

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA
ESCUELA DE POSGRADO
UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO



**“ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA
EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, AREQUIPA, 2017”**

Tesis presentada por el Bachiller **JOSE CARLOS MANCHEGO CARNERO** para optar el Grado Académico de Maestro en Ciencias: Derecho, con mención en Derecho Civil

Asesor: **Mag. HUGO CESAR SALAS ORTIZ**

AREQUIPA – PERÚ

2019

Dedico esta tesis a Dios, a mis padres: Don Leónidas Rafael Manchego Paredes y Doña Carmen Osvina Carnero Medina quienes con sus consejos, ejemplo, enseñanzas, comprensión y amor constante me llevaron siempre por el mejor camino y me ayudaron a ser la persona que soy hoy en día.

A Ruby del Carmen Torres Saldaña por su amor y su apoyo incondicional; y a José Carlos y Grecia Alexandra quienes con su llegada fueron el motor y la fuerza para lograr el objetivo deseado.

AGRADECIMIENTO

Agradezco la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, porque gracias a ella puedo continuar con mi formación profesional y aportar a mi país.

A mi asesor de tesis, Mg. Hugo Salas Ortiz, por sus consejos y sugerencias para el desarrollo de la presente tesis.

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ÍNDICE

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I:

LA FAMILIA EN EL PERÚ.....	11
1. CONCEPTO	11
2. CARACTERÍSTICAS DE LA FAMILIA	13
2.1. UNIVERSALIDAD.....	13
2.2. PLATAFORMA AFECTIVA.....	13
2.3. INFLUENCIA FORMATIVA	14
2.4. IMPORTANCIA SOCIAL	15
2.5. COMUNIDAD NATURAL	15
2.6. RELACIÓN JURÍDICA SOCIAL.....	16
3. FUNCIONES DE LA FAMILIA.....	17
3.1. FUNCIÓN GENEONÓMICA.....	17
3.2. FUNCIÓN ALIMENTARIA.....	18
3.3. FUNCIÓN ECONÓMICA	18
3.4. FUNCIÓN ASISTENCIAL.....	18
3.5. FUNCIÓN DE TRASCENDENCIA.....	18
3.6. FUNCIÓN AFECTIVA.....	19
4. TIPOLOGÍA DE LA FAMILIA	20
4.1. ENTIDADES FAMILIARES EXPLÍCITAS, PALMARIAS O EXPRESAS	20
4.1.1. FAMILIA NUCLEAR	20
4.1.2. FAMILIA EXTENDIDA	21
4.1.3. FAMILIA COMPUESTA	21

4.2.	ENTIDADES FAMILIARES IMPLÍCITAS O TÁCITAS.....	21
4.2.1.	FAMILIA MONOPARENTAL.....	22
4.2.2.	FAMILIA ENSAMBLADA.....	22
5.	DERECHO Y FAMILIA.....	22
6.	EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA EN EL PERÚ.....	25
6.1.	LA FAMILIA PREINCAICA.....	25
6.2.	LA FAMILIA EN EL INCANATO.....	25
6.3.	LA FAMILIA EN LA ÉPOCA COLONIAL.....	27
6.4.	LA FAMILIA EN LA REPÚBLICA.....	28
7.	PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA.....	29
7.1.	PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.....	32
7.2.	PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO.....	32
7.3.	PRINCIPIO DE AMPARO DE LAS UNIONES DE HECHO.....	33
7.4.	PRINCIPIO DE IGUALDAD DE CATEGORÍAS DE FILIACIÓN.....	33

CAPITULO II:

LA TENENCIA.....	35
1. LA PATERNIDAD RESPONSABLE.....	35
2. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA TENENCIA.....	37
3. CLASES DE TENENCIA.....	39
3.1. TENENCIA MONOPARENTAL.....	39
3.2. TENENCIA COMPARTIDA.....	42

CAPITULO III:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	44
1. CONCEPTUALIZACIÓN.....	44
2. PARÁMETROS DE APLICACIÓN Y GARANTÍAS PROCESALES.....	47
3. EVALUACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	49

CAPITULO IV:

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	51
1. LA TENENCIA COMPARTIDA	53
2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA TENENCIA COMPARTIDA	55
2.1. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA TENENCIA COMPARTIDA	55
2.2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA TENENCIA COMPARTIDA	56
3. ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN LA TENENCIA COMPARTIDA	58
3.1. DERECHO DE OPINIÓN DEL NIÑO	58
3.2. CUIDADO, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD DEL NIÑO	59
4. LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	61
4.1. CHILE.....	61
4.2. BRASIL.....	62
4.3. ARGENTINA.....	62
4.4. ESPAÑA.....	62
4.5. URUGUAY.....	63
5. LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	64
CONCLUSIONES	77
SUGERENCIAS	79
BIBLIOGRAFÍA	80
ANEXOS.....	84
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	84

RESUMEN

El estudio realizado denominado ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, AREQUIPA, 2017, abordó la problemática de la aplicación de la tenencia compartida, con el fin de establecer las implicancias jurídicas de la aplicación de la tenencia compartida en la legislación peruana.

Evaluando la realidad de nuestro país, se formuló la hipótesis precisando la incorporación de la figura de la tenencia compartida que es relativamente moderna en la Legislación del país; asimismo, esta se encuentra limitada a una denominación en el Código de los Derechos del Niño y Adolescente, donde se menciona la posibilidad de una petición para la tenencia compartida. Por lo que, no se ha regulado correctamente la procedencia, requisitos y procedimiento de la figura de tenencia compartida en la Legislación Peruana, generando implicancias jurídicas negativas que ocasionan un sentimiento de inseguridad jurídica.

Luego de realizar la investigación y tomando en cuenta lo antes mencionado, pudimos concluir que, para la aplicación de la tenencia compartida en el Perú, se requiere de una norma específica que regule el procedimiento y las implicancias de esta, ya que con la actual disposición del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes se crea un vacío en la normatividad peruana que impide la adecuada ejecución de esta figura que, traería beneficios para los menores quienes podrían desarrollarse adecuadamente al tener ambas figuras, paterna y materna, siendo responsabilidad del Estado a través del derecho regular esta situación jurídica.

PALABRAS CLAVE

Familia – Tenencia – Tenencia compartida

ABSTRACT

The study carried out called ANALYSIS OF THE APPLICATION OF SHARED TENURE IN THE PERUVIAN LEGISLATION, AREQUIPA, 2017, addressed the problem that in the application of shared tenure, in order to establish the legal implications of the application of shared tenure in the Peruvian legislation.

Assessing the reality of our country, the hypothesis was formulated specifying the incorporation of the figure of the shared possession is relatively modern in the Legislation of the country, also, this incorporation is limited to a denomination in the Code of the Rights of the Child and Adolescent , where the possibility of a petition for shared tenure is mentioned; therefore, the provenance, requirements and procedure of the shared ownership figure in the Peruvian Legislation have not been properly regulated, generating negative legal implications that cause a feeling of legal insecurity.

After conducting the investigation and taking into account the aforementioned, we could conclude that, for the application of shared tenure in Peru, a specific rule is required to regulate the procedure and the implications of this, since with the current provision Article 81 of the Children and Adolescents Code creates a vacuum in the Peruvian regulations that prevents the adequate execution of this figure, which would bring benefits for minors who could develop properly by having both figures, paternal and maternal, being responsibility of the State through the regular law this legal situation.

KEY WORDS

Family –Custody – Share Custody

INTRODUCCIÓN

El estudio sobre ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, AREQUIPA, 2017 nace a fin de evaluar las inquietudes que surgieron en el autor al analizar los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y el Adolescente, con el fin de establecer las implicancias jurídicas de la aplicación de la tenencia compartida en la legislación peruana, lo que a su vez nos conllevaría a analizar los requisitos de la tenencia compartida en la legislación peruana, la procedencia de la tenencia compartida en la legislación peruana, el procedimiento para solicitar la tenencia compartida en la legislación peruana y analizar si la aplicación de la tenencia compartida afecta a las figuras jurídicas vigentes en la legislación peruana.

En el proyecto de investigación presentado con anterioridad, se delimitaron los parámetros a seguir en la presente investigación; donde se pretende dar solución a un problema jurídico; Por lo tanto, el presente ha sido estructurado en cuatro capítulos donde se desarrolló un análisis dogmático jurídico de las figuras involucradas con la tenencia compartida y finalmente un análisis de la propia figura investigada:

- i. En el CAPÍTULO I, denominado LA FAMILIA se establecieron las bases doctrinarias indispensables para la concepción de la familia, los fines de familia entre otros ya que pese a que la tenencia es una figura que se configura ante la separación de los progenitores estos continúan siendo considerados una familia.
- ii. En el CAPÍTULO II, titulado LA TENENCIA se tomaron en cuenta los distintos tipos de tenencia como aspecto introductorio para el análisis a desarrollar en el capítulo IV de la presente.
- iii. Seguidamente, en el CAPÍTULO III: EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, se realizó un análisis teórico y jurídico de las implicancias del principio de interés superior del niño a aplicar en las resoluciones de procesos de tenencia de menores.

iv. A continuación, en el CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, se evaluaron los aspectos de implementar la tenencia compartida en la legislación peruana a través de la evaluación de las posturas a favor y en contra de la denotada figura del derecho familiar, legislación comparada, análisis de la norma existente y finalmente, una propuesta para regular la tenencia compartida en el país.

Finalmente, en los dos siguientes apartados se presentarán las conclusiones y sugerencias tomando en cuenta los aspectos jurídicos analizados en los Capítulos I, II, III y IV.

EL AUTOR

CAPITULO I:

LA FAMILIA EN EL PERÚ

1. CONCEPTO

Para poder realizar un concepto del término familia debemos hacer referencia a las acepciones que maneja el Diccionario de la Real Academia Española, teniendo entonces que el vocablo familia está referido al "*grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*"(DRAE, 2001), asimismo, se hace alusión al "*conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje*" (DRAE, 2001). Siendo así, debemos entender a la familia como un grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio está presente en todas las sociedades. Idealmente, la familia proporciona a sus miembros protección, compañía, seguridad y socialización.

Por su parte, la etimología de la palabra familia no ha podido ser establecida con exactitud. Hay quienes afirman que proviene del latín *fames* ("hambre") y otros del término *famulus* ("sirviente"). Por eso se cree que, en sus orígenes, se utilizaba el concepto familia para referirse al conjunto de esclavos y criados propiedad de un solo hombre, siendo considerada a la familia como parte de la propiedad de una persona, en función de bienes personales, como eran los esclavos.

Según Monroy Cabra quien cita a Giraud la palabra familia se deriva de la voz etrusca, *famel*, esclavo; que no designaba en su sentido primitivo, a la pareja conyugal y a los hijos, como vimos en el párrafo precedente, sino simplemente al conjunto de los esclavos pertenecientes al Pater Familias. Asimismo, indica que Gallo emplea la palabra familia, al igual que las XII Tablas, como un equivalente de patrimonio o heredad, es decir una *res*. (Monroy Cabra, 2008, pág. 24)

Sin embargo, el concepto cotidiano de la palabra familia puede designar a un grupo organizado compuesto por los cónyuges y los descendientes, o bien un grupo difuso organizado compuesto por parientes consanguíneos, hecho que es producto de la evolución del ser humano, así como de sus relaciones interpersonales.

Javier Rolando Peralta Andía citando a Rossental, nos habla de la familia como una categoría histórica, es decir, un fenómeno social, mutable, basado en el matrimonio y en el parentesco: pero claro está que nos hemos referido a la llamada familia extensa; pues actualmente algunos autores tomando en cuenta el estado actual de esta importante institución consideran que está conformada sólo por los padres y los hijos pero las normas legales y la jurisprudencia nos habla de personas que viven en un mismo inmueble sin necesidad de la existencia de un matrimonio, incluso hoy se considera la existencia de las llamadas familias ensambladas y del vínculo existente entre los convivientes y los familiares de sus parejas. (Peralta Andía, 2002, pág. 74)

Siguiendo esta línea, de la familia como fenómeno social, Arturo Yungano, precisa que es una:

Asociación de personas integradas por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco, y que constituye el grupo humano fisiogenético y primero por excelencia. (Yungano, Derecho de Familia: Teoría y Práctica, 2001)

Pese a las diversas acepciones que se ha dado al término familia y a su importancia a nivel social, político y jurídico, la Constitución Política del Perú, no precisa una definición para la institución jurídica de la familia, limitándose a ser nombrada en diversos artículos que reconocen su relevancia y trascendencia en la sociedad. Esta

situación para muchos tratadistas puede ser explicada por el amplio espectro de la palabra tal y como afirma Corral Talciani:

Resulta curioso comprobar como tratadistas de renombre soslayan, de una u otra manera, el problema de la definición para pasar rápidamente al examen de diversas acepciones que suelen atribuirse al vocablo; hablan así de familia en sentido amplio, en sentido estricto, en sentido intermedio, etc., pero no se detienen a determinar qué es lo que sustancialmente debe entenderse por familia. (Corral Talciani H. , 2005)

2. CARACTERÍSTICAS DE LA FAMILIA

Como institución social, natural y jurídica la familia nos presenta una serie de características; es decir, situaciones que la hacen particular, contextos propios y singulares que la diferencian y distinguen de otras. Entre ellas tenemos:

2.1. UNIVERSALIDAD

La familia ha estado, está y estará presente siempre en la vida del hombre como un vehículo de satisfacción de intereses personales y grupales. Siendo una organización estructurada naturalmente, la familia trasciende los momentos y las épocas, trasunta la mera expectativa individual y se proyecta como un instituto socio universal.

Claramente este principio se encuentra en correlación a la mutabilidad de la familia ya que, al traspasar a las épocas y realidades, la concepción de la familia dependerá de un determinado territorio y personas que sean quienes vayan a evaluar el contenido y alcances de la misma.

De igual manera, la proyección de la familia alcanza a las diferentes expectativas de la sociedad, no importado si nos referimos al ámbito jurídico, político o la interrelación de esta con otras ciencias sean sociales.

2.2. PLATAFORMA AFECTIVA

Son los sentimientos humanos, identificados en la comprensión, amor, entrega, sacrificio aquellos que conforman la base en la que reposa la

familia. La afectividad es la relación espiritual que une a las personas, es invaluable, incuantificable, su dimensión no es material sino, por el contrario, sentimental. Las relaciones humanas cargadas de afecto identifican a la familia sustancial, cuando se carece de emociones hablamos simplemente de la familia formal.

Como veremos en los siguientes acápites, las familias, independientemente de su conformación, tienen un vínculo afectivo que relaciona a los individuos que la componen, ya que, aunque no exista un vínculo de parentesco sea este consanguíneo o por afinidad, las nuevas familias encuentran el vínculo en el amor y en el compartir diario de experiencias, por lo que el derecho no puede ser ajeno a reconocerlas y buscar el respeto de estas.

2.3. INFLUENCIA FORMATIVA

La familia es un vehículo de transmisión de valores, costumbres, creencias, formas de vida, es un centro cultural. Los ideales de las personas son adquiridos de sus congéneres quienes insuflan a las generaciones sus anhelos. Como consideramos anteriormente, la familia es la primera escuela en la formación integral del individuo quien día a día va aprendiendo "de" y "en" ella: respeto, creencias, religión, oficios, profesiones se definen en su seno.

Citando a Planiol (1901) y Pavón (1946) entenderemos que si la familia se altera o se disuelve, todo el resto se desploma. Es en ella, y como se ha dicho, sobre las rodillas de la madre, que se forma lo que hay de más grande y de más útil en el mundo: un hombre honesto. Los pretendidos reformadores que han soñado la supresión de la familia eran insensatos.

Efectivamente, siempre se ha reconocido que la familia es la primera "escuela" de los seres humanos, por lo que, si en este espacio existen factores que puedan desestabilizar a los miembros, la sociedad sería la mayor perjudicada.

2.4. IMPORTANCIA SOCIAL

Gracias a la familia tenemos una organización social, quienes la integran, respetando y ejerciendo valores, llevan una vida social como ciudadanos. Así, se dice que en la familia tenemos hijos mientras que, en la sociedad, ciudadanos. Es con la familia, como célula básica de la sociedad, que un país encuentra su bienestar.

Esta característica se debe entender en forma concordada con la característica anterior, donde la influencia social estará en función de la formación que ha recibido los miembros de la familia por parte de los padres y de los propios pares dentro de esta organización. Donde, de no haber existido una adecuada formación, el impacto en la sociedad sería inadecuado, lo que conllevaría a un resquebrajamiento de la sociedad.

