechos para los Miembros De Una Familia Disuelta”.

Alegre, S. (2014). *Unesco.org*. Obtenido de "El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas": recuperado de:

http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf

APFS (2007). Informe Reencuentro: Custodia Compartida. Recuperado de: <http://www.adiospapa.org/coparentalidad>

Canales, C. (2014). Patria Potestad y Tenencia, nuevos criterios. Editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima, p. 112.

Cárdenas, J. (2017). La tenencia exclusiva. Editorial San Marcos, Lima.

Carranza, J. (2010). Temas del derecho Prevencional de menores. Editorial Alveroni

Correa, M. (2013). El interés superior del niño en el Derecho chileno. Recuperado de

<http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica16/InteresSuperior.html>



Chunga, F. (2012); “Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos”, editorial Grijley, Lima – Perú.

Dueñas, W (2018). *Otorgamiento de Tenencia de niños y adolescentes a personas distintas a padres* .

Freedman, D. (s.f.). *Jura Gentium: Revista de Filosofía de Derecho Internacional y de la Política Global*. Obtenido de

<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>

Gallegos & Jara, R. (2014). Manual de Derecho de Familia. Lima: Jurista Editores.

Hollweck Mariana y Medina Graciela (s/f). Título. Recuperado de:

http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Importante-precedente-que-acepta_el_regimen.pdf

Ibáñez, V. (2004). el laberinto de la custodia compartida Boletín de Derecho de Familia pág. 1-15.

Mejía P. & Ureta P. (2005). Tenencia y régimen de Visitas. Perú: Editorial Librería y Ediciones Jurídicas

López, V. (2016), Tesis: “Elementos Intervinientes En El Procedimiento De Tenencia De Los Hijos En Los Juzgados De Familia De Lima: Principio De Interés Superior Del Niño”. Perú - Huánuco: Universidad De Huánuco.

López, R. (2015). *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*.

Obtenido de Interés superior de los Niños y Niñas: Definición y contenido: recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>

Placido, A. (2002). Manual de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.



Placido, A. (s.f.). Familia, Niños, Adolescentes y Constitución. Academia de la Magistratura, pag. 30, 32

Soler, V. (2016). Desarrollo socioafectivo. Madrid: Síntesis.

Torrealva, T. (1999). Obtenido de "Desarrollo mental y motor en los primeros años de vida: su relación con la estimulación ambiental y el nivel socio-económico": Recuperado de:

https://www.researchgate.net/profile/Esteban_Carmuega/publication/2406187

[5 Desarrollo mental y motor en los primeros años de vida su relacion con la estimulacion ambiental y el nivel socioeconomico Articulo original /links/0c960528de5813b867000000](#)

Varsi, E. (2012). Tratado de Derecho de Familia. Perú: El Búho

Zermatten, J. (2003). Childs Rights. Obtenido de El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico: recuperado de:

http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior_niño2003.pdf

Zutal, E. (2011). Enfoque Derecho. Obtenido de Tenencia Compartida o Responsabilidad Conjunta ¿Es una solución viable?: Recuperado de:

<https://www.enfoquederecho.com/2011/11/08/tenencia-compartida-o-responsabilidad-parental-conjunta-es-una-solucion-viable/>

Normas legales consultadas:

- Constitución política del estado de 1993



- Código civil de 1984
- Código de los niños y adolescentes
- Ley Nro. 30466 establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.



ANEXOS



Anexo 01: Matriz de consistencia

Tabla 5

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPOTESIS DE TRABAJO	METODO
¿De qué manera la tenencia exclusiva responde mejor al interés superior del niño en los procesos de tenencia en el Juzgado de Familia de la ciudad del Cusco en el año 2020?	Analizar si la tenencia exclusiva responde mejor al interés superior del niño en los procesos de tenencia en el Juzgado de Familia de la ciudad del Cusco en el año 2020.	La tenencia exclusiva favorece de manera efectiva al interés superior del niño en los procesos de tenencia en el Juzgado de Familia de la ciudad del Cusco en el año 2020.	<u>Enfoque de Investigación:</u> Cualitativo: Puesto que el estudio se basa en el análisis y la interpretación de documentos normativos y datos obtenidos en el trabajo de campo. <u>Tipo de investigación jurídica:</u> Dogmática exploratoria: Pretende el análisis, interpretación de datos recogidos de la realidad para justificar la tenencia exclusiva como una forma que favorece mejor al interés superior del niño.
			CATEGORIAS DE ESTUDIO 1°.(Categoría Temática) La tenencia exclusiva. 2°(Categoría Temática) El interés superior del niño.





Anexo 02

Jurisprudencia local



Anexo 03

GUÍA DE PREGUNTAS

Nombre:

Profesión/cargo:

1° ¿Considera Ud. que la tenencia exclusiva puede contribuir mejor que la compartida, a salvaguardar el interés superior del niño?

2° ¿Qué problemas pueden derivarse para el niño a partir de la tenencia compartida?