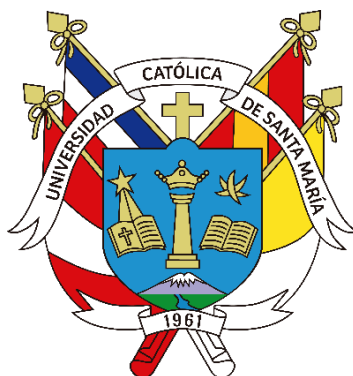


Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**La tenencia compartida y la consideración de los derechos e intereses del
hijo menor de edad en los procesos de conciliación extrajudicial familiar en
Arequipa, 2023.**

Tesis presentada por Bachiller:

Valdivia Barreda, Daniela Alexandra

ORCID: 0009-0009-7441-4779

para optar el Título Profesional de Abogada

Asesora:

Dra. Reyes Loaiza, Katia Scarlet

ORCID: 0000-0002-2366-1958

Arequipa - Perú

2026

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DERECHO

TITULACIÓN CON TESIS

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 04 de Diciembre del 2025

Dictamen: 012871-C-EPDD-2025

Visto el borrador del expediente 012871, presentado por:

2018244742 - VALDIVIA BARREDA DANIELA ALEXANDRA

Titulado:

**LA TENENCIA COMPARTIDA Y LA CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES DEL HIJO
MENOR DE EDAD EN LOS PROCESOS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL FAMILIAR EN
AREQUIPA, 2023.**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

Título Profesional/Título de Segunda Especialidad/Grado Académico a optar:

ABOGADO

**29663122 - AMADO MENDOZA ANA MARIA
DICTAMINADOR**



**46193554 - PARADA GONZALES JOSE LUIS
DICTAMINADOR**



**71343303 - CAMARGO RIEGA ALBERTO VITTORIO
DICTAMINADOR**



LA TENENCIA COMPARTIDA Y LA CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES DEL HIJO MENOR DE EDAD EN LOS PROCESOS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL FAMILIAR EN AREQUIPA, 2023.

INFORME DE ORIGINALIDAD

2%

INDICE DE SIMILITUD

3%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

1%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

qdoc.tips

Fuente de Internet

1%

2

Submitted to Universidad Católica de Santa María

Trabajo del estudiante

1%

3

diposit.ub.edu

Fuente de Internet

1%

Excluir citas

Apagado

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

Apagado

DEDICATORIA

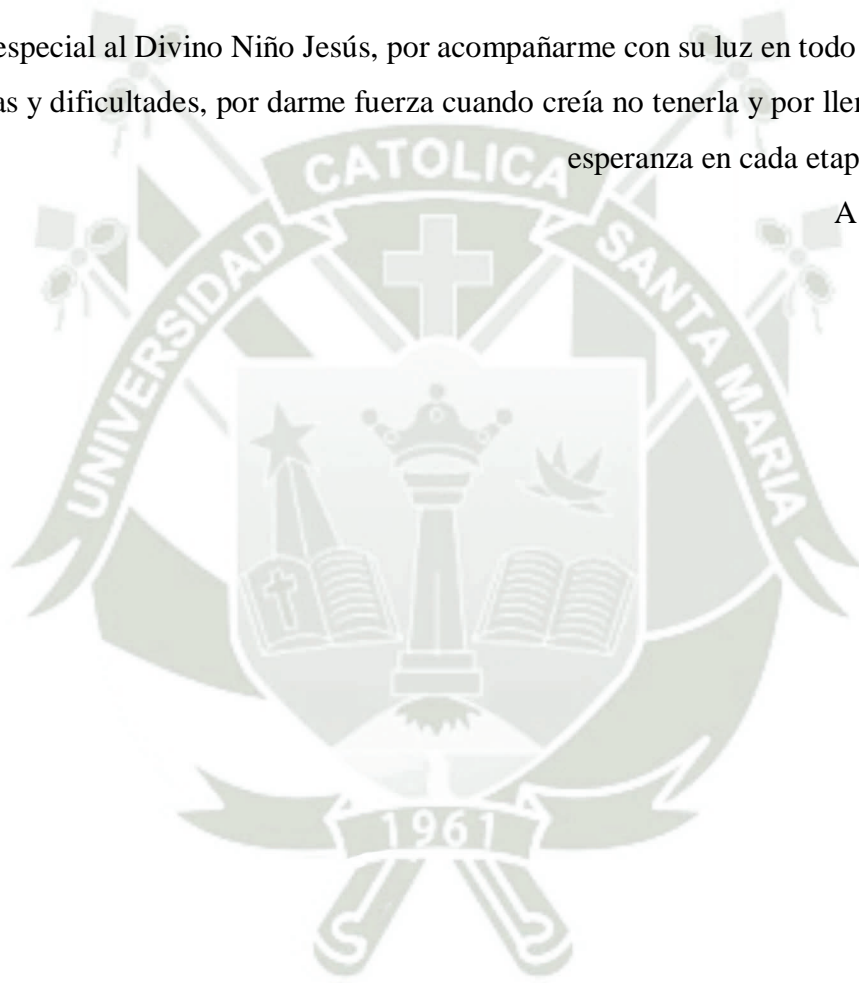
Este trabajo de investigación lo dedico a mi amada familia, por ser el pilar más fuerte en cada paso que doy por ser el apoyo incondicional durante el camino que recorriendo.

Gracias por su amor, por su paciencia, sus palabras de aliento y por creer siempre en mí.

Este logro es tan suyo como mío.

Y en especial al Divino Niño Jesús, por acompañarme con su luz en todo momento, en mis alegrías y dificultades, por darme fuerza cuando creía no tenerla y por llenar mi corazón de esperanza en cada etapa de este proceso.

A Él, toda la gloria.



AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis queridos abuelitos y a mi mamá, por todo el apoyo incondicional, por ser grandes ejemplos de sabiduría, perseverancia, por sus sabios consejos y ser un ejemplo a seguir, ya que siempre han sido mi guía en mi formación tanto como ser humano y ahora como profesional.

Gracias por confiar en mí, por darme todo su amor, su paciencia y su apoyo constante. Este logro obtenido también les pertenece, ya que sin su apoyo no hubiese sido posible.



RESUMEN

La investigación desarrollada presentó como objetivo el determinar si la Ley N.º 31590, que regula la tenencia compartida como opción preferente para la resolución de conflictos de tenencia considera la adecuada protección de los derechos e intereses del menor en los procesos de conciliación extrajudicial de tenencia compartida en Arequipa, durante el año 2023.

En ese sentido, su desarrollo se caracterizó (a nivel metodológico) por ser de enfoque cualitativo, de tipo básico, de orden descriptivo-explicativo y con diseño no experimental, la cual, mediante el uso de los métodos dogmático, fenomenológico, funcional y hermenéutico, permitió la revisión y estudio de los principales aportes teóricos, doctrinarios, legales y jurisprudenciales existentes acerca del problema de investigación, así como el análisis de actas de conciliación extrajudicial sobre tenencia y entrevistas realizadas a conciliadores extrajudiciales especializados en asuntos de carácter familiar.

De la revisión de actas de conciliación se halló que, aunque la normativa nacional e internacional reconoce el derecho del niño y adolescente a expresar su opinión en asuntos que los afectan, este derecho no se aplica efectivamente en la conciliación extrajudicial de tenencia, debido a la ausencia de mecanismos legales y técnicos que garanticen su participación y al predominio de una lógica adulto céntrica. Existen deficiencias estructurales que reducen y distorsionan la figura de la tenencia compartida, aplicándola muchas veces de manera formal o instrumental. Ello se complementa con la visión de los conciliadores entrevistados, quienes reconocen limitaciones significativas para aplicar el principio del interés superior del niño por falta de recursos y lineamientos claros, lo que impide que este principio se materialice en los acuerdos de tenencia.

Todo ello permitió arribar a la conclusión de que la Ley N.º 31590, tal como se aplica actualmente en los procesos de conciliación extrajudicial, no garantiza adecuadamente la protección de los derechos e intereses del menor. La conciliación, lejos de constituir un espacio efectivo para asegurar el cumplimiento del interés superior del niño, se desarrolla en condiciones técnicas y jurídicas que invisibilizan su voz, privilegian la voluntad adulta y carecen de mecanismos de evaluación especializados. En consecuencia, la norma se encuentra desalineada con su propósito garantista cuando se traslada al ámbito extrajudicial, y ello demanda reformas urgentes tanto en su regulación como en su aplicación operativa.

Palabras clave: Conciliación extrajudicial, tenencia, interés superior del niño.

ABSTRACT

The research conducted aimed to determine whether Law No. 31590, which regulates shared custody as a preferred option for resolving custody disputes, adequately ensures the protection of the rights and interests of minors in out-of-court shared custody conciliation processes in Arequipa during 2023.

In this regard, its development was characterized (at the methodological level) by a qualitative approach, basic type, descriptive-explanatory in nature, and a non-experimental design. Through the use of dogmatic, phenomenological, functional, and hermeneutical methods, it allowed for the review and study of the main theoretical, doctrinal, legal, and jurisprudential contributions related to the research problem, as well as the analysis of out-of-court custody conciliation records and interviews conducted with conciliators specialized in family matters.

From the review of conciliation records, it was found that, although national and international regulations recognize the right of children and adolescents to express their opinions on matters that affect them, this right is not effectively applied in out-of-court custody conciliation due to the absence of legal and technical mechanisms that guarantee their participation and the predominance of an adult-centered perspective. There are structural deficiencies that reduce and distort the concept of shared custody, which is often applied in a formalistic or instrumental manner. This finding aligns with the views of the interviewed conciliators, who acknowledged significant limitations in applying the principle of the best interests of the child due to a lack of resources and clear guidelines, preventing this principle from being effectively reflected in custody agreements.

All of this led to the conclusion that Law No. 31590, as it is currently applied in out-of-court conciliation processes, does not adequately guarantee the protection of minors' rights and interests. Rather than serving as an effective space to ensure compliance with the best interests of the child, conciliation takes place under technical and legal conditions that silence the child's voice, prioritize adult will, and lack specialized evaluation mechanisms. Consequently, the regulation becomes misaligned with its protective intent when applied in the out-of-court context, highlighting the urgent need for reforms both in its regulation and in its practical implementation.

Keywords: Out-of-court conciliation, custody, best interests of the child.

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 3

1. Planteamiento del problema 4

1.1. Descripción del problema 4

1.2. Objetivos 5

1.2.1. Objetivo general 5

1.2.2. Objetivos específicos 5

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO 6

2. Marco teórico 7

2.1. Estado del arte 7

2.2. Marco conceptual 9

2.2.1. Patria potestad 9

2.2.1.1. Características 13

2.2.1.2. Deberes y derechos en la patria potestad 13

2.2.1.3. Pérdida, privación, suspensión y extinción de la patria potestad 14

2.2.2. Relación paterno filial 16

2.2.2.1. La relación entre la patria potestad y la tenencia 17

2.2.3. Tenencia 18

2.2.3.1. Tipos de tenencia 19

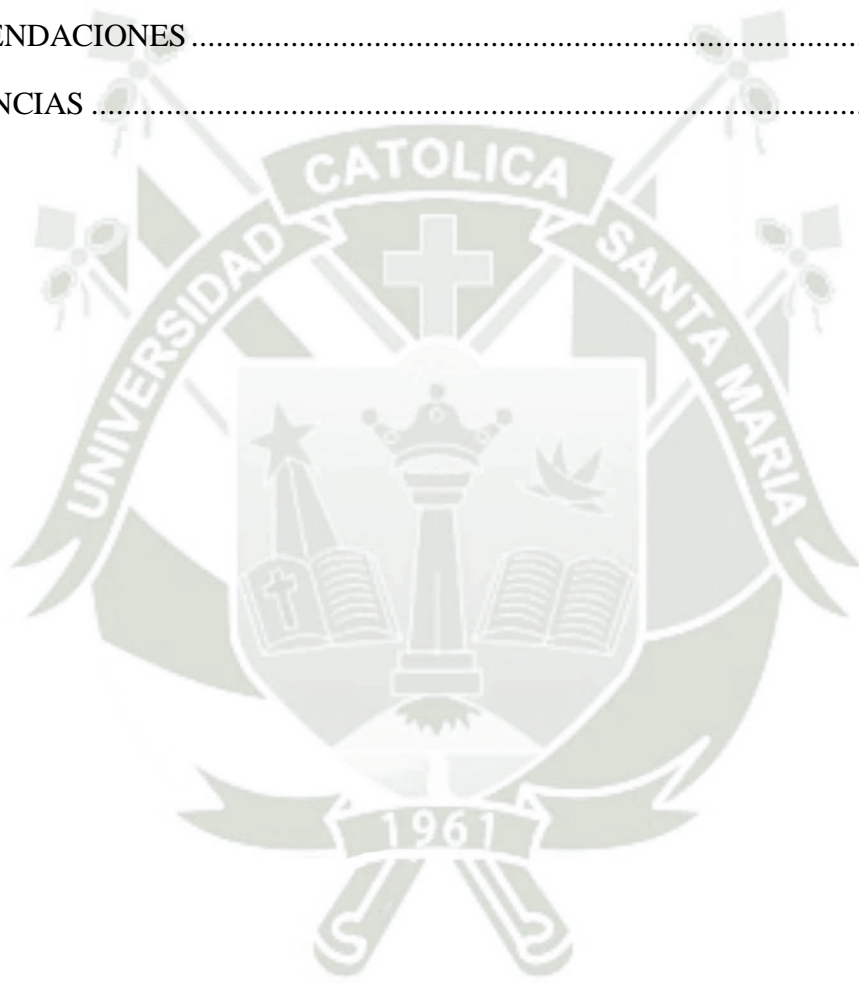
2.2.3.1.1. Tenencia en función al ejercicio 20

2.2.3.1.2. La tenencia en función al tiempo de ejercicio 22

2.2.4. Sujetos de la tenencia 25

2.2.5. Tenencia compartida	25
2.2.5.1. Fundamentos	26
2.2.5.2. Beneficios.....	27
2.2.5.3. Desventajas.....	28
2.2.5.4. La tenencia compartida en el Perú.....	29
2.2.5.5. La tenencia compartida en el derecho comparado.....	32
2.2.6. Interés superior del niño.....	33
2.2.6.1. Marco legal del Interés Superior del Niño en el Perú.....	36
2.2.6.2. El interés superior del niño y su consideración en la tenencia.....	36
2.2.7. Conciliación extrajudicial	38
2.2.7.1. Principios que rigen a la conciliación	41
2.2.7.2. Marco Legal vigente	41
2.2.8. La conciliación extrajudicial en familia.....	42
CAPÍTULO III MARCO METODOLÓGICO.....	44
3. Marco metodológico	45
3.1. Enfoque de investigación.....	45
3.2. Tipo de investigación.....	45
3.3. Nivel de investigación	45
3.4. Diseño de investigación.....	45
3.5. Método de investigación.....	45
3.6. Técnicas e instrumentos.....	46
3.7. Población	46
3.8. Muestra	47
3.9. Técnica de muestreo	48
CAPÍTULO IV PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	49
4. Presentación, análisis y discusión de resultados.....	50
4.1. Precisar si la opinión del niño(a) o adolescente debe tomarse en cuenta	50

4.2. Identificar las principales deficiencias en la implementación de la Ley 31590.....	56
4.3. Evaluar la percepción y las prácticas de los conciliadores en Arequipa.....	59
4.3.1. Análisis de entrevistas.....	59
4.3.2. Discusión de resultados.....	60
4.4. Sobre el objetivo principal de la investigación	66
CONCLUSIONES	69
RECOMENDACIONES	70
REFERENCIAS	71



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 Síntesis de las posturas recabadas por los entrevistados	59
---	----



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Actas de conciliación analizadas	47
Tabla 2 Profesionales entrevistados	47



ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo A <i>Instrumentos: Guía de entrevista</i>	78
Anexo B <i>Análisis de Actas de Conciliación: Acta 01</i>	80
Anexo C <i>Análisis de Actas de Conciliación: Acta 02</i>	81
Anexo D <i>Análisis de Actas de Conciliación: Acta 03</i>	83
Anexo E <i>Análisis de Actas de Conciliación: Acta 04</i>	84
Anexo F <i>Solicitud de acceso a la información al Centro de Conciliación del Colegio de Abogados de Arequipa</i>	85



INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el ordenamiento jurídico peruano ha experimentado reformas sustanciales en materia de familia, orientadas a fortalecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes en contextos de separación parental. Entre dichas reformas destaca la promulgación de la Ley N.º 31590, que establece la tenencia compartida como opción preferente para resolver conflictos de tenencia, incluso en sede de conciliación extrajudicial. Esta norma parte de un objetivo legítimo: promover la corresponsabilidad de ambos progenitores en la crianza y garantizar la continuidad de los vínculos afectivos con el menor, sin embargo, su implementación práctica ha generado diversas interrogantes sobre su verdadera eficacia para proteger el interés superior del niño, especialmente en escenarios donde el control institucional es limitado.

Dicho problema y sus alcances, es el que motiva la realización de esta investigación, la cual tiene como objetivo principal el determinar si la Ley N.º 31590, que regula la tenencia compartida como opción preferente para la resolución de conflictos de tenencia considera la adecuada protección de los derechos e intereses del menor en los procesos de conciliación extrajudicial de tenencia compartida en Arequipa, durante el año 2023. De la misma manera, como objetivos específicos se plantean: i) Precisar si la opinión del niño(a) o adolescente debe tomarse en cuenta en procesos de conciliación extrajudicial de tenencia y afines, ii) Identificar las principales deficiencias en la implementación de la Ley 31590 en los procesos de conciliación extrajudicial, y iii) Evaluar la percepción y las prácticas de los conciliadores en Arequipa respecto a la consideración del interés superior del niño en los acuerdos de tenencia compartida.

En ese sentido, su desarrollo se caracterizó (a nivel metodológico) por ser de enfoque cualitativo, de tipo básico, de orden descriptivo-explicativo y con diseño no experimental, la cual, mediante el uso de los métodos dogmático, fenomenológico, funcional y hermenéutico, permitió la revisión y estudio de los principales aportes teóricos, doctrinarios, legales y jurisprudenciales existentes acerca del problema de investigación, así como el análisis de actas de conciliación extrajudicial sobre tenencia y entrevistas realizadas a conciliadores extrajudiciales especializados en asuntos de carácter familiar.

Siendo así, el primer capítulo trata acerca del planteamiento del problema, en el que se desarrolla de forma más precisa y extensa los alcances y la descripción del problema, así como los objetivos de investigación y la hipótesis.

Luego, el segundo capítulo hace un repaso de los alcances teóricos relacionados con las figuras e instituciones que son materia de estudio. Primero, se hizo una revisión del estado del arte, el cual comprende aquellas investigaciones desarrolladas previamente a esta y cuyo aporte radica en que permiten delimitar el estado del conocimiento sobre el tema, así como permitir el análisis de las posturas arribadas en estas. Luego, se hizo una revisión de las bases teóricas, legales y jurisprudenciales sobre el tema, lo cual comprende: la patria potestad y sus alcances dogmático-jurídicos, la tenencia, sus alcances y tipos; la tenencia compartida, sus principales fundamentos y aplicaciones a nivel nacional e internacional; el interés superior del niño, su marco legal y aplicación y, finalmente, la conciliación extrajudicial en materia familiar, sus principios, fundamentos y marco normativo que la regula.

El tercer capítulo, por su parte, desarrolla específicamente los aspectos de orden metodológico que caracterizan a esta investigación, lo que comprende su enfoque, nivel, tipo, diseño, métodos, técnicas e instrumentos de investigación, así como la determinación de la muestra que ha sido objeto de estudio.

El cuarto capítulo comprende la presentación, análisis, contraste y discusión de los hallazgos derivados de la revisión de actas de conciliación y realización de entrevistas a conciliadores extrajudiciales especializados en asuntos de carácter familiar, lo cual permitió, finalmente, comprobar la hipótesis, alcanzar los objetivos propuestos y formular las conclusiones y recomendaciones respectivas, mismas que se consideran como el aporte derivado de esta investigación al conocimiento sobre un tema tan vital e importante como la conciliación extrajudicial en materia familiar y la consideración de los intereses y derechos de los menores de edad en ese ámbito.



CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Planteamiento del problema

1.1. Descripción del problema

La ley N° 31590, publicada en octubre de 2022, tuvo como finalidad la regulación de la tenencia compartida en el ordenamiento jurídico peruano. Esta norma modifica el Código de los Niños y Adolescentes, entre otros, el artículo 81, señalando ahora que

Quando los padres estén separados de hecho, la tenencia (...) es asumida por ambos padres, **excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor**. Los padres en común acuerdo y **tomando en cuenta el parecer del niño (...)** determinarán la forma de tenencia compartida (...) se formalizará con una **conciliación extrajudicial (...)** (Ley N.º 31590, 2022) (resaltado nuestro).

Si analizamos esta norma, nos damos cuenta de que la ley señala tres presupuestos esenciales sobre los cuales radicará la elección de la tenencia compartida: 1) Que no perjudique al menor; 2) Que se tome en cuenta el parecer del niño; y 3) La formalización de esta voluntad a través de una conciliación extrajudicial.

Ahora, si bien es cierto que la norma tiene un espíritu positivo, esta no se puede materializar correctamente, pues, partiendo del punto que se trata de un acuerdo formalizable a través de una conciliación extrajudicial: ¿Cómo puede verificarse que dicho acuerdo no sea posible o perjudicial para el menor si las partes (los padres) no son objetivas en el conflicto y, el conciliador no tiene las herramientas para poder verificar ello? En otras palabras ¿Cómo el conciliador puede velar por el Interés Superior del Niño, si el menor no forma parte, ni participa en ningún momento durante el procedimiento conciliatorio? ¿Cómo la norma puede, por un lado, obligar a que el conciliador vele por dicho principio, si realmente el acuerdo emana únicamente de la voluntad de las partes que intervienen en el proceso?

Asimismo, indica que la tenencia compartida se logrará de común acuerdo entre los padres y tomando en cuenta el parecer del niño, a lo que viene la pregunta ¿Cómo se demuestra o cómo se puede verificar que los padres están tomando en consideración el parecer del niño, si este no participa formalmente en la conciliación? Y, en el caso de que si lo hiciera ¿cómo el conciliador puede observar la falta de beneficio hacia el menor si el acuerdo conciliatorio únicamente emana de la voluntad de las partes (los padres) y no del parecer del conciliador? ¿No es acaso dicha inobservancia práctica al principio del interés superior del niño en los procesos conciliatorios, una vulneración a los derechos del niño y adolescente?