2.5. COMUNIDAD NATURAL

El hombre instintivamente, de manera espontánea y sin mediar reflexión alguna, se integra, crece y desarrolla en una familia. Como instituto social la familia hunde sus raíces en la naturaleza humana que se caracteriza por ser gregaria, digamos comunitaria, cumpliendo más fácilmente alguno de sus fines como es la satisfacción de los instintos sexuales y cuidar a la prole.

El ser humano, por las propias características que su naturaleza trae consigo busca el agrupamiento con otros seres de su misma especie, lo que a lo largo de los años ha llevado a descubrir que existen preferencias al momento de la agrupación, así como factores que permiten que esta unión tenga una permanencia en el tiempo y espacio, todo ello gracias a la capacidad de formación de grupos de pares del hombre.

Por tanto, esta capacidad natural ha ido mutando en cuanto a las características y tipos de formación de familias, lo que ha originado una necesidad de adecuación de los espacios jurídicos a las nuevas concepciones, tal y como se puede apreciar en los diversos pronunciamientos de los

tribunales especializados como es el Tribunal Constitucional en el caso peruano.

2.6. RELACIÓN JURÍDICA SOCIAL

La familia es una institución que surge de la propia vida, de las relaciones y de los devenires humanos. El Derecho no la influye, solo la norma, aunque con poca eficacia. Estas características se van adecuando y moldeando los intereses de los individuos y su interacción. No podemos considerarlas como las únicas ni tampoco como indispensables, pero, cierto es, la familia presenta una doble vertiente, antagónica pero real que precisamos entender para así regularla, tal y como veremos en el punto 3 del presente capítulo.

Complementariamente a las características de la familia Héctor Lafaille (1930) se refiere a las llamadas condiciones, esto es, aquellos elementos que caracterizan a la familia referido a su constitución y desenvolvimiento, entre los que menciona: i. Condiciones de existencia: Capacidad, forma y permanencia (las mismas que son condiciones concretas, susceptibles a ser jerarquizadas y normadas por el sistema jurídico); y, ii. Condiciones de desarrollo: Unidad, armonía e individualidad. (que son el aspecto subjetivo de las familias, consideradas como el vínculo que las une y hace posibles las condiciones de existencia) (págs. 15-17)

Por la misma línea de pensamiento Yungano (1981) considera que son necesarias determinadas condiciones para la existencia de la familia, entre ellas: i. Una fuente de formación (matrimonio, filiación y adopción), ii. Un mínimo de capacidad física síquica y económica en quienes fundan la familia; y, iii. Unidad, armonía, cooperación, respeto y consideración entre sus miembros. (pág. 638)

Como podemos apreciar ambos autores, manifiestan la importancia de aspectos normativos y aquellos denominados "afectivos" para la configuración de una familia, lo que realza la necesidad de regular adecuadamente los aspectos normativos, teniendo en cuenta que en los afectivos "poco o nada" puede realizar el derecho para asegurar su cabal cumplimiento sin restringir la voluntad de las personas.

3. FUNCIONES DE LA FAMILIA

En las palabras del jurista portugués Diogo Leite de Campos (2004)

“la función en y de la familia toma la característica del dar (a sí). Cada uno, sin renunciar a sí mismo, siendo completamente y cada vez más “cariñosamente” a sí mismo, ver en los demás lo que necesitan para ser completos”(pág. 41).

Entonces, dar es recibir; ama y serás amado; perdona y te perdonarán; intenta ser uno con los otros, que los otros se convierten en elementos constitutivos de su ser.

En la actualidad las funciones de la familia son las siguientes:

3.1. FUNCIÓN GENEONÓMICA

Llamada también función procreacional. Esta se relaciona con la afectividad, a decir de María Berenice Días (2007) considerando que los vínculos afectivos no son una prerrogativa de la especie humana, tomando en cuenta que la cópula (acasalamiento) siempre existió como un instinto de perpetuación de la especie que buscan las personas para evitar la soledad. La función geneonómica implica la generación y conservación de vida en forma orgánica e institucionalizada (pág. 27). De este modo se formaliza el acto sexual a través de la familia, básicamente en el matrimonio, siendo este el ejercicio legítimo de la genitalidad.

Empero, la función de la familia no puede reducirse solo a la procreación, puesto que se caería en el absurdo de afirmar que las personas infértiles serían ajenas a la formación de una familia. Las técnicas de reproducción y la adopción han reconducido los criterios de esta función. Y, además, las parejas que no quieren o no pueden tener hijos no dejan de crear una familia. La capacidad procreativa no es un requisito para su conformación y la procreación no es, tampoco, un objetivo absoluto como antes.

3.2. FUNCIÓN ALIMENTARIA

Esta función no se refiere exclusivamente a la alimentación propiamente dicha sino a todo lo que necesita una persona para realizarse como educación, salud, vestimenta, vivienda, recreación, etc. En esta función tenemos el rol protector de los menores, incapaces y demás sujetos de derechos débiles que integran las familias

3.3. FUNCIÓN ECONÓMICA

Está determinada por el hecho de que la vida y desarrollo económico de un pueblo parten de las necesidades de las personas y de la familia y, por lo tanto, depende de ella. La familia es el motor económico, una comunidad de producción, una unidad de consumo. Esta función es notoria en las familias campesinas en las que la fuerza de trabajo es la característica, mientras más manos más producción; mientras más hijos, más generación de riqueza, es la llamada familia patrimonializada. No cabe duda de que la familia es el elemento esencial para el desarrollo de la sociedad, es por lo que resulta indispensable normar sus elementos patrimoniales.

3.4. FUNCIÓN ASISTENCIAL

Está referida a la colaboración mutua, ayuda y protección que requieren las personas para desarrollarse como seres sociales. No olvida a las personas en estado especial como es el caso de los menores, mujeres embarazadas y ancianos que, como sujetos jurídicos débiles, merecen un trato de asistencia preferencial.

3.5. FUNCIÓN DE TRASCENDENCIA

También llamada función sociocultural, tomando en cuenta que la familia es un medio o instrumento de socialización del individuo. Está referido a la transmisión de valores, cultura, vivencias entre sus integrantes. Es una

institución por medio de la cual se transmiten ideales generados por las generaciones. Se forma a los individuos, se les educa. La familia es la escuela por excelencia, la más importante en la que la persona adquiere valores y comportamientos.

A la familia se le atribuye un papel importante en la preparación del individuo para su inserción en la vida en sociedad. Cierta doctrina sociológica sustenta que el origen de la familia es más cultural que natural y solo es posible en un estado de cultura la estructuración de la familia, como lo indica la profesora Días (2007, pág. 28). En nuestro medio, De Trazegnies (De Trazegnies Granda, 1990) nos dice que la familia jurídica no puede ser identificada con la familia biológica, es más bien, un producto cultural específico. Como apunta la doctrina portuguesa, es en la familia que cada uno se da cuenta primero de su carácter incompleto y se humaniza en el constante intercambio con los demás, se completa. En la familia cada uno descubre que el yo es los otros, los otros son parte del yo.

3.6. FUNCIÓN AFECTIVA

El amor no es un concepto jurídico, escapa a un tratamiento legal, no admite corsé, excepcionalmente el Código de familia de Cuba (artículo 85) al referirse a la patria potestad nos indica que corresponde a los padres atender la educación de sus hijos, inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados (inciso 2), por tanto, inculcarles el amor a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación a sus valores, el espíritu internacionalista, las normas de la convivencia y de la moral socialista y el respeto a los bienes patrimoniales de la sociedad y a los bienes y derechos personales de los demás (artículo 3).

Por su parte, un gran sector de la doctrina seguidora de Díaz de Guijarro acepta la teoría tripartita de la familia, estableciendo sus tres más

importantes funciones: a) La familia es un centro de perpetuación de la especie, b) de seguridad ético-económico, y c) de seguridad jurídica. Como sostiene Paulo Lôbosu típica función se relacionó con el aspecto religioso, político, económico y procreacional, actualmente la familia busca su identificación en la solidaridad con base en la afectividad, dejando de lado el individualismo imperante en épocas pasadas. (Lóbo, 2002, pág. 2). Acercándonos a una teoría social, la importancia fundamental de la familia está en la solidaridad, base de todo Estado bien organizado a través de la familia buscamos amparo y compañerismo.

4. TIPOLOGÍA DE LA FAMILIA

Dentro de las diversas tipologías de familia, se considera clasificar a la familia en dos grandes grupos.

4.1. ENTIDADES FAMILIARES EXPLICITAS, PALMARIAS O EXPRESAS

4.1.1. FAMILIA NUCLEAR

El término familia nuclear fue desarrollado en el mundo occidental para designar el grupo de parientes conformado por los progenitores, usualmente padre, madre y sus hijos.

La familia es un grupo social caracterizado por una residencia común, la cooperación económica y la reproducción. Contiene adultos de ambos sexos, los cuales mantienen una relación sexual socialmente aprobada. También incluye uno o más hijos, propios o adoptados, de los adultos que cohabitan sexualmente.

En algunas ocasiones, se emplea el término para describir los hogares monoparentales y aquellas familias en las cuales los padres no constituyen una pareja conyugal.

4.1.2. FAMILIA EXTENDIDA

La familia extensa, o familia compleja, es un concepto con varios significados distintos. En primer lugar, es empleado como sinónimo de familia consanguínea. En segundo lugar, en aquellas sociedades dominadas por la familia conyugal, refiere a la parentela, una red de parentesco egocéntrica que se extiende más allá del grupo doméstico, misma que está excluida de la familia conyugal. Una tercera acepción es aquella que define a la familia extendida como aquella estructura de parentesco que habita en una misma unidad doméstica (u hogar) y está conformada por parientes pertenecientes a distintas generaciones.

En las familias extendidas, la red de afines actúa como una comunidad cerrada. Este tipo de estructuras parentales puede incluir a los padres con sus hijos, los hermanos de los padres con sus hijos, los miembros de las generaciones ascendentes, abuelos, tíos abuelos, bisabuelos..., además puede abarcar parientes no consanguíneos, como medios hermanos, hijos adoptivos o putativos. Todo lo anterior establece un contraste con la pequeña familia nuclear.

4.1.3. FAMILIA COMPUESTA

Se le denomina familia compuesta cuando el padre o madre y los hijos, principalmente si son adoptados o tienen vínculo consanguíneo con alguno de los dos padres, esto quiere decir que comparten sangre por tener algún pariente común.

4.2. ENTIDADES FAMILIARES IMPLÍCITAS O TÁCITAS

Es el grupo conformado por todas aquellas entidades familiares, que tienen existencia y continuidad en la sociedad, que generan relaciones jurídicas y que sin embargo no han sido reguladas en forma expresa por el derecho de familia.

Varsi Rospigliosi (Rospigliosi, 2011) las define como aquellos tipos de familia no considerados expresamente por la norma pero que en mérito del reconocimiento de la dignidad de la persona, la ley no puede desconocerlos. Estos tipos especiales de familia han ido conformándose de acuerdo a los criterios propios de cada realidad social.

4.2.1. FAMILIA MONOPARENTAL

Una familia monoparental no es ni más ni menos que una familia formada por un sólo padre o cabeza de familia. Con más frecuencia se trata de madres que han quedado solas al cuidado de sus hijos tras un divorcio; sin embargo, también hay padres en tal situación. En otros casos, las familias monoparentales se constituyen a partir de un hombre o mujer, que no desea sacrificar su deseo de paternidad o maternidad, por el hecho de no haber formado una pareja.

4.2.2. FAMILIA ENSAMBLADA

Son grupos familiares donde conviven o circulan niños y adolescentes de distintos matrimonios o convivencias que conforman una red de sustento emocional y material, pero al mismo tiempo no exenta de antagonismos y conflictos.

5. DERECHO Y FAMILIA

Para comprender la esencia del Derecho de Familia y por consiguiente las implicancias jurídicas de la familia en la esfera jurídica, debemos tener presente que la familia jurídica no es la familia biológica ni la familia psicológica: *“unas y otras son formas como la realidad se manifiesta y se construye; pero ninguna puede ser considerada por sí sola como “la” realidad a la cual todas las demás formas deban someterse”* (De Trazegnies Granda, 1990, pág. 21). Aquí, cabe recordar que el Derecho es también una forma de la realidad, ya que si no fuera así no sería nada.

Entonces, pueden existir oportunidades donde la realidad biológica puede estar en desacuerdo con la realidad jurídica, sin que ello afecte ontológicamente el Derecho como lo conocemos, partiendo de la premisa que ambas son realidades y cada una de ellas se legitima de manera diferente, sin que una encuentre su "verdad" (afirmada por De Trazegnies) en la otra. Por lo que, cuando hay discrepancia entre la familia biológica y la familia jurídica, estamos más bien ante un conflicto de legitimaciones antes que ante un conflicto entre la realidad y la irrealdad.

Cuando evaluamos temas referentes a instituciones como la familia existe una permanente tendencia a privilegiar los aspectos biológicos o sociológicos de la misma, equiparando a las normas del Derecho de Familia con la necesidad de procreación o la configuración de los afectos y complejos que entretujan las relaciones familiares o de la organización de los intereses económicos en la sociedad. A simple vista, el Derecho tiene pocas injerencias en el tema familiar, limitándose a ser un simple escribiente que redacta en forma de ley lo que la Biología, la Psicología o la Sociología le dicen que debe ser la familia. Entonces y si seguimos la opinión de De Trazegnies (1990) ¿Significa esto que la familia es un espejismo, porque cada vez que tratamos de acercarnos a ella se nos escapa? ¿Significa esto que la familia no existe, que es una mera ilusión sin sentido, el resultado de una alucinación de la consciencia? (pág. 22)

Consideramos que la respuesta es negativa, porque la familia conlleva diversos niveles de comprensión, la ilusión, a la que hace referencia De Trazegnies, se produce cuando pensamos que la familia es una realidad utópica; entonces, el Derecho debe ver a la familia como una realidad física y no abstracta, donde busque regular las relaciones entre sus miembros, así como el reconocimiento y respeto de la familia en la sociedad jurídicamente organizada.

Tratando de establecer la relación de la familia con el derecho, específicamente, su naturaleza jurídica, Varsi Rospigliosi presenta diversas teorías, en función de que se conoce o entiende por familia:

- Persona jurídica.- Es la integración de personas que tiene un fin, una estructura orgánica, bienes propios, así como derechos y obligaciones que

la caracterizan. Además, para su constitución debe cumplirse con ciertos requisitos y debe constar formalmente su existencia o constitución.

- Organismo público.- Según esta teoría la familia es similar al Estado, pero en diminuto. Cada integrante tiene responsabilidades y están subordinados a una autoridad, el jefe de familia que, al igual que el Presidente de la República, marca el rumbo de sus integrantes.
- Institución social.- La familia es una colectividad humana cuyas actividades individuales se compenetran bajo reglas sociales de una autoridad que guía los intereses de sus integrantes. Una parte de la doctrina establece que la institucionalidad de la familia se da por su carácter universal y trascendencia en el tiempo, lo que permitió su arraigo en el espacio socioeconómico y cultural. Sus opositores consideran que la familia no puede ser considerada una institución, pues no es un término legal pudiendo decirse, sin temor, que la familia es una institución social –más que jurídica– que se expresa de una multiplicidad de formas a través de entidades familiares, entre ellas, el matrimonio y la unión estable y, de una u otra, pero como consecuencia de la interacción de afectos, la filiación.
- Sujeto de derecho.- La familia tiene una categoría especial y goza de una capacidad jurídica con sus correspondientes derechos y obligaciones, diferentes, distintos del de sus integrantes considerándosele desde una concepción económica un patrimonio autónomo. La familia comparece más como sujeto de derecho que de deberes. La familia no es una vitrina que solo debamos apreciar. La familia es una realidad viviente, es un sujeto de necesidades, de derechos y de deberes.(Varsi Rospigliosi, Tratado de Derecho de Familia, 2011, págs. 47-48)

Coincidimos con Varsi Rospigliosi, en precisar que las dos primeras teorías se encuentran distantes de la nueva realidad de las familias, donde no solo puede ser equiparada a una ficción jurídica como es la personería jurídica ni basar las relaciones familiares en un principio de autoridad o jerarquía como la teoría que precisa que es una institución social.

Por otro lado, reconocemos la característica mutable del concepto de familia, característica que puede ser ampliamente compartida y desarrollada en las teorías de institución social y sujeto de derechos por ser más permeables y coherentes con el devenir actual de nuestros días.

6. EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA EN EL PERÚ

6.1. LA FAMILIA PREINCAICA

La evolución de la familia en el Perú a decir de Basadre (1937) tuvo la siguiente secuencia:

La horda, conjunto de familias sin organización; la banda, conjunto de familias con ciertas costumbres; el clan, familias que se identifican como descendientes de un tronco común y que tiene caracteres políticos; el sib, entidad familiar no organizada políticamente que tiene un culto común de los antepasados, orden matrimonial y solidaridad en los elementos económicos; la fratría, es la división del clan en dos grupos en relación con el matrimonio; la gens; familias con antepasados comunes en línea paterna que vivían en un mismo territorio, ella permite la identificación a través del gentilicio y da paso a la gran familia cuyos miembros viven juntos en un mismo lugar subordinados a un jefe dentro de una unidad económica; y el ayllu.(Basadre, 1937, pág. 87)

En un inicio primó en los clanes familiares la endogamia, pasando luego a la exogamia como una forma de satisfacer el gusto intuitivo hacia lo extranjero acompañado de una lejana idea de eugenesia.

6.2. LA FAMILIA EN EL INCANATO

Los incas tuvieron una organización monárquica y teocrática, considerándose hijos del dios sol. Tradicionalmente se ha pensado que los incas tenían características déspotas y crueles, calificación erróneamente atribuida. Por el contrario, el gobierno paternalista incaico buscó la integración y unificación de sus integrantes. La organización base fue la familia encabezada por el *Pureco* padre, mientras que, la unión de 20 o 30 familias de una misma etnia u origen constituían el *ayllu*, regentado por el *Curaca*, el *ayllu*¹ era una forma de comunidad familiar con una descendencia común que trabaja en forma colectiva en un territorio de propiedad común.

¹*Ayllu* quiere decir "comunidad", linaje, genealogía, casta, género, parentesco.(Basadre, 1937, pág. 88)

Silva Santisteban (1998) nos dice que “*fue una sociedad familiar formada por individuos de un idéntico origen*” (pág. 390). De la misma manera, el núcleo principal de la familia en el Incanato se fundamentó en la posesión de la tierra y en el trabajo comunitario en beneficio de todos, donde tanto hombres, mujeres y niños trabajaron en forma corporativa, sin distinción del trabajo a realizarse. Por otro lado, la familia encontraba un punto de unión en el culto que rendían a sus antepasados a través de la adoración a un tótem expresado por un animal o planta que consideraban su ancestro.

En cuanto a la formalización de las familias, los matrimonios se realizaban una vez al año, siendo el inca quien regía la ceremonia en la ciudad del Cuzco, mientras que en los *ayllus* las autoridades eran los encargados de celebrar estas ceremonias.

Por otro lado, la organización social jerarquizada de los incas tenía clases sociales diferenciadas lo que conllevaba que el matrimonio sea realizado, única y exclusivamente, entre sus miembros, siendo prohibido que un integrante de un *ayllu* contrajera matrimonio con persona de otro grupo social, lo que denota la característica endogámica.

El inca tomaba por esposa a su hermana, la *coya*, teniendo el privilegio de tener otras esposas secundarias, conocidas como las *ñustas* o *mamaconas*, mientras que, el hombre de pueblo, *hatunruna*, solo podía tener una mujer como esposa y debía ser de su condición social y de su mismo *ayllu*.

La característica más resaltante de las familias incaicas, según Javier Vargases la autarquía, vale decir, que la familia autosatisfacía todas sus necesidades y no dependía de servicios de terceros, lo cual permitió una enorme consolidación. (pág. 52) especialmente de los grupos familiares más favorecidos por la voluntad del Inca, quienes tenían mejores oportunidades de subsistencia.

6.3. LA FAMILIA EN LA ÉPOCA COLONIAL

Durante esta época y como influencia de la sociedad europea, tenemos el imperio del dominio del hombre, la autoridad y superioridad paterna caracterizó a la familia en la Colonia. El padre representó la figura y potestad del señor, asumiendo la madre y los hijos un rol sumiso casi, diríamos, de siervos frente, en muchos casos, a la actitud despótica del primero. La familia colonial fue una estructura social cerrada en la que los progenitores cumplieron una labor de maestros, transmitiendo enseñanzas con base en costumbres.

En la época virreinal el matrimonio empieza a calar hondo presentando a la sociedad conyugal como la fuente de fidelidad y el medio más eficaz para evitar la concupiscencia. El casamiento se presenta como límite al placer desmedido o, en todo caso, una canalización del placer, el matrimonio como regla de conducta (Dias, 2007, pág. 27). Como unidad social la familia evoluciona hacia el concepto señorial ampliado representando una sólida organización social doméstica que comprendía a los padres, hijos legítimos y criados (siervos, esclavos) sumisos ante el señor quien dirigía con un criterio hegemónico. La familia principal bajo la cual existían otras, inferiores en nivel, bajo el dominio patriarcal (Tord Nicolini & Lazo García, 1981, pág. 132).

En la época colonial, como ya se ha expresado, imperaba el patriarcado, siendo este quien decidía por sobre los demás miembros de la familia, imperando el respeto y sobre todo el temor a lo que en su momento era considerado correcto y "libre de pecado"; entonces, debemos también mencionar que la familia se encontraba bajo la constante vigilancia de la Iglesia Católica, no pudiendo desarrollarse fuera de los cánones católicos ni profesar una fe distinta a la que estipulaba la corona.

6.4. LA FAMILIA EN LA REPÚBLICA

La época republicana de nuestro país, que es la última de las épocas históricamente relevantes del Perú ya que data desde el momento en que se promulgó la independencia del Perú hasta nuestros días; por lo tanto, diversos cambios han surgido respecto a la familia, entre aciertos y desaciertos ha existido una evolución en la regulación familiar que Varsi Rospigliosi las resume en el siguiente cuadro:

CUADRO 1

CAMBIOS EN LA FAMILIA	
EVOLUCIÓN	INVOLUCIÓN
<ul style="list-style-type: none"> - Monogamia. - Reconocimiento de derechos a la mujer. - Eliminación de categorías a los hijos. - Reconocimiento del Derecho de los Niños y Adolescentes. - Tratamiento del régimen económico de la familia. - Reconocimiento de la adopción como institución tutelar. - Disminución para la obtención de la mayoría de edad. 	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento de la unión de hecho. - Aceptación y liberación del divorcio. - Separación judicial de cuerpos. - Legalización del aborto. - Planificación familiar. - Técnicas procreativas. - Aborto. - Reducción de requisitos nupciales. - Matrimonio entre homosexuales y la adopción de estos. - Parto anónimo. - El decaimiento y pérdida de fuerza de la patria potestad. - Pronta desvinculación de los hijos de la patria potestad. - Instauración de la tenencia compartida. - Desaparición del régimen de visitas. - Matrimonio y Divorcio Express.

	<ul style="list-style-type: none"> - Los procesos ejecutivos de paternidad. - Prevalencia de lo biológico frente a lo formal
--	--

Fuente: Varsi Rospigliosi, 2011, pág. 52.

Al presentar este cuadro Varsi Rospigliosi afirma:

La verdad de las cosas, la familia no va a desaparecer, pero si sufrirá una metamorfosis que, para la mente de muchos que niegan los cambios, verán con malos ojos las nuevas situaciones familiares que responderán a esta su nueva era, como pasa hoy en día con novedosas situaciones que ya gravan los principios decimonónicos del Derecho de familia. Solo como ejemplo, sin compartir el contenido, es bueno presentar lo que ha considerado bueno y malo en el desarrollo de la familia. (Varsi Rospigliosi, Tratado de Derecho de Familia, 2011, pág. 52)

Reconocemos, sin buscar generar mayor disquisición por no ser materia de la presente tesis que, coincidimos con algunos puntos de la tabla antes insertada; no obstante, se considera que un aspecto importante, que no ha sido considerado por el autor, es la incorporación de la figura de la tenencia compartida dentro de los aspectos de la evolución de la familia, ya que entre otros coadyuva a que las familias puedan mantener los lazos de armonía, como aspecto subjetivo que ya habíamos mencionado anteriormente y que son indispensables para considerar a una familia como tal, más aún cuando la coparentalidad es un medio de verdadera realización de aquel hijo cuyos padres se encuentran separados o divorciados, debiendo integrarse a la vida de cada uno y no ser vida de uno de ellos.

7. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA

La constitucionalización de la familia a nivel comparado debe ser ubicada en la carta fundamental de Alemania de 1919. En su artículo 119 establecía:

El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida social familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la

Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. [...] Las familias numerosas tienen derecho a asistencia social compensatoria.

En la misma tónica la Constitución española de 1931 establecía en su artículo 43: *"La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos [...]."* Por su parte, la Constitución italiana de 1947 establece en su artículo 29 que: *"El matrimonio se regulará en base a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar."* Y en su artículo 31: *"La República estimulará, con medidas económicas y otras providencias, la formación de la familia y el cumplimiento de sus obligaciones, con particular atención en relación a las familias numerosas."*

En el caso peruano la Constitución de 1933 es la primera que recoge una referencia acerca de la protección estatal de la familia, en el artículo 51 se indica: *"El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley."* El Código Civil de 1936 reguló de manera detallada lo referido al derecho de familia; mientras que con la Constitución de 1979 se da el reconocimiento de la familia con mayor énfasis, es más, se reservó un capítulo especialmente para tratar sistemáticamente lo concerniente a la familia. De esta manera, el artículo 5 estableció la protección del matrimonio y la familia, siendo reconocidas como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Dicho artículo además estableció que las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución eran reguladas por la ley. Por su parte el artículo 6 disponía que el Estado tutelaba la paternidad responsable, reconociéndose además que el derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, reconociéndose la igualdad entre los estos. También se reconoció el derecho de la familia de contar con una vivienda decorosa. En esa misma sección, el artículo 9 reconoció también la unión de hecho, estableciéndose que luego de dos años de convivencia estable entre un hombre y una mujer, libres de impedimento

matrimonial, que formasen un hogar de hecho se formarían una sociedad de bienes, sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le fuese aplicable.

Por su parte, el artículo 43 indicaba que la remuneración del trabajador debía procurar el bienestar material y desarrollo para él y su familia. La Constitución de 1993 continúa con la tendencia prevista por la carta fundamental anterior, aunque con algunas modificaciones. Se establece en su artículo 4 la protección de familia y la promoción del matrimonio, aunque en este caso no se refirió a las formas de matrimonios, comprendiendo que existía solo una forma de matrimonio. A su vez, reconoce en su artículo 5 el concubinato en similares condiciones a las expuestas por la Constitución de 1979, omitiendo tan solo el plazo de convivencia requerido para que se configure la unión de hecho protegida constitucionalmente. De igual manera, no puede dejar de anotarse que en el artículo 2, numeral 7 se hace referencia también a la intimidad familiar como una esfera especial de protección.

Por consiguiente, tanto el constituyente de 1979 como el de 1993, recogieron este instituto brindándole una jerarquía constitucional. De esta forma, se reconoce a la familia "*como estructura independiente e intangible para el Estado*" (Baldassarre, 2004, pág. 93) a través de diversos principios constitucionales.

Por lo tanto, la actual Constitución ha seguido la corriente contemporánea de introducir normas referentes a la familia:

La función inmediata de la familia se manifiesta en torno de tres centros: centro de perpetuación de la especie, centro de seguridad ética y económica y centro de imputación de los vínculos jurídicos. Estas funciones inmediatas de la familia no son indiferentes para el Estado y requieren indudable atención y permanente protección. No ya solo desde la perspectiva del Derecho civil, sino también y fundamentalmente, del llamado derecho social y más allá, a partir del propio derecho constitucional como un reconocimiento de que no hay sociedad sin preexistencia de la familia y que ésta es la piedra sobre la cual se asienta la sociedad. (Zannoni, 2002)

Los especialistas reducen a dos categorías las normas constitucionales (Aquize Cáceres, 2014):

- Normas programáticas, estas proponen un postulado, requiriendo de una ley que las desarrolle

- Normas autónomas, son aquellas que pueden ser aplicadas inmediatamente, por no requerir un desarrollo legislativo

Los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución Política del Perú son:

7.1. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

El artículo 4 de la Carta Magna, establece:

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 ley.(Constitución Política del Perú, 1993)

Nuestra Carta Magna precisa que la Comunidad y el Estado protegen a la familia, no se hace referencia a la forma de constitución de esta, evidenciándose que se protege a un solo tipo de familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial, estableciéndose así una gran diferencia en relación a la Constitución de 1979, que en su artículo 5, primer párrafo establecía: *"El Estado protege el matrimonio y la familia, como sociedad natural e institución fundamental de la Nación"*.

La tendencia de nuestra actual constitución es seguida desde hace mucho, así respecto a la constitución española Rafael Mendizábal Allende refiere:

La doctrina constitucional construida a respecto en estos casi veinte años vista en su conjunto, no hace sino reflejar la nueva concepción de la familia vigente en la sociedad española de nuestro tiempo, con un "modelo plural" distinto del tradicional, basado exclusivamente en el matrimonio"(De Mendizabal Allende, 2012)

7.2. PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO

Como se indicó anteriormente, el artículo 4 de la Constitución de 1993 el Estado protege especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano

en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio.

Guarda relación con el de la forma del matrimonio, contenido también en el párrafo final de artículo 4, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil; estableciendo esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la ley. De otra parte debe distinguirse este principio del referido a las causas de separación y de disolución del matrimonio, tratado igualmente en el último párrafo del artículo 4, no pudiéndose sostener que la promoción del matrimonio trasciende en su indisolubilidad, toda vez que se expresa y reconoce la disolución del vínculo matrimonial por las causas que establezca la ley (Placido, 2002)

7.3. PRINCIPIO DE AMPARO DE LAS UNIONES DE HECHO

La Constitución de 1993, en su artículo 5 instituye: *"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes, sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable"* (Constitución Política del Perú, 1993).

Este principio se sustenta en que la unión de hecho propia, sin impedimento matrimonial, produce efectos personales y patrimoniales reconocidos en la ley y similares a los del matrimonio, así no se aprueba ni fomenta; pero tampoco, se desconoce una realidad social, debiendo procurarse que esta cause los menores daños posibles, pues surge de ella una familia que merece protección, sin desconocer que debe promoverse al matrimonio.

7.4. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE CATEGORÍAS DE FILIACIÓN

El artículo 6 de la Constitución de 1993 establece:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de Identidad.(Constitución Política del Perú, 1993)

Se dice que, el principio de Igualdad de categorías de filiación

Interesa fundamentalmente al idéntico tratamiento que hace la ley en cuanto al contenido y a los efectos de las relaciones jurídicas que tienen su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. Por último, el derecho del niño a ser cuidado por sus padres se centra en la idea de que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la madre que conviven atiende mejor el interés de los hijos menores, que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquella importa. (Placido, 2002)

CAPITULO II:

LA TENENCIA

1. LA PATERNIDAD RESPONSABLE

En la familia donde existe vínculo matrimonial entre los padres o cuando ambos viven bajo el mismo techo, a ambos progenitores tienen la responsabilidad del desarrollo psicosocial de los hijos y comparten en forma alternada la tenencia biparental, aspectos determinantes para concluir, que en la dinámica intrafamiliar se operacionaliza un modelo coparental del cual se encuentra determinado por la distribución de los roles y funciones de los padres hacia sus hijos, estando juntos o en su defecto separados. En caso de la separación lo que resulta es que desvigorizan la presencia de alguno de los padres, que deviene en una figura ausente que emana señales de abandono a los hijos y la nueva atribución de su rol, adquiere el sentido de pagador, experimentado a la vez el actuar como un visitador eventual de sus propios hijos.

Entonces para evitar estas transiciones, surgen conceptos o aspectos que coadyuvan a mejorar las relaciones paternofiliales e intrafamiliares, y en una posible separación se llegue al consenso de que ambos padres son responsables del cuidado de sus hijos sin discriminación alguna, primando el interés del menor

quién necesita la presencia de ambos progenitores para la realización de su persona.

De tal modo, Cuculiza (2008) señala que los vínculos personales y el contacto directo que un niño debe mantener con el padre o madre son un derecho protegido por nuestras leyes nacionales y por normas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño.

Todas estas reglamentaciones reiteran y ratifican, a la vez, el Principio del Interés Superior del Niño como aquel que toda autoridad debe considerar al adoptar una medida que involucra a un menor.

El derecho a la familia y su protección se encuentran en el artículo 6 de la Constitución de 1993 la cual nos establece que

Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos

Artículo 6.-

(...) 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.

(...)(Constitución Política del Perú, 1993)

Entonces, el derecho no solo de los padres sino también de los hijos de gozar de un crecimiento adecuado sea en cualquier tipo de familia en que se encuentren. Pues su interés es superior al de los pares y por tanto su desarrollo integral va a prevalecer sobre cualquier otra cosa.