Como se puede observar, existe una contradicción en la norma de conciliación, su naturaleza y la norma que instituye la tenencia compartida, la cual, tiende a vulnerar el principio del interés superior del niño en procedimientos conciliatorios de tenencia. Por esta razón se motiva la presente investigación, la cual evaluará, a través de la revisión doctrinaria, legal y jurisprudencial, así como a través de la opinión de expertos, si esta norma ha logrado ser viable y ha podido conseguir los objetivos en lo que refiere la protección de los intereses del menor en un proceso conciliatorio de tenencia compartida o no, y de qué manera, además del grado de afectación que tienen los derechos e intereses de los hijos menores de edad en procesos conciliatorios de tenencia compartida.

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo general

Determinar si la Ley N.º 31590, que regula la tenencia compartida como opción preferente para la resolución de conflictos de tenencia considera la adecuada protección de los derechos e intereses del menor en los procesos de conciliación extrajudicial de tenencia compartida en Arequipa, durante el año 2023.

1.2.2. Objetivos específicos

- Precisar si la opinión del niño(a) o adolescente debe tomarse en cuenta en procesos de conciliación extrajudicial de tenencia y afines.
- Identificar las principales deficiencias en la implementación de la Ley 31590 en los procesos de conciliación extrajudicial.
- Evaluar la percepción y las prácticas de los conciliadores en Arequipa respecto a la consideración del interés superior del niño en los acuerdos de tenencia compartida.



CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

2. Marco teórico

2.1. Estado del arte

La discusión sobre la tenencia compartida ha cobrado relevancia en diversos países latinoamericanos, particularmente en contextos donde la legislación vigente presenta vacíos normativos. En este sentido, Manchego (2019) identifica como problema central la falta de una regulación clara y específica sobre esta figura en el marco legal peruano. Este vacío genera inseguridad jurídica en los procesos de custodia tras la separación de los progenitores, lo que motiva al autor a proponer una mejora normativa que garantice su adecuada aplicación y resguarde el interés superior del niño.

En la misma línea de preocupación por los marcos normativos insuficientes, Nazareno (2020) analiza el caso ecuatoriano, evidenciando una contradicción entre la Constitución (que promueve la corresponsabilidad parental) y el Código de la Niñez y Adolescencia, que otorga preferencia a la madre en caso de desacuerdo. Esta discordancia limita los derechos del padre y obstaculiza el principio de coparentalidad, por lo que el estudio aboga por la incorporación de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana, tomando como referencia comparada las normativas de Colombia, Chile y Ecuador.

Profundizando en los conflictos derivados de las dinámicas parentales posteriores a la separación, Saavedra (2022) centra su estudio en las conductas que evidencian alienación parental, las cuales podrían motivar la pérdida de la tenencia compartida. En este contexto, el autor identifica patrones de comportamiento judicialmente observables que atentan contra el vínculo con uno de los progenitores, afectando así el desarrollo emocional del menor.

Por su parte, desde una perspectiva centrada en los procesos conciliatorios, Cárdenas (2022) señala que la Ley de Conciliación N.º 26872 en Perú carece de disposiciones específicas sobre tenencia compartida y el derecho del menor a expresar su opinión. Esta omisión normativa, advierte la autora, vulnera el principio del interés superior del niño, por lo que propone armonizar esta ley con tratados internacionales y el Código de los Niños y Adolescentes.

Al abordar el caso ecuatoriano desde una óptica comparativa, Monserrate (2022) destaca la incertidumbre jurídica que rodea a la tenencia compartida debido a su falta de regulación local. A partir del análisis de las legislaciones de Chile, Perú y Bolivia, el estudio enfatiza que, si bien esta figura puede resultar beneficiosa para el desarrollo integral del menor, su aplicación

en Ecuador debe ser cuidadosamente contextualizada considerando factores socioculturales, económicos y la preparación institucional.

En una línea crítica similar, Naula (2022) reflexiona sobre las consecuencias que tiene para los niños, niñas y adolescentes el otorgamiento exclusivo de la tenencia a uno de los progenitores, relegando al otro en la vida cotidiana del menor. Desde una mirada jurídica y doctrinaria, el estudio sostiene que la tenencia compartida representa una herramienta clave para garantizar tanto el desarrollo integral del menor como la equidad parental, proponiendo su inclusión expresa en la legislación ecuatoriana.

A su vez, Cuevas (2022) examina cómo la conciliación extrajudicial en materia de tenencia afecta el principio del interés superior del niño, específicamente en el distrito judicial de Villa María del Triunfo. A través de entrevistas con conciliadores y un enfoque fenomenológico, la autora concluye que la exclusión del menor en estos procesos prioriza la eficiencia procesal por encima del bienestar infantil, lo que resulta preocupante dado el carácter no patrimonial del tema en disputa.

Complementando esta visión crítica del rol de la conciliación, Changanaqui (2022) pone en evidencia la falta de criterios normativos claros en el trabajo de los conciliadores extrajudiciales al fijar regímenes de tenencia compartida. El estudio señala que la ausencia de directrices específicas impide valorar adecuadamente las condiciones familiares, la opinión del menor y otros factores relevantes, comprometiendo así la protección del principio del interés superior del niño.

No obstante, algunas investigaciones advierten sobre posibles efectos adversos de la tenencia compartida cuando se aplica sin considerar las particularidades del contexto familiar. Tal es el caso de Isla y Ramos (2023) quienes advierten que, bajo determinadas circunstancias, esta figura podría vulnerar el bienestar emocional del menor, especialmente en entornos donde no existe armonía entre los progenitores. Por ello, proponen evaluar alternativas más estables y centradas en el entorno emocional del niño, aun cuando ello suponga una distribución menos equitativa del tiempo parental.

Finalmente, Vela y Enciso (2023) analizan un fenómeno puntual: los regímenes de tenencia compartida con periodos cortos de alternancia entre progenitores, observados en Huancayo. Su estudio revela que estos acuerdos, si bien podrían parecer equitativos, generan inestabilidad en el entorno del menor, afectando negativamente su desarrollo emocional y

psicológico. En consecuencia, se cuestiona su compatibilidad con el principio del interés superior del niño.

Como se ha podido revisar respecto de los antecedentes previamente desarrollados, se evidencia que, la tenencia compartida se ha convertido en un tema de gran relevancia en la legislación familiar, especialmente en el contexto de los derechos de los niños y adolescentes. En nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, la tenencia compartida es un concepto en evolución que todavía no se ha estabilizado y es objeto de diversos estudios destinados a verificar o criticar la efectividad de su implementación en diversos niveles, órganos y contextos judiciales y extrajudiciales.

En ese orden de ideas, las investigaciones previamente realizadas nos brindan un aporte sumamente importante, advirtiéndose un consenso sobre la necesidad de una normativa clara y específica para la tenencia compartida en nuestro país. Las investigaciones previas han considerado que, aunque la tenencia compartida puede beneficiar al desarrollo del niño, es fundamental que se implemente con precaución, asegurando siempre que el interés superior del niño sea la prioridad. La legislación actual presenta deficiencias que deben ser abordadas, especialmente en lo que respecta a la conciliación extrajudicial y la protección contra la alienación parental. La aplicación de la tenencia compartida debe ser flexible y considerar las particularidades de cada caso, para evitar daños emocionales o psicológicos en los menores involucrados.

2.2. Marco conceptual

2.2.1. Patria potestad

Para poder entender el origen de la tenencia y, con ello las bases que configuran su desarrollo dentro del ordenamiento jurídico, es preciso, pues, hacer un análisis acerca de la figura de la patria potestad, de la cual emana la tenencia como institución que establece determinados derechos y deberes entre padres e hijos.

Conforme a ello, desde un punto de vista histórico, la patria potestad se trataba de un poder exclusivo, el cual era adquirido por el simple hecho de ser el padre de familia y el cual se aplicaba a todas las esposas, hijos, bienes y esclavos que este pudiera tener Cabrera (2021). Esta institución -de origen Romano-, en su determinación inicial reconoce la *potestas* del *pater familias* sobre sus descendientes legítimos, el cual no tenía limite ni condición para su aplicación y ejecución.

Esta es una figura que hoy por hoy es bastante cuestionada en cuanto a su denominación por la doctrina, puesto que, lo que hoy se entiende como patria potestad dista bastante de lo que en el pasado era considerado como tal (como es evidente, de la lectura de la anterior definición). En ese sentido, podemos entender que, el día de hoy, la configuración actual de las relaciones parentales y filiales, así como la evolución del marco normativo que regula las relaciones de familia permiten observar claras diferencias: No se trata de un “poder ilimitado” del padre de familia sobre sus hijos, esposas y bienes, sino más bien se trata de una responsabilidad y deber de cuidado que ambos padres adquieren respecto de sus menores hijos, los cuales tienen claros límites jurídicos y prácticos, representados, sobre todo, por el Principio del Interés Superior del Niño, el cual sirve de límite, guía y norma procedimental para velar por la satisfacción de los derechos e intereses de los menores de edad por parte de todos los actores y situaciones que involucren decisiones que les afecten de manera directa o indirecta.

Entonces, si hoy día, la patria potestad se entiende como una función que, jurídica y socialmente se le es encomendada a los padres de cuidar, proteger y formar integralmente a sus menores hijos, así como la facultad supervisora del Estado respecto de tales deberes, ¿tiene sentido seguir denominándose así? En palabras de Ramírez (2020), no. Tal autor, al igual que varios autores contemporáneos de la doctrina del derecho familiar, han señalado que no tiene sentido denominar de la misma manera dos instituciones que, en la actualidad no comparten sino pocos elementos en común, pues en su esencia y fundamento han cambiado radicalmente. Propone, sin embargo, la denominación de “responsabilidad parental” el cual podría ser un concepto mucho más acorde al desarrollo jurídico y social que el día de hoy alimenta y regula las relaciones familiares contemporáneas.

Bajo este concepto, se entiende a la denominada figura como el privilegio de los padres del cuidado, autoridad y educación a sus menores hijos, además de la responsabilidad que estos tienen de poder procurar su bienestar en todos los sentidos posibles, así como el deber de guiarlos, educarlos y protegerlos. Dichos privilegios, deberes y responsabilidades, a su vez, se encuentran sometidos al control y supervisión del Estado, el cual, en aras del Principio de Interés Superior del Niño, establece mecanismos, acciones y sanciones ante la existencia (o posible existencia) de amenazas o daños hacia los derechos de los menores. Por lo tanto, la responsabilidad parental debe de ser ejercida constantemente, en un marco de respeto hacia los derechos de los niños y, con mayor énfasis, respecto de su interés superior.

Estas tendencias teóricas, si bien interesantes y de bastante desarrollo, no se condicen con lo prescrito en nuestro ordenamiento civil, dado que, en la actualidad, nuestro Código Civil se sigue aferrando a la definición “tradicional” de tal figura (es decir, la patria potestad) aunque, en la práctica, como ya se mencionó, tal diferencia únicamente se sustenta en la denominación, mas no en el fondo y contenido jurídico que involucra la aplicación de la denominada institución.

Habiendo superado y realizado tales precisiones, podemos señalar que, la regulación de la Patria Potestad se encuentra entre los artículos 418 y 471 de nuestro Código Civil (en adelante “CC”) (Decreto Legislativo N.º 295, 1984) . Asimismo, una fuente normativa interesante para poder complementar y concordar lo dispuesto en el citado código lo encontramos en el Código de los Niños y Adolescentes (en adelante “CNA”) (Ley N.º 27337, 2000). En tal sentido, el CC en su artículo 418 la define como aquel deber y derecho de los padres del cuidado de la persona y los bienes de sus hijos menores, en tanto que su ejercicio corresponde tanto al padre y a la madre durante el matrimonio, quienes tienen su representación legal (Decreto Legislativo N.º 295, 1984). Ello implica que, al compartir la representación legal, es indispensable un acuerdo unánime respecto de las decisiones que involucren al menor de edad, razón por la cual, el último párrafo del artículo 419 refiere que, al existir disenso entre ambos padres, será el Juez de Familia quien resolverá el conflicto (Decreto Legislativo N.º 295, 1984).

Regresando a la doctrina, Bermúdez (2012) la denomina aquel conjunto de derechos y deberes que los padres tienen con relación a sus hijos, lo cual abarca tanto el sentido personal como material. Dentro de los deberes, sobre todo, resalta los de protección y formación. Añade, además, la duración de tales derechos y deberes, los cuales se extienden a lo largo de toda la minoría de edad de los hijos, esto quiere decir, desde la concepción, hasta la mayoría de edad o la emancipación (en caso de existir).

Diniz (2002)., por su parte, tiene un concepto similar al anterior, confirmando que se trata de una serie de derechos y deberes determinados legalmente hacia los padres sobre sus hijos, las cuales se consideran como tal en aras de asegurar su subsistencia y desarrollo hasta que estos sean mayores de edad. Se trata de un derecho subjetivo familiar en el que, mientras los padres son considerados los sujetos activos de la relación, los hijos son los sujetos pasivos de la misma.

Por otro lado, Aguilar (2013) hace referencia a tal relación como una institución del Derecho de Familia, misma que establece derechos y deberes de naturaleza recíproca entre

padres e hijos, las cuales tienen, en última instancia, el desarrollo integral de estos últimos. Tal finalidad, por tanto, puede tener dos dimensiones u objetivos, en palabras del citado autor: la realización de los padres mediante el desarrollo de sus hijos y la incorporación a la sociedad de los hijos gracias a sus padres.

Peralta (2008), en cambio, añade un énfasis importante en los deberes y derechos que tienen como finalidad el cuidado del menor hijo, los cuales abarcan su concepción, niñez y hasta el fin de su adolescencia. En tal sentido, el Principio del Interés Superior es primordial e indispensable para poder garantizar un desarrollo integral de los menores en todos los ámbitos: personal, social y económicamente.

En última instancia, Plácido (2008) nos señala que tal institución se configura como el reflejo que los padres tienen en cuanto a brindar educación y manutención a sus hijos, además de su protección material e integral, dado que estos todavía se encuentran en una etapa de desarrollo que les impide valerse por sí mismos. Su objetivo, para él, es que tal institución genere un beneficio en los menores, por lo que reviste de mucha importancia social y tiene efectos de carácter social, jurídico y cultural.

Como se ha podido ver, prácticamente todos los autores citados han convenido en considerar a la patria potestad como una institución la cual es indispensable para el desarrollo de los hijos menores de edad dentro de la familia, que reviste por lo tanto una serie de derechos y deberes de los padres hacia estos y que, en última instancia, tiene como objetivo asegurar su desarrollo y posterior inserción en la sociedad.

Regresando al plano legislativo, el Código Civil (Decreto Legislativo N.º 295, 1984) señala una serie de consideraciones importantes, que creemos necesario mencionar en la investigación:

- Que, ante casos de separación de cuerpos, divorcio o invalidación de matrimonio, puede operar la patria potestad unilateral, la cual se confiere al padre que ejerce la tenencia (Artículo 420);
- Que, en casos de hijos extramatrimoniales, la patria potestad se puede ejercer por quien los haya reconocido, siendo que, de haber sido reconocido por ambos padres, dependerá de la circunstancia la determinación de ello (considerando aspectos tales como la edad, sexo, la circunstancia de convivencia o no de los padres, así como al interés del menor, de ser el caso) (Artículo 421).

- Que, aunque no se esté ejerciendo la patria potestad, los padres tienen el derecho de conservar las relaciones personales con sus hijos (artículo 422);
- Que, aunque los hijos sean mayores de edad, se deba mantener la manutención a estos siempre y cuando estos tengan menos de 28 años y se encuentren cursando con éxitos una profesión u oficio. De igual forma será en el caso que no estén aptos para atenderse por sí mismos en atención a una incapacidad física o mental.

2.2.1.1. Características

La patria potestad reviste una serie de características, las cuales han sido descritas por Águila y Montes (2011):

- Es personalísima: Pues, se trata de una institución que por su naturaleza obliga a los padres. Por lo tanto, los deberes y derechos que estos tienen no pueden ser cedidos o delegados a otras personas (Aguilar B. , 2009);
- Es intransferible: A consecuencia de la característica anteriormente desarrollada, los derechos y deberes de los padres no pueden transferirse ni a título gratuito ni oneroso a terceras personas, pues, de hacerse así, ante la norma se estaría configurando un abandono o incumplimiento de tales deberes y derechos (Acuña, 2015);
- Es irrenunciable: Pues, se trata de un deber que tiene como origen una situación natural en el desarrollo humano y social, por lo tanto, de avalar la renuncia o desconocimiento de tales deberes y derechos que esta involucra, se generaría un estado de indefensión a los hijos (Barcía, 2013);
- Es temporal: De acuerdo con lo señalado en la doctrina, es una institución que persistirá siempre que exista una persona incapaz que cuidar. Ello, en situaciones normales se entiende como su etapa de desarrollo (minoría de edad), razón por la cual, una vez que la persona adquiera las habilidades suficientes para poder subsistir por sí misma (adquiera la mayoría de edad) ya no será necesario el deber, protección y responsabilidad por parte de terceras personas, pues será capaz de cuidarse y atender sus propias responsabilidades y deberes por sí mismo (Aguilar A. , 2022).

2.2.1.2. Deberes y derechos en la patria potestad

En el plano legislativo, el Código Civil, a través del artículo 423 (Decreto Legislativo N.º 295, 1984), señala cuales son los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, siendo estos, los siguientes:

- El sostenimiento y educación de los hijos;

- La dirección de su proceso educativo y capacitación para el trabajo, considerando su vocación y aptitudes;
- Aprovechar de los servicios de sus hijos, de acuerdo con su edad y condición, sin perjuicio de su educación;
- Tener a sus hijos en su compañía, así como recogerlos donde estuvieran sin su permiso;
- Representar civilmente a sus hijos;
- Administrar los bienes de sus hijos y usufructuarlos.

2.2.1.3. Pérdida, privación, suspensión y extinción de la patria potestad

Conforme a nuestro Código Civil, en sus artículos 462, 463, 466 y 461 se regulan los supuestos que configuran la pérdida, suspensión y extinción de la patria potestad, respectivamente (Decreto Legislativo N.º 295, 1984).

Primeramente, respecto de la pérdida de la patria potestad, esta se pierde ante tres supuestos:

- La condena a ello como consecuencia de un proceso judicial;
- El abandono a un hijo durante seis meses continuos;
- Abandonos constantes cuya suma excedan de los seis meses.

Asimismo, en atención a lo referido a la privación de la patria potestad, esta obedece a 4 causales:

- La dación de órdenes, consejos, ejemplos corruptos a sus hijos;
- El dedicar a sus hijos a la mendicidad
- El trato duro y excesivo;
- La negación a prestar alimentos a los hijos.

Luego, cuando hablamos de suspensión de patria potestad, inevitablemente hacemos referencia a:

- La declaración de capacidad de ejercicio restringida al padre o madre;
- La ausencia judicialmente declarada de uno de los padres;
- La verificación de existir impedimentos en el terreno de los hechos para su ejercicio;
- En el caso de la separación de cuerpos o divorcio, de acuerdo con el caso o contexto específico.

Finalmente, la extinción de la patria potestad acontece cuando:

- Mueren o los padres o los hijos;
- Por el cese de la incapacidad de los hijos;
- El cumplimiento de la mayoría de edad.

Independientemente de lo señalado anteriormente, autores como Plácido (2010) señalan que, si bien estas diferencias en cuanto a las restricciones de la patria potestad obedecen a la magnitud de los incumplimientos, es decir, su gravedad (leve, grave o muy grave), cierto es también que este sistema ha sido modificado de manera implícita por el Código de los Niños y Adolescentes, el cual reúne en un solo título tanto las causales de privación y limitación de la patria potestad, así como incluye nuevas causales de su pérdida. Al margen de la crítica a la técnica legislativa (la cual debería superarse y corregirse en algún momento) la aplicación del principio de derogación tácita de la ley, ante la existencia de norma posterior y específica, permiten resolver -de momento- tal incertidumbre o incoherencia normativa.

Bajo tales consideraciones, entonces, es el Código citado el cual, mediante los artículos 75, 76, 77 y 78 regulan los supuestos de suspensión, vigencia, extinción o pérdida y restitución de la patria potestad (Ley N.º 27337, 2000).

En cuanto a la suspensión, se establecen las siguientes causales:

- La interdicción de alguno de los padres;
- La ausencia judicialmente declarada de alguno de los padres;
- La dación de órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
- La permisón o dedicación a la vagancia o mendicidad;
- El maltrato físico o psicológico;
- La negación a prestar alimentos;
- La separación o divorcio de los padres;
- La declaración de desprotección familiar.

Asimismo, añade que, a pesar de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los progenitores queda suspendido de ejercer la patria potestad.

En cuanto a la extinción o pérdida de la patria potestad, la cita norma refiere como causales, las siguientes:

- La muerte de los padres o el hijo;
- La mayoría de edad;
- La declaración judicial de desprotección familiar;

- La condena a alguno de los progenitores por delito doloso en contra de sus hijos, en su perjuicio o en ciertos supuestos establecidos en el Código Penal;
- La reincidencia de algunas causales de suspensión del artículo 75 (específicamente, la dación de ordenes que los corrompan, la permisión de vagancia o mendicidad, el maltrato físico o psicológico y la negación a asistencia alimentaria);
- El cese de la incapacidad del hijo.

Finalmente, en cuanto a su restitución, el artículo 78 del CNA refiere que esta podrá solicitarse y darse al momento del cese de la causal que la motiva (Ley N.º 27337, 2000).

2.2.2. Relación paterno filial

La relación paterno filial, es uno de los presupuestos y bases que sientan la existencia de la patria potestad y, en sí, de todas las instituciones que forman parte del derecho de familia. En palabras de Vera (2016), esta se entiende como aquel vínculo de naturaleza emocional, afectiva y legal existente entre los padres biológicos o adoptivos y sus hijos. Tal relación, como se señala, es indispensable para que los hijos puedan desarrollarse de manera integral y, de esa manera, tener una adecuada formación psicológica, social y emocional.

Al respecto, la relación paterno filial puede abordarse desde diversas dimensiones o aspectos, los cuales, en síntesis, son los siguientes:

- El aspecto emocional: El cual hace referencia a la relación de apego, cariño y amor entre los progenitores y sus hijos. Este vínculo, pues, es necesario para el desarrollo emocional de estos últimos ya que, como la teoría psicológica en su conjunto sostiene, proporciona seguridad, apoyo y afecto desde los primeros años de vida, los cuales contribuyen al desarrollo emocional del menor y la gestión adecuada de sus emociones posteriormente, en la vida adulta.
- El aspecto social: El rol de los padres, en el marco de la relación paterno filial es la socialización y preparación para la posterior inserción en la sociedad de sus hijos, para lo cual cumplen un rol importante en la transmisión de normas, valores y enseñanzas que luego servirán de parámetros para su adecuado desenvolvimiento en la sociedad conforme vayan desarrollándose e insertándose en esta.
- El aspecto educativo: La familia y el hogar se constituyen como el primer centro de aprendizaje de los hijos, pues, las habilidades básicas, conocimientos generales, valores, normas y actitudes son aprendidas por los hijos directamente de sus padres. Luego, se encuentra el rol secundario de los padres, el cual está referido a la educación

especializada o escolar, a través del cual se reconoce el derecho que estos tienen de escoger el tipo de educación que sus hijos deben recibir, lo cual incluye el derecho a elegir el colegio, la malla curricular, aspectos relacionados a la doctrina o filosofía de enseñanza de valores, costumbres y conocimientos.