Ocurre que muchas veces, luego del quiebre de la relación matrimonial o conyugal, los hijos pasan a ser parte de una familia en la cual deberá determinarse que solo uno de los progenitores residirá con los hijos, que en muchos casos suele ser la madre, en cuanto la mayoría de los autores señalan que ello evitará confusiones en sus hábitos, costumbres y reglas de conducta, siendo estos autores algunos detractores de la coparentabilidad o una posible tenencia compartida, sin tener fundamento alguno.

El concepto de coparentalidad involucra que el padre y la madre son igualmente responsables de sus hijos, cada progenitor debe responder frente a las demandas y expectativas de los hijos de forma independiente o de forma conjunta, porque a su vez el concepto de coparentalidad engloba al progenitor como un ser completo, capaz de ejercer su rol y el del otro, pero, cada uno conserva su personalidad. La coparentabilidad es importante para dar a los menos un buen desarrollo al niño y esta se basa en la buena relación que deben llevar los padres de familia para lograr la unidad de la familia, dando atención a los hijos en igualdad de condiciones, ya sea se encuentren viviendo juntos o separados, en este último supuesto nos encontramos en la tenencia compartida.

Para Beltrán Pacheco (2009) como para la mayoría de tratadistas, la coparentabilidad es considerada el día de hoy, como una necesidad más que una "moda" en cuanto a la fecha, la mayoría de padres y madres, trabajan fuera de la casa familiar, por lo que es esencial para el desarrollo de los hijos que ambos alternen el cumplimiento de las tareas inherentes al ejercicio de la patria potestad; por ejemplo, si la madre tiene una reunión de trabajo, sea el padre quien acuda a las reuniones del colegio, o si el padre tiene un curso de capacitación sea la madre quien lleve los niños al dentista.

Es así como, la coparentalidad tiene ventajas no solo para los hijos, sino también para la familia en tanto refuerza la relación paterno filial, ya que, a través de esta, se busca reconocer la igualdad de cónyuges o convivientes desde su perspectiva personal y familiar, lo cual favorece a la pareja y por ende a la familia ya que ninguno se sentirá el sacrificado por la crianza de los hijos, hecho que veremos como fundamento para el análisis de la presente tesis.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA TENENCIA

Dentro del derecho de familia la figura de la tenencia reviste vital importancia ya que en nuestra sociedad son cada vez mucho más frecuentes los divorcios, separaciones de hecho de personas casadas o que como convivientes han procreado hijos, los cuales ante la falta de acuerdo sobre quién de ellos debe

brindarle su atención, cuidado y protección a los hijos, se ven inmersos en numerosas situaciones de maltrato físico y psicológico pues, en la mayoría de los casos son disputados por sus progenitores como "trofeos de guerra", involucrándolos en sus conflictos de pareja como objeto para hacerle daño al otro.

Teniendo en cuenta ello, el Estado interviene previendo la posibilidad en favor del padre que desea se reconozca legalmente el derecho de tenencia del menor y consiguiente obligación alimentaria y derecho de visitas de su pareja para acudir ante la jurisdicción de familia en procura de solucionar el conflicto presentado.

Chunga Lamonja considera que:

Desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de los padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía.(Chunga Lamonja, 2000, pág. 350)

Aunque esta conceptualización guarda cierto grado de relación con la realidad, resulta incompleta dado que no incluye dentro de su contenido al menor, enfocando el concepto a los derechos de los padres de tener a los menores bajo su resguardo, mas no considera el derecho de los hijos a tener una familia que le brinde su protección y amparo.

Para Varsi Rospigliosi (2011) la tenencia o tenencia es la institución por lo que se legitima la posesión que tiene un padre respecto de sus hijos cuando hay una separación de hecho. Este no vendría a ser un derecho del padre sino un derecho del hijo de contar con un protector adecuado (que cumpla los requisitos). En todo proceso de tenencia debe fallarse el régimen de visitas que tendrá la otra parte restringida de la tenencia(pág. 274).

Si bien, este doctrinante enmienda la falencia esgrimida en cuanto a que se trata de un derecho del menor, su manifestación igualmente resulta incompleta pues, la limita únicamente a la separación de hecho desconociendo que también se origina en el divorcio, etc.

Por su parte Chávez Bustamante (2012):

La tenencia es una institución que tiene como finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar. Se trata de un cuidado directo e inmediato que ejerce uno de los padres respecto de su hijo menor de edad (niño o adolescente). (pág. 125)

Analizando esta nueva definición vemos que se encuentra sustentada en la situación fáctica que se persigue con ella, sin mencionar los efectos sobre el padre que no ostenta la tenencia; teniendo en cuenta que no se ha consentido definición alguna por considerarlas incompletas, podremos realizar nuestro propio concepto de tenencia.

Por ende, la tenencia será una institución jurídica, que persigue asignar el cuidado de los hijos menores de padres separados o divorciados o uno de ellos, atendiendo a las circunstancias que resulten más favorables para el menor, constituye además un derecho en favor de los padres divorciados o separados de hecho que no están de acuerdo en cuanto a determinar quién ejercerá su cuidado y tenencia personal, para solicitar ante el órgano judicial se le otorgue el cuidado personal de sus hijos menores y correlativamente se reglamente el derecho de visitas del otro padre y la pensión alimenticia a la vez que, se constituye en derecho para el menor.

3. CLASES DE TENENCIA

En el desarrollo doctrinario tenemos distintos tipos de tenencias estas son aproximadamente: La tenencia exclusiva, conjunta o biparental, la tenencia partida, la tenencia repartida, entre otras. Sin embargo, debemos recordar que nos enfocaremos en solo algunas de ellas principalmente la tenencia exclusiva y la conjunta o compartida.

3.1. TENENCIA MONOPARENTAL

La tenencia monoparental o exclusiva, es aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta

edad del menor, quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre, que por razones de costumbre se infiere que es la persona más adecuada para ejercer los cuidados del menor. Es por ello que dicha tenencia, se sostiene en la teoría de los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que sostiene que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, o quién está en mejor capacidad económica para mantenerlo, siendo una excepción los casos referidos a los niños menores de tres años, como lo es en el Perú, que se le otorga la preferencia a la madre, en tanto, aún existe un nexo de necesidad biológica del niño hacia su madre, lo cual considero erróneo, ya que no se encuentra acierto formal alguno, por lo menos dentro de la rama psicológica.

En la tenencia monoparental, como efecto de la separación matrimonial o conyugal e inclusive de la unión de hecho, se da la posibilidad de que surjan determinados factores que pongan en riesgo la estabilidad emocional o psicológica del menor respecto al otro progenitor, privándolo de la figura materna o en su mayoría paterna, así mismo dificultando las relaciones paterno-filial, ello debido a que el progenitor que tenga la tenencia del menor se sienta con el derecho de "tenerlo en su posesión" limitando al otro, titular también de la patria potestad, sin habersele suspendido de la misma.

En este aspecto, es dable mencionar que en la tenencia monoparental se pueden presentar las siguientes situaciones, conforme refiere Steffen (2002):

- Acentuado apego del progenitor conviviente con sus hijos. Los peligros que se corren son el aislamiento y encierro de los hijos y la primacía de las funciones nutritivas (contención emocional) por sobre las normativas (imposición de límites) pudiendo llevar a graves perturbaciones.
- Mezcla de identidades. El hijo queda expuesto al peligro de tener que responder al sueño de unicidad del progenitor y de compartir sus carencias.

En el caso de los adolescentes, estas situaciones dependen específicamente de los factores de estrés psicosocial que pueden acompañar a la separación y que en orden decreciente de importancia psicológica, puede surgir lo siguiente (Steffen, 2002):

- Aislamiento y pérdida del apoyo social de los progenitores.
- Permanente estado de discordia (conflicto) en la relación de los padres.
- Presencia de un padre emocionalmente angustiado (el custodio).
- Pérdida de la relación con uno de los padres (el no custodio).
- Nuevas relaciones que establecen los padres (sobre todo el custodio).
- Posible nuevo matrimonio de los padres (sobre todo el no custodio).

Como efecto del establecimiento de un régimen de tenencia monoparental, surge el régimen de visitas que es producto de normativas que fracturan a la familia, dado que constituye una instancia artificial que desarticula la cotidianeidad física anterior, enfrentándose a una abrupta discontinuidad en la forma de contacto y se ven obligados a adaptar sus sentimientos y necesidades mutuas a los estrechos confines de una visita. Sin embargo, la realidad ha demostrado que en este tipo de familia que cuenta con una tenencia exclusiva, existen múltiples escenarios en donde no se da el adecuado cuidado al menor y que en todo caso incluso le puede causar un daño propio, tal cual es la alienación parental o que el régimen de visitas se dé en un ambiente poco familiar.

En este aspecto, los factores desestabilizadores del sistema familiar dicen relación con:

- Un padre visitador o ex papá que ha perdido el control y que difícilmente podrá imprimir un contacto normal entre padre-hijo como corresponde a una familia intacta.
- Borrar el código de conducta previo del hijo, conlleva a la rebeldía con el progenitor custodio.

- Dificultad para fijar límites, hecho que puede implicar la diferencia entre la pérdida y la ganancia del amor y aprobación de los hijos.
- Excesiva indulgencia para lograr la lealtad de los hijos, y compensar la culpa de la separación.
- Irregularidad en las visitas, que produce confusión en los hijos.
- El clima irreal y cortoplacista de la visita provocan tensión e induce a la falta de equilibrio entre las actividades recreativas.
- Frustración por la calidad del tiempo, que conforma visitas insatisfactorias.
- Concepciones de culpabilidad de los hijos contra el progenitor no custodio que impiden una comunicación fluida.
- Irregularidad o irresponsabilidad en el cumplimiento económico.
- Visitas angustiantes por dificultad paterna.
- Ausencia mediadora de la madre, en niños de diferentes edades.
- Espaciamiento del contacto por venganza de la exesposa(o).
- Abandono de los hijos, en la creencia que su presencia puede ser más dañina que beneficiosa.

En consecuencia, se da la vulneración directa del interés superior del niño, ya que lo desestabiliza emocionalmente, frustrando su desarrollo integral, el cual debe ser velado por ambos padres en conjunto al margen de la separación, por ello surge la necesidad de contemplar una nueva forma de tenencia como la compartida.

3.2. TENENCIA COMPARTIDA

Ante una familia en la que se han disuelto los lazos de pareja y que se ha reconstituido, los hijos experimentan cambios en la dinámica, en el estilo de las relaciones; pasan de una convivencia donde, de una manera u otra, se compartían los roles maternos y paternos, a una dinámica relacional completamente diferente, donde es el padre o la madre quien va asumir el

rol de custodio y probablemente a combinar los roles de padre y madre a la vez (Pérez, 2006). Y ante esta dinámica, resulta pertinente hablar de una tenencia Compartida, en donde ambos padres, pos separados, puedan ejercer conjuntamente la tenencia de su hijo o hijos manteniendo las relaciones familiares y no alterando el desarrollo integral del menor.

De tal modo, que la Tenencia Compartida se conceptualiza como aquella donde el menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores, pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

Como expresamos anteriormente, el sustento básico de la Tenencia Compartida lo encontramos en el concepto de coparentabilidad (igual implicación de ambos progenitores) indicado en párrafos anteriores, que desde un punto de vista teórico podríamos entender como la opción más próxima al derecho del niño a disfrutar de ambos progenitores con las implicancias emocionales o educativas que ello conlleva.

CAPITULO III: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. CONCEPTUALIZACIÓN

En 1989 la Organización de las Naciones Unidas proclama la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo este el primer tratado internacional de eficacia universal y con fuerza vinculante que regimienta los derechos humanos conexos a la infancia. El artículo 3º párrafo 1º de la Convención que señala: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*. (CDN, 1989)

A lo largo de la Convención el término *interés superior del niño* se invoca en cinco disposiciones adicionales; sin embargo, en ninguna de ellas se presenta una definición de esta, originando una proliferación de teorías acerca de los atributos y límites del término, alimentando en la mayoría de las oportunidades la inseguridad jurídica en torno a la aplicación del interés superior del niño por parte de los tribunales de justicia.

La Convención por los Estados Parte, instaura el Comité de los Derechos del Niño, con el fin de resguardar el pleno respeto del interés superior del niño, esta entidad supervisa la aplicación de la Convención. En uso de estas facultades, en el año 2013, dicho Comité, emitió la Observación General Número 14° sobre "El Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial".

El Comité indica que "*el propósito general de la Observación es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos*". Para lo cual se establece enseguida, como propósito, garantizar que los Estados parte den efecto al interés superior del niño y lo respeten. (Derecho al Interés Superior del Niño, 2013)

La identificación del concepto de *interés superior del niño* con una naturaleza jurídica determinada es de suma importancia ya que, su modo de operar obedecerá a ello. Siendo así, si el interés superior del niño funciona como un principio, su función será la ponderación de derechos en conflicto; mientras que, si es un derecho sustantivo, el interés superior tendrá aplicación directa y la prueba recaerá sobre él mismo.

Se debe entender al principio de interés superior del niño como el eje fundamental de los procesos donde interviene un niño, una niña o adolescente, toda vez que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza de reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924.

Este principio regulador de los derechos de los niños y niñas tiene su fundamento en la dignidad misma de cada ser humano, en sus características inherentes, y en la necesidad de propiciar el desarrollo integral de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha precisado:

Preservar el interés superior de los niños y niñas es una obligación primordial de la administración pública y de todo el Estado en general, tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que se genera una obligación insoslayable para proteger, fomentar y desarrollar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. (Lopez-Contreras, 2015, pág. 56)

En la esfera internacional, se hace necesario enfatizar lo establecido en Declaraciones y Tratados Internacionales que han originado el establecimiento del interés superior de los niños y niñas, como principio rector. Por otro lado, el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece que todo niño o niña tiene derecho a las medidas de defensa que su situación de menor requiera, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Igualmente, y de manera técnica, lo ha tratado la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas en sus artículos 4 y 5, y particularmente en el artículo 3º ya antedicho. Con referencia al continente americano, se puede establecer que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo VII que todo niño o niña tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales.

En ese sentido se contemplan en el artículo 3. 1. de la citada Convención Indica: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*. (CDN, 1989) el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los derechos de la niñez, destacando que todo niño o niña tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera.

La Convención sobre los Derechos del Niño, incluye el interés superior del niño como un principio rector, correspondiendo entonces, al Estado asegurar una

adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo. Entonces, el interés superior del niño será un parámetro para que las niñas, niños y adolescentes sean considerados sujetos de derechos.

En nuestro país, el Artículo IX del Código del Niño y Adolescente declara el interés superior del niño y del adolescente de la siguiente manera:

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.(Código de los Derechos del Niño y Adolescente, 1992)

Por lo tanto, diremos que el interés superior del niño abarca tres grandes acepciones:

- Se trata del *derecho* del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses, siendo, por lo tanto, un derecho primordial y este se toma en cuenta para todo tipo de decisión o práctica que involucre al niño y adolescente.
- Es un *principio* porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga el interés superior del niño; el marco interpretativo se encuentra presente en la Convención sobre los Derechos del Niño y los Protocolos Facultativos.
- Y, es una *norma de procedimiento*, siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de las niñas y niños.

2. PARÁMETROS DE APLICACIÓN Y GARANTÍAS PROCESALES

Actualmente, la Ley N°30466, publicada el 17 de junio de 2016, establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los

derechos de los niños y adolescentes; conforme lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

La Observación General No.14 precisa que, interés superior debe ser una consideración primordial y los Estados miembros deben respetar y hacer efectivo el interés superior del niño en todas las acciones y prácticas que los involucren. Esta premisa tiene consecuencias en:

- i. Todas las medidas de aplicación tomadas por los Estados;
- ii. Las decisiones individuales adoptadas por las autoridades por medio de sus agentes que puedan afectar al niño/adolescente,
- iii. Las decisiones tomadas por el sector privado y la sociedad civil que brindan servicios a los niños o les afecta, y
- iv. Las directrices que guardan relación con las medidas adoptadas por las personas cercanas a los niños/adolescentes, en especial los padres y cuidadores.(CDN, Convención sobre los Derechos del Niño, 2013, pág. 21)

Los parámetros establecidos en la Ley N°30466 se basan en:

- i. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño;
- ii. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos;
- iii. La naturaleza y el alcance global de la Convención sobre los Derechos del Niño;
- iv. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; y,
- v. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo. (Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, 2016)

En relación con las garantías procesales, se toman en cuenta las siguientes:

- i. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga;
- ii. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño;
- iii. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños;
- iv. La participación de profesionales cualificados;
- v. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda;
- vi. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño;
- vii. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños;
- viii. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño. (Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, 2016)

Por consiguiente, seguiremos la opinión de la UNICEF, que precisa que, el interés superior del niño es *"un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta"* (CDN, Convención sobre los Derechos del Niño, 2013).

3. EVALUACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Debido a la concepción tridimensional del interés superior del niño, derecho, principio y norma de procedimiento, al evaluar y determinar el interés superior del niño se han de seguir los pasos siguientes:

- En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;
- En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. (CDN, Convención sobre los Derechos del Niño, 2013)

La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. Valorando y sopesando todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto; siendo necesario para tal análisis un equipo multidisciplinario y sobre todo la participación del niño. La conclusión de este proceso de análisis estructurado devengará en garantías estrictas para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior.

La evaluación a que hacemos referencia es una actividad única que debe realizarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a:

Las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores. (Cardona Llorens)

La evaluación debe realizarse a partir de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único e irreplicable para cuyo fin, deberá elaborarse una lista de elementos que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño; esta lista debe seguir la línea del *numerus apertus*, no limitarse a determinadas formas de evaluación, sino otros que respondan a las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto.

La elaboración de la mencionada lista proporcionará orientación a los responsables de la toma de decisiones cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los niños, niñas o adolescentes, el añadir elementos a la lista, deberá buscar garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención a favor de los niños. Por consiguiente, los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños.

Cabe destacar que la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con el interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. No todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y los diversos elementos pueden utilizarse de diferentes maneras en los distintos casos. El contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general.

CAPITULO IV:

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA
EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

Cuando una pareja se separa, por diversos motivos, los más perjudicados siempre serán los hijos, ello respondiendo al viejo adagio “los errores de los padres los pagan los hijos”, por lo que nace la tenencia compartida, para poder reafirmar y forjar en muchos casos la relación de los menores con ambos progenitores. Sin embargo, existen aspectos positivos y negativos en la implementación de esta nueva figura de tenencia.

Pues bien, la pregunta que surge a raíz de este nuevo tema es ¿Estamos preparados en el país para la tenencia compartida?, la respuesta se dará a razón del nivel de preparación de cada familia y como estas pueden encajar en la figura misma.

Para poder determinar si nuestro país se encuentra preparado para desarrollar la tenencia compartida adecuadamente, para que esta beneficie a los menores, es preciso identificar los argumentos a favor y en contra de la tenencia compartida para posteriormente realizar un análisis de los mismos y contrastarlos con la realidad imperante en el Perú.

El artículo seis de la Constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica el efectivo ejercicio de los deberes y derechos que sean inherentes a la patria potestad de los padres para con los hijos; dentro de esta, tenemos el derecho que los padres tienen de vivir y convivir con sus hijos, y a su vez, el derecho de los hijos de vivir en un ambiente familiar.

Las responsabilidades y derechos que asumen los progenitores son muchas y variadas y van desde brindarles atención, cuidado, educación, alimentación, salud, recreación, vivir con los hijos o visitarlos, darles buenos ejemplos, corregirlos, hasta recibir ayuda de ellos, entre otros. En términos legales, a todo este conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos reconocidos por nuestro Código Civil y Código de Niños y Adolescentes se le ha denominado patria potestad y en otros países se le denomina responsabilidad parental.

La Tenencia es la responsabilidad que asume uno de los padres de la niña, niño o adolescente, de velar por su desarrollo integral cuando se encuentren separados de hecho. La madre o el padre que entregue en tenencia a su hijo o hija no pierde la patria potestad. Tal responsabilidad se asume a través del reconocimiento judicial del derecho de tenencia y tenencia de un hijo. Procede en caso de que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro a un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de éste.

Como mencionamos anteriormente, uno de los derechos de los padres es vivir con los hijos y asumir su cuidado, y ello es lo que se ha denominado tenencia. Y a los padres que no viven con los hijos, se les otorga un régimen de visitas. Pero ¿qué entendemos por tenencia compartida? ¿Es un régimen de visitas amplio o debe ser entendido como responsabilidad parental conjunta o coparentalidad?

La tenencia compartida, en un sentido genérico, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad paterna, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y

características personales (Aguilar Cuenca, S.A.P. Síndrome de alienación parental: Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro, 2005, pág. 23)

Empero, muchos confunden el término "tenencia compartida", con "coparentalidad", siendo la segunda una nueva forma de entender las relaciones familiares, para de esta manera lograr la unión de la familia; esta coparentalidad ha surgido de la nueva realidad familiar, donde no solo el padre es el sostén económico del hogar, siendo hoy por la madre muchas veces el segundo o inclusive el único sostén del hogar, por lo que la labor de crianza de los menores recae en ambos progenitores, teniendo estos que establecer normas mínimas y comunes para una adecuada evolución de los hijos.

1. LA TENENCIA COMPARTIDA

Generalmente es la madre quien queda con la tenencia de los hijos, y también con todas las responsabilidades que las tareas de crianza implican. Los "alimentos" en breve resultan insuficientes y la madre comienza a alienarse tratando de generar ingresos y de criar a la vez, volcando su ira contra su ex cónyuge, alimentando culpas con los hijos y postergando su propia vida afectiva y personal.

La tenencia compartida, para situaciones como la descrita, se presenta como una opción superadora que permite que el padre pueda seguir criando a los hijos pese al divorcio; que la madre tenga el "confort psicológico" de no asumir sola todas las responsabilidades de la crianza, y que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres en su rol de criador activo.

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

- La tenencia legal conjunta. Los padres compartirán las decisiones, responsabilidades y autoridad de las cuestiones relacionadas con el hijo.
- La tenencia física conjunta. Los padres han de compartir el tiempo de residencia del niño en periodos mayores a los de un régimen de visitas convencional. (pág. 61)

En este tipo de tenencia, según Poussin y Lammy, a cuyos fundamentos nos suscribimos, se deben tomar en cuenta no sólo los aspectos antes mencionados, también se deben tener en cuenta las siguientes realidades:

- *La edad del niño:* En el caso de los bebés se plantea que es necesario el vínculo con ambos progenitores, lo cual debe darse con cierta regularidad, ya que ello les brinda seguridad y ayuda a desarrollarse. Sin embargo, se plantea que es mejor dejar que el bebé viva en único y mismo lugar y que se vaya introduciendo la alternancia en pequeñas dosis, que ello se vaya haciendo por etapas, lo cual podrá ir variando cuando el niño crezca.
- *La adaptación a dos hogares:* Esto toma tiempo y suele ser más difícil cuando uno de los progenitores tiene una nueva pareja. Asimismo, cuando las relaciones entre los padres no son amistosas, es preferible evitar el "cara a cara" y buscar un lugar neutral como la escuela o la guardería para evitar situaciones incómodas delante de los hijos, aunque lo mejor sería que exista una relación armoniosa y comunicativa entre los padres. También es importante que los padres cuenten con una vivienda adecuada, vivan cerca para que no genere inconvenientes para ir a la escuela, talleres, actividades deportivas, visita de amistades, etc.
- *La capacidad económica:* La tenencia compartida exige esfuerzos económicos, se requieren dos hogares, el del padre y el de la madre, en donde se debe tener un espacio apropiado para que el hijo o hija pueda vivir allí, implica costos de traslado, de alimentación, incluso juguetes por partida doble, salidas, paseos, entre otros.
- *El empleo de los padres:* Tener en cuenta que el trabajo de los padres no implique viajes continuos u horarios difíciles de conciliar con los tiempos de los hijos.
- *La evaluación psicológica:* Ambos padres deben tener una estabilidad emocional que garantice el normal desarrollo de los hijos, es por ello por lo que en este tipo de casos es importante que se cuente con un informe psicológico tanto de los padres como de los niños. Por ejemplo, la ley

francesa establece que se debe escuchar a los hijos en función al grado de madurez a diferencia de nuestra legislación que dice se debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente. (Poussin & Lammy, 2005, págs. 61-77)

2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA TENENCIA COMPARTIDA

2.1. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA TENENCIA COMPARTIDA

Para Patricia Beltrán Pacheco

La tenencia compartida debe de ser otorgada a aquellos padres que ejercen la paternidad y maternidad responsable, es decir, que sean lo suficientemente maduros y dueños de sí mismos, para sobrellevar sus problemas personales y enfocarse en un dialogo alturado en torno a sus hijos, coordinando pautas mínimas de crianza que eviten confusiones o distorsiones de la realidad que ellos deberán afrontar, permitiéndoles adquirir una visión amplia de la vida, que les permita entender que pertenecen a una familia separada, en la cual se respeta las costumbres de cada quien pero también se valoran las costumbres comunes.(Beltrán Pacheco, El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú?, 2009, pág. 57)

Las ventajas que trae esta forma de tenencia son:

- **Para los padres:** Ambos padres se mantienen guardadores, ambos continúan criando activamente. Ninguno de los dos queda marginado, ni alejado de los hijos. La equiparación de los padres en cuanto al tiempo libre para la organización de su vida personal y profesional. No queda sólo uno de ellos con toda la carga de la crianza, alienado y sin tiempo para otras cosas. Asimismo, compartir lo atinente a gastos de manutención del hijo. Ningún progenitor que practica este sistema se ha desentendido de los hijos. El hacerse cargo activamente, concientiza a cada padre acerca de las necesidades de los niños, donde la mayor cooperación, ya que este

sistema fomenta el entrelazado de acuerdos de cooperación entre los padres en beneficio de los hijos.

- **Para los hijos:** La convivencia igualitaria con cada uno de los padres. No hay padres periféricos, los hijos sienten que no han perdido a ninguno de los dos y beneficia su autoestima el observar los esfuerzos de sus progenitores para estar cerca de ellos, la Inclusión en el nuevo grupo familiar de cada uno de sus padres al sentirse los niños parte integrante de cada nueva familia, enriqueciéndose muchas veces con las presencias de nuevos cónyuges y nuevos hermanos. Existe mayor comunicación, la misma dinámica de este sistema fomenta una mejor comunicación paterna o materno-filial, incluso mejor aún que los hijos provenientes de familias intactas. Existiendo menos problemas de lealtades. Dada la cooperación derivada de compartir la tenencia entre padres, elimina o reduce los cambiantes compromisos de lealtad de los hijos hacia cada padre que provoca la tenencia monoparental y sobre todo los niños aprenden a ser solidarios, a compartir, a resolver los problemas mediante acuerdos en vez de litigios, a respetarse entre géneros.

2.2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA TENENCIA COMPARTIDA

En cuanto a la tenencia compartida, algunos autores, señalan que posteriormente a la finalización de una relación conyugal o convivencia, los hijos deberán de vivir con uno de sus progenitores, estableciéndose un régimen de visitas para el otro padre, ello para evitar que el menor tenga confusiones emocionales, y sus hábitos, costumbres, amistades no se vean afectadas por el cambio de residencia entre la casa de un padre y otro, denotando de esta manera que los autores dan a conocer su disconformidad con la tenencia compartida.

Por otro lado, se señala como argumento en contra el costo elevado que puede acarrear para ambos padres y la no delimitación de la regulación de

la pensión de alimentos. Lo cual debería quedar plenamente establecido en las decisiones judiciales o en los convenios extrajudiciales analizando las posibilidades económicas del padre y la madre.

Algunos especialistas señalan que el contar con dos hogares, dos modelos de corrección, de educación, de costumbres, dos estilos de vida pueden generar inestabilidad en los niños y problemas de inseguridad o desorden. Otro sector señala que en ningún caso es posible cuando se trata de bebés o niños muy pequeños puesto que existe un arraigo hacia la madre, principalmente fundado en la lactancia.

A fin de garantizar el derecho de opinión de los niños y niñas, se debe tener en cuenta no sólo la edad que puedan tener sino también la madurez y en ese aspecto el informe psicológico es una herramienta de vital importancia.

Cuando se trata de una tenencia compartida impuesta por una decisión judicial, puede acarrear situaciones de conflicto puesto que va a existir un ganador y un perdedor. En algunos países como Francia o España existe la figura de la mediación familiar. En España, las partes pueden solicitar al juez, en cualquier momento del proceso, el acudir a la mediación familiar. De tal modo que la intervención judicial pasa a un segundo plano y queda reservada para cuando haya sido imposible el pacto o el contenido de las propuestas es lesivo para el interés del niño. La intervención del mediador ha de ser imparcial y neutral (Pous, 2006) y puede reducir situaciones de tensión y conflicto.

Asimismo, también existen los puntos de encuentro que son lugares neutros que buscan garantizar el derecho de los niños de mantener contacto con ambos progenitores, pero al mismo tiempo garantizando su seguridad y su estabilidad emocional para lo cual las visitas a los padres pueden ser supervisadas por especialistas y de ser el caso, incluir un tratamiento psicológico para los padres e hijos.

3. ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN LA TENENCIA COMPARTIDA

3.1. DERECHO DE OPINIÓN DEL NIÑO

El derecho a opinar y ser oído de niños y adolescentes se introduce en la Convención sobre los Derechos del Niño como un principio novedoso que apareja cambios en la interrelación con éstos como sujetos de derecho.

El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior.

El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior.

La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes razonables y prestar de apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior.

La motivación para permitir escuchar la opinión del niño se fundamenta en los siguientes beneficios:

- *Aprenden a comunicarse:* Es importante que abramos los oídos a lo que los niños han de decir. Ya sea para contar una excusa y librarse de un castigo, explicar por qué no quieren comer verdura o que les parece su nuevo amigo. Además, el diálogo y la [comunicación](#) ha de

ser bidireccional, es decir, no debemos ser los padres los únicos que hablan y opinan, sino también dejar que ellos lo hagan libremente.

- *Aprenden a expresar sus emociones*: las opiniones o pareceres sobre un tema, ya sean absurdos, inteligentes, no certeros, poco concluyentes... son una manera de explicar cómo ven el mundo y de qué manera se relacionan con él. Es una forma de estimular su [inteligencia emocional](#).
- *Estimulan su sentido crítico*: les ayuda a formarse opiniones sobre las personas, cosas o hechos. Es una forma de madurar y crecer valorando los aspectos que creen oportunos.
- *Aprenden a hablar*: la comunicación es fundamental en la vida y saber cómo transmitir ideas u opiniones también. Dejarles participar es estimular su [vocabulario](#) y sus habilidades lingüísticas.

3.2. CUIDADO, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD DEL NIÑO

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3, párr. 2). Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.

El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.

La evaluación del interés superior del niño también debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (art. 19), el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, la explotación laboral, los conflictos armados, etc. (arts. 32 a 39).

Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; aunque, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.

Finalmente, diremos que, se debe considerar lo indicado por el Comité de los Derechos del Niño, en lo que refiere a fundamentación jurídica de la evaluación del interés superior del niño: A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño.

Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron

frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular.

En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones.

4. LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1. CHILE

La denominada "Ley Amor de Papá", busco fortalecer la salud, integridad y calidad de vida, de los hijos de padres separados. En la expresión de motivos de dicha Ley, se explicó con meridiana claridad que una persona puede ser expareja, pero jamás ex padre. La "Ley Amor de Papá" reglamento entre otros aspectos, que tanto el padre como la madre actúen de común acuerdo en la crianza y educación de sus niños, en igualdad de derechos.

Asimismo, regulo la estabilidad de residencia del menor y la posibilidad de fiscalización de posibles degradaciones que uno de los dos padres puedan fomentar en el hijo respecto a la imagen del otro, estableciendo así derechos y deberes igualitarios para ambos progenitores. Se estableció que un niño necesita a su madre, pero también de su padre y dicho texto legal se centra en el principio de la corresponsabilidad.

Ante la falta de acuerdo respecto del cuidado de los niños, el padre tiene los mismos derechos que la madre para solicitarlo. El juez cuenta con 10 criterios técnicos para tomar una decisión, donde se incluye el sentir del niño o la dedicación que tuvo el otro padre antes de la separación.

De la misma manera, ambos padres tienen los mismos derechos sobre los niños, independiente de quien tenga el cuidado personal. Por ejemplo, la ciudad donde vivirán, el colegio o temas médicos son decisiones de los dos progenitores.

4.2. BRASIL

En Brasil, encontramos la Ley N° 13.058 del 22/12/14, que establece la obligatoriedad legal de la Tenencia Compartida, luego de la separación de la pareja. Dicho texto normativo establece que, si ambos progenitores se encuentran aptos para ejercer el poder familiar, será aplicada la guarda compartida.