- El aspecto legal: Como se analizó previamente, la existencia de esta relación sirve de base para la institución de las diversas figuras que componen el derecho de familia, así como de los diversos derechos y deberes que la sustentan. En ese sentido, instituciones como la patria potestad resumen y engloban todo este conjunto de deberes y derechos que, inherentemente, les es atribuido a los padres por su condición de tales, mientras que, los hijos, por su condición de tales, adquieren el derecho de ser mantenidos y cuidados por aquellos. Finalmente, la norma regula, supervisa y provee mecanismos para que estos deberes y derechos se ejecuten y garanticen bajo una óptica favorable al bienestar y desarrollo del menor, de las cuales se deriva el deber y obligación del Estado de poder vigilar y establecer mecanismos para la garantía de tales derechos y deberes dentro de una sociedad.
- El aspecto psicológico: La psicología, indudablemente, juega un rol sumamente importante a la hora de hablar del desarrollo de los menores de edad en el marco de la relación paternofamiliar, pues, el aspecto psicológico se manifiesta a través de la formación de la identidad del hijo y la forma en la que se le transmiten valores, enseñanzas y cuidados, de tal manera que permitan generar las condiciones óptimas para que éste, en un futuro, pueda desarrollar relaciones sanas. Asimismo, el estudio de los diferentes conflictos y barreras derivadas de los estilos de crianza que existen en el marco de las relaciones padre-hijos, permite el diagnóstico y determinación de posibles afectaciones emocionales, psicológicas o situaciones que pueden comprometer el adecuado desarrollo de los menores y la estabilidad familiar. Por ende, el rol de la psicología consiste en la prevención, tratamiento y establecimiento de medidas que combatan dichas barreras, así como el diagnóstico o determinación de una situación de vulnerabilidad para que se tomen medidas correspondientes en aras de la protección al menor.

2.2.2.1. La relación entre la patria potestad y la tenencia

Como se ha estudiado previamente, podemos determinar que, tal y como señala la doctrina y la legislación, es posible inferir que la patria potestad engloba una serie de derechos y deberes que

son parte de la relación paterno filial, entre estas, la tenencia. Pues, la tenencia es una de las obligaciones que se encuentra contenida en la patria potestad.

En tal sentido, quien ejerce la patria potestad tiene la obligación de la tenencia de los hijos, la cual, en palabras de Cornejo (1999), se puede entender como la convivencia entre los padres y los hijos, la cual impone una serie de deberes y obligaciones tales como el cuidado, la protección, la educación, entre otros que se derivan del diario convivir.

Otros autores como Varsi (2013) refieren que, la diferencia radica en la magnitud de deberes y derechos que engloba cada una de estas figuras, pues para él, la patria potestad engloba muchos derechos, deberes y obligaciones, los cuales sustentan y regulan las relaciones entre padres e hijos. Aquellos, para su efectivización, exigen la convivencia entre estos, en tanto que la tenencia (o lo que también denomina como guarda) es el hecho de convivir con los hijos para poder procurar la atención debida al desarrollo y satisfacción de sus necesidades, las cuales derivan de la patria potestad.

Dueñas (2018) define que, en relación con la patria potestad, encontramos el derecho a ser padres y decidir sobre sus hijos, lo cual conlleva el deber y obligación de poderlos atender y procurar su desarrollo. Tales derechos y deberes no pueden ser negociados ni renunciables, únicamente suspendidos, privados o extinguidos de acuerdo con lo dispuesto en la norma y conforme así lo ordene una autoridad judicial. En cambio, la tenencia se conceptúa como una forma de ejercer la patria potestad, la cual implica, como deber y derecho, el cuidado físico y moral de los hijos a cargo de los padres, mismos que si pueden ser negociados y acordados conforme a los contextos que, legal y judicialmente pueden establecerse.

2.2.3. Tenencia

Habiendo hecho un repaso acerca de los principales aspectos y consideraciones existentes con relación a la patria potestad, la relación paternofilial y su relación respecto de la tenencia, conviene hacer ahora un repaso más extensivo y exclusivo acerca de la figura de la tenencia. Al respecto, la doctrina la define de varias maneras, a saber:

Para Chunga (2008) se define como una situación de hecho a través de la cual un menor de edad se encuentra sometido al poder y cuidado de un (o ambos) padre(s), por lo tanto, se constituye como un derecho de los padres de encontrarse acompañados de sus hijos.

Canales (2014)., en cambio, la define como una forma en la cual el ordenamiento jurídico dispone la protección y cuidado de niños(as) y adolescentes, la cual se ve reflejada en la custodia física de estos para poderlos asistir en su desarrollo y cuidado.

Nuestra jurisprudencia considera, por su parte, a través de la Casación N.º 1738-2000-Callao (Corte Suprema de Justicia, 2000) que esta es una institución que tiene como objetivo colocar al hijo bajo cuidado de uno (o ambos) progenitores, en atención a ciertos criterios que permitan dilucidar una situación que sea lo más beneficiosa posible para el menor de edad. De la misma manera, el Pleno Jurisdiccional de Familia (Corte Suprema de Justicia, 1997) la define como una facultad que los padres tienen respecto del acuerdo en relación del cuidado y convivencia de los menores hijos. Si no existe un acuerdo entre los padres, entonces el juez tomará tal decisión al amparo de la situación que resulte más beneficiosa para los hijos y conforme a su parecer.

Siendo así, podemos determinar que, la tenencia es un derecho y deber que deriva de la patria potestad, a través de la cual podemos exteriorizar y aplicar los distintos derechos y deberes propios de aquella institución, teniendo como última finalidad el establecimiento de la responsabilidad directa de uno (o ambos) padres sobre sus menores hijos, en tanto que, respecto del otro padre, el establecimiento de un régimen de visitas.

A diferencia de la patria potestad, como ya revisamos anteriormente, este derecho si puede ser cedido y negociado entre los padres, siempre que tal cesión se realice en el marco de las disposiciones establecidas legalmente y sean concordantes con el principio del Interés Superior del Niño en tanto que procuren las mejores condiciones de bienestar, crecimiento y desarrollo de sus menores hijos.

2.2.3.1. Tipos de tenencia

La doctrina nos permite considerar que la tenencia puede ser clasificada de acuerdo con varios criterios. De acuerdo con Gallegos y Jara (2014), existen tres criterios por los cuales podríamos clasificar las diferentes modalidades de tenencia: El criterio de su ejercicio, el criterio temporal y el criterio de la voluntad. En el primer criterio, la clasificación se da de acuerdo con quien o quienes están involucrados en la tenencia, por lo que podemos tener la tenencia conjunta, la tenencia compartida, la tenencia exclusiva o la tenencia negativa. En el segundo criterio, nos regimos por el tiempo de duración del ejercicio de la tenencia, pudiendo ser definitiva o provisional, en el caso que esté basado únicamente por un periodo de tiempo limitado. Finalmente, en el tercer criterio, obedecemos a la naturaleza del acuerdo de la tenencia, es decir,

si esta se originó de manera voluntaria como fruto de un acuerdo entre los padres, de facto en atención a una situación de hecho, o impuesta como decisión de un juez o autoridad.

2.2.3.1.1. Tenencia en función al ejercicio

La tenencia en función a su ejercicio, como se comentó anteriormente, obedece a quien o quienes la ejercen o se encuentran permitidas o prohibidas de ejercerla.

2.2.3.1.1.1. La tenencia conjunta

La tenencia conjunta es considerada, de manera unánime, como la tenencia “ideal” que debiera primar en las relaciones familiares (y es la que naturalmente se da) pues, implica el cuidado y atención que ambos padres -en conjunto- brindan a sus hijos, misma que obedece a su convivencia, independientemente de la condición conyugal o unión de hecho existente.

2.2.3.1.1.2. La tenencia unipersonal

La tenencia unipersonal, también denominada tenencia exclusiva o tenencia monoparental, se considera como la tenencia que es ejercida por uno de los padres, independientemente de su origen (el cual puede ser judicial o por acuerdo voluntario entre estos). Esta forma de tenencia es la que deriva, usualmente, tras la suscitación de conflictos intrafamiliares o cuando estos se resuelven en la vía judicial. Al respecto, una vez otorgada esta forma de tenencia se debe -necesariamente- establecer un régimen de visitas para el otro padre que ha quedado privado de la tenencia en atención a que los hijos merecen crecer y tener las enseñanzas y el acompañamiento de ambos padres, mientras que estos, por supuesto, tienen el derecho de acompañarlos y asistirlos, independientemente del rol que están adoptando, salvo exista alguna disposición judicial en contrario.

2.2.3.1.1.3. La tenencia compartida

Como se profundizará más adelante, podemos conocer que, la tenencia compartida (o también llamada tenencia coparental) es una modalidad que recientemente se ha incorporado en las legislaciones familiares en los diferentes países, incluido el nuestro. Bajo este esquema, si bien los padres se encuentran separados y ya no conviven en un sentido estricto, estos aún poseen la tenencia de sus hijos, conviviendo con ellos, por lo que no existe progenitor privado de la tenencia, ni sujeto a régimen de visitas. Considerando ello, ambos padres deberán acordar la forma en la cual podrán ejercitar la tenencia, considerando principios como el de igualdad y equidad, coordinando los derechos, roles y deberes de cada uno de los progenitores, de tal manera que no todo el peso recaiga en uno solo de los padres.

Esta, a su vez, puede manifestarse en tres formas -como refiere Canales (2014)- las cuales son: La tenencia conjunta (en la cual los padres comparten permanentemente el cuidado de los hijos, independientemente de su separación jurídica); La tenencia alternativa (en la cual los hijos conviven determinado periodo de tiempo con cada uno de sus padres, de forma alternada); y la tenencia por anidación (en la cual es similar a la alternativa pero quienes se trasladan físicamente son los padres).

Una precisión importante la hace Calderón (2014), quien señala que, para que esta clase de tenencia pueda darse, es necesario que concurren una serie de requisitos, las cuales consisten en que ambos padres tengan la patria potestad, que ambos padres compartan condiciones tales como una ubicación física en común (o relativamente cercana), un horario de estudio y trabajo que coincida con los horarios de sus hijos y que exista una buena relación entre los padres, así como, de manera preferente, que nazca de su voluntad tal acuerdo.

En último lugar, es preciso añadir que, en nuestro ordenamiento jurídico, tal forma de tenencia existe desde el 2008, siendo que, desde el 2022, esta se considera como la modalidad de tenencia preferente ante un conflicto judicial que involucre la determinación de la tenencia y modalidad de régimen de visitas a los menores hijos. Aunque, como se indicó, todo ello se examinará con mayor precisión más adelante.

2.2.3.1.1.4. La tenencia negativa

Esta modalidad de tenencia es una figura un tanto extraña en el terreno de los hechos, pero la cual contempla el supuesto en el que ninguno de los padres desee o pueda hacerse cargo de la tenencia de sus hijos.

De acuerdo con las precisiones legales, esta forma de tenencia no tiene una sanción civil o penal como tal. En otras palabras, no existe un proceso destinado a sancionar, a imponer una pena o restringir algún derecho de los padres en ese sentido; sin embargo, de suscitarse tal escenario, se estaría afectando de forma severa los derechos e intereses de los hijos, ya que ante tal supuesto sería el Estado, en atención al Principio del Interés Superior del Niño, el que tendría que hacerse cargo de la atención y cuidado de los menores, a través de los procesos de desprotección familiar y su traslado a un albergue o centro de atención especializado.

Asimismo, esta clase de tenencia puede tener dos manifestaciones, a saber: La tenencia negativa entendida como la falta de su ejercicio por parte de sus tenedores. Es decir, si bien desde el punto de vista legal el menor está bajo la custodia de uno o de ambos padres, en la realidad ello no es así, por lo tanto, se encuentra bajo el cuidado o atención de terceras personas

(como lo puede ser un abuelo, un primo, hermano, tío, entre otras personas); y la tenencia negativa absoluta, en la cual, nadie se hace cargo del menor y, por ende, nadie lo atiende (aunque este tenga padres). Ello hace pensar que, como consecuencia de ello, el menor se encuentra en un estado permanente de desprotección y no cuenta con nadie que se haga cargo de sus necesidades e intereses. Si bien es cierto este supuesto puede suscitarse en el terreno de los hechos, desde el punto de vista legal es imposible su clasificación, ya que no se puede concebir la posibilidad de reconocer que un menor de edad puede estar completamente desamparado; en otras palabras, aunque el menor no tenga el amparo de sus padres o de terceras personas, automáticamente es el Estado el que debe asumir la obligación de hacerse cargo de él, atendiendo al Principio del Interés Superior del Niño, por lo cual, en teoría, la tenencia negativa absoluta no puede existir.

2.2.3.1.2. La tenencia en función al tiempo de ejercicio

Como se indicó, esta clasificación obedece a la temporalidad que caracteriza su ejercicio, pudiendo existir dos formas:

2.2.3.1.2.1. La tenencia provisional

Esta modalidad de tenencia se da, como su nombre lo dice, de forma temporal. Usualmente, deriva de una orden que escapa de la voluntad de los padres y que, comúnmente es solicitada por el padre que no tiene la tenencia con el objetivo de prevenir o atender un peligro o amenaza de peligro al menor que se encuentra bajo el cuidado del otro padre.

Un contexto claro en el que suelen darse estas tenencias provisorias es dentro de las medidas cautelares en procesos de tenencia, en los cuales debe acreditarse la existencia de alguna situación que afecte o pueda afectar de forma irreversible los derechos o la integridad del menor mientras esté bajo el cuidado del otro progenitor. Ello, conforme al artículo 87 del CNA motiva a que se otorgue de manera provisional la tenencia hasta que se resuelva el proceso de forma definitiva, otorgando el cuidado del menor al padre o madre que lo está solicitando (Ley N.º 27337, 2000).

Al respecto, es importante tener en mente dos precisiones para su dación:

- Que, el menor debe estar expuesto o en peligro de exponerse a un riesgo grave e irreversible, que se derive o esté directamente relacionado con su convivencia por parte del otro padre. Un claro ejemplo sería que, el padre o madre que tiene la tenencia viva en algún ambiente no favorable para el desarrollo del menor, así como la existencia de

vicios por parte del tenedor, descuidos o el cumplimiento indebido e irresponsable de sus deberes;

- Que, en el caso de que exista una tenencia de hecho, quien tenga tal tenencia no puede solicitar una tenencia provisional, ya que en el terreno de los hechos ya la tiene, por tal razón, la vía para su formalización y reconocimiento legal debe ser del proceso de reconocimiento de tenencia.

2.2.3.1.2.2. La tenencia definitiva

En el caso de la tenencia definitiva, esta es el resultado de un proceso judicial que, a través de una sentencia de obligatorio cumplimiento y que, con la calidad de cosa juzgada, ha determinado quien será el padre o madre que tendrá la tenencia respecto del menor. En tal sentido, no tiene un plazo de duración determinada, sino únicamente variará por otra orden judicial o acuerdo que modifique la situación jurídica previa.

2.2.3.1.3. La tenencia de acuerdo con la naturaleza de su origen

2.2.3.1.3.1. La tenencia de mutuo acuerdo

La tenencia de mutuo acuerdo, es aquella tenencia que deriva del acuerdo libre y voluntario de los padres. En este caso, hablamos del acuerdo mediante el cual estos arriban a un consenso con relación a quien de los dos tendrá la custodia de los menores y en qué sentido será el régimen de visitas del otro padre, así como sus condiciones. Su realización prescinde de la intervención de la autoridad judicial.

Esta modalidad de tenencia puede nacer tanto de la voluntad de los padres y acuerdo directo, como ser plasmado a través de un acta de conciliación extrajudicial como consecuencia de un proceso de conciliación (si bien recomendable, no necesario). En cualquiera de los dos supuestos prima la voluntad de los padres respecto de la determinación de las responsabilidades y deberes que, a partir de ese momento, asumirá cada padre respecto de los hijos menores de edad. Esta es considerada como la solución más efectiva, menos conflictiva y más favorable para el interés del menor por cuanto que este no se ve expuesto a situaciones de conflicto ni a fenómenos como el síndrome de alienación parental. Finalmente, las secuelas de tal cambio en su forma de convivencia con sus padres será una experiencia menos traumática y más sana a comparación de otras.

No obstante, a pesar de sus ventajas y de su idoneidad, lamentablemente es una de las formas de tenencia menos comunes a la hora de ver los casos de la realidad, pues, para que esta se pueda dar es indispensable un alto grado de madurez por parte de los padres, además de un

alto grado de estabilidad y gestión emocional para poder anteponer los intereses familiares y de sus menores hijos por sobre sus conflictos y causas de su separación, situación que, en la actualidad, no se da.

2.2.3.1.3.2. La tenencia de facto

La tenencia de facto, a diferencia de la tenencia voluntaria, es aquella tenencia la cual prescinde de cualquier mecanismo judicial, extrajudicial o directo para su acuerdo. En otras palabras, obedece a una situación que se da en la realidad y a los hechos que por alguna razón se configuraron de tal manera, sin que haya existido acuerdo previo, negociación ni decisión respecto de ello en ninguna instancia o modalidad. Bajo este concepto, son los hechos y la situación perceptible en la realidad la que permiten dilucidar quien de los padres es quien ejerce la tenencia y quien no, y de qué manera (si es que se da) el otro padre cumple con su rol de visitante o de coadyuvar con el mantenimiento del hogar. Puede deberse también a que uno de los padres, en el terreno de los hechos, se sustrajo de sus obligaciones y deberes como tal y el otro simplemente lo aceptó.

Rivaldi (2014), al respecto, señala también que esta clase de tenencia se origina cuando una persona asume el cuidado y tenencia de uno de sus hijos sin que previamente exista un acuerdo formal o una disposición judicial, dándose de forma natural o espontánea. Para este autor, entonces, se trata de una situación que se encuentra reconocida por la responsabilidad y la convivencia que tiene como fuente la realidad y los hechos. Nosotros, al respecto, disentimos de su afirmación parcialmente, ya que si bien es cierto la tenencia de facto se basa en una situación encontrada en los hechos, el limitar que tal modalidad se configura por la ausencia de un acuerdo formal, es desconocer todas aquellos acuerdos que, si bien existen entre los padres, no tienen un respaldo formal (debemos recordar que, no todos los conflictos o decisiones familiares se terminan plasmando en un acuerdo conciliatorio extrajudicial o resolviéndose en el marco de un proceso judicial), por lo que preferimos adoptar el criterio de la ausencia de toda clase de acuerdo o decisión para que se configure la tenencia fáctica, independientemente de si tal acuerdo tuviera o no respaldo formal o legal.

2.2.3.1.3.3. Tenencia impuesta

La tenencia impuesta, es aquella que, a diferencia de las dos anteriores modalidades, se da en el marco de un proceso judicial, es decir, no ha nacido de la voluntad ni de los hechos para su determinación, sino más bien ha sido ordenada por un juez atendiendo a sus facultades y al producto de un razonamiento judicial debidamente motivado. Esta puede ser de naturaleza

provisional (como una medida cautelar) así como ser definitiva (a través de una sentencia firme con calidad de cosa juzgada).

Sea como sea, se trata de una disposición que emana de lo que un juez ha establecido y la cual debe ser obedecida por las partes del proceso, independientemente de si concuerdan o no con tal disposición. Dicha decisión se toma, además de considerando la situación, el contexto del problema y los argumentos de las partes, velando por la solución más eficaz y acorde a los intereses y necesidades del menor, así como a los criterios establecidos legal y jurisprudencialmente, de ser el caso.

2.2.4. Sujetos de la tenencia

Dentro de la relación jurídica propia de la tenencia, se pueden clasificar dos sujetos:

- El sujeto activo: Quien se encuentra representado por la persona que ejerce la tenencia (también denominado tenedor). Pueden ser los padres o abuelos. Al respecto, Rivaldi (2014) nos señala que, cuando se trata de la tenencia otorgada a favor de los padres, entonces es de carácter individual (a uno de ellos) mientras que, en el caso de los abuelos, se puede otorgar tanto de forma individual como a la pareja de abuelos, prefiriéndose esta última modalidad.
- El sujeto pasivo: El sujeto pasivo, son siempre los hijos menores de edad, también denominados los tenidos.

2.2.5. Tenencia compartida

La tenencia compartida es parte de una teoría que manifiesta su contrariedad a la tenencia exclusiva (o tradicional) imperante en el ordenamiento jurídico. Se sostiene que el modelo de tenencia exclusiva es lesivo para los intereses familiares y, en específico, para el desarrollo del niño, pues, finalmente, casi siempre la tenencia recae únicamente sobre la madre, y junto a ello, todo el peso de las responsabilidades por su crianza. Propone, por lo tanto, que ambos progenitores, a pesar de encontrarse separados, puedan continuar con la crianza de sus hijos, lo cual deriva en dos beneficios: un reparto más equitativo de las responsabilidades de crianza, evitando que caiga solamente sobre una persona tales responsabilidades y un mayor bienestar a los menores por cuanto que cuentan con ambos progenitores para su desarrollo.

Beltrán (2009) sostiene que la tenencia compartida posee dos dimensiones:

- La tenencia legal conjunta: A través de la cual, a pesar de existir una separación física entre los progenitores, estos compartirán de forma equitativa todo lo concerniente a la

crianza de sus menores hijos, incluyendo, desde luego, la toma de decisiones, la autoridad y la responsabilidad, sin que ello implique o esté condicionado necesariamente un desplazamiento físico por parte de los hijos o de los padres;

- La tenencia física conjunta: A través de la cual, los progenitores compartirán la residencia con el menor de forma equitativa y alternada o conjunta.