Para esta ley que equipara la tenencia compartida con la guarda compartida, en la guarda compartida, el tiempo de convivencia con los hijos debe ser dividido de forma equilibrada con la madre y con el padre, siempre teniendo en vista las condiciones fácticas y los intereses de los hijos

4.3. ARGENTINA

En Argentina, por ejemplo, la Ley N° 26.994 en su artículo N° 651, siguió en el mismo camino y con la misma solución.

ARTÍCULO 651.- Reglas generales Ha pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

4.4. ESPAÑA

El Tribunal Supremo establece que la discrepancia de los padres NO excluye la tenencia compartida de los hijos. La sentencia subraya que con el sistema de tenencia compartida se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia" y "se evita el sentimiento de pérdida.

El Supremo Tribunal ha destacado, que la discrepancia de los padres sobre el sistema de tenencia compartida no puede llevar a su exclusión. El mismo establece que aun en caso de discrepancia de los padres, se subraya que "la mera discrepancia sobre el sistema de tenencia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores.

La sentencia subraya que en este caso con el sistema de tenencia compartida:

- Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia,
- Se evita el sentimiento de pérdida,
- No se cuestiona la idoneidad de los progenitores,
- Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

4.5. URUGUAY

La sentencia No 872/2014 dictada por la Suprema Corte de Justicia de fecha 2011 0114, le otorgo la tenencia compartida de un menor a ambos padres, en un caso de gran conflictividad entre sus progenitores, dicha sentencia aplica cabalmente el ordenamiento jurídico vigente, tanto nacional como el internacional, dentro de sus claros fundamentos, destacamos: La guarda (o la tenencia) compartida se visualiza como un derecho de hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria, un derecho al que 'no se puede ni debe renunciar, que nace de la familia y no del matrimonio, lo que supone que tras la crisis, los derechos y responsabilidades de cada uno continúan siendo iguales a los que se tenían con anterioridad'.

Tal derecho se vincula, esencialmente, al derecho a la vida familiar, expresamente previsto en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esta solución viene impuesta por tratados y resoluciones de organizaciones internacionales, tales como la Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño (1989), la Resolución A 3-0172211.992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño (1996), etc. Normas claves son los arts. 9.3 y 10.2 de la mencionada Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Conforme el primero, 'los Estados respetan el derecho del niño separado de ambos padres o de uno de ellos a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

5. LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Con la Ley N° 29269 que modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescente y que introduce la llamada Tenencia Compartida, en nuestra legislación, se presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial o separación de los padres, en la medida en que evita la aparición de los "conflictos de lealtades" de los hijos para con sus padres, favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos -tampoco puede afirmarse que las acentúe y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial o de pareja como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos.

Así, los artículos en mención se analizan de la siguiente forma:

Artículo 81.- Tenencia

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

Artículo 84.- Facultad del juez

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

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

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

Siendo, el contenido de los artículos, los mencionados en las líneas precedentes, consideramos necesario precisar algunos aspectos importantes de los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes (modificados mediante Ley N° 29269):

- La tenencia debe ser acuerdo de ambos padres, al establecer la tenencia compartida como forma de vida para los menores, los padres deben de comprender los aspectos básicos necesarios para que no exista truncamiento o desaceleración en el desarrollo de los menores.

- El menor debe participar en el acuerdo de los padres respecto a la tenencia, los diversos documentos internacionales han determinado que los menores (dependiendo de su edad) pueden proporcionar información y datos relevantes para que el juez pueda determinar si "le conviene o no" vivir con uno o ambos progenitores.
- El juez tiene la facultad de disponer la tenencia compartida, al amparo de esta nueva regulación el juez debe evaluar las pruebas otorgadas durante el proceso para determinar la viabilidad de otorgar la tenencia compartida: sin embargo, la norma no precisa las directrices para realizar tal decisión lo que nos lleva a pensar si es necesario establecer una norma específica que se dedique a regular los vacíos que ha dejado la Ley N° 29269, más aun cuando el Juez debe de operar en base a los alcances del interés superior del niño (de ahí la necesidad de incorporar un apartado sobre la materia, tal y como se realizó en la presente tesis).
- El derecho al contacto con los progenitores, como parte del derecho a la identidad, los menores deben de desarrollarse en un ambiente idóneo para que puedan ser ciudadanos de bien en el futuro, por lo que, conforme a la Ley analizada, se debe de establecer preferentemente la tenencia compartida como regla general y no como una excepción.

De igual manera, es necesario indicar que, si bien en nuestros textos legales no estaba regulada la tenencia compartida de manera explícita, ello no ha imposibilitado que en los procesos de tenencia en los cuales, las partes de común acuerdo y teniendo en cuenta la fórmula conciliatoria propuesta por el Juez quien en todo momento velará por los intereses de los niños y adolescentes, acuerden una tenencia donde ambos padres podrán vivir con sus hijos de manera alternada, ya sea por periodos largos o cortos siendo precisamente su objeto el de mantener vivo el doble vínculo de parentabilidad; esto es, no reduciendo la intervención de uno de los padres a horarios que deberán ser cumplidos escrupulosamente por los progenitores y evitando las múltiples excusas ya señaladas anteriormente, sino más bien permitir a ambos padres, su intervención en el crecimiento de sus hijos,

conocer sus experiencias, emociones, sus inquietudes además de permitir intervenir en su desarrollo escolar, preocuparse por su salud, por las relaciones de amistad con quien comparte su hijo y en general todo aquello que acompaña a un niño o adolescente en su crecimiento; por lo que teniendo la experiencia en los procesos judiciales que a la fecha se han concluido con conciliación entre las partes fijando una "figurada tenencia compartida", se puede asegurar el éxito de la misma si se guarda ciertos parámetros.

Con la modificatoria se pretende construir una regulación legal sobre la base general de la realidad social de las partes en un proceso, sin embargo y como se ha esbozado en el presente artículo la tenencia compartida se debe considerar en el supuesto en donde se pueda entender adecuado según el contexto familiar de cada caso en concreto, ya sea consensuada o estimada por el Juzgador, atendiendo a las circunstancias más adecuadas para los niños y adolescentes y que favorezca sus intereses; sin embargo hay que tener presente que sobre la norma se debe trabajar principalmente en la oportunidad que brinden los progenitores para que esta institución se desarrolle puesto que ellos son quienes en principio, están en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen convenio y qué es lo más beneficioso para sus hijos a efectos de poder vincularse con ellos de la manera más conveniente para ellos.

La mejor fórmula sobre la tenencia se adoptará de acuerdo a las circunstancias de cada caso en concreto, por lo que me suscribo a la opinión de Beltrán Pacheco en cuanto a la oportunidad de aplicación de esta nueva forma de tenencia; y como respuesta a la pregunta planteada ¿Estamos preparados para la tenencia compartida en el Perú?, ello dependerá de los padres, de las decisiones que tomen y como encaminen la relación con sus menores; sin embargo, el Estado debe brindar algunas directrices para una adecuada ejecución de la facultad del juez para establecer la tenencia compartida:

PROPUESTA DE LEY PARA REGULAR LA TENENCIA COMPARTIDA

A. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Garantizar la sana convivencia familiar constituye una política pública del Gobierno Peruano, buscando que los núcleos familiares se encuentren con raíces sólidas garantizando niños felices en el presente y ciudadanos responsables en el mañana. Siendo así, se deben fomentar relaciones saludables entre los cónyuges y, sobre todo, entre éstos y sus hijos. Con este fin, no deben desatenderse las necesidades de la familia divorciada o separada, ya que pese a su actual situación (la rotura del vínculo entre los padres) esta continúa siendo una familia que merece la misma atención que la familia unida por el vínculo del matrimonio o unida por otros vínculos. Los niños merecen que el Estado atienda y garantice su derecho a disfrutar del afecto y cariño de ambos padres, más aún amparados bajo las disposiciones del interés superior del niño.

Pese a la existencia de la Ley N° 29269, la realidad es que el derecho de familia vigente se desarrolla en un escenario adversativo que promueve la controversia entre las partes, alarga los procedimientos y victimiza a los/las niños(as) en el proceso, al interrumpir en muchas ocasiones la libre y espontánea interacción con ambos progenitores sin advertir ni prevenir el daño que se les causa.

Por lo tanto, el Estado Peruano debe establecer lineamientos que puedan regular adecuadamente la facultad del juez señalada en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes a través de la presente ley especial.

B. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Para desarrollar este análisis, aplicaremos un análisis costo-beneficio simplificado (Según las directrices del manual Análisis Costo Beneficio y Efectividad de PL) de la regulación de la tenencia compartida:

Identificación del problema

- **Descripción del problema:** ¿Cuál es el problema y porque tiene consecuencias negativas?

El problema radica en la falta de lineamientos específicos para que el juez ejerza la facultad de disponer la tenencia compartida para los menores, donde no se establece si esta debe ser previamente solicitada por los padres o dada de oficio atendiendo a las necesidades del menor.

- **Priorización del problema:** ¿Cuál es la magnitud y la dimensión del problema identificado?

La dimensión del problema es a nivel nacional, ya que los procesos de tenencia surgen a raíz de la separación de los padres, sean estos anteriormente cónyuges o convivientes, no distinguiendo espacio geográfico; por lo que tiene una amplia dimensión.

- **Causas y efectos del problema:** ¿Qué explica el comportamiento que debería cambiar si se enfrenta el problema?

Las causas del problema están determinadas por los propios padres de los menores que solicitan la tenencia de los mismos a los órganos jurisdiccionales, así como en los propios jueces que no encuentran delimitada su función jurisdiccional.

- **Grupos de interés afectados:** ¿Qué grupos de interés deberían incorporarse en el proceso de elaboración y aprobación de la propuesta normativa?

Los grupos de interés podrían ser descritos en dos, principalmente los menores que son los beneficiarios directos de la norma y aquellos padres que deseen tener la tenencia compartida de sus hijos.

Definición de objetivos normativos

- **Justificación de la Intervención del Estado:** ¿Qué se busca alcanzar con la intervención gubernamental?

El Estado peruano debe establecer políticas de gobierno orientadas a determinar las líneas básicas para la ejecución de la tenencia compartida, ampliando facultades a las DEMUNAS u otros entes que puedan supervisar la adecuada ejecución de la tenencia en conjunto por ambos padres

- **Identificación de los objetivos generales y específicos de la intervención del Estado:** ¿Cuáles son los objetivos generales y específicos de la intervención del Estado en el problema que se busca resolver?

Los objetivos de la norma son establecer pautas para la regulación de la tenencia compartida como las condiciones mínimas de los ambientes donde se desarrollarán los menores, petición de los padres, entre otros.

Identificación de las opciones de política normativa ¿Qué opciones de política está considerando?

Se consideran políticas públicas de educación y campañas de concientización para poner en conocimiento de las personas de las opciones de tenencia existentes.

CUANDO PODRÍA NO REQUERIRSE UN ACB	SI	NO
¿ES UNA DECLARACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO O DE INTERÉS NACIONAL?		X
¿SE TRATA DE LINEAMIENTOS DE POLÍTICAS GENERALES DE ADMINISTRACIÓN O DE COMUNICACIONES? (LOS IMPACTOS NO PUEDEN SER CLARAMENTE IDENTIFICADOS)	X	
¿SON LOS IMPACTOS REGULATORIOS POCO SIGNIFICATIVOS?		X
¿CONTIENE LA PROPUESTA ESCENARIOS INICIALES? (NO SE TIENE CLARA LA JUSTIFICACIÓN PARA QUE EL ESTADO INTERVENGA CON UNA PROPUESTA NORMATIVA Y SE BUSCA OPINIONES SOBRE OPCIONES A DESARROLLAR PARA UNA PROPUESTA NORMATIVA)		X
¿EXISTE UNA ÚNICA OPCIÓN DISPONIBLE? (EL CASO DE LAS NORMAS QUE YA HAN SIDO EVALUADAS O QUE ESTÁN EN PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN)		X

CUANDO PODRÍA NO REQUERIRSE UN ACB	SI	NO
¿ES UN TEMA INCLUIDO EN EL TÍTULO III RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO?	X	
¿ES UNA NORMA CON CONTENIDO REGULATORIO? (EXISTE UNA EXPECTATIVA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LAS EMPRESAS Y LOS CIUDADANOS)	X	
¿SE ESTIMA QUE LOS IMPACTOS SON SIGNIFICATIVOS?	X	
¿ES UN TEMA QUE TIENE IMPACTO EN COMPETENCIA, APERTURA DE MERCADOS, EMPLEO, PRODUCTIVIDAD, INVERSIONES, INNOVACIONES O MEDIO AMBIENTE?	X	
¿EXISTE UN NÚMERO IMPORTANTE DE PERSONAS QUE PODRÍAN SER AFECTADAS POR LA PROPUESTA NORMATIVA? (EL PORCENTAJE PUEDE SER ESTABLECIDO POR CADA COMISIÓN ORDINARIA, DEPENDIENDO DEL PROBLEMA IDENTIFICADO)	X	
¿BUSCA LA PROPUESTA ADECUARSE A ESTÁNDARES CONSIDERADOS EN TRATADOS INTERNACIONALES?	X	
¿EXISTEN IMPACTOS IMPORTANTES EN UN SECTOR ECONÓMICO (O VARIOS SECTORES ECONÓMICOS) O UN GRUPO DE INTERÉS (O VARIOS GRUPOS DE INTERÉS) ESPECÍFICO(S)?	X	

¿Cuál es la metodología de ACB simplificado que conviene aplicar: ACE o SCM?

Consideramos que esta materia es tanto de importancia social debe aplicarse la metodología ACE.

¿Cuáles son los impactos esperados de las opciones de política normativa identificadas?

GRUPOS AFECTADOS POR LA PROPUESTA NORMATIVA	IMPACTOS POSITIVOS	IMPACTOS NEGATIVOS
GOBIERNO (CONGRESO, DIFERENTES RAMAS DEL PODER EJECUTIVO, GOBIERNOS LOCALES Y ENTIDADES PÚBLICAS EN GENERAL)	Se iniciará con la regulación específica para la ejecución de la tenencia compartida	Necesidad de regular las leyes no reguladas con anterioridad que irrogaran gastos.

SOCIEDAD (GRUPOS DE INTERÉS IDENTIFICADOS)	Protección de los menores (desarrollo integral)	Ninguno
--	---	---------

Evaluación:

Del análisis realizado, podemos advertir que efectivamente, la implementación de una normatividad para la regulación de la tenencia compartida devengará en gastos mínimos para el Estado (al ampliar funciones a entidades ya existentes.) sin embargo, los beneficios superan con creces los costos, situación que hace viable esta regulación.

C. FORMULA LEGAL

Artículo 1.-Título

Esta Ley Especial se conocerá como "LEY DE APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA".

Artículo 2.-Declaración de la Política Pública

La protección y garantía de los mejores intereses de los menores constituye la política pública oficial del Gobierno de Perú. Por la presente se dispone como política oficial del gobierno garantizar, en todos los casos de divorcio o en procesos de tenencia entre los miembros de una relación consensual, en la medida en que resulte posible, que los niños/as disfruten del derecho a alcanzar una vida plena con el beneficio de la participación activa y constante de sus progenitores en su desarrollo.

En estos casos, el Estado debe promover que ambos progenitores compartan la tenencia de sus hijos, a través de una integración responsable en el proceso de educación, crianza, disciplina y cuidado. De esta manera, se evita que nuestros niños y niñas, por razón de la disolución de la relación de sus padres, se desarrollen en circunstancias menos ventajosas y beneficiosas.

Por lo tanto, se decreta que constituye política pública del Gobierno de Perú la promoción de la tenencia compartida y corresponsabilidad sobre los hijos; la

consideración de la misma como primera alternativa en los casos que se ajuste al mejor bienestar del menor; y el promover la participación activa de ambos progenitores en las actividades de los hijos, en el mayor grado posible.

Artículo 3.- Definición de Tenencia Compartida

Para los propósitos de esta Ley, tenencia compartida significa la obligación de ambos progenitores, padre y madre, de ejercer directa y totalmente todos los deberes y funciones que conlleva la crianza de los hijos, relacionándose con éstos el mayor tiempo posible y brindándoles la compañía y atención que se espera de un progenitor responsable.

La tenencia compartida no requiere que un menor tenga que pernoctar por igual espacio de tiempo en la residencia de ambos progenitores. No obstante, en el caso de que un menor solamente pernocte en el hogar de uno de los progenitores, se dará la tenencia compartida si el otro progenitor se relaciona de forma amplia y en el mayor grado posible con el menor y desempeña, responsablemente, todas las funciones que como progenitor le competen y la patria potestad le impone. De ninguna manera se entenderá que la adjudicación de la tenencia compartida significará la no imposición de una pensión alimentaria a favor de los menores. Tampoco significará, necesariamente, la disminución o aumento en la misma. La determinación correspondiente se hará caso a caso, conforme al proceso que establezca los alimentos para el menor en sede jurisdiccional.