2.2.5.1. Fundamentos

Los fundamentos que sostienen la tenencia compartida fueron desarrollados por Pussin y Lammy (2005) quienes sintetizaron la necesidad de considerar esta modalidad de tenencia en razón a seis criterios objetivos:

- La edad del menor: La edad del menor se configura como un factor importante a la hora de justificar la necesidad de la tenencia compartida, pues, sostienen que la etapa de desarrollo que viven los niños y adolescentes hace necesario que estos tengan un vínculo con ambos progenitores, de tal forma que su desarrollo emocional y psicológico sea óptimo. Estos vínculos deben ajustarse a la etapa de desarrollo del menor, pues, no será lo mismo atender las necesidades del menor en sus primeros años de vida a atender tales necesidades cuando este ya se encuentra transitando la pubertad o la adolescencia, razón por la cual se considera que, durante los primeros años sean los padres quienes varíen su domicilio para permanecer junto a sus hijos y, a partir de la pubertad y adolescencia, sean los hijos quienes se desplacen a las viviendas de sus progenitores.
- La adaptación a varios hogares: El menor, como centro de la relación que existe entre los progenitores, debe tener las mejores condiciones posibles para su desarrollo. De este modo, debe evitarse que constantemente se mude o establezca en diferentes lugares, pues, a edades tempranas la adaptación se torna en un proceso complejo y lo es aún más cuando el progenitor con el cual van a convivir ya tiene nueva familia o pareja. Se hace necesario, entonces, el establecimiento de un lugar neutral en el que el menor esté libre de exponerse a tales situaciones y, en consecuencia, permita un desarrollo libre del menor en compañía de cada uno de sus progenitores. Tal hogar debe contar con los servicios básicos necesarios y encontrarse provisto de seguridad, cuidado y alimento.
- La capacidad económica: A diferencia de la modalidad de tenencia exclusiva o tradicional, la modalidad de tenencia compartida exige un esfuerzo mayor y equitativo de los progenitores, pues, amerita que ambos hogares estén adecuadamente acondicionados para que el hijo pueda vivir allí. De la misma forma, esta modalidad

implica realizar gastos adicionales en cuanto a traslado, alimentación, salidas, así como otros recursos indispensables para satisfacer al menor.

- El empleo de los progenitores: Para que la tenencia compartida sea llevada de forma exitosa, ambos progenitores deben tener un empleo que disponga de un horario flexible y que permita la atención de las necesidades de sus menores hijos. Aquellos empleos en los cuales existan grandes periodos de ausencia o largas jornadas de trabajo impedirán que la tenencia compartida tenga éxito, pues, el progenitor no podrá compartir el tiempo suficiente con sus hijos ni mucho menos cuidarlos adecuadamente.
- La estabilidad psicológica: La cual se configura como un factor primordial a la hora de atender el desarrollo de los menores, pues, la tenencia compartida impide que se desarrollen síndromes como el de alienación parental u otros los cuales, además de lesionar la integridad del menor, lesiona la relación familiar en sí.

2.2.5.2. Beneficios

La tenencia compartida ofrece una serie de beneficios, los cuales, conforme a lo señalado por Beltrán (2009), son los siguientes:

- Asegura la participación de ambos padres: La separación de los padres no se configura como un impedimento o excusa para que estos se desentiendan de las necesidades de sus hijos. De este modo, ambos padres, independientemente de su relación, siguen siendo parte de la vida de sus hijos y contribuyendo en su crianza, no existiendo progenitor(a) marginado(a) y permitiendo una distribución equitativa de los roles y responsabilidades de la crianza;
- Permite compartir los gastos económicos: Los gastos económicos que irrogan de las necesidades de los hijos son atendidos en proporciones iguales por parte de los padres, siendo, por lo tanto, mucho más equitativo y justo que en la tenencia exclusiva (donde al final tal responsabilidad recae en un solo progenitor). Asimismo, la participación de ambos padres en la crianza de sus hijos (señalada en el punto precedente) impide que alguno de estos se desentienda de sus obligaciones financieras, pues, el permanente contacto con sus hijos permite que tengan plena conciencia acerca de sus necesidades, así como la distribución de tales responsabilidades en pro de su bienestar y felicidad.
- El desarrollo integral: Este es un beneficio percibido directamente por los hijos, por cuanto que este, a lo largo de su desarrollo se ve acompañado de sus progenitores, asegurándose así un desarrollo ideal y más productivo a comparación de aquellos hijos que únicamente son criados por uno solo de estos en la tenencia exclusiva. La tenencia

compartida, elimina el fenómeno de los padres periféricos, elimina en los hijos la sensación de pérdida o desconexión respecto de alguno de sus progenitores y desarrolla en mayor medida su autoestima y bienestar por cuanto que aprecia los esfuerzos de sus padres por continuar a su lado a pesar de sus diferencias.

- La interacción y dinamismo: Pues, dependiendo de la etapa en la que se encuentre el menor, la vivencia en dos hogares distintos puede ser beneficioso en cuanto al desarrollo de sus habilidades comunicativas y sociales, ya que, al vivir en dos hogares, este debe establecer relaciones fructíferas con las personas que se encuentren en cada uno de estos o con las personas de ese entorno. Asimismo, se desarrolla la solidaridad, la integración y se facilita la cooperación mutua, reduciendo así los compromisos de lealtad cambiantes de los hijos hacia cada progenitor.

2.2.5.3. Desventajas

No obstante, no todo lo concerniente a la tenencia compartida debe ser interpretado como puras ventajas y beneficios. Algunos autores como Loayza (2021) han sido críticos con esta modalidad de tenencia, señalando que esta trae consigo algunas desventajas, las cuales manifiesta a continuación:

- La predominancia de la confusión emocional: La tenencia compartida obliga a que el menor tenga que adaptarse a dos estilos y formas de vida distintos, en lugar de un solo estilo de vida, lo que incluye adaptarse a diferentes hábitos, costumbres, localidades y amistades. Esto contribuye a generar confusiones en el menor por cuanto que no tiene un modo o estilo de vida estable, continuo y permanente.
- Es una modalidad mucho más costosa: A pesar de la distribución equitativa y productiva de las responsabilidades financieras (cosa que en la tenencia exclusiva no existe), la tenencia compartida se configura como una modalidad que irroga mayores gastos por parte de los progenitores, ello en razón al costo que implica tener dos hogares con las condiciones necesarias para poder vivir con el menor, así como los gastos de traslado, adecuación de vivienda y otros gastos propios de su subsistencia, los cuales se duplican. De la misma forma, la ausencia de un compromiso u obligación legal que determine un monto de responsabilidad o manutención por parte de uno u ambos progenitores puede provocar que exista un progenitor que asuma un compromiso económico mucho mayor que el otro, lo cual genera un detrimento en la calidad de vida del menor y en el otro cónyuge (quien podría verse obligado a correr con tales gastos).

- Solamente se puede aplicar a los menores que tengan cierto nivel de desarrollo: Esto, en función de las etapas naturales de crecimiento y desarrollo de los menores, pues, en etapas muy tempranas (los primeros cinco años de vida) los hijos deberán permanecer la mayor parte del tiempo posible junto a su madre. De no ser así, se estaría afectando el arraigo hacia ella, además que el padre no podría atender todas las necesidades fisiológicas de sus hijos (como la tarea de la lactancia materna, por ejemplo). Por ende, se hace necesaria una evaluación psicológica a los hijos para determinar si estos se encuentran aptos para poder afrontar y comprender lo que implica vivir bajo la modalidad de tenencia compartida;
- Conflictos entre progenitores: En el caso que la modalidad de tenencia compartida haya sido impuesta por orden judicial, podría existir desacuerdos o conflictos entre los padres respecto de la distribución de los roles, cargas o periodos de tiempo para convivir con sus hijos, por lo que tienden a buscar la tenencia exclusiva.

2.2.5.4. La tenencia compartida en el Perú

Habiendo hecho un repaso acerca de los principales apuntes relacionados con la tenencia compartida y sus implicancias sociales, psicológicas y económicas, corresponde analizar el marco normativo que regula su aplicación en el Perú.

Para ello, primero es de advertir que esta figura fue incorporada mediante la Ley N.º 29269 (2008), destinada a modificar los artículos 81 y 84 del CNA, amparándose en el principio del Interés Superior del Niño por cuanto que ofrece una vía a través de la cual se puede amparar el bienestar integral de la familia y, en especial, del menor, puesto que se lo sustrae del padecimiento de fenómenos como la alienación parental o los conflictos de lealtad, además de favorecer su desarrollo integral aún a pesar de la separación de sus padres.

En ese sentido, el marco normativo de la tenencia compartida ha tenido dos momentos clave: i) La promulgación de la ley N.º 29269 (2008), la cual incorporó la tenencia compartida en la legislación nacional, reconociendo la viabilidad de su determinación en procesos judiciales y conciliatorios en los cuales se dilucide en torno a la tenencia del menor; ii) La promulgación de la ley N.º 31590 (2022), misma que determinó la preferencia por esta modalidad de tenencia tanto por parte de los padres como por parte de las autoridades judiciales y operadores del sistema de justicia, siempre y cuando ello no represente una vulneración a los intereses del menor y a su interés superior.

Esta última norma establece una serie de modificatorias al Código del Niño y Adolescente, cuyos aspectos más resaltantes, son los siguientes:

- La fijación de la tenencia compartida (artículo 81): Configurándose, así como la modalidad predeterminada ante la separación de hecho de los padres, salvo que esta no sea posible o resulte en un perjuicio para el menor. Se reconoce la voluntad de los padres a la hora de arribar a este acuerdo, recayendo sobre ellos la determinación de la forma y pautas que guiarán su aplicación, formalizándose (si fuera necesario) a través de la conciliación extrajudicial. Ante la inexistencia de un acuerdo, el juez privilegiará esta modalidad y ordenará su aplicación, siendo la tenencia exclusiva una opción residual en el caso así lo estime necesario.
- La variación de la tenencia (artículo 82): Se reconoce y mantiene la posibilidad de poder solicitar la variación de la tenencia independientemente del acto del cual emane la tenencia primigenia (judicial o conciliatoria), pudiendo ser variada en cualquiera de las dos vías. En el caso de que sea judicial, el juez evaluará la actitud y desempeño del progenitor que tuviera la tenencia hasta ese momento, a través de tres factores: i) verificar si existe síndrome de alienación parental, ii) verificar si este ha impedido injustificadamente la relación de sus hijos con el otro progenitor y iii) no respetar los acuerdos que originalmente estaban establecidos en torno a la tenencia. Reconoce, además, el derecho que tiene el progenitor impedido de tener contacto físico con sus hijos de tener contacto a través de medios virtuales. Finalmente, se reconoce la labor del denominado “equipo multidisciplinario” para la implementación gradual de la variación del régimen de visitas de tal forma que no lesione o afecte la estabilidad de los niños salvo que, en atención a las circunstancias, se ordene el cumplimiento inmediato del fallo.

Loayza (2021) hace un repaso acerca de los fundamentos jurídicos que se toman en cuenta para su determinación:

- La tenencia debe emanar del acuerdo de ambos progenitores o, en su defecto, ser fijada judicialmente para priorizar el interés superior del niño, debiendo mediar los esfuerzos de los padres para evitar una desaceleración u obstaculización en el desarrollo de sus hijos.
- La consideración de la opinión del menor si el juez así lo determina, de tal forma que este pueda participar a través de la exteriorización de su postura, deseo y opinión y el

juez, en función a ello, determinar si realmente es conveniente o no el fijar esta modalidad de tenencia o, en su lugar, la tenencia exclusiva;

- La verificación de las pruebas y hechos propios del caso en concreto a efecto de valorar si es conveniente o no la determinación y la viabilidad de la tenencia compartida;
- La verificación de las condiciones socioeconómicas de los padres, pues, como se señaló anteriormente, esta modalidad requiere una mayor inversión y una adecuación más exhaustiva de los lugares en los cuales se va a desarrollar la crianza de los menores. Siendo así, entonces, es necesario que se garanticen los medios suficientes para garantizar una adecuada calidad de vida, a través de la verificación de que ambos progenitores cuenten con hogares suficientemente adecuados para el desarrollo ideal de los hijos. Asimismo, debe verificarse la situación laboral de los padres y condiciones tales como su residencia y personas con las que estos viven, pues, de nada serviría otorgar tal modalidad de tenencia si en la práctica uno de los progenitores no reside en la ciudad o por cuestiones laborales no podrá estar presente en el hogar para atender a su hijo(a).

Dueñas (2018) menciona, al respecto, que la tenencia compartida como figura jurídica únicamente ha habilitado la posibilidad de ser ordenada en sede judicial, pues, antes de la promulgación de las normas anteriormente citadas, no existía impedimento alguno para que las partes, de libre y mutuo acuerdo, decidiesen en torno a la tenencia compartida, esto debido a que no existía ninguna norma que limite o prohíba cualquier acuerdo que, en la práctica pueda representar un beneficio para el menor.

Se añade, además, que la tenencia compartida es una figura legal que nace como consecuencia de perseguir y asegurar el interés superior del niño y su bienestar. La separación de los padres suele ser una etapa sumamente dolorosa y para lo cual los hijos no necesariamente se encuentran preparados psicológicamente para ello. Dylman (2017) sostiene que ello se debe al desarrollo incipiente que física y psicológicamente tienen los menores por su condición de tales, por lo que no tienen las competencias emocionales, sociales y psicológicas necesarias para poder afrontar la separación de los padres y comprender el contexto o situación que motiva tal separación. Entonces, sentimientos como la culpabilidad, la ira o la soledad pueden invadirlos. Luego, la convivencia con solo un progenitor en la práctica motiva el aislamiento del otro, y, consecuentemente, una sensación de desapego que también es dañina, pues, lo ideal es que los hijos cuenten con el apoyo, asistencia de ambos progenitores.

Es por esta razón que la norma reconoce una situación que se deriva de un contexto real que se experimenta en la sociedad, además de promover una figura que evita (al menos en teoría) la exposición del menor a síndromes como el de alienación parental, así como al desentendimiento del progenitor que no tiene la tenencia respecto de sus responsabilidades y deberes como padre.

No obstante, el éxito o fracaso de esta modalidad dependerá ciertamente de la predisposición que los padres tengan para ello, pues, finalmente son ellos quienes deben de coordinar de cara a relacionarse adecuadamente con sus hijos. Si no existe tal predisposición o, en su lugar, priorizan la satisfacción de sus intereses, celos y egos personales, entonces el daño que podría provocar forzar una tenencia compartida podría ser mucho mayor que el que se pretende evitar con su aplicación, lo cual incidirá inevitablemente en la salud mental, emocional y desarrollo de los menores hijos, atentando así contra su bienestar. La legislación reconoce tal circunstancia, y es en atención a ello que reconoce que este modelo de tenencia debe ser aplicado en tanto que no existan circunstancias o motivos que permitan prever la imposibilidad o inconveniencia en su aplicación respecto del bienestar de los hijos. Tal evaluación debe hacerse siempre a la luz del principio del interés superior del niño.

2.2.5.5. La tenencia compartida en el derecho comparado

Al revisar la legislación de otros países, hemos encontrado que, en nuestra región, países como Chile, Brasil y Argentina resaltan en su marco normativo la regulación de la tenencia compartida bajo diferentes consideraciones, en mayor o menor medida similares a la adoptada en la legislación peruana.

Por ejemplo, en Chile, tenemos la existencia de dos normas que promueven la tenencia compartida: La ley “amor de papá” - Ley N.º 20.680 (2013), la cual establece el deber de corresponsabilidad parental en la tenencia y cuidado de los hijos e hijas menores de edad, de cara a procurar una adecuada atención de la salud, integridad y calidad de vida, priorizando el común acuerdo entre los progenitores respecto de su crianza y educación, en igualdad de condiciones. La ley, además, verifica el cumplimiento del derecho de estabilidad de residencia del menor, fiscaliza y sanciona la existencia de degradaciones o síndromes como el de alienación parental, así como prioriza la adecuada, equitativa y coordinada distribución de roles y labores de crianza y educación de los menores hijos.

Por otro lado, el Código Civil chileno (1855), en los artículos 225 y 226, dispone que, cuando los padres se encuentran separados, la tenencia debe fijarse de común acuerdo (ya sea

la tenencia exclusiva o la compartida), siendo tal acuerdo celebrado de forma solemne (es decir, constar en un documento con valor oficial), estableciendo la forma y medios a través de los cuales el progenitor no teniente se relacionará con sus hijos (de corresponder). En el caso de optar por la tenencia compartida, se adoptará bajo la teoría de la corresponsabilidad parental, priorizándose y verificándose que existan las condiciones para la estabilidad y continuidad de las relaciones entre los menores y sus padres. Finalmente, ante la inexistencia de un acuerdo voluntario, será el juzgador quien determine la tenencia en atención a las circunstancias específicas, siendo que, hasta que se tome tal decisión, se extenderá la convivencia de facto.

Nótese que, en la legislación del país vecino, no existe la determinación de una modalidad preferente de tenencia en sede judicial o extrajudicial, más bien, se deja al libre albedrío del juzgador el poder determinar cuál modalidad de tenencia aplicar, en función a las circunstancias, posibilidades materiales y emocionales que ello involucra.

Por otro lado, en Brasil, se opta por una legislación más similar a la peruana en cuanto al sentido de obligatoriedad, pues, la ley 13.058 (2014) determina la obligatoriedad legal de la tenencia compartida luego de la separación de los padres, debiendo los padres -en atención a ello- dividir de forma equilibrada y equitativa el tiempo de convivencia con los progenitores, considerando las condiciones fácticas e intereses de los menores hijos.

En Argentina, es el artículo 651 del Código Civil (Ley N.º 26.994, 2014) el cual determinó la regulación de la tenencia compartida en similares términos a la legislación peruana en cuanto a su obligatoriedad y determinación de oficio, pues, la norma faculta a que puedan ser tanto los padres quienes arriben a un acuerdo en ese sentido o sea el juez quien así lo determine, siempre y cuando ello no contravenga con los intereses y el desarrollo de los hijos.

2.2.6. Interés superior del niño

El principio del interés superior del niño se constituye como uno de los pilares fundamentales de los derechos del niño(a) y adolescente, así como del derecho de familia en general, por cuanto que este refiere la protección del bienestar y prioridad de su atención ante cualquier decisión o acción que pueda tener alguna repercusión directa o indirecta sobre él (Corrales, 2016). Se configura, entonces como la piedra angular que sostiene los derechos de la infancia y el principal resguardo sobre el cual reposan todas las consideraciones legales y extraleales que involucra el desarrollo de los niños(as) y adolescentes.

Se encuentra consagrado en diferentes instrumentos legales internacionales, siendo uno de los más importantes la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989), que ha sido ratificada por la mayoría de los países.

De este modo, la protección y el desarrollo integral del niño debe ubicarse en el centro de todas las decisiones que puedan afectarle, tanto en el ámbito familiar, social, educativo, judicial, como en cualquier otro contexto. Basoalto (2019) acota que su origen proviene del derecho anglosajón, mismo en el cual la prioridad de la atención y la satisfacción de los derechos de la infancia motivó la creencia de que permitiría la solución eficaz de aquellos problemas que afectaban el desarrollo de los niños, dotando a tales problemas de relevancia pública, aunque se suscitaban en la esfera privada.

Otros autores consideran, por su parte, que se trata de un derecho subjetivo de los niños(as) y adolescentes y una fuente de derechos de los que son sus dueños, revestidos de un principio protector erigido en base a la incapacidad que, en atención a su nivel de desarrollo, tienen para poder dirigir y autodeterminar su vida con independencia (Torrecuadrada, 2016). Tales derechos y deberes que emanan de este principio no se hallan sujetos a ninguna situación específica, razón por la que se extiende a todos por igual, protegiéndolos de la acción gubernamental y, al mismo tiempo, imponiendo deberes y obligaciones al Estado para la asistencia debida (Bruñol, 1999).

Freedman (2005) también reconoce el espíritu protector de este principio, por cuanto que se configura como un deber de la autoridad encaminada al aseguramiento de la eficacia de los derechos subjetivos de la infancia y la adolescencia, implicando así la toma de medidas encaminadas a su protección y prevalencia.

Este principio, además, coloca énfasis al niño como un sujeto que merece cuidado, protección, fomento y abastecimiento, por cuanto que toda norma y política pública existente debe considerar no poner en riesgo o vulnerar tales consideraciones, no obstante, reconoce que la propia naturaleza genérica y universal del principio lo convierte en objeto de sendas discusiones y conflictos jurídicos que disminuyen su eficacia en el terreno de los hechos (Ballesté, 2012).

Los derechos o aspectos que se encuentran comprendidos dentro del interés superior del niño son:

- El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo: Se debe garantizar que el niño pueda crecer de forma saludable y en un ambiente óptimo que asegure su formación integral.
- El derecho a la participación: El menor tiene derecho a ser oído y que su opinión se tome en cuenta respecto de las decisiones que le afecten de acuerdo con su grado de madurez y desarrollo.
- Protección contra el maltrato: El menor debe encontrarse libre de sufrir cualquier clase de abuso que comprometa su salud, desarrollo e integridad.
- Atención a las necesidades emocionales y psicológicas: Se debe procurar la estabilidad emocional y psicológica para su bienestar y desarrollo adecuado;
- Educación: Una educación de calidad permitirá que, posteriormente, pueda tener las competencias suficientes para incorporarse exitosamente a la sociedad.

El principio, además, debe ser aplicado en el marco de cualquier proceso judicial, procedimiento administrativo o de cualquier otra naturaleza del que pueda advertirse un impacto o potencial impacto en la vida del niño(a) o adolescente.

López (2015) identifica los elementos fundamentales para comprender el contenido del Principio del interés superior del niño:

- Expresión y deseos de la infancia: Los niños(as) y adolescentes, si bien no poseen aún las capacidades plenas desarrolladas para poder tomar decisiones de la misma calidad y libertad que un adulto, si pueden expresar deseos basados en sus emociones y experiencias personales, por lo que tales deseos deben ser tomados en cuenta por parte de los sujetos involucrados a la hora de tomar cualquier decisión que, eventualmente, pueda afectarles.
- Entorno familiar y social: El cual está referido a las situaciones que rodean al infante, incluyendo el entorno individual, familiar, comunitario y educativo, las cuales se debe procurar que brinden el mejor ambiente para el adecuado desarrollo del menor.
- La predictibilidad: La cual permite la anticipación del estado o circunstancia venidera de los menores, debiéndose evaluar las circunstancias futuras que podría influir en estos. La predictibilidad exige la planificación y prevención para poder asegurar que existan resultados futuros a favor de los intereses del niño(a) y adolescente, siendo necesario anticipar su porvenir.

2.2.6.1. Marco legal del Interés Superior del Niño en el Perú

En nuestro país, el reconocimiento y aplicación del principio del interés superior del niño se encuentra enmarcado en la ley N.º 30466 (Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, 2016), cuya finalidad es la fijación de criterios y seguridades para la priorización absoluta del beneficio del niño(a) y adolescente en cada diligencia y trámite existente (Artículo 1).