Artículo 4.- Consideración de la Tenencia Compartida

En todos los casos de divorcio, separación o disolución de una relación consensual donde estén involucrados menores de edad, la tenencia compartida de los menores se aplicará cuando exista acuerdo entre los padres, considerando el juez si es beneficiosa a los mejores intereses del menor, salvo prueba en contrario. El Juez se asegurará, previo a solicitud de parte, que se cumplan con los planes establecidos para la tenencia compartida.

Artículo 5.- Acuerdos

Si las partes están de acuerdo en asumir la tenencia compartida procederán a someter un acuerdo por escrito al Juez correspondiente. En el caso de que ambos progenitores del menor estén de acuerdo con la tenencia compartida, y suscriban un acuerdo a tales efectos, el juez evaluará el pedido para su aprobación, luego de ponderar, dentro de su discreción, teniendo en cuenta el principio de interés superior del niño, deberá emitir sentencia donde se establezcan las condiciones de la tenencia compartida

Artículo 6.-Criterios a Considerarse en la Adjudicación de Tenencia

Al considerarse una solicitud de tenencia en la que surjan controversias entre los progenitores en cuanto a la misma, el Juez resolverá el caso con la ayuda de un equipo multidisciplinario, quien realizará una evaluación y rendirá un informe con recomendaciones al Juez. En esta evaluación se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) La salud mental de ambos progenitores, así como la del hijo(a) o hijos(as) cuya tenencia se va a otorgar.
- b) El nivel de responsabilidad o integridad moral exhibido por cada uno de los progenitores y si ha habido un historial de violencia doméstica entre los integrantes del núcleo familiar.
- c) La capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades afectivas, económicas y morales del menor, tanto presentes como futuras.
- d) El historial de cada progenitor en la relación con sus hijos, tanto antes del divorcio, separación o disolución de la relación consensual, como después del mismo.
- e) Las necesidades específicas de cada uno de los menores cuya tenencia está en controversia.
- f) La interrelación de cada menor, con sus progenitores, sus hermanos y demás miembros de la familia.

- g) Que la decisión no sea producto de la irreflexión o coacción.
- h) Si los progenitores poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad de criar los hijos conjuntamente.
- i) Los verdaderos motivos y objetivos por los cuales los progenitores han solicitado la patria potestad y tenencia compartida.
- j) Si la profesión, ocupación u oficio que realizan los progenitores impedirá que funcione el acuerdo efectivamente.
- k) Si la ubicación y distancia de ambos hogares perjudica la educación del menor.
- l) La comunicación que existe entre los progenitores y la capacidad para comunicarse mediante comunicación directa o utilizando mecanismos alternos.
- m) Cualquier otro criterio válido o pertinente que pueda considerarse para garantizar el mejor bienestar del menor.

Artículo 7.- Improcedencia de la tenencia compartida

La Tenencia Compartida no será considerada como Beneficiosa y Favorable para los menores en los siguientes casos:

- a) Cuando uno de los progenitores manifiesta que no le interesa tener la tenencia de los menores, a base de un plan de tenencia compartida. Se entenderá que la renuncia es a favor del otro progenitor.
- b) Si uno de los progenitores sufre de una incapacidad o deficiencia mental, según determinada por un profesional de la salud, y la misma es de naturaleza irreversible y de tal magnitud que le impide atender adecuadamente a los hijos/as y garantizar la seguridad e integridad física, mental, emocional y/o sexual de éstos.
- c) Cuando los actos u omisiones de uno de los progenitores resulten perjudicial a los hijos o constituya un patrón de ejemplos corruptores.
- d) Cuando uno de los progenitores o su cónyuge o compañero o compañera consensual haya sido condenado por delito doloso

- e) Cuando uno de los progenitores se encuentre cumpliendo pena privativa de la libertad.
- f) Cuando uno de los progenitores haya sido sentenciado por delito de violencia familiar.
- g) Cuando uno de los progenitores o su cónyuge o compañero o compañera consensual, si hubiera, sea adicto a drogas ilegales o alcohol.

CONCLUSIONES

- PRIMERA.-** Para la aplicación de la tenencia compartida en el Perú, se requiere de una norma específica que regule el procedimiento y las implicancias de esta, ya que con la actual disposición del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes se crea un vacío en la normatividad peruana que impide la adecuada ejecución de esta figura, que, traería beneficios para los menores quienes podrían desarrollarse adecuadamente al tener ambas figuras, paterna y materna, siendo responsabilidad del Estado a través del derecho regular esta situación jurídica.
- SEGUNDA.-** Al realizar una evaluación de los requisitos de la tenencia compartida en la legislación peruana (artículo 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes) no existen requisitos mínimos establecidos por la norma jurídica; sin embargo, el autor considera necesario establecer (mediante el proyecto de ley propuesto) que los requisitos estarían en función de la solicitud realizada por los padres y el informe del Equipo Multidisciplinario (ante la existencia de conflicto entre las propuestas de los progenitores).
- TERCERA. -** En cuanto a la procedencia de la tenencia compartida, nuevamente la norma analizada no establece un criterio sobre el particular; empero, se debe tener en cuenta que la tenencia compartida debe ser otorgada a los padres cuando se cumpla con los requisitos mínimos necesarios para un adecuado desarrollo del menor (vivienda, dedicación de los padres, distancia del hogar frente al centro educativo, etc.)
- CUARTA. -** En cuanto al procedimiento para la aplicación de la tenencia compartida se concluye que este debe de iniciarse con el acuerdo de

los progenitores, el mismo que debe plasmarse en un documento, el cual, al ser presentado ante el juez, deberá de ser sometido al exhaustivo análisis, teniendo como base al principio de interés superior del niño. De existir controversia entre los padres sobre las condiciones en las que se ejercerá la tenencia compartida el Juez, remitirá los actuados al Equipo Multidisciplinario quien evaluará la necesidad de aplicar la tenencia compartida según lo que favorezca al menor.

QUINTA. - La tenencia compartida en opinión del autor no afecta a las figuras e instituciones familiares, teniendo en cuenta que las bases doctrinarias que las sustentan buscan el mayor interés del menor, no encontrando contradicción con ninguna norma jurídica existente en el Perú.

SUGERENCIAS

- PRIMERA. -** Se sugiere crear un Equipo Multidisciplinario conformado por abogados, médicos, psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales que pertenezcan al Poder Judicial, los cuales deberán emitir informes cuando el juez lo requiera para dilucidar conflictos al momento de aplicar la tenencia compartida.
- SEGUNDA. -** Realizar programas de concientización en la población como parte de las políticas públicas del Gobierno para dar a conocer a la población los beneficios de la aplicación de la tenencia compartida, buscando que sean los padres quienes antes de entablar un juicio de tenencia pueda optar por llegar a un acuerdo donde el menor se encuentre a cargo de ambos padres.
- TERCERA. -** Realizar programas de capacitación a los jueces, fiscales y abogados del territorio nacional a cargo de las diversas sedes del Poder Judicial, Ministerio Público y los Colegios de Abogados del Perú, con el objeto de dar a conocer los lineamientos para establecer la tenencia compartida.
- CUARTA. -** Se recomienda promulgar el Proyecto de Ley propuesto con el fin de regular aspectos específicos de la tenencia compartida, lo que coadyuvará al ejercicio jurisdiccional de los jueces y que generará beneficios en los menores.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar Cuenca, J. M. (2005). *S.A.P. Síndrome de alienación parental - Hijos manipulados por un cónyuge para odiar a otro*. España: Editorial Almuzara.
2. Aguilar Cuenca, J. M. (2005). *S.A.P. Síndrome de alienación parental: Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. Madrid: Editorial Almuzara.
3. Aguilar Llanos, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*, 191-197.
4. Aquize Cáceres, R. (2014). *Matrimonio, Unión de Hecho y sus efectos*. Arequipa: Universidad Católica de Santa María.
5. Baldassarre, A. (2004). *Los derechos sociales*. Lima: Editorial Universidad Externado de Colombia.
6. Basadre, J. (1937). *Historia del Derecho peruano*. Lima: Biblioteca peruana de ciencias jurídicas y sociales.
7. Beltran Pacheco, J. (2009). El mejor padre son ambos padres. *Boletín de la Familia*, 53-65.
8. Beltrán Pacheco, P. (2009). El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? (F. d. Derecho-UNIFE, Ed.) *Boletín del Instituto de Familia*(Nº 11), 59-68.
9. Beltrán Pacheco, P. (2009). El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? *Boletín del Instituto de Familia - UNIFE*, 61-72.
10. Cabanellas, G. (s.f.). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (20 Edición ed., Vol. Tomo IV). Buenos Aires: Editorial Heliasta.
11. Camargo, S. (2010). Investigación y Derecho. *Verbas Iuris*, 59-75.
12. Cardona Llorens, J. (s.f.). El Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención. *Ararteko*, 1-18.
13. CDN, C. s. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.
14. CDN, Convención sobre los Derechos del Niño. (2013). *Observación General N° 14*. ONU.
15. Chávez Bustamante, A. S. (2012). Un reparto equitativo de la autoridad paternal. La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley 29269. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 124-128.
16. Chunga Lamonja, F. (2000). *Derecho de Menores*. Lima: Editorial Jurídica Grjley.

17. Código de los Derechos del Niño y Adolescente, D.L. N° 26102 (Gobierno del Perú 29 de diciembre de 1992).
18. *Compilaciones.com*. (s.f.). Recuperado el 18 de Noviembre de 2015, de <http://www.compilaciones.com/familia/definicion-familia.html>
19. Constitución Política del Perú (Gobierno del Perú 29 de diciembre de 1993).
20. Corral Talciani, H. (2005). *Derecho y Derechos de Familia*. Lima: Ed. Grijley.
21. Corral Talciani, H. (2005). *Derecho y Derechos de la Familia*.
22. De Campos, D. L. (2004). Eu-tu: o amor e a familia. En *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Sao Paulo: Editora Coimbra.
23. De Mendizabal Allende, R. (2012). *La Guerra de los Jueces*. Madrid: Dykinson
24. De Trazegnies Granda, F. (1990). La familia ¿Un espejismo jurídico? En F. De Trazegnies Granda, R. Rodríguez Iturri, C. Cardenas Quiros, & J. Alberto Garibaldi, *La Familia en el derecho peruano* (págs. 21-42). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
25. Derecho al Interés Superior del Niño, Observación N°14 (Comite de la Convención de los derechos del niño 2013).
26. Dias, M. B. (2007). *Manual de Derecho de Familia*. Sao Paulo: Editorial Dos Tribunales.
27. DRAE. (2001). *Diccionario de la Real Academia Española*. España: Editorial Espasa.
28. Elgueta, M. (2010). *La investigación en ciencias sociales y jurídicas*. Santiago de Chile: Centro de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho-Universidad de Chile.
29. Gallardo Echenique, E. (2017). *Metodología de la Investigación*. Huancayo: Fondo Editorial de la Universidad Continental.
30. Garcés Paz, H. (2000). *Investigación Científica*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
31. Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. México D.F.: Editorial McGraw-Hill.
32. Izcarra-Palacios, S. (2014). *Manual de Investigación cualitativa*. México D. F.: Editorial Fontamara S.A.
33. Lafaille, H. (1930). *Curso de Derecho Civil*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.

34. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, Ley 30466 (Congreso de la República del Perú 27 de mayo de 2016).
35. Lóbo, P. (2002). *Entidades Familiares Constitucionalizadas*. Porto Alegre: Editorial Sintese.
36. Lopez-Contreras, R. E. (2015). Interes Superior de los niños y niñas. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70.
37. Monroy Cabra, M. G. (2008). *Derecho de Familia y la Infancia y la Adolescencia*. Bogota: Editorial ABC.
38. Morandé Court, P. (1999). *Familia y sociedad: reflexiones sociológicas*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
39. Pavón, C. (1946). *Tratado de la familia en el derecho civil argentino*. Buenos Aires: Editorial Ideas.
40. Peralta Andía, J. R. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Editorial IDEMSA.
41. Pérez, M. (2006). Padres que asumen la custodia de sus hijos en ausencia de la figura materna. *Miradas y Retos*.
42. Placido, A. F. (2002). *Derecho de Familia, un Nuevo Enfoque de Estudio del Derecho de Familia*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.
43. Planiol, M. (1901). *Tratado elemental de Derecho Civil*. París.
44. Pous, M. (2006). Igualdad conyugal y custodia compartida en la Ley 15/2005. En *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola* (págs. 1743-1766). Barcelona.
45. Poussin, G., & Lammy, A. (2005). *Custodia Compartida: cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*. Madrid.
46. República, C. d. (2008). Segunda Legislatura Ordinaria 2007. *Area de Transcripciones*. Lima: Gobierno del Perú.
47. Rospigliosi, V. (2011). *Tratado de Derecho de Familia* (Vol. Volumen I). Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
48. Silva Santisteban, F. (1998). *Antropología: concepto y nociones generales*. Lima: Universidad de Lima.
49. Steffen, M. (2002). *Coparentalidad post-separación conyugal en un paradigma familiar de tuición compartida chileno*. Santiago de Chile: Orientación familiar, relaciones humanas y familia.

50. Tord Nicolini, J., & Lazo García, C. (1981). Econocimia y sociedad en el Peru colonial. En *Historia del Perú* (pág. 130 y ss). Lima: Editorial Juan Mejia Baca.
51. Vargas, J. (1988). *Matrimonio, familia y propiedad en el Imperio Incaico*. Lima: Ediciones Cultural Cuzco.
52. Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
53. Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia: La teoría jurídica e institucional de la familia*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
54. Witker, J. (2008). Hacia una investigación jurídica integrativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 944-945.
55. Yungano, A. (1981). *Curso de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
56. Yungano, A. (2001). *Derecho de Familia: Teoría y Práctica*. Editorial Macchi.
57. Zannoni, E. A. (2002). *Derecho Civil: Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

**ANEXOS
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA
ESCUELA DE POSGRADO
UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO**



**“ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA
EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, AREQUIPA, 2017”**

Proyecto de Tesis presentado por el Bachiller
JOSE CARLOS MANCHEGO CARNERO para
optar el Grado Académico de Maestro en
Ciencias: Derecho, con mención en Derecho Civil

AREQUIPA – PERÚ

2018

ÍNDICE

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	86
II. ANTECEDENTES SOBRE EL TEMA DE INVESTIGACIÓN.....	88
III. MATRIZ PARA LA INVESTIGACIÓN	90
IV. CONSIDERACIONES PARA EL MARCO CONCEPTUAL.....	93
V. ORIENTACIÓN PARA EL MARCO OPERATIVO	97
VI. ESQUEMA PARA LA INVESTIGACIÓN	99
VII. CRONOGRAMA	100
VIII. PRESUPUESTO PARA LA INVESTIGACIÓN	101
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	102

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

I.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Cuando una pareja se separa, por diversos motivos, los más perjudicados siempre serán los hijos, ello respondiendo al viejo adagio "los errores de los padres los pagan los hijos". Es así como nace la tenencia compartida, para poder reafirmar y forjar en muchos casos la relación de los menores con ambos progenitores. Sin embargo, existen aspectos positivos y negativos en la implementación de esta nueva figura de tenencia.

Pues bien, la pregunta que surge a raíz de este nuevo tema es ¿Estamos preparados en el país para la tenencia compartida?, la respuesta se dará a razón del nivel de preparación de cada familia y como estas pueden encajar en la figura misma.

Con la modificatoria, mediante la Ley N° 29269 que modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescente y que introduce la llamada Tenencia Compartida se pretende construir una regulación legal sobre la base general de la realidad social de las partes en un proceso, sin embargo, la tenencia compartida se debe considerar en el supuesto en donde se pueda entender adecuado según el contexto familiar de cada caso en concreto, ya sea consensuada o estimada por el Juzgador, ateniendo a las circunstancias más adecuadas para los niños y adolescentes y que favorezca sus intereses. No obstante, hay que tener presente que sobre la norma se debe trabajar principalmente en la oportunidad que brinden los progenitores para que esta institución se desarrolle puesto que ellos son quienes, en principio, están en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen convenio y qué es lo más beneficioso para sus hijos a efectos de poder vincularse con ellos de la manera más conveniente para ellos.