Tales criterios que deben considerarse para priorizar al menor de edad se resumen, de acuerdo con lo indicado en el artículo 3, a lo siguiente:

- Las características de los derechos de la infancia: Pues, los derechos de los niños(as) y adolescentes son de carácter universal, no divisible y relacionada con este principio;
- El reconocimiento de los niños como sujetos y poseedores de derechos;
- La aplicación universal de la Convención sobre los Derechos del Niño;
- La consideración, amparo y logro de cada derecho establecido en los tratados y convenios que versen sobre los derechos de los menores;
- Los impactos que pueda tener las acciones relacionadas con el crecimiento y desarrollo del menor, debiéndose medir en sus efectos a corto, mediano y largo plazo.

Estos criterios permiten establecer, entre otros, los parámetros esenciales y directrices que el Estado debe considerar a la hora de efectivizar este principio en toda política y procedimiento del cual sea parte o dirija. En consecuencia, permite la formulación y publicación de políticas, lineamientos y directrices orientadas a garantizar el desarrollo adecuado de los menores, proteger sus derechos y tomar medidas protectoras, resarcitorias y sancionadoras cuando tales derechos se vean vulnerados tanto por el Estado como por parte de individuos en el marco de un proceso individual, pues, el interés social que reviste la protección de la infancia obliga a su tutela independientemente del ámbito en el que ello se dé (privado o público) (Chevarría & Chávez, 2019).

2.2.6.2. El principio del interés superior del niño y su consideración en la figura de la tenencia

El principio del interés superior del niño tiene un especial impacto y relevancia respecto de la tenencia de los menores en casos de separación o de divorcio o ante la suscitación de un conflicto familiar de cualquier índole. En tales casos, las decisiones sobre quien tendrá la custodia y la tenencia del menor (o la forma como se organizará la tenencia compartida, de ser

el caso) implicará la consideración de lo más conveniente para el niño(a) y adolescente, independientemente de las preferencias o derechos de los padres.

Kaulmann (2019) resume tal interacción en una serie de “aspectos clave” en los cuales se manifiesta la aplicación de este principio en la institución jurídica de la tenencia:

- La evaluación de las condiciones de los padres: A la hora de evaluar sobre la tenencia, las autoridades jurisdiccionales deben analizar si ambos progenitores están en las condiciones para poder compartir la tenencia o, en su defecto, quien de los dos se encuentra en mejores condiciones para poder garantizar el bienestar de los hijos. La consideración de estas condiciones es multidimensional, pues, no solamente exige la revisión de condiciones físicas, ambientales o económicas, sino también las condiciones mentales, emocionales, laborales y la existencia de un entorno favorable para su desarrollo y libre de violencia.
- Evitar el conflicto entre los padres: Se debe considerar evitar exponer al menor a los conflictos que existan entre los progenitores, pues, aunque exista la voluntad o predisposición de ejecutar la tenencia conjunta o la tenencia compartida (ya sea a través de su modalidad conjunta o alternada), si ello implica el constante roce y conflicto entre los padres, tal modalidad, lejos de beneficiar a los hijos, los perjudicará aun más, por ende, se debe en esos casos negar la custodia o promover unas reglas que minimicen al máximo la existencia de contextos que motiven el conflicto en presencia del menor, a efecto de resguardar su bienestar y estabilidad emocional.
- El derecho de contacto con ambos padres: El principio del interés superior del niño reconoce que, una adecuada formación de los menores implica que estos tengan contacto permanente con ambos progenitores, pues, el rol de la madre y el rol del padre son fundamentales para una formación íntegra en valores y emociones, así como un adecuado desarrollo psicológico y de habilidades sociales. Por ello, salvo existan situaciones en las cuales se evidencie un riesgo para el niño, se debe establecer y promover que el niño tenga una relación permanente y sana con ambos padres, evitando así el síndrome de alienación parental y el síndrome de los padres periféricos. Idealmente, ello debe hacerse a través de la tenencia compartida, aunque luego ello pueda realizarse en la modalidad de tenencia exclusiva ante la fijación de un régimen de visitas y comunicación, el cual debe ser respetado y cumplido por ambos progenitores de cara a la protección y fortalecimiento del vínculo con estos.

- Escuchar la opinión del niño: La participación del niño, conforme señala la Convención de Derechos del Niño (1989) es esencial en esta clase de procesos para poder conocer cuales son sus deseos y opiniones respecto de la modalidad de tenencia que se debe adoptar. Ello debe considerarse en la medida que el nivel de madurez y desarrollo del menor así lo permita. Si bien se reconoce que su opinión y deseo no es vinculante (pues, su opinión únicamente se toma en cuenta, mas no genera un derecho o determina el fallo judicial), sí es un elemento importante que debe ser ponderado a la hora de fijar la tenencia por parte del juzgador.
- La protección ante situaciones de riesgo: Si el juez advierte que existen conflictos que involucran situaciones de violencia domestica, abuso, negligencia o conductas violentas en contra de los hijos, este se encuentra obligado a tomar medidas destinadas a su proteccion, pues, el principio del interés superior obliga a priorizar el bienestar e integridad del menor y, si ello supone la privacion de la tenencia o del régimen de visitas a uno de los progenitores por sus acciones, así habrá de hacerse, estableciendo o variando la tenencia a favor de otro progenitor o, en su defecto, a un tercero que garantice un adecuado desarrollo del niño(a) o adolescente.

2.2.7. Conciliación extrajudicial

La conciliación extrajudicial, es una institución del derecho la cual ha sido de constante evolución dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos a lo largo del globo y la historia. Etimológicamente hablando, hace referencia al ajuste o composición de ánimos naturalmente contrapuestos (Pinedo, 2017). Couture (1976), al respecto, señala que el origen del término deriva del latín *Concilium*, mismo que significa asamblea o reunión, haciendo referencia a aquellas asambleas romanas destinadas a la resolución de conflictos, arriba a acuerdos y negociar.

Llevando a un plano más jurídico, autores como Ormachea y Solís (1998) consideran que su definición tiene dos dimensiones: la conciliación como un procedimiento, misma que refiere el proceso legalmente establecido mediante el cual se permite el arribo a un acuerdo entre dos partes, y la conciliación como finalidad, la cual hace referencia al resultado (el acuerdo) que tiene a bien resolver el conflicto existente entre las partes.

Una de las concepciones más antiguas de la doctrina viene de De Vicente (1856), quien refiere más bien, que la conciliación es una figura judicial a través de la cual se pretende brindar la oportunidad a las partes de evitar el proceso contencioso a través de la formulación de

soluciones y propuestas de arreglo a las diferencias que han llevado a las partes ante los tribunales.

Otra concepción de la conciliación como un procedimiento judicial viene de parte de Almeida (1997) quien la considera como aquella comparecencia ante el juez que tiene como objetivo alcanzar un acuerdo sobre un asunto y, de esa forma, evitar el proceso judicial.

Montero (1999) si bien no la considera como una función judicial, si la considera como una función estatal que es resuelta por algún funcionario o institución del Estado o una función delegada (es decir, recae en un privado que actúa en nombre del Estado) conceptuándola como la comparecencia de las partes ante esta autoridad, ya sea por voluntad propia o por mandato de la ley, para intentar alcanzar una solución amistosa a un conflicto de intereses, siendo tal procedimiento amparado y regulado por el ordenamiento jurídico.

Zegarra Escalante (1999) la considera como la avenencia entre la discordancia de las partes basada en la renuncia recíproca o unilateral. Romero Gálvez (2003), en tanto, la conceptúa como un proceso a través del cual las partes de un conflicto acuden a un tercero neutral para que les ayude en la solución de su controversia, brindándoles opciones de solución para superar tal conflicto, aunque recayendo en las partes el deber de aceptar o no tales propuestas de solución.

El arribo conciliatorio, conforme señala Couture (1976) implica, desde luego, renunciar, ceder, allanarse y transigir respecto de las posiciones del conflicto a efecto de encontrar un punto medio de acuerdo y así evitar enfrentarse en un litigio (conocido como conciliación extraproceso) o ponerle fin en el caso que este ya esté en curso (conocido como conciliación intraproceso).

En el plano normativo, nuestra legislación conciliatoria, representada por la Ley de Conciliación (Ley N.º 26872, 1997) de la cual se hablará más adelante, define a la conciliación extrajudicial como aquella institución mediante la cual las partes en conflicto acuden a un Centro de Conciliación Extrajudicial para buscar asistencia en la solución consensuada al conflicto.

Entonces, habiendo hecho tales definiciones, corresponde analizar que, en todas se ha encontrado en una serie de elementos en común que corresponde ser analizados:

- Requiere la preexistencia de un conflicto de intereses: La conciliación es una institución que se aplica únicamente a la solución de un conflicto entre dos o más partes, no pudiendo servir para la solución de incertidumbres jurídicas;
- Es un proceso judicial, estatal o privado: Dependiendo del momento histórico y del contexto legal en el que se dé, la conciliación puede ser considerada como un proceso que se da en sede judicial, a través de alguna autoridad administrativa facultada para ello, o frente a alguna institución privada debidamente autorizada para efectuar tal procedimiento.
- Implica la participación de un tercero: Sea este un juez, un funcionario o un conciliador, es necesaria la intervención de un tercero quien modera el procedimiento y propone las fórmulas de solución al problema para su consideración por las partes, mas no tiene facultades de imposición ni mucho menos se encuentra investido de jurisdicción, lo que se traduce en que la eficacia y el éxito o fracaso del procedimiento conciliatorio depende, en esencia, de las partes involucradas, más no del conciliador.
- Es un procedimiento regulado: Independientemente de su consideración como proceso judicial, estatal o privado, este se encuentra regulado a través de un marco normativo especial que brinda una suerte de valor especial al acuerdo arribado en tal procedimiento, así como establece las reglas, deberes y derechos que asisten a las partes que ahí intervienen;
- Tiene una finalidad preventiva o resolutive del conflicto: La conciliación sirve para arribar a la solución a un conflicto y evitar embarcarse en un proceso judicial en el que se discuta las pretensiones, en tanto que también puede ser empleada para poder poner final a un conflicto ya existente.
- Implica la cesión, renuncia y negociación: La solución del conflicto nace en la voluntad de las partes involucradas en este, razón por la cual, para alcanzar un acuerdo hace necesaria la búsqueda de un punto medio al cual solo se puede llegar tras la concesión de derechos la renuncia a intereses y la negociación de estos para obtener un resultado que, idealmente, sea beneficioso para ambas partes.
- Puede ser voluntario u determinado por la ley: En principio, la conciliación se supone voluntaria en tanto que responde al ánimo de las partes de obtener asistencia en la solución del conflicto, primando su voluntad como fuente generadora del acuerdo. No obstante, algunos ordenamientos jurídicos disponen que el intento conciliatorio sea obligatorio como paso previo a la judicialización del problema, lo que suele ser criticado en cuanto a su ineficacia dada la falta de un verdadero ánimo conciliatorio.

2.2.7.1. Principios que rigen a la conciliación

Los principios que en general regulan la conciliación se manifiestan en el marco normativo de la conciliación, el cual, en el contexto peruano es la Ley N.º 27682 (Ley de Conciliación, 1997) y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 017-2021-JUS (2021), los que definen ello, siendo estos, en breves términos, los siguientes:

- El principio de equidad: A través del cual se debe procurar que las partes que participen en el proceso conciliatorio lo hagan en condiciones de igualdad y que ello permita alcanzar acuerdos beneficiosos para todos.
- Principio de veracidad: La conciliación debe implicar la búsqueda de lo que desean las partes, no debiendo el conciliador alterar el sentido de las pretensiones, así como basarse en hechos y pruebas verídicos que demuestren la realidad del conflicto.
- La buena fe: En este proceso debe procurarse el actuar honesto de las partes para alcanzar un acuerdo conciliatorio válido y basado en la verdad.
- La confidencialidad: La información que se ventile o discuta en el procedimiento conciliatorio no puede ser expuesta a terceras personas, salvo exista consentimiento o se plasme ello en el acta de conciliación.
- La imparcialidad: El rol del conciliador debe ser el de brindar fórmulas conciliatorias para solucionar el problema que sean satisfactorias para todas las partes, no pudiendo favorecer a una o a otra parte ni perjudicarla.
- Neutralidad: El conciliador no puede actuar en procesos que generen algún conflicto de interés, salvo que las partes soliciten de forma expresa su intervención.
- Legalidad: El procedimiento conciliatorio se debe realizar al amparo del marco normativo que regula la conciliación en el Perú, además de las normas que sean aplicables para el conflicto en específico.
- Celeridad: La conciliación debe ser rápida y brindar una solución célere al problema.
- Economía: El objetivo de la conciliación debe ser el ahorro de recursos y de tiempo a comparación de un proceso judicial o arbitral.

2.2.7.2. Marco Legal vigente

En nuestro país, el marco legal que regula la conciliación en el Perú está dirigido, principalmente, por la Ley N.º 26872 – Ley de conciliación y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 017-2021-JUS

Asimismo, la Resolución Directoral 069-2016-JUS/DGDP (2016) establece lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial.

2.2.8. La conciliación extrajudicial en familia

La conciliación extrajudicial en familia es un procedimiento específico que comparte el mismo marco normativo que la conciliación extrajudicial en materia civil, aunque con una serie de precisiones que a continuación se resaltan:

- Requiere especialización: Conforme al artículo 20 de la Ley de conciliación, para poder ser conciliador en materias de carácter familiar, será necesario que el conciliador cuente con especialización en esta materia.
- Materias conciliables: De acuerdo con el artículo 7 de la ley, se establecen como materias conciliables las pretensiones de pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia y otras que deriven de la relación familiar y en las que las partes tengan libre disposición, rigiendo la aplicación del principio del Interés superior del niño (concordante con el art. 13 del reglamento).
 - o No son conciliables los casos de violencia familiar (artículo 7-A de la ley y art. 14 del reglamento).
- Es inexigible: A diferencia de otras materias, aquellos conflictos que son de carácter familiar no exigen la realización del proceso conciliatorio como requisito para la presentación de la demanda judicial (artículo 9, inciso i de la ley).
- Tiene un costo determinado: Conforme a lo señalado por el artículo 68.7 del reglamento, el costo del procedimiento no puede exceder de las 2 Unidades de Referencia Procesal (URP);

Finalmente, la Resolución Directoral 069-2016-JUS/DGDP (2016), señala, respecto de la conciliación en materia familiar, lo siguiente:

- El deber del conciliador por velar que los acuerdos sean lo más convenientes para los niños(as) y adolescentes, para lo cual se tiene que tomar en cuenta lo que dice el Interés Superior del Niño.
- No puede ser materia de acuerdo conciliatorio las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad.
- En cuanto a la tenencia y régimen de visitas:

- El régimen de visitas debe ser solicitado por el progenitor que no vive con el(los) hijos, acreditando que está cumpliendo o la imposibilidad de cumplir la obligación alimentaria.
- La tenencia solo puede ser ejercida por uno de los padres, excluyéndose a terceros ajenos a estos.
- La posibilidad de solicitar este procedimiento a partir de los 14 años.

La variación de la tenencia y/o el régimen de visitas únicamente podrá realizarse si el régimen a variar fue establecido en conciliación.





CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

3. Marco metodológico

3.1. Enfoque de investigación

La investigación adopta un enfoque **cualitativo**, es decir, se basa en el análisis e interpretación de información la cual no es cuantificable ni medible de manera objetiva. Como tal, este enfoque permite una investigación subjetiva, flexible y cuyo aporte reside en la interpretación personal de la investigadora en relación con el fenómeno que es materia de estudio.

3.2. Tipo de investigación

La investigación es de tipo **básica**, es decir, se basa en el análisis y comprensión de un fenómeno a través de distintos métodos, instrumentos y técnicas, la cual permitió la generación de mayor conocimiento teórico y jurídico sobre el tema. Luego, los hallazgos y conclusiones a las que se arribaron tras la realización de la investigación pueden sentar la base para la realización de futuras investigaciones de corte aplicado, es decir, en el que se estudie principalmente una propuesta concreta de mejora en la realidad jurídica.

3.3. Nivel de investigación

El nivel de investigación que caracteriza a la presente es el **descriptivo-explicativo**. Primero, se hizo un análisis acerca de las principales figuras, conceptos e instituciones jurídicas que forman parte de la investigación (la tenencia compartida como criterio preferente para resolución de disputas de tenencia), para luego explicar su relación o afectación de orden jurídico respecto del principio del interés superior del niño en el marco de la conciliación extrajudicial en asuntos familiares.

3.4. Diseño de investigación

La investigación tiene un diseño **no experimental**, pues, obedeciendo a la naturaleza propia del derecho, no realiza la manipulación de variables o categorías de esta investigación, ya que únicamente se limitó a su análisis.

3.5. Método de investigación

La investigación usó el método **dogmático, fenomenológico, funcional y hermenéutico**. En primer lugar, el método dogmático permitió hacer una revisión acerca del estado del arte sobre el tema y de los principales conceptos, aportes y teorías existentes en relación con el tema que es materia de estudio. Luego, el método fenomenológico hizo posible la recolección de información relacionada con las experiencias y conocimientos que son fruto de la experiencia profesional de los diversos entrevistados. En cuanto al método funcional, este permitió el análisis de la forma en la que se presenta el derecho y se materializa el problema jurídico a

través del estudio de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y, finalmente, el método hermenéutico permitió el análisis e interpretación de la norma que es materia de estudio (la Ley N.º 31590), a la luz de los principios del derecho (específicamente, el interés superior del niño) para poder alcanzar los objetivos de la investigación propuestos y así solventar el problema planteado.

3.6. Técnicas e instrumentos

La investigación empleó las siguientes técnicas:

- **La técnica de análisis bibliográfico:** La cual permitió la revisión y análisis de bases teóricas, legales y jurisprudenciales que están relacionadas con el tema de investigación. Para ello, se empleó el instrumento del gestor bibliográfico, a través del cual se recopilaron y organizaron las diversas fuentes teóricas, legales y jurisprudenciales que sirvieron para desarrollar esta investigación.
- **La técnica de análisis documental:** La cual se basa en la revisión documental de actas de conciliación en las cuales se evidencia el problema que es materia de investigación. Para ello, se utilizó como instrumento la ficha de observación y análisis documental, la cual permitió organizar, clasificar, anotar y analizar dichas actas de conciliación y su contenido.
- **La técnica de entrevista:** La cual permitió obtener la información que es fruto de la experiencia profesional de las personas que fueron entrevistadas. Para ello, se utilizó la guía de entrevista estructurada, a través de la cual se recolectó, sistematizó y analizó la información proveniente de las personas entrevistadas.

3.7. Población

Para llevar a cabo la técnica de análisis documental, se tomaron en cuenta todas las actas de conciliación extrajudicial sobre tenencia, celebradas en el Centro de Conciliación del Colegio de Abogados de Arequipa, durante el 2023.

Para la realización de la técnica de entrevista, se entrevistaron a los abogados especialistas, con experiencia o conocimientos en Derecho de Familia, Derechos del niño y/o conciliación extrajudicial, así como a conciliadores extrajudiciales en materia de familia de la ciudad de Arequipa.

3.8. Muestra

En cuanto a la revisión de actas de conciliación extrajudicial de tenencia, se revisaron cuatro (4) actas de conciliación extrajudicial celebradas ante el Centro de Conciliación Extrajudicial del Colegio de Abogados de Arequipa, cuyos datos se exponen a continuación.

Tabla 1
Actas de conciliación analizadas

ID	Acta	Fecha de celebración
A01	057-2023 – Acuerdo Total	29 de noviembre del 2023
A02	033-2023 – Acuerdo Total	10 de julio del 2023
A03	044-2023 – Acuerdo Total	18 de setiembre del 2023
A04	030-2023 – Acuerdo Total	05 de julio de 2023

Por otro lado, la revisión de actas de conciliación fue complementada con la realización de entrevistas a doce (12) abogados y conciliadores con conocimiento, experiencia y/o especialidad en asuntos de carácter familiar, cuyos datos se exponen a continuación:

Tabla 2
Profesionales entrevistados

ID	Entrevistado(a)	Especialidad o centro de labores
E01	Rosas Sarmiento, Emilio Olger	Centro de Conciliación “Rosas de Belén”
E02	Urizar Espinoza, Fredy Orlando	Centro de Conciliación “Lirizar”
E03	Castro Huamán, Samuel Rodrigo	Centro de Conciliación de la UCSM
E04	Cuentas Cortez, Edward	Centro de Conciliación “Futuro de la Justicia”
E05	Zeballos Gámez, Guillermo	Centro de Conciliación Mercaderes
E06	Barreda Vásquez, Diana Ivonne	Centro de Conciliación J.J.B. Asociados
E07	Montoya Manrique, Gustavo Manuel	Centro de Conciliación del Colegio de Abogados de Arequipa
E08	Salazar Valdivia, Wilder Ángelo	Centro de Conciliación Solución Fraternal
E09	Valdivia Torres, Jorge	Centro de Conciliación Divina Misericordia
E10	Choquehuanca López, Rinaldo	Centro de Conciliación Idepaz
E11	Velarde Pinto, Katty Lizbeth	Centro de Conciliación Gestión y Dialogo


E12 Franco Díaz, Enrique

Centro de Conciliación Francisco García
Calderón

3.9. Técnica de muestreo

De acuerdo con el enfoque cualitativo de esta investigación, así como a los fines y características que este reviste, es que se ha optado por utilizar la técnica de muestreo **no probabilística por conveniencia de la investigadora**, técnica que permite a la investigadora determinar, acorde a los recursos y posibilidades de la investigadora, qué, cuántos, quiénes y cuáles serán los objetos y sujetos que serán materia de análisis durante la investigación.





CAPÍTULO IV
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4. Presentación, análisis y discusión de resultados

Como se mencionó anteriormente, la investigación cuenta con una primera parte en la cual se analizan y profundizan tanto los antecedentes investigativos, como las teorías y alcances que a nivel doctrinario, legal y jurisprudencial existe en torno a la institución de la tenencia y la conciliación extrajudicial.

Habiendo culminado con dicha parte, corresponde ahora hacer la presentación y análisis de los hallazgos encontrados en el trabajo de campo (constituido por la revisión de actas de conciliación y realización entrevistas), así como su contraste con los hallazgos y precedentes que, a nivel doctrinario y legal existe, en función a los objetivos planteados.

Como se mencionó y expuso anteriormente, la revisión de las actas de conciliación permite determinar cómo es que el problema de investigación advertido se manifiesta en la práctica jurídica, así como desprender, a partir de su análisis, sus principales alcances, deficiencias y puntos de discusión acerca de la participación del menor en las decisiones y acuerdos celebrados.

Asimismo, los entrevistados son conciliadores extrajudiciales con especialización en la atención de asuntos de carácter familiar, lo cual permite recabar, desde la óptica del ejercicio de la función conciliadora, los principales alcances, percepciones y limitaciones que existen en torno al problema jurídico advertido, así como sus aportes en cuanto a este, el cual será objeto de análisis, contraste y discusión, tanto con los criterios dogmáticos y legislativos, así con los hallazgos derivados de la revisión de actas de conciliación.

Habiendo mencionado ello, corresponde ahora hacer la presentación de los hallazgos obtenidos, su análisis y, posteriormente, su discusión en torno a cada objetivo de la investigación.

4.1. Precisar si la opinión del niño(a) o adolescente debe tomarse en cuenta en procesos de conciliación extrajudicial de tenencia y afines.

El primer objetivo de esta investigación es “Precisar si la opinión del niño(a) o adolescente debe tomarse en cuenta en procesos de conciliación extrajudicial de tenencia y afines”. Para poder alcanzar este objetivo, se procederá a hacer un análisis normativo y doctrinario que se desglosará en los siguientes puntos: ¿Qué derechos tiene el niño, niña y adolescente, de acuerdo con la legislación internacional y nacional? ¿En qué consiste el derecho a “opinar” del niño(a) y adolescente? ¿Existen limitaciones en el proceso de conciliación extrajudicial respecto de la

opinión del niño(a) y adolescente? ¿Por qué es importante la opinión del niño en asuntos de carácter familiar, específicamente, de tenencia?

¿En qué consiste el derecho a “opinar” del niño(a) y adolescente?

El marco normativo internacional y nacional reconoce ampliamente al niño, niña y adolescente como sujeto pleno de derechos, colocando en el centro de cualquier decisión que le afecte el principio del interés superior del niño.

En cuanto al marco normativo que regula el derecho a la consideración de la opinión del niño(a) en la conciliación, tenemos, en primer lugar, al Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (UNICEF, 1989), el cual establece que los Estados deben garantizar que el niño, en función de su madurez, tenga el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten.

Luego, a nivel nacional, nuestra Constitución Política, en los artículos 4 y 6 (1993), determinan la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de promover y proteger la familia, especialmente a las personas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad, entre ellos, a los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, la Ley N.º 30466 (Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, 2016), establece en su artículo 2, que las decisiones sobre tenencia deben considerar:

- La opinión del menor, dependiendo de su edad y madurez.
- La necesidad de garantizar la estabilidad emocional y social del niño.

Ello sirve de parámetro y guía, además, para el Código del Niño y Adolescente (Ley N.º 27337, 2000), el cual determina, en el artículo IX del Título Preliminar, que todas decisiones que atañan de forma directa o indirecta a niños, niñas y adolescentes, deben de tomar en cuenta y priorizar lo más beneficioso para ellos.

Asimismo, la Ley de tenencia compartida (Ley N.º 31590, 2022), que modifica el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, reafirma que toda decisión respecto de la tenencia (compartida o no) de los menores de edad, deben ser tomadas en consideración del principio del interés superior del niño.

Siendo así, este principio, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación peruana a través de la Ley N.º 30466, establece que todo procedimiento –

judicial, administrativo o extrajudicial– que involucre a un menor debe garantizar su bienestar y desarrollo integral como máxima prioridad.

Desde el punto de vista doctrinario, diversos autores destacan la conciliación como un procedimiento basado en la autonomía de la voluntad, la cooperación y el diálogo, donde las partes pueden ceder y negociar sus pretensiones en función del bienestar de los menores (Kaulmann, 2019). Sin embargo, el Principio del Interés Superior del Niño, recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y en la legislación nacional, impone un límite a esta autonomía: cualquier acuerdo debe priorizar el bienestar del niño(a) o adolescente.

En ese orden de ideas, la tenencia es un derecho y deber derivado de la patria potestad, el cual puede ser acordado extrajudicialmente entre los progenitores a través de la conciliación (Naula, 2022). No obstante, la doctrina reconoce que los menores de edad son sujetos de derechos y que su opinión debe ser tomada en cuenta en las decisiones que los afectan.

Asimismo, diversos doctrinarios, como Kaulmann (2019) y López (2015), han desarrollado criterios sobre la aplicación del principio del interés superior del niño en procesos de tenencia, destacando:

- El derecho a ser oído: El menor debe expresar su punto de vista y ser considerado en la toma de decisiones.
- El entorno familiar y social: Se debe evaluar cuál de los progenitores ofrece mejores condiciones de estabilidad y bienestar.
- La predictibilidad: Deben considerarse las consecuencias a futuro de la decisión tomada en conciliación.

Estos criterios doctrinarios respaldan la importancia de incluir la opinión del menor en los procesos conciliatorios, evitando que estos acuerdos se realicen de manera unilateral por los progenitores sin considerar el bienestar del niño, alineándose también con el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que exige que los Estados garanticen al niño el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, incluyendo los procedimientos legales y administrativos.

En el contexto específico de los procesos de conciliación extrajudicial sobre tenencia y temas afines, esta garantía adquiere una relevancia particular. Aunque tales procesos se desarrollen fuera del sistema judicial formal, no pueden desligarse del cumplimiento de los principios y derechos fundamentales del niño(a) y adolescente. Así, si bien no siempre se exige

formalmente la participación del menor en una audiencia conciliatoria, el respeto por su derecho a opinar debería impulsar a los operadores (conciliadores, abogados, padres) a considerar su voz como un factor relevante y no meramente accesorio.

Además, la jurisprudencia y la doctrina nacional reconocen que la opinión del niño(a) y adolescente puede ser un criterio de orientación al momento de decidir sobre su custodia, siempre que se valore en función de su grado de madurez. La participación no equivale a una decisión vinculante, pero sí exige una escucha activa y respetuosa de sus deseos, vivencias y percepciones, en particular cuando estas se relacionan con su bienestar emocional y afectivo.

Finalmente, el marco legal nacional –como el contenido de la Ley 30466– obliga al Estado y a los agentes del sistema de protección (incluidos los conciliadores) a considerar los impactos de toda decisión en el corto, mediano y largo plazo sobre el desarrollo del niño o adolescente. En ese sentido, ignorar su voz en procesos de conciliación vulneraría no solo su derecho a participar, sino también el principio mismo del interés superior, que requiere una evaluación contextualizada y sensible a las necesidades emocionales y psicológicas del menor.

¿Existen limitaciones en el proceso de conciliación extrajudicial respecto de la opinión del niño(a) y adolescente?

Aunque el derecho a opinar del niño, niña y adolescente (niño(a) y adolescente) se encuentra ampliamente reconocido en los marcos normativos internacionales y nacionales, su aplicación efectiva en los procesos de conciliación extrajudicial, especialmente en temas como la tenencia, enfrenta serias limitaciones estructurales y procedimentales.

Una de las principales restricciones identificadas es que el proceso conciliatorio extrajudicial en nuestro país no contempla formalmente la participación directa del menor, lo que deja su derecho a opinar en un estado de ambigüedad. A diferencia de los procesos judiciales, donde pueden habilitarse espacios como entrevistas psicológicas o audiencias reservadas con el juez, en la conciliación extrajudicial no existe un mecanismo legalmente obligatorio para escuchar al niño(a) y adolescente, ni protocolos estandarizados para valorar su grado de madurez y recoger su voz de forma segura.

Esta omisión genera un vacío legal que puede llevar a la exclusión sistemática del niño del proceso, dejando decisiones que afectan directamente su vida (como con quién vivirá, en qué condiciones y bajo qué régimen de visitas) en manos exclusivas de los adultos (padres y conciliador), sin tener en cuenta sus preferencias, vínculos emocionales o percepciones de bienestar.

Además, la conciliación se basa en el acuerdo de voluntades entre los padres, sin una figura imparcial que actúe como garante pleno del interés superior del menor, lo cual puede generar situaciones en las que los acuerdos logrados satisfacen más las expectativas de los adultos que las verdaderas necesidades del niño o adolescente, sobre todo si uno de los progenitores actúa bajo presión o con poca capacidad para defender los intereses de sus hijos.

Otro aspecto limitante es el perfil del conciliador extrajudicial, quien generalmente no cuenta con formación especializada en infancia, ni con herramientas técnicas para manejar adecuadamente la escucha activa de un menor, ni mucho menos para intervenir ante posibles situaciones de riesgo, manipulación parental o conflicto grave, hecho que compromete la posibilidad de recoger la opinión del menor de forma ética, segura y respetuosa.

Finalmente, el marco normativo tampoco establece consecuencias jurídicas concretas si se omite la participación del niño(a) y adolescente, lo cual contribuye a que su derecho a opinar sea considerado como accesorio o prescindible, en lugar de ser una obligación sustantiva que guíe el contenido y validez del acuerdo conciliatorio.

¿Por qué es importante la opinión del niño en asuntos de carácter familiar, específicamente, de tenencia?

La inclusión de la opinión del niño, niña y adolescente (niño(a) y adolescente) en los asuntos familiares, especialmente en los procesos que determinan la tenencia, no solo es una exigencia legal y ética, sino también una herramienta fundamental para garantizar decisiones justas, realistas y sostenibles en el tiempo. Esta participación representa una forma concreta de ejercer el principio del interés superior del niño, al permitir que sus emociones, percepciones y necesidades sean tenidas en cuenta en contextos que afectan directamente su vida cotidiana, relaciones afectivas y entorno de desarrollo.

Como se recoge en el marco teórico, uno de los aspectos clave del principio del interés superior del niño es precisamente su derecho a ser escuchado, en la medida de su madurez y capacidad de comprensión. Este derecho, lejos de ser simbólico, tiene una finalidad práctica: brindar a los tomadores de decisión una visión desde la experiencia subjetiva del menor, que frecuentemente revela aspectos que los adultos (incluidos jueces, padres y conciliadores) podrían pasar por alto.

En los casos de tenencia, la opinión del niño(a) y adolescente puede ofrecer información valiosa sobre:

- Su vínculo afectivo predominante con uno u otro progenitor;
- Sus sentimientos frente al conflicto parental y cómo este lo afecta emocionalmente;
- Las condiciones reales del entorno en el que vive, que pueden ser desconocidas o minimizadas por los adultos;
- Sus preferencias legítimas respecto al régimen de convivencia, contacto o visitas, que podrían no coincidir con los planteamientos de los padres.

Esta información es vital porque permite tomar decisiones que no solo “lucen bien” jurídicamente, sino que realmente respetan la vivencia y el bienestar del niño. De hecho, ignorar su voz puede traducirse en decisiones formales que, aunque válidas legalmente, resultan disfuncionales o incluso traumáticas en la práctica (por ejemplo, otorgar la tenencia a un progenitor con el que el menor no tiene una relación afectiva sólida o que le genera ansiedad).

Además, incluir su opinión contribuye a su desarrollo personal y autonomía progresiva, al hacerle sentir que su voz tiene valor y que es parte activa en decisiones que lo involucran. Esta experiencia fortalece su autoestima, promueve el respeto mutuo y le enseña que la resolución de conflictos puede lograrse mediante el diálogo y la escucha.

Ahora bien, es importante reconocer que esta participación no implica que la opinión del niño sea determinante o vinculante, sino que debe ser valorada en conjunto con otros elementos del caso, como su edad, madurez, entorno familiar, nivel de manipulación parental (si existiera), y condiciones objetivas de cuidado. Pero excluirla por completo, especialmente en conciliaciones extrajudiciales donde se construyen acuerdos sin intervención judicial, constituye una omisión grave que compromete la legitimidad y el éxito del acuerdo.

En conclusión, la opinión del niño no solo es importante, sino necesaria para lograr decisiones realmente centradas en su bienestar, particularmente en temas de tenencia. En el contexto de los procesos de conciliación extrajudicial, su voz debería ser considerada como un criterio orientador esencial, y no como una formalidad o aspecto secundario. Incorporar su perspectiva contribuye a acuerdos más justos, humanos y sostenibles, alineados con su desarrollo emocional y social.

Habiendo hecho este análisis, se puede determinar que, como principales limitaciones respecto de la consideración de la opinión del menor de edad en la conciliación extrajudicial se encuentra:

- Ausencia de regulación específica: Aunque el Código de los Niños y Adolescentes permite que el menor sea escuchado en procesos judiciales, no establece con claridad cómo debe incorporarse su opinión en los procesos extrajudiciales de conciliación.
- Dependencia de la voluntad de los padres: La conciliación es un proceso basado en la voluntad de las partes. En muchos casos, los progenitores pueden llegar a acuerdos sin consultar a los menores, lo que podría vulnerar sus derechos.
- Falta de mecanismos para evaluar el interés superior: En el proceso judicial, el juez cuenta con peritos y especialistas para evaluar lo que es mejor para el menor. En cambio, en la conciliación, este análisis no siempre es riguroso.

Como consecuencia de esta situación, se producen una serie de riesgos derivados de la exclusión de la opinión del menor:

- Acuerdos que no favorecen al niño: Podrían tomarse decisiones basadas en intereses de los padres y no en el bienestar del menor.
- Mayor vulnerabilidad del niño: La falta de un análisis profundo del contexto familiar puede poner al menor en una situación de riesgo.
- Posible incumplimiento del acuerdo: Si el menor no está de acuerdo con la decisión tomada, podría resistirse a cumplirla, generando conflictos posteriores.

Por tales motivos, se sustenta la necesidad de regular, promover y garantizar la participación del menor de edad en asuntos en los cuales le afecten directa o indirectamente, destacándose, en el caso en concreto, su participación en los procesos conciliatorios extrajudiciales de tenencia.

4.2. Identificar las principales deficiencias en la implementación de la Ley 31590 en los procesos de conciliación extrajudicial.

El segundo objetivo de esta investigación es “Identificar las principales deficiencias en la implementación de la Ley N.º 31590 en los procesos de conciliación extrajudicial”. Para poder alcanzar este objetivo, se procederá la presentación de los resultados derivados del análisis de actas de conciliación sobre tenencia celebradas durante el 2023. En ese sentido, se hará el análisis de cuatro actas de conciliación, cuyo número responde a las dificultades en su obtención, pues, se trata de procedimientos conciliatorios que involucran los derechos de menores de edad, por lo que se ha procedido con la tramitación y obtención de cuatro actas de casos ejemplares en los que se evidencia la problemática descrita en la investigación por parte del Centro de Conciliación del Colegio de Abogados de Arequipa.

Sobre la participación del menor

La participación de los niños y adolescentes en los procesos conciliatorios es fundamental, ya que su opinión permite orientar los acuerdos hacia el verdadero interés superior del niño, tomando en cuenta su edad y madurez.

Sin embargo, en la realidad, en el Acta 1 y 2 no se apreció participación de los menores, pese a que tenían 10, 12, 11 y 17 años, edades en las cuales ya podrían emitir opiniones valiosas sobre sus preferencias. En el Acta 3, el menor de 6 años tampoco participó, aunque su opinión referencial pudo haberse considerado. En el Acta 4, igualmente no hubo participación alguna, lo que impide conocer los deseos del menor.

Esto permite apreciar críticamente que, en todos los casos analizados se evidencia la ausencia de participación infantil, lo cual constituye una debilidad en el proceso conciliatorio y reduce la legitimidad de los acuerdos.

Sobre los intereses del menor de edad:

Los acuerdos deben construirse priorizando los intereses y necesidades de los menores, asegurando su bienestar físico, emocional y social. Si bien es cierto los padres deben de tomar en cuenta muchos factores y posibilidades que deben de acordar para determinar la tenencia, debe priorizarse o, cuando menos, tomar en cuenta lo que desean los hijos para, en función a ello, determinar las condiciones de la tenencia.

Sin embargo, en el Acta 1, los intereses se valoraron desde la óptica de los progenitores, no de los propios niños. Luego, en el Acta 2, aunque los menores no participaron, se aplicó la lógica del interés superior mediante la tenencia compartida y una distribución equilibrada de responsabilidades parentales. En el Acta 3, los intereses no se consideraron realmente, pues bajo el discurso de tenencia compartida se encubrió una tenencia unilateral. Finalmente, en el Acta 4, si bien se estableció una distribución equitativa de roles, no es posible afirmar que refleje los intereses del menor por la falta de su participación.

Esto permite apreciar de forma crítica que, aunque algunos acuerdos intentan ajustarse al interés superior (Actas 2 y 4), la omisión de la voz de los menores limita la certeza de que realmente se atendieron sus intereses.

Sobre el acuerdo y beneficios para el menor

Los acuerdos conciliatorios deben ser beneficiosos para los menores, garantizando estabilidad, desarrollo integral y una adecuada relación con ambos progenitores. Debe considerarse que las

condiciones de la tenencia sean favorables tanto en su desarrollo físico, psicológico, y que el contexto en el que se de ese desarrollo sea favorable para la atención de sus necesidades elementales (vivienda, acceso a servicios de salud, de educación, entre otros).

Sin embargo, en el Acta 1, se fijaron reglas que promueven un ambiente sano (conducta adecuada, visitas en sobriedad, evitar discusiones), pero se ignoró la posibilidad de tenencia compartida. Por otro lado, en el Acta 2, el acuerdo es aparentemente beneficioso, pues los padres asumieron corresponsabilidad en el cuidado y participación en la vida de sus hijos. En el Acta 3, se observa un régimen de visitas más cercano a una tenencia unilateral con pensión alimenticia, lo cual desvirtúa la idea de tenencia compartida. Finalmente, en el Acta 4, el acuerdo de tenencia compartida parece beneficioso, pero sin la opinión del menor es incierta su real conveniencia.

Esto permite apreciar críticamente que los acuerdos muestran esfuerzos por resguardar el bienestar de los menores, especialmente en las Actas 1, 2 y 4; sin embargo, la inconsistencia en la aplicación de la tenencia compartida y la exclusión de los menores generan limitaciones que podrían afectar la efectividad de los beneficios.

En síntesis, el análisis de las actas conciliatorias revela deficiencias significativas en la aplicación de la Ley N.º 31590, especialmente en lo referido a la tutela del interés superior del niño:

- La participación de los menores estuvo ausente en todos los casos, pese a que sus edades permitían recoger opiniones válidas y pertinentes. Esta omisión debilita la legitimidad de los acuerdos y contraviene el enfoque de participación que exige la normativa.
- La consideración de los intereses del menor fue insuficiente o indirecta, pues, los acuerdos se construyeron desde la perspectiva de los progenitores, sin garantizar que las decisiones reflejaran efectivamente las necesidades, deseos o bienestar de los niños. Aunque en dos casos se intentó incorporar el principio del interés superior mediante acuerdos de corresponsabilidad, la falta de participación infantil impide asegurar que dichos intereses hayan sido realmente atendidos.
- Si bien existen esfuerzos por generar condiciones favorables para el desarrollo del menor (como distribución de roles, reglas de convivencia o corresponsabilidad parental), la inconsistencia en la aplicación de la tenencia compartida y la ausencia de la voz del niño generan acuerdos potencialmente incompletos o poco representativos de sus verdaderas necesidades.

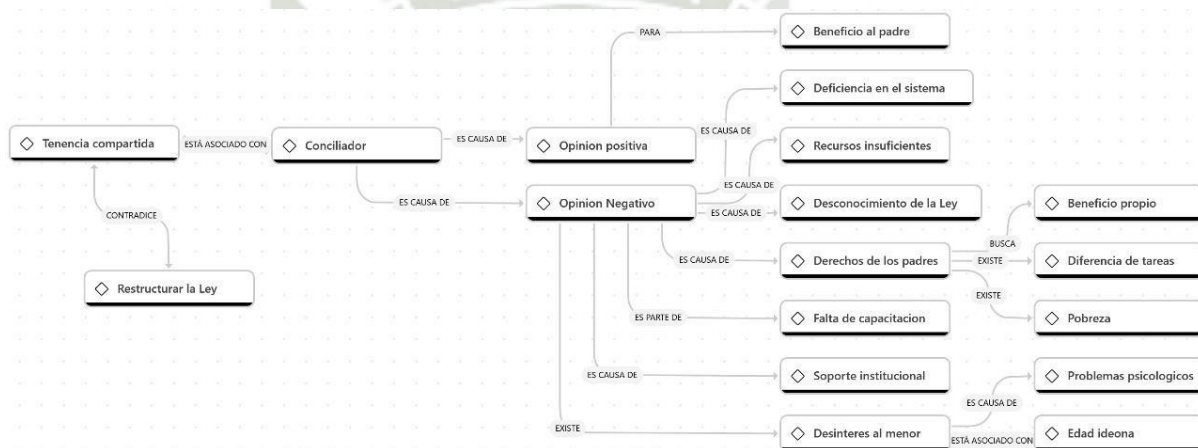
4.3. Evaluar la percepción y las prácticas de los conciliadores en Arequipa respecto a la consideración del interés superior del niño en los acuerdos de tenencia compartida.

El tercer objetivo de la investigación es “Evaluar la percepción y las prácticas de los conciliadores en Arequipa respecto a la consideración del interés superior del niño en los acuerdos de tenencia compartida”. A continuación, se presentarán los resultados derivados de la aplicación de entrevistas a conciliadores extrajudiciales especializados en asuntos de carácter familiar.

4.3.1. Análisis de entrevistas

Figura 1

Síntesis de las posturas recabadas por los entrevistados



Fuente: Elaboración propia a partir del uso de la herramienta Atlas.ti

El presente mapa conceptual muestra la relación entre los participantes en la conciliación, las percepciones que cada uno tiene y los obstáculos que surgen en la tenencia compartida.

Se aprecia que la tenencia compartida entra en tensión con ciertos aspectos de la ley y con la relación que se establece con el conciliador, quien manifiesta tanto opiniones positivas como negativas. La opinión negativa es más amplia y no se limita a los desacuerdos personales entre los padres; también abarca el desconocimiento de la ley, la falta de capacitación de los profesionales, la carencia de soporte institucional y, lo más preocupante, el desinterés por el bienestar del menor. En algunos casos, esta falta de consideración puede generar afectaciones psicológicas, lo que contraviene el principio del interés superior del niño. Además, se identifica como una limitación el hecho de que la normativa no especifica una edad idónea del menor para aplicar la tenencia compartida.

Dentro de las observaciones negativas también emergen los derechos parentales buscados desde un interés individual. Se señala que algunos padres, de forma estratégica, solicitan la tenencia compartida para obtener beneficios personales más que para fortalecer el vínculo con el menor. Por todo ello, se evidencia la necesidad de una reestructuración de la ley que permita adecuarla a la realidad actual, de modo que pueda funcionar de manera más efectiva y, sobre todo, en beneficio del menor.