I.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

“ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, AREQUIPA, 2017”

I.3. ÁREA DEL CONOCIMIENTO

El problema de investigación se encuentra ubicado en:

- a) Campo : Ciencias Jurídicas.
- b) Área : Derecho Civil.
- c) Línea : Derecho de Familia.
- d) Tipo : Descriptiva y explicativa

II. ANTECEDENTES SOBRE EL TEMA DE INVESTIGACIÓN

Sobre "ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, AREQUIPA, 2017", se realizó la búsqueda de tesis en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI, encontrando algunas investigaciones sobre la tenencia compartida; sin embargo, estas no han analizado los ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN de esta figura, empero para fines académicos debemos listar las siguientes:

- *Criterios que determinan la tenencia compartida en el Juzgado de Familia - Chimbote - 2017: Interés Superior del Niño (2017)*, presentada por Luis Enrique Chávez Burgos, para optar el Título Profesional de Abogado ante la Universidad Cesar Vallejo, donde se concluyó que la tenencia compartida es una opción la cual tiene buenos resultados, siempre y cuando los padres estén de acuerdo y manifiesten su voluntad mediante acuerdos, siempre teniendo en cuenta la protección del interés superior del niño, pues si no, ya no se estaría percibiendo los buenos resultados y todo cambiaría a consecuencias que afectaría directamente al niño.
- *La regulación de la tenencia en los juzgados de familia del distrito de Santa Anita, 2017 (2017)*, presentada por Yanina Rosmery Condezo Apestegui, para optar el Título Profesional de Abogado ante la Universidad Cesar Vallejo, donde su conclusión arroja que la importancia de la regulación de la tenencia en los Juzgados de Familia del Distrito de Santa Anita es de 83,33%, desde la perspectiva de los abogados litigantes, para que de esta forma se pueda disminuir el estado de desprotección de los niños y adolescentes.
- *Modificación del Artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes para establecer en él la tenencia compartida como un sistema legal en el distrito judicial de Lambayeque, Período 2012-2013 (2016)*, presentada por Ely Hiyane Baldera Llauce y Carmen Sarita Elizabeth Torres Vilcherrez ante la Universidad Señor de Sipán, para optar el título profesional de abogadas; donde señalaban

que nuestra legislación no estipula a la tenencia compartida en nuestra normatividad por lo que genera consecuencias negativas al romper su relación con el otro progenitor, ya que ellos siempre suele quedarse bajo el cuidado de la madre limitando al padre a gozar de un régimen de visitas y abonar una pensión de alimentos en favor del menor, restringiendo la relación con el padre.

III. MATRIZ PARA LA INVESTIGACIÓN

III.1. ANÁLISIS DE VARIABLES

VARIABLE	INDICADORES	SUBINDICADORES
VARIABLE ÚNICA: Tenencia Compartida	Procedencia	- Procedencia - Improcedencia
	Requisitos	- Del Hogar - De los padres - Del menor
	Procedimiento	- Solicitud - Valoración - Ejecución

III.2. INTERROGANTES BÁSICAS

III.2.1. INTERROGANTE PRINCIPAL

¿Cuáles son las implicancias jurídicas de la aplicación de la tenencia compartida en la legislación peruana?

III.2.2. INTERROGANTES SECUNDARIAS

- ¿Cuáles son los requisitos de la tenencia compartida en la legislación peruana?
- ¿Cuál es la procedencia de la tenencia compartida en la legislación peruana?
- ¿Cómo se realiza el procedimiento para solicitar la tenencia compartida en la legislación peruana?
- ¿Cómo afecta la aplicación de la tenencia compartida a las figuras jurídicas vigentes en la legislación peruana?

III.3. OBJETIVOS

III.3.1. OBJETIVO PRINCIPAL

Precisar las implicancias jurídicas de la aplicación de la tenencia compartida en la legislación peruana.

III.3.2. OBJETIVOS SECUNDARIOS

- Evaluar los requisitos de la tenencia compartida en la legislación peruana.
- Verificar la procedencia de la tenencia compartida en la legislación peruana.
- Establecer el procedimiento para solicitar la tenencia compartida en la legislación peruana.
- Analizar si la aplicación de la tenencia compartida a las figuras jurídicas vigentes en la legislación peruana.

III.4. HIPÓTESIS

Dado que, la incorporación de la figura de la tenencia compartida es relativamente moderna en la legislación del país, y que esta incorporación se encuentra limitada a una denominación en el Código de los Derechos del Niño y Adolescente, donde se menciona la posibilidad de una petición para la tenencia compartida. Es probable que, no se haya regulado correctamente la procedencia, requisitos y procedimiento de la figura de tenencia compartida en la Legislación Peruana, generando implicancias jurídicas negativas que ocasionan un sentimiento de inseguridad jurídica.

III.5. JUSTIFICACIÓN

La familia, al ser la célula básica de la sociedad, se debe de conservar en un estado de armonía, donde todos sus miembros se relacionen sanamente entre cada uno de ellos, logrando el desarrollo equilibrado de cada uno de los miembros; cuando una familia se ha fragmentado por diversos motivos, se debe buscar que los

miembros más frágiles, los niños, se desenvuelvan en un ambiente prospero, en compañía de ambos progenitores, siempre y cuando este ambiente le sea favorable, de allí, que la tenencia compartida es sumamente importante, por lo que, al regularse efectivamente la tenencia compartida, se podrá tener mayores beneficios para la sociedad.

La importancia jurídica del presente tema radica en que, a la fecha existe contradicción entre lo estipulado por el Código Procesal Civil y Código de los Niños y Adolescentes con el Código Civil, por lo que, se debe de establecer lineamientos jurídicos que delimiten la procedencia, los requisitos, y procedimiento de la tenencia compartida, ello, con el objeto de que la figura trabaje con eficiencia y logre resultados óptimos.

IV. CONSIDERACIONES PARA EL MARCO CONCEPTUAL

En el Marco Teórico a desarrollar en la tesis debemos tomar en cuenta todos aquellos conceptos que se encuentren relacionados con la aplicación de la tenencia compartida:

IV.1. TENENCIA

El artículo 6 de la constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica el efectivo ejercicio de los deberes y derechos que sean inherentes a la patria potestad de los padres para con los hijos; dentro de esta, tenemos el derecho que los padres tiene de vivir y convivir con sus hijos, y a su vez, el derecho de los hijos de vivir en un ambiente familiar.

Las responsabilidades y derechos que asumen los progenitores son muchas y variadas y van desde brindarles atención, cuidado, educación, alimentación, salud, recreación, vivir con los hijos o visitarlos, darles buenos ejemplos, corregirlos, hasta recibir ayuda de ellos, entre otros. En términos legales, a todo este conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos reconocidos por nuestro Código Civil y Código de Niños y Adolescentes se le ha denominado patria potestad y en otros países se le denomina responsabilidad parental.

La Tenencia es la responsabilidad que asume uno de los padres de la niña, niño o adolescente, de velar por su desarrollo integral cuando se encuentren separados de hecho. La madre o el padre que entregue en tenencia a su hijo o hija no pierden la patria potestad.

Tal responsabilidad se asume a través del reconocimiento judicial del derecho de tenencia y tenencia de un hijo. Procede en caso de que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro a un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de éste.

IV.2. TENENCIA COMPARTIDA

Como mencionamos anteriormente, uno de los derechos de los padres es vivir con los hijos y asumir su cuidado, y ello es lo que se ha denominado tenencia. Y a los padres que no viven con los hijos, se les otorga un régimen de visitas. Pero ¿qué entendemos por tenencia compartida? ¿Es un régimen de visitas amplio o debe ser entendido como responsabilidad parental conjunta o coparentalidad?

La tenencia compartida, en un sentido genérico, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad paterna, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. (Aguilar Cuenca, S.A.P. Síndrome de alienación parental - Hijos manipulados por un cónyuge para odiar a otro, 2005, pág. 23)

Empero, muchos confunden el término "tenencia compartida", con "coparentalidad", siendo la segunda una nueva forma de entender las relaciones familiares, para de esta manera lograr la unión de la familia; esta coparentalidad ha surgido de la nueva realidad familiar, donde no solo el padre es el sostén económico del hogar, siendo hoy por la madre, muchas veces el segundo o inclusive el único sostén del hogar, por lo que la labor de crianza de los menores recae en ambos progenitores, teniendo estos que establecer normas mínimas y comunes para una adecuada evolución de los hijos.

Generalmente es la madre quien se queda con la tenencia de los hijos, y también con todas las responsabilidades que las tareas de crianza implican. Los "alimentos" en breve resultan insuficientes y la madre comienza a alienarse tratando de generar ingresos y de criar a la vez, volcando su ira contra su excónyuge, alimentando culpas con los hijos y postergando su propia vida afectiva y personal.

La tenencia compartida, para situaciones como la descrita, se presenta como una opción superadora que permite que el padre pueda seguir criando a los hijos pese al divorcio; que la madre tenga el "confort psicológico" de no asumir sola

todas las responsabilidades de la crianza, y que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres en su rol de criador activo.

La tenencia compartida tiene dos aspectos:

- La tenencia legal conjunta. Los padres compartirán las decisiones, responsabilidades y autoridad de las cuestiones relacionadas con el hijo.
- La tenencia física conjunta. Los padres han de compartir el tiempo de residencia del niño en periodos mayores a los de un régimen de visitas convencional. (Beltrán Pacheco, El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú?, 2009, pág. 61)

IV.3. FAMILIA

Según una teoría, la palabra "familia" provendría del sánscrito: de los vocablos *da (asentar)* y *dhaman (asiento, morada, casa)*. (Corral Talciani H. , 2005) De acuerdo a esta posición, "familia", designa una casa doméstica y en sentido más restrictivo, los bienes pertenecientes a dicha casa.

Una segunda teoría señala que, el termino familia tendría su origen en la lengua osca, del vocablo *famel* o *fames*, que quiere decir "*hambre*"; situación que hace alusión a que las personas que viven en el seno familiar satisfacen sus necesidades primarias mutuamente.

Algunos autores, además, mencionan que la palabra familia tiene relación con el vocablo *famulus* y el verbo *faamat*, que significa habitar. Por lo tanto, familia significaría, el hogar comprendido por la mujer, hijos y esclavos domésticos.

Díaz de Guijarro (Cabanellas) indica que, al hablar de Familia se está ante una institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.

Este concepto brindado por el ya mencionado tratadista es refutable, puesto que el vínculo de intersexualidad no es necesario, ya que existen matrimonios no consumados, perfectos como tales, aunque con la posibilidad de una futura

anulación; asimismo, existe la filiación por adopción que desbarataría el concepto de Díaz de Guijarro.

La Familia es una categoría histórica, su vida y sus formas están condicionadas por el régimen económico social imperante y por el carácter de las relaciones sociales en su conjunto.

Es así como, el concepto de familia ha de ser aquel grupo de personas que viven bajo un mismo techo. (Morandé Court, 1999) Debe de tenerse en cuenta que el dato primario para definir a la familia es la compleja interrelación de consanguinidad, filiación y alianza conyugal que confiere una organización social y cultural a los hechos naturales y propios de la existencia de cada individuo de la especie; y, en segundo lugar, la familia se torna en un modo de sobrevivencia, formando un hogar.

V. ORIENTACIÓN PARA EL MARCO OPERATIVO

V.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

VARIABLE	INDICADORES	SUBINDICADORES	TÉCNICA	INSTRUMENTO
VARIABLE ÚNICA: Tenencia Compartida	Procedencia	- Procedencia - Improcedencia	Observación Documental	Ficha de Observación Documental
	Requisitos	- Del Hogar - De los padres - Del menor		
	Procedimiento	- Solicitud - Valoración - Ejecución		

V.2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

V.2.1. UBICACIÓN ESPACIAL

El estudio se realizará en el ámbito de las Leyes Dictadas dentro del Cuerpo Normativo del País.

V.2.2. UBICACIÓN TEMPORAL

La investigación se realizará durante el periodo 2017.

V.2.3. UNIDADES DE ESTUDIO

Las Unidades de estudio están constituidas por las Leyes Dictadas dentro del Cuerpo Normativo del País; ahondando Constitución Política del Perú, Código Civil, Código Procesal Civil y Código de los Niños y Adolescentes.

V.3. ESTRATEGIAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para efectos de la recolección de datos, se realizará un análisis documental de diversas normas jurídicas vigentes. La duración del estudio en su totalidad está prevista para 2 meses y la recolección de datos 1 mes aproximadamente.

Los instrumentos a utilizar serán las fichas documentales, las mismas que serán previamente validadas antes de su puesta en uso. Una vez realizada la recolección de datos, la información será analizada e interpretada para poder llegar a las conclusiones.

VI. ESQUEMA PARA LA INVESTIGACIÓN

El Esquema para el desarrollo de la investigación a realizar seguirá tentativamente la siguiente estructura; dejando expresamente claro que este se encuentra sujeto a modificación para un mejor perfeccionamiento de este:

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

ÍNDICE

LISTA DE TABLAS

LISTA DE FIGURAS

CAPÍTULO I METÓDICA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.
2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA
 - 2.1. Problema General.
 - 2.2. Problemas Específicos.
3. TIPO, NIVEL Y MÉTODO DE INVESTIGACIÓN
4. TRASCENDENCIA TEÓRICA, TÉCNICA Y ACADÉMICA.
5. ANTECEDENTES INMEDIATOS.
6. INTERROGANTES DE LA INVESTIGACIÓN
 - 6.1. Interrogante General
 - 6.2. Interrogante Específicas
7. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN
 - 7.1. Objetivo General
 - 7.2. Objetivo Específicas
8. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES
9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

CAPÍTULO III REFERENCIAS TEÓRICAS

1. LA TENENCIA
2. LA TENENCIA COMPARTIDA
 - 2.1. POSICIONES A FAVOR
 - 2.2. POSICIONES EN CONTRA

CAPÍTULO IV VALORACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO VI PROPUESTA DE SOLUCIÓN

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

ANEXOS

Nota. Tiene carácter tentativo pues es provisional y reajutable.

VII. CRONOGRAMA

Nº	ACTIVIDADES	MES 1				MES 2				MES 3			
		S1	S2	S3	S4	S1	S2	S3	S4	S1	S2	S3	S4
1	Elaboración del Proyecto de Investigación	X	X	X									
2	Presentación del Proyecto de Investigación				X								
3	Aprobación del Proyecto de Investigación					X							
4	Construcción del Marco teórico				X	X							
5	Diseño de la metodología de investigación				X	X							
6	Elaboración de instrumentos de investigación						X						
7	Acopio y sistematización de la información						X	X	X				
8	Análisis e interpretación de resultados						X	X	X				
9	Proceso de reconstrucción y plan de mejora							X	X	X	X		
10	Redacción del informe final								X	X	X	X	
11	Presentación de la tesis para la titulación											X	X

VIII. PRESUPUESTO PARA LA INVESTIGACIÓN

Nº	RECURSOS	COSTO EN S/.
1	Materiales de escritorio	75,00
2	Asesoría	1600,00
3	Trabajo de campo	1700,00
4	Impresión del informe final	150,00
5	Revisión de estilo y diagramación	150,00
6	Empaste de ejemplares	150,00
7	Pasajes y alimentación	100,00
8	Otros gastos	80,00
	TOTAL:	S/. 4000,00

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Cuenca, J. M. (2005). S.A.P. Síndrome de alienación parental - Hijos manipulados por un cónyuge para odiar a otro. España: Editorial Almuzara.
- Beltrán Pacheco, P. (2009). El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? Boletín del Instituto de Familia - UNIFE, 61-72.
- Cabanellas, G. (s.f.). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (20 Edición ed., Vol. Tomo IV). Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- CDN, C. s. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- Código de los Derechos del Niño y Adolescente, D.L. N° 26102 (Gobierno del Perú 29 de diciembre de 1992).
- Corral Talciani, H. (2005). Derecho y Derechos de la Familia.
- Derecho al Interés Superior del Niño, Observación N°14 (Comité de la Convención de los derechos del niño 2013).
- Gallardo Echenique, E. (2017). Metodología de la Investigación. Huancayo: Fondo Editorial de la Universidad Continental.
- HernandezSampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). Metodología de la Investigación. México D.F.: Editorial McGraw-Hill.
- MorandéCourt, P. (1999). Familia y sociedad: reflexiones sociológicas. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

ANEXOS

Fichas de Observación Documental:

FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL (Documentos Doctrinales)	
Autor (es)	: _____
DATOS DEL LIBRO	
Título	: _____
Edición	: _____
Editorial	: _____
Año	: _____
Página	: _____
CONTENIDO:	

FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL (Documentos Jurídicos)	
Tipo de Normativa:	Constitución () Ley () Código () Reglamento ()
Artículo(s)	: _____

Artículo(s)	: _____