4.3.2. Discusión de resultados

A continuación, se hará la discusión de los resultados, así como su contraste con los principales aspectos teóricos y normativos existentes. Para ello, se partirá de las categorías encontradas en el análisis de las entrevistas.

Beneficio al padre

En las entrevistas aparece reiteradamente la percepción de que la tenencia compartida (tal como se aplica en conciliación) puede ser instrumentalizada por algunos padres para obtener beneficios personales. Se mencionó recurrentemente el uso de esta figura para evadir obligaciones alimentarias, lo cual coincide con actas donde se declara una tenencia “compartida” que en realidad funciona como tenencia exclusiva con visitas esporádicas, pero utilizada jurídicamente para reducir o eliminar pensiones.

Esta instrumentalización no solo desnaturaliza el sentido de corresponsabilidad que plantea la Ley N.º 31590, sino que también reproduce acuerdos que no priorizan el bienestar del menor. La ausencia de mecanismos de verificación en conciliación permite que motivaciones económicas se coloquen por encima del interés superior del niño, generando acuerdos aparentemente equilibrados, pero profundamente inequitativos.

Deficiencia en el sistema

De acuerdo con los entrevistados, existen muchos problemas estructurales que impiden aplicar adecuadamente la tenencia compartida en la vía conciliatoria, lesionando el interés superior del niño. Entre ellos destacan la falta de equipos multidisciplinarios, la inexistencia de protocolos psicosociales, las limitaciones materiales de los centros de conciliación, y la ausencia de mecanismos de control de legalidad del acuerdo.

En la práctica, el conciliador actúa como transcriptor, sin posibilidad de evaluar la viabilidad real del acuerdo ni de verificar el cumplimiento del interés superior del niño, lo que convierte la conciliación en un procedimiento formalista que permite acuerdos riesgosos o inaplicables.

Como se apreció a lo largo del análisis de la ley N.º 31590, aunque esta exige evaluación de desempeño parental, condiciones emocionales, estabilidad económica y contexto familiar; en la práctica, la conciliación no cuenta con los medios para cumplir esos mandatos, generando una brecha entre la norma y su implementación real.

Recursos insuficientes

Los operadores entrevistados mencionan claramente que no existe infraestructura adecuada para evaluar situaciones familiares complejas. Falta personal especializado (psicólogos, asistentes sociales), herramientas diagnósticas, capacitación técnica y tiempo institucional para análisis del caso. Sin estas herramientas, la evaluación mínima requerida para acordar una tenencia compartida se vuelve imposible, lo que trae como consecuencia que los acuerdos conciliatorios que declaran esta modalidad lo hacen sin haber verificado condiciones materiales, emocionales o logísticas, lo que en ciertos casos resulta perjudicial para el niño.

Desconocimiento de la Ley

Uno de los hallazgos más significativos es el desconocimiento generalizado de la Ley N.º 31590, tanto entre operadores como entre padres. En varias actas revisadas, la modalidad acordada no cumple los criterios legales de la tenencia compartida; incluso se confunden conceptos como patria potestad, tenencia y régimen de visitas. Dicho desconocimiento produce tres efectos observables:

- La aplicación nominal de la ley: Se utiliza el término “compartida” sin cumplir sus requisitos.
- Acuerdos contradictorios o inejecutables: Por confusión conceptual o errores de redacción en las actas.
- Falta de orientación a los usuarios: Los conciliadores no siempre cuentan con claridad conceptual para guiar adecuadamente a las partes.

En consecuencia, este problema deja en claro que la modificación de la norma no necesariamente garantiza su correcta implementación.

Derechos de los padres

El análisis de actas muestra que los acuerdos conciliatorios suelen centrarse en la voluntad de los padres, sin mecanismos que garanticen una verdadera ponderación entre estos derechos y las necesidades del menor. La conciliación, al priorizar la autonomía privada, puede terminar subordinando los derechos del niño a los intereses adultos, especialmente cuando no existe participación infantil ni evaluación técnica independiente, ampliando el riesgo de acuerdos que

reflejen más la negociación entre progenitores que la protección efectiva del menor. Dicha voluntad, a su vez, se ve afectada por los siguientes problemas estructurales:

- La pobreza: La situación económica es un factor que limita fuertemente la viabilidad de la tenencia compartida, pues, en algunas actas se han observado carencias materiales que harían difícil sostener dos hogares funcionales para el menor. Ello también ha sido mencionado por los entrevistados. No obstante, en el proceso conciliatorio no se toman en cuenta de manera objetiva cuestiones como el empleo, los ingresos, la estabilidad habitacional y el acceso a servicios, lo que permite acuerdos que ignoran desigualdades económicas significativas entre los padres y que pueden afectar la continuidad de cuidados del menor.
- Diferencia de tareas: Los profesionales entrevistados refieren que persiste una distribución desigual del trabajo de cuidado, usualmente recargado sobre la madre. En ese sentido, la tenencia compartida, aplicada sin análisis previo, puede invisibilizar estas desigualdades y generar cargas adicionales que no necesariamente son sostenibles ni equitativas. La conciliación reproduce estos patrones, pues no cuenta con herramientas para evaluar objetivamente la capacidad real de corresponsabilidad.
- Beneficio propio: Finalmente, muchas veces se hace un uso estratégico de la tenencia compartida para ganar ventaja en procesos judiciales posteriores. De acuerdo con las percepciones de los entrevistados, algunos padres buscan acuerdos conciliatorios para generar antecedentes favorables o para condicionar la negociación con la otra parte, lo que convierte a la conciliación en un instrumento y desvirtúa su propósito.

Falta de capacitación

Los conciliadores señalan que muchos no dominan adecuadamente los conceptos jurídicos introducidos por la Ley N.º 31590, reportando que es usual la existencia de confusiones en torno a la aplicación de conceptos como la patria potestad, tenencia, tenencia compartida y régimen de visitas, lo que produce errores en las actas, acuerdos que no cumplen criterios mínimos y decisiones que se alejan del marco legal e incluso del interés superior del niño. Por otro lado, la formación insuficiente también dificulta que el conciliador pueda advertir acuerdos simulados o riesgosos, ya que carece del criterio especializado para cuestionar propuestas que los padres presentan como consensuadas. Tampoco existe capacitación para poder tratar con un menor de edad ante su eventual participación en una audiencia de conciliación en la que se discutan sus intereses.

Soporte institucional

Además de la insuficiencia de recursos, existe una debilidad estructural en el soporte institucional de los centros de conciliación, pues:

- No hay supervisión estandarizada.
- No existe control de calidad de actas.
- No hay retroalimentación normativa.
- No existen canales claros para casos complejos o de riesgo.

Esta precariedad contribuye a que la conciliación adopte una postura pasiva ante acuerdos que, en sede judicial, serían analizados rigurosamente o incluso rechazados.

Falta de participación del menor

Uno de los límites más graves observados es la ausencia total de participación infantil en las actas analizadas, dado que ninguna incorpora la opinión del niño o adolescente, incluso en casos con edades donde su opinión es viable legalmente. Esta omisión (cuyo origen radica en una deficiencia normativa en el procedimiento conciliatorio familiar) afecta el principio del interés superior y convierte al menor en un sujeto ausente, cuya experiencia y necesidades no son consideradas. El desinterés institucional hacia su voz evidencia una práctica que contradice tanto la ley como los estándares internacionales de derechos del niño.

Problemas psicológicos

La falta de participación infantil y la ausencia de evaluación psicosocial impiden detectar la existencia de riesgos emocionales, situaciones de violencia, procesos de alienación y estrés por conflicto parental. En consecuencia, cuando la tenencia compartida se acuerda sin evaluar estas dimensiones, se expone al menor a escenarios de mayor conflicto, lo cual puede intensificar problemas ya existentes o generar nuevos, lo que se convierte en problemático en situaciones donde los padres mantienen relaciones hostiles o poco cooperativas.

Edad idónea

Pese a la relevancia de la edad del menor (criterio básico para determinar viabilidad de una tenencia compartida), no existe evaluación al respecto en sede conciliatoria. Se omite considerar el grado de madurez, rutinas, preferencias y capacidad adaptativa. Por ende, sin esta valoración, el acuerdo puede imponerse de forma descontextualizada y perjudicial.

En síntesis, la implementación de la tenencia compartida en conciliación extrajudicial está atravesada por múltiples factores: estructurales, económicos, psicológicos y

socioculturales, pues, aunque la Ley N.º 31590 representa un avance normativo, sus principios quedan debilitados en la práctica debido a la ausencia de recursos, una capacitación insuficiente, el desconocimiento de las implicancias de la ley, así como la falta de mecanismos jurídicos y prácticos adecuados para llevarla a la práctica.

De ese modo, aunque el interés superior del niño se encuentra reconocido de manera sólida en la legislación, las entrevistas a conciliadores revelan una fuerte brecha entre el deber ser y la práctica real. La mayoría de los entrevistados reconoce limitaciones significativas para aplicar adecuadamente este principio en los procesos de tenencia compartida, las cuales dificultan el equilibrio de los derechos de los padres con el bienestar del hijo, particularmente en acuerdos de tenencia compartida que requieren un análisis individualizado y profundo de las condiciones del entorno familiar.

Es preciso recalcar, además que, al revisar la norma, no existe distinción entre vías judiciales o extrajudiciales en cuanto a la vigencia del principio. La Ley N.º 30466 (2016) establece que el interés superior debe ser considerado en todo procedimiento administrativo o extrajudicial que involucre a un menor. En teoría, por lo tanto, el proceso conciliatorio debe estar orientado por este principio, lo que implicaría escuchar la voz del niño o adolescente, cuando su edad y madurez lo permitan, verificar si el acuerdo propuesto responde a sus necesidades afectivas, sociales y psicológicas y evaluar el impacto futuro del acuerdo sobre su estabilidad y desarrollo. Sin embargo, como revelan los hallazgos de campo, la práctica está muy lejos de cumplir con estos estándares.

Por ello, de acuerdo con las entrevistas realizadas a conciliadores, el interés superior del niño rara vez se manifiesta de forma efectiva en la conciliación extrajudicial de tenencia, lo que hace que el principio termine siendo una etiqueta jurídica sin contenido práctico. Aunque se menciona en los acuerdos o en el discurso institucional, no se verifica su aplicación material.

¿Qué criterios deberían considerarse para efectivizar el interés superior del niño en la conciliación extrajudicial de tenencia?

La efectivización del interés superior del niño en los procesos de conciliación extrajudicial de tenencia requiere más que el reconocimiento formal del principio. Implica operativizarlo en criterios concretos, verificables y aplicables por parte de los conciliadores, de forma que estos puedan tomar decisiones o facilitar acuerdos verdaderamente orientados al bienestar del niño o adolescente.

En primer lugar, la Ley N.º 30466 y los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en Perú e instancias internacionales (como el Comité de los Derechos del Niño de la ONU) ya han delineado algunos criterios orientadores para aplicar el principio del interés superior del niño en cualquier procedimiento (judicial o extrajudicial) que le afecte. Entre los principales criterios se encuentran:

- La opinión del niño, según su edad y grado de madurez.
- El mantenimiento de relaciones afectivas estables con ambos progenitores y otros referentes importantes.
- La seguridad emocional y física del niño.
- La estabilidad del entorno familiar, educativo y social.
- La no exposición a conflictos parentales intensos.
- La no discriminación y la consideración de situaciones de vulnerabilidad (edad, discapacidad, violencia familiar, entre otros).

Estos criterios deben considerarse de forma conjunta, no aislada ni mecánica, y su valoración requiere una aproximación individualizada y contextualizada, sin embargo, estos criterios no están siendo aplicados sistemáticamente, por diversas razones:

- No existen lineamientos oficiales que obliguen al conciliador a tomar en cuenta estos factores ni a evaluar su cumplimiento.
- No hay participación del menor, lo que impide aplicar el primer y más básico criterio.
- No se evalúan los entornos afectivos, materiales ni psicosociales, porque el proceso no cuenta con profesionales (psicólogos, asistentes sociales) ni herramientas de diagnóstico.
- Los acuerdos se construyen en función de los intereses de los padres, sin una perspectiva infantil.
- No se verifica si el régimen propuesto puede mantenerse en el tiempo sin generar conflictos o riesgos para el menor.

Este panorama revela que, sin criterios operativos, el principio del interés superior queda desactivado en sede conciliatoria. Por todo ello, basándose en los hallazgos empíricos y el marco normativo, se pueden identificar criterios mínimos que deberían adoptarse para que el interés superior del niño se aplique con efectividad en la conciliación:

- Escucha activa del niño o adolescente: Implementar mecanismos para recoger la opinión del menor, cuando su edad lo permita, ya sea mediante entrevistas presenciales con profesionales, cuestionarios adaptados o intervención de un defensor del niño.
- Evaluación del entorno familiar: Valorar si existen condiciones de respeto, cooperación y estabilidad emocional entre los progenitores. En caso de conflictos intensos, la tenencia compartida puede ser contraproducente.
- Viabilidad material y logística: Verificar si los padres tienen disponibilidad de tiempo, recursos y cercanía geográfica para ejercer una tenencia verdaderamente compartida, sin afectar la rutina del menor.
- Prevención de instrumentalización del régimen: Evitar que la tenencia compartida sea utilizada como excusa para evadir responsabilidades económicas. Requiere criterios claros para vincular este régimen con obligaciones alimentarias y de cuidado equitativo.
- Formación y protocolos para conciliadores: Capacitación obligatoria en derechos del niño y criterios de interés superior, además de la adopción de protocolos que obliguen a valorar estos criterios antes de formalizar un acuerdo.
- Intervención profesional: Requerir la participación de psicólogos o profesionales con capacitación profesional en la escucha y comprensión de menores, para trasladar las necesidades, carencias y sentimientos del menor.

Todo ello permite determinar que, el interés superior del niño puede efectivizarse en la conciliación extrajudicial solo si se incorporan criterios claros y aplicables que orienten la labor del conciliador más allá del acuerdo entre los padres. Esto implica pasar de una visión formalista o transaccional del proceso a una lógica protectora y garantista, donde cada acuerdo sea analizado desde la perspectiva del niño, no solo desde la autonomía de los adultos.

Los conciliadores entrevistados reconocen que actualmente carecen de herramientas para aplicar estos criterios, por lo que urge una reforma normativa, institucional y formativa que fortalezca la conciliación como un espacio de protección, y no solo de resolución.

4.4. Determinar si la Ley N.º 31590, que regula la tenencia compartida como opción preferente para la resolución de conflictos de tenencia considera la adecuada protección de los derechos e intereses del menor en los procesos de conciliación extrajudicial de tenencia compartida en Arequipa, durante el año 2023.

El objetivo general de esta investigación es “Determinar si la Ley N.º 31590, que regula la tenencia compartida como opción preferente para la resolución de conflictos de tenencia

considera la adecuada protección de los derechos e intereses del menor en los procesos de conciliación extrajudicial de tenencia compartida en Arequipa, durante el año 2023”.

La Ley N.º 31590, promulgada como una modificación al Código de los Niños y Adolescentes, busca establecer la tenencia compartida como régimen preferente en casos de separación de progenitores, tanto en sede judicial como en conciliación extrajudicial. El espíritu de esta reforma gira en torno a promover la corresponsabilidad parental y garantizar la continuidad de vínculos afectivos con ambos padres, siempre bajo el marco del interés superior del niño.

Sin embargo, a partir de lo evidenciado en los tres objetivos específicos, se concluye que, en la práctica conciliatoria la ley no garantiza una protección adecuada y efectiva de los derechos e intereses del menor. Esta afirmación se sostiene en los siguientes hallazgos:

El reconocimiento formal de los derechos del niño no se traduce en mecanismos efectivos

Si bien la legislación internacional y nacional (Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N.º 30466) reconocen plenamente los derechos del menor (a la participación, a ser oído, a una vida libre de violencia y a un desarrollo integral), en la conciliación extrajudicial estos derechos son invisibilizados o reducidos a enunciados formales.

El derecho del niño a opinar sobre su régimen de tenencia, por ejemplo, no es ejercido ni facilitado en la práctica, como demuestran tanto las actas analizadas como las declaraciones de conciliadores. La ausencia total de su participación implica que sus deseos, emociones y percepciones no se incorporan al acuerdo, debilitando cualquier invocación al “interés superior del niño”.

Deficiencias estructurales en la implementación de la Ley N.º 31590 en conciliación

La conciliación extrajudicial carece de los recursos institucionales mínimos para aplicar adecuadamente la Ley N.º 31590. No hay equipos técnicos, protocolos de evaluación familiar, ni criterios uniformes que orienten cuándo procede o no la tenencia compartida. Como consecuencia, se ha identificado que:

- Se aprueban acuerdos nominalmente de “tenencia compartida” que no cumplen las condiciones materiales ni afectivas para ser considerados como tales.
- La figura se utiliza, en algunos casos, para evadir pensiones alimentarias, desvirtuando el objetivo de corresponsabilidad.

- No hay controles ni seguimiento posterior, por lo que el cumplimiento de los acuerdos queda librado a la buena voluntad de los padres.

Este contexto revela que el diseño normativo de la ley no fue acompañado por una estrategia de implementación realista y efectiva para el ámbito conciliatorio.

Percepción y prácticas de los conciliadores

Los conciliadores entrevistados muestran una clara conciencia de la importancia del interés superior del niño, pero también reconocen no tener herramientas, tiempo ni respaldo técnico para aplicarlo. Muchos de ellos manifiestan que se limitan a formalizar acuerdos entre padres, sin posibilidad de intervenir en el contenido ni de verificar si este responde al bienestar del menor. Algunos incluso señalan que, en casos complejos, la conciliación no debería ser el canal para acordar tenencia compartida, dada su naturaleza limitada y formalista.

En la conciliación extrajudicial, la protección de los derechos del niño no depende de la ley, sino del contexto particular: la voluntad de los padres, la ética del conciliador y, en el mejor de los casos, su sensibilidad personal. Esta discrecionalidad genera resultados dispares y pone en riesgo la equidad y la coherencia del sistema. El enfoque de “preferencia” por la tenencia compartida, al no estar vinculado a una evaluación técnica obligatoria, corre el riesgo de convertirse en un automatismo que prioriza la forma sobre el fondo, con consecuencias negativas para el niño o adolescente.

Todo ello permite determinar que, la Ley N.º 31590, aunque bien intencionada en su apuesta por la corresponsabilidad parental, no garantiza por sí sola la adecuada protección de los derechos e intereses del menor en los procesos de conciliación extrajudicial de tenencia compartida en Arequipa. La falta de infraestructura normativa, técnica y operativa para evaluar, escuchar y proteger al menor desactiva el principio del interés superior del niño en este contexto, reduciéndolo a una cláusula retórica más que a un mandato operativo.

Por lo tanto, la conciliación extrajudicial no está actualmente en condiciones de aplicar la ley con los estándares de protección que exige el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Urge repensar el rol de los centros de conciliación en asuntos de familia, dotarlos de competencias y recursos especializados, y establecer protocolos de evaluación que aseguren que cada acuerdo de tenencia compartida responda realmente al bienestar del menor.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La opinión del niño, niña y adolescente no solo debe ser tomada en cuenta, sino que constituye un derecho fundamental reconocido por el ordenamiento jurídico nacional e internacional, particularmente en decisiones que afectan directamente su vida, como los acuerdos de tenencia, sin embargo, no existen mecanismos ni protocolos que garanticen su participación efectiva, lo que vulnera el derecho del menor a ser escuchado y excluye una dimensión clave del principio del interés superior. Esta omisión no solo debilita la legitimidad de los acuerdos, sino que pone en riesgo su idoneidad y sostenibilidad.

SEGUNDA: La implementación de la Ley N.º 31590 en la conciliación extrajudicial presenta deficiencias significativas de tipo normativo, técnico e institucional. La falta de lineamientos operativos claros, la ausencia de evaluación psicosocial, la inexistencia de participación del menor y la limitada capacitación de los conciliadores han llevado a una aplicación distorsionada o mecánica de la tenencia compartida. En varios casos, esta figura se utiliza como instrumento para evitar pensiones alimenticias o sin condiciones reales de corresponsabilidad, lo que desnaturaliza el espíritu de la ley y expone al menor a acuerdos que no responden a su bienestar integral.

TERCERA: Aunque los conciliadores entrevistados tienen conocimiento general del principio del interés superior del niño, su aplicación efectiva en la práctica conciliatoria es mínima o inexistente. Las condiciones estructurales del proceso (falta de tiempo, ausencia de recursos técnicos, presión por resultados rápidos y enfoque adultocéntrico) impiden una verdadera valoración del bienestar del menor. La mayoría de los conciliadores ve reducida su labor a un rol formalista, sin facultades ni herramientas para proteger de manera proactiva los derechos del niño, lo que debilita la función garantista que debería tener este espacio.

CUARTA: La Ley N.º 31590, tal como se aplica actualmente en los procesos de conciliación extrajudicial, no garantiza adecuadamente la protección de los derechos e intereses del menor. La conciliación, lejos de constituir un espacio efectivo para asegurar el cumplimiento del interés superior del niño, se desarrolla en condiciones técnicas y jurídicas que invisibilizan su voz, privilegian la voluntad adulta y carecen de mecanismos de evaluación especializados. En consecuencia, la norma se encuentra desalineada con su propósito garantista cuando se traslada al ámbito extrajudicial, y ello demanda reformas urgentes tanto en su regulación como en su aplicación operativa.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en coordinación con los centros de conciliación extrajudiciales, debe implementar protocolos obligatorios para la participación del niño, niña o adolescente en los procesos de conciliación de tenencia, asegurando su derecho a ser escuchado conforme a su edad y madurez. Esto debe incluir la posibilidad de entrevistas asistidas por profesionales especializados (psicólogos o trabajadores sociales), así como la capacitación específica de conciliadores en enfoque de derechos de la niñez.

SEGUNDA: Se recomienda que el Poder Ejecutivo, a través del MINJUSDH, elabore y publique una guía técnica y normativa específica para la aplicación de la tenencia compartida en conciliación extrajudicial, que incluya criterios mínimos para su procedencia, herramientas de evaluación familiar, y mecanismos de seguimiento posterior. Esto permitirá reducir los acuerdos simulados o inadecuados, y asegurar que esta figura se utilice únicamente cuando sea verdaderamente beneficiosa para el menor.

TERCERA: Se recomienda establecer mecanismos de valoración y participación del menor en audiencias de conciliación extrajudicial donde se discuta la tenencia, que considere como criterios el desarrollo infantil, la escucha activa del menor, la evaluación de contextos familiares y aplicación práctica del interés superior del niño en acuerdos de tenencia. Asimismo, deben fortalecerse los requisitos para que los centros de conciliación cuenten con personal o red de profesionales de apoyo (psicólogos o trabajadores sociales).

CUARTA: Se recomienda la expedición de guías y lineamientos complementarios a la Ley N.º 31590, que establezcan límites específicos para su aplicación en la vía extrajudicial. Esta reforma debería prohibir la conciliación de tenencia compartida en contextos donde no existan condiciones de estabilidad o cooperación entre los padres y exigir la verificación de criterios mínimos de viabilidad familiar a fin de garantizar un control sustantivo de legalidad y de protección infantil.

REFERENCIAS

- Acuña, M. (2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de Derecho*, XXVIII(1), 55-77.
- Aguila, G., & Morales, J. (2011). *El ABC del Derecho Civil Extrapatrimonial*. Editorial San Marcos.
- Aguilar, A. (2022). La capacidad jurídica y la patria potestad como impedimento para la autonomía progresiva de la niñez. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, VIII(22), 73-113. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v8i22.378>
- Aguilar, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*(32), 191-197.
- Aguilar, B. (2013). *Derecho de Familia*. Ediciones Legales.
- Almeida, F. (1997). *La conciliación en la Administración de Justicia*. Trujillo: Marzol Perú Editores.
- Ballesté, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio siglo XXI*, 30(2), 89-108. <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153701>
- Barcía, R. (2013). Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXVI(2).
- Beltrán, J. (2009). El mejor padre son ambos padres. *Boletín de Derecho de Familia*(11), 53-65.
- Bermudez, M. (2012). *Derecho Procesal de Familia*. Editorial San Marcos.
- Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 125. <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/2017/01/doctrina44779.pdf#page=125>
- Cabrera, L. M., Hernández, C., & Hernández, M. (2021). La patria potestad en el derecho romano y su evolución a responsabilidad parental. *Revista de Derecho de Familia*(2), 1-18.
- Calderón, J. E. (2014). *La familia ensamblada en el Perú*. Adrus Editores.

- Canales, C. (2014). Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de tenencia. En M. A. Torres Carrasco, *Patria potestad, tenencia y alimentos* (págs. 101-116). Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Canales, C. (2014). *Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Cardenas, L. (2022). *La conciliación extrajudicial y su incidencia en la tenencia compartida del menor en la ciudad de Ambo - Huanuco, 2021-2022*. Repositorio Institucional de la Universidad Privada San Juan Bautista.
- Changanaqui, M. D. (2022). *Conciliación extrajudicial y los criterios para fijar la tenencia compartida de menores, Huacho 2021*. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional José Faustino Sanchez Carrión. <http://hdl.handle.net/20.500.14067/6527>
- Chevarría, J. E., & Chávez, J. (2019). *El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia*. [Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/13773>
- Chunga, F. (2008). *Derecho de Menores*. Editorial Jurídica Grijley.
- Código Civil de la República de Chile. (14 de Diciembre de 1855). Chile.
- Constitución Política del Perú. (1993). Perú.
- Cornejo, H. (1999). *Derecho familiar peruano*. Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
- Corrales, J. (2016). *Interés superior del niño en la praxis judicial ecuatoriana*. Editoriales jurídicas ATAR.
- Corte Suprema de Justicia. (1997). Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia. Perú.
- Corte Suprema de Justicia. (17 de Noviembre de 2000). Casación N.º 1738-2000. Perú: Sala Civil Transitoria.
- Couture, E. (1976). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Cuevas, K. J. (2022). *Las conciliaciones de tenencia en el principio del interés superior de los niños y adolescentes, en el distrito judicial de Villa María del Triunfo*. Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma del Perú. <https://hdl.handle.net/20.500.13067/2001>

De Vicente, J. (1856). *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en Materia Civil según la Ley de Enjuiciamiento*. Madrid: Imprenta de Gaspar y Roig Editores.

Decreto Legislativo N.º 295. (25 de Julio de 1984). Código Civil. Perú.

Decreto Supremo N.º 017-2021-JUS. (17 de Noviembre de 2021). Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N.º 26872, Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N.º 014-2008-JUS. Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Diniz, M. E. (2002). *Curso de Derecho civil brasileiro*. Saraiva.

Dueñas, W. U. (2018). *Otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas a los padres*. Arequipa - 2016. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de San Agustín.

Dueñas, W. U. (2018). *Otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas a los padres*. Arequipa - 2016. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de San Agustín.

Dylman, R. (2017). *Instituciones del derecho de familia*. Editorial ATAR derecho.

Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium*, 2, 114-127. https://www.researchgate.net/profile/Nicolo-Bellanca/publication/257871911_Elementi_di_un'analisi_del_terrorismo_contemporaneo/links/0deec525feee007cd4000000/Elementi-di-unanalisi-del-terrorismo-contemporaneo.pdf#page=114

Gallegos, Y., & Jara, R. (2014). *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores.

Isla, R. W., & Ramos, M. J. (2023). *Tenencia compartida y defensa del interés superior del niño y adolescente en Lima Norte 2023*. Repositorio de la Universidad César Vallejo.

Kaulmann, R. F. (2019). *Instituciones del derecho del niño(a) y adolescente*. Material universitario. Editoriales ATAR S.R.L.

Lei N.º 13.058. (22 de Dezembro de 2014). Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasil.

- Ley N.º 20.680. (21 de Junio de 2013). Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Chile.
- Ley N.º 26.994. (07 de Octubre de 2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Argentina.
- Ley N.º 26872. (13 de Noviembre de 1997). Ley de Conciliación. Perú.
- Ley N.º 27337. (7 de Agosto de 2000). Código de los Niños y Adolescentes. Perú.
- Ley N.º 29269. (17 de Octubre de 2008). Ley que modifica los artículos 81 y 84 del código de los niños y adolescentes incorporando la tenencia compartida. Perú.
- Ley N.º 30466. (17 de Junio de 2016). Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Perú.
- Ley N.º 31590. (26 de Octubre de 2022). Ley que regula la tenencia compartida, modifica los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes. Perú.
- Loayza, L. G. (2021). *Tenencia exclusiva y el interés superior del niño en los procesos de tenencia en el juzgado de familia de la ciudad del Cusco en el año 2020*. Universidad Andina del Cusco.
- López, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1). <https://doi.org/10.11600/1692715x.1311210213>
- Manchego, J. C. (2019). *Análisis de la aplicación de la tenencia compartida en la legislación peruana, Arequipa, 2017*. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.
- Monserrate, G. L. (2022). *La tenencia compartida y su regulación en Chile, Perú, Bolivia, análisis desde el derecho comparado*. Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma de los Andes "UNIANDES".
- Montero, J. (1999). *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral*. Tirant lo Blanch.
- Naula, Y. (2022). *La tenencia compartida y la corresponsabilidad paternal*. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de Chimborazo.

- Nazareno, G. C. (2020). *Análisis jurídico comparado, sobre la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes en las legislaciones de Colombia, Chile y Ecuador*. Repositorio Institucional de la Universidad Regional Autónoma de los Andes "UNIANDES".
- Ormachea, I., & Solís, R. (1998). *Retos y posibilidades de la conciliación en el Perú. Primer estudio cualitativo. Propuestas de políticas y lineamientos de acción*. Lima: Consejo de Coordinación Judicial.
- Peralta, J. R. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. IDEMSA.
- Pinedo, M. (2017). *La conciliación extrajudicial: Problemas más frecuentes y soluciones*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Placido, A. (2008). *Manual de Derecho de Familia. Un enfoque de estudio de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica Editores.
- Plácido, A. (2010). Privación de la patria potestad. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado* (págs. 206-215). Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Pussin, G., & Lammy, A. (2005). *Custodia compartida: como aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*. Madrid.
- Ramirez, M. (2020). Responsabilidad parental: Una evolución del derecho de familia en el Siglo XXI. *Spasmos*(12), 5-21.
- Resolución Directoral N.º 069-2016-JUS/DGDP. (12 de Agosto de 2016). Lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial. Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Rivaldi, C. (2014). *Breves apuntes sobre las instituciones del Derecho de familia*. Ediciones Derecho S.A.
- Riveros, C. P. (2019). Alcances de la adopción homoparental a la luz del interés superior del niño. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 10(1). <https://derechoycienciapolitica.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/88/75>
- Romero, S. A. (2003). *Conciliación: Procedimiento y técnicas de conciliación*. Lima: ASOPDES.

Saavedra, L. S. (2022). *Conductas objetivas del síndrome de alienación parental en los procesos de tenencia compartida en los juzgados de familia de la Corte Superior de Justicia de San Martín - 2021*. Repositorio Institucional de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

TorreCuadrada, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 16, 131-157. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-46542016000100131&script=sci_arttext

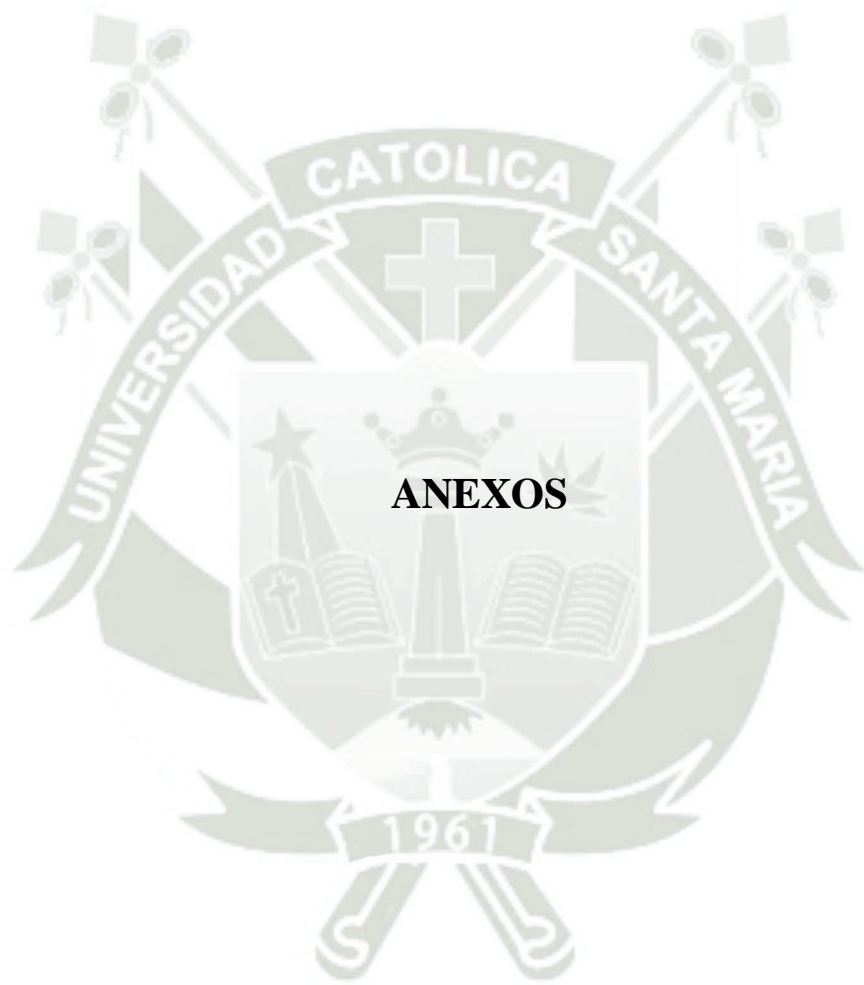
UNICEF. (1989). *Convención sobre los derechos del niño*.

Varsi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia*. Editorial Gaceta Jurídica.

Vela, P. R., & Enciso, S. L. (2023). *La tenencia compartida por periodos cortos y su incidencia en el Principio de Interés Superior del menor, Huancayo, 2021*. Repositorio Institucional de la Universidad Peruana Los Andes.

Vera, R. (2016). La relación paterno-materno-filial I: análisis desde el personalismo. *Revista Quién*(4), 89-112.

Zegarra, H. (1999). *Formas alternativas de concluir un proceso civil*. Lima: Marsol Perú editores.



Anexo A

Instrumentos: Guía de entrevista

GUÍA DE ENTREVISTA ESTRUCTURADA

Título de la investigación: La tenencia compartida y la consideración de los derechos e intereses del hijo menor de edad en los procesos de conciliación extrajudicial familiar en Arequipa, 2024.

Tesista: Valdivia Barreda, Daniela Alexandra

Entrevistado(a):

Objetivo específico 2: Identificar las principales deficiencias en la implementación de la Ley 31590 en los procesos de conciliación extrajudicial.

- 1. Desde su experiencia profesional, ¿cómo evalúa la implementación y efectividad de la Ley 31590 en relación con la tenencia compartida y la conciliación extrajudicial familiar?**
- 2. En su opinión, ¿cuáles son los principales desafíos y beneficios que presenta la conciliación extrajudicial en los procesos de tenencia compartida, particularmente en el contexto de garantizar los derechos e intereses del hijo menor de edad? ¿Considera que el marco normativo actual es suficiente para abordar estos desafíos, o existen áreas que requieren mejoras?**
- 3. ¿Cómo percibe usted la consideración del interés superior del niño en los acuerdos de tenencia compartida durante los procesos de conciliación extrajudicial en Arequipa? ¿Qué prácticas específicas han observado que los conciliadores utilizan para asegurar que se respete y priorice este principio en dichos acuerdos?**

Objetivo específico 3: Evaluar la percepción y las prácticas de los conciliadores en Arequipa respecto a la consideración del interés superior del niño en los acuerdos de tenencia compartida.

- 4. Desde su experiencia, ¿cuáles son los principales desafíos que enfrentan los conciliadores en Arequipa al intentar equilibrar los intereses y derechos de los padres con el interés superior del niño en los acuerdos de tenencia compartida? ¿Considera que hay suficiente capacitación y recursos disponibles para que los conciliadores puedan abordar eficazmente estos desafíos?**

5. En su opinión, ¿cuáles son las principales deficiencias que ha observado en la implementación de la Ley 31590 en relación con la tenencia compartida y la consideración de los derechos e intereses del hijo menor de edad durante los procesos de conciliación extrajudicial en Arequipa?
6. ¿Qué mecanismos o prácticas adicionales propondría usted para mejorar la participación y consideración de los menores en los procesos de conciliación extrajudicial? ¿Existen modelos o estrategias de otros contextos u ordenamientos jurídicos que considere podrían ser útiles para implementar en el Perú?



Anexo B

Análisis de Actas de Conciliación: Acta 01

Análisis del acta 01

¿El menor participó directa o indirectamente en el proceso conciliatorio?

No, no se advierte participación directa o indirecta de los menores, sobre todo considerando que estos tienen una edad en la cual podrían brindar, aunque sea, una opinión acerca de la preferencia que tienen o como experimentan el fenómeno de la separación de sus padres (10 y 12 años).

¿Se consideraron los intereses del menor de edad?

En atención a que los menores no participaron en la audiencia, se aplicó la lógica del interés superior del niño de acuerdo con la visión y óptica de los progenitores, lo cual deriva en la consideración de lo que dicta la norma: la tenencia de la hija por parte de la madre, y la tenencia del hijo por parte del padre.

También se destaca el hecho de que se establecen algunas condiciones que presumiblemente pueden beneficiar a los menores:

- Que las visitas deben realizarse en estado ecuaníme y sobriedad.
- Que debe existir una conducta adecuada de los progenitores.
- No deben suscitarse discusiones tanto al recoger como al entregar a los menores.

No obstante, se desconoce la aplicación de la tenencia compartida, pues, no se advierte consideración alguna a esta modalidad de tenencia, a pesar de estar regulada explícitamente por la ley.

¿El acuerdo es beneficioso para el menor involucrado?

Dejando de lado el hecho de que la tenencia compartida no se aplica al caso en concreto (se desconocen los motivos reales), el acuerdo parece beneficioso, pues:

- Se considera la tenencia materna para la hija.
- Se considera la tenencia paterna para el hijo.
- Se fijan reglas que permiten un desarrollo armonioso y tranquilo en el desarrollo de las visitas.

Anexo C

Análisis de Actas de Conciliación: Acta 02

Análisis del acta 02

¿El menor participó directa o indirectamente en el proceso conciliatorio?

No se aprecia una participación de los menores que son sujetos de tenencia en el proceso conciliatorio, por lo que se desconoce si los acuerdos después arribados realmente reflejan su deseo o, si estos se encuentran de acuerdo con el acuerdo en cuestión. Dicha opinión hubiera sido valiosa, sobre todo tomando en cuenta su edad (11 y 17 años) lo cual es una edad en la que un menor ya puede brindar una opinión más o menos sensata acerca de la problemática, sus necesidades y deseos en torno a la preferencia de la tenencia.

¿Se consideraron los intereses del menor de edad?

Debido a que no se aprecia la participación de los menores en el proceso conciliatorio, no se puede saber si el acuerdo arribado toma en cuenta los intereses o deseos de los menores involucrados, no obstante, se puede determinar que los acuerdos arribados siguen una línea general de conformidad con el Interés Superior del Niño y la tenencia compartida, pues:

- Se aplicó la tenencia compartida, ya que se determinan diferentes periodos de tenencia por parte de ambos padres, en donde no se excluye la participación del otro progenitor, pero si se toma una suerte de “rol protagónico” durante tales periodos. Por ejemplo: Durante el periodo comprendido entre el 10 de julio y el 10 de setiembre, el rol protagónico lo tiene la madre, con participación del padre en determinadas tareas como el recojo de los menores del colegio o las visitas prolongadas en el fin de semana, y viceversa.
- Se trata de equilibrar la participación de los padres en el desarrollo de sus menores y en la responsabilidad derivada de la atención de sus necesidades, por lo que se podría apreciar que los padres han priorizado el bienestar de sus hijos por sobre otros factores más individualistas o propios del conflicto que motivó su separación.

Sin embargo, la consideración acerca de si la tenencia compartida debe ser o no beneficiosa para el caso en cuestión depende mucho de la situación que enfrente dicha familia, pues, la tenencia compartida puede no ser compatible con todos los entornos y contextos familiares, inclusive, puede ser totalmente contraproducente y desaconsejable debido a que, en lugar de propiciar una participación de los padres en el desarrollo del menor, puede propiciar discusiones y peleas que afectan dicho desarrollo.

¿El acuerdo es beneficioso para el menor involucrado?

Aparentemente, sí, pues, si bien no se conoce el auténtico deseo de los menores en cuestión, se puede apreciar la intención y acuerdo de los padres por querer priorizar una participación equitativa en su vida y distribuir las responsabilidades lo más eficientemente posible. Se trata, pues, de un caso especial y, hasta cierto punto, aislado en materia conciliatoria de tenencia como consecuencia de la separación entre los progenitores.



Anexo D

Análisis de Actas de Conciliación: Acta 03

Análisis del acta 03

¿El menor participó directa o indirectamente en el proceso conciliatorio?

No, no se aprecia la participación del menor, por lo que se desconoce sus deseos. Si bien el menor tiene seis (6) años, su opinión podría haber sido tomada en cuenta (aunque sea de forma referencial) para poder guiar los acuerdos arribados.

¿Se consideraron los intereses del menor de edad?

Debido a que no se advierte la participación del menor en cuestión, no se consideran los intereses del menor de edad.

¿El acuerdo es beneficioso para el menor involucrado?

De acuerdo con los acuerdos arribados, pareciera que sí, pues, bajo la forma de la tenencia compartida se reconoce la participación de ambos padres en la tenencia de su menor hijo, sin embargo, de la lectura integral del acta se aprecia que realmente no existe tal figura, pues, se establece un régimen de visitas que debe cumplir el padre únicamente los fines de semana, además de su obligación de pasar una suma por pensión de alimentos a favor de la madre.

En ese sentido, si se tratase de una tenencia compartida genuina, tal aspecto no tendría mucha cabida, pues, la distribución de roles y la participación de los padres en el desarrollo de su menor hijo sería más equitativa (no limitándose a un régimen estricto de fines de semana) ni condicionando la obligación alimentaria de manera unidireccional (del padre hacia la madre), sino procurando la participación de ambos (por ejemplo, el padre asume los gastos de alimentación en tanto que la madre los gastos de vivienda, entre otros), lo cual demuestra que en realidad la tenencia es unilateral.

No obstante, considerando que el menor tiene seis (6) años, es considerable, desde la perspectiva del interés superior del niño, que este aún esté con su madre.

Anexo E

Análisis de Actas de Conciliación: Acta 04

Análisis del acta 04

¿El menor participó directa o indirectamente en el proceso conciliatorio?

No, no se aprecia participación directa o indirecta de la menor en el procedimiento conciliatorio, lo cual impide conocer sus preferencias, gustos o deseos respecto de con quien desea compartir mayor tiempo o no.

¿Se consideraron los intereses del menor de edad?

Debido a que no se aprecia participación del menor de edad, se desconoce si el acuerdo consideró los intereses del menor. En ese sentido,

¿El acuerdo es beneficioso para el menor involucrado?

Probablemente, pues, los padres han acordado una tenencia compartida, en la que se distribuyen de manera equitativa su rol en el cuidado y atención de su menor hijo, tanto a nivel emocional, económico y personal, pero al no conocer la opinión del menor, realmente se desconoce si dicha decisión está acorde a los intereses del menor o será realmente beneficiosa para él.

Anexo F

Solicitud de acceso a la información al Centro de Conciliación del Colegio de Abogados de Arequipa.



Universidad Católica de Santa María

(51 54) 382038 Fax: (51 54) 251213 ucsm@ucsm.edu.pe <http://www.ucsm.edu.pe> Apartado: 1350

AREQUIPA - PERÚ

"IN SCIENTIA ET FIDE EST FORTITUDO NOSTRA
(En la Excelencia y en la fe está en nuestra fortaleza)



Arequipa 07 de mayo del 2025

Carta N° 010-FCJYP-2025

Señor Doctor
JOHN MICHAEL MESÍAS ROMERO
Decano del Ilustre Colegio de Abogados
Presente.

De mi consideración:

Es particularmente grato dirigirme a usted, a nombre de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, para presentarle a la señorita **DANIELA ALEXANDRA VALDIVIA BARREDA**, identificado con código N° **2018244742** y DNI N° **70102008**, Bachiller de la Escuela Profesional de Derecho de esta Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, quien desea prepararse para las previas de obtención del título de Abogada, mediante la tesis titulada: **"LA TENENCIA COMPARTIDA Y LA CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES DEL HIJO MENOR DE EDAD EN LOS PROCESOS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL FAMILIAR EN AREQUIPA, 2024."**, por lo que le solicito tenga a bien disponer se le otorgue el apoyo facilitándole y brindándole 12 actas de conciliación de tenencia compartida años 2023-2024, para la elaboración de su tesis.

Agradeciéndole anticipadamente por la atención que se sirva dispensar al presente, aprovecho de la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,


DR. MARCO TULIO FALCONI PICARDO
DECANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA