

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



**Análisis de la aplicación de la tenencia compartida en el 1er, 2do y 3er
Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa bajo la
Ley Nro. 31590 en el periodo 2021-2024**

Tesis presentada por la Bachiller:

Patiño Juárez, Luz de María Adriana

ORCID: 0009-0002-9922-9413

para optar el Título Profesional de Abogada

Asesor (a):

Dra. Amado Mendoza, Ana María

ORCID: 0000-0002-2043-6536

Arequipa – Perú

2025

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DERECHO

TITULACIÓN CON TESIS

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 17 de Junio del 2025

Dictamen: 012894-C-EPDD-2025

Visto el borrador del expediente 012894, presentado por:

2016700472 - PATIÑO JUÁREZ LUZ DE MARÍA ADRIANA

Titulado:

**ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL 1ER, 2DO Y 3ER JUZGADO
DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA BAJO LA LEY NRO. 31590 EN
EL PERIODO 2021-2024**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

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

ABOGADO

**46193554 - PARADA GONZALES JOSE LUIS
DICTAMINADOR**



**45478288 - RAMIREZ CUEVA GELBER
DICTAMINADOR**



**70370023 - REYES LOAIZA KATIA SCARLET
DICTAMINADOR**



Análisis de la aplicación de la tenencia compartida en el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa bajo la Ley Nro. 31590 en el periodo 2021-2024

INFORME DE ORIGINALIDAD

20%

INDICE DE SIMILITUD

18%

FUENTES DE INTERNET

11%

PUBLICACIONES

10%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

Submitted to Universidad Católica de Santa
María

Trabajo del estudiante

2%

2

repositorio.ucv.edu.pe

Fuente de Internet

2%

3

tesis.pucp.edu.pe

Fuente de Internet

1%

4

idoc.pub

Fuente de Internet

1%

5

repositorio.upn.edu.pe

Fuente de Internet

1%

6

repositorio.unsaac.edu.pe

Fuente de Internet

1%

7

repositorio.unap.edu.pe

Fuente de Internet

1%

8

repositorio.upao.edu.pe

Fuente de Internet

1%

9

repositorio.unp.edu.pe

Fuente de Internet

1%

10

cybertesis.unmsm.edu.pe

Fuente de Internet

1%

11

dspace.unl.edu.ec

Fuente de Internet

1%

Dedicatoria

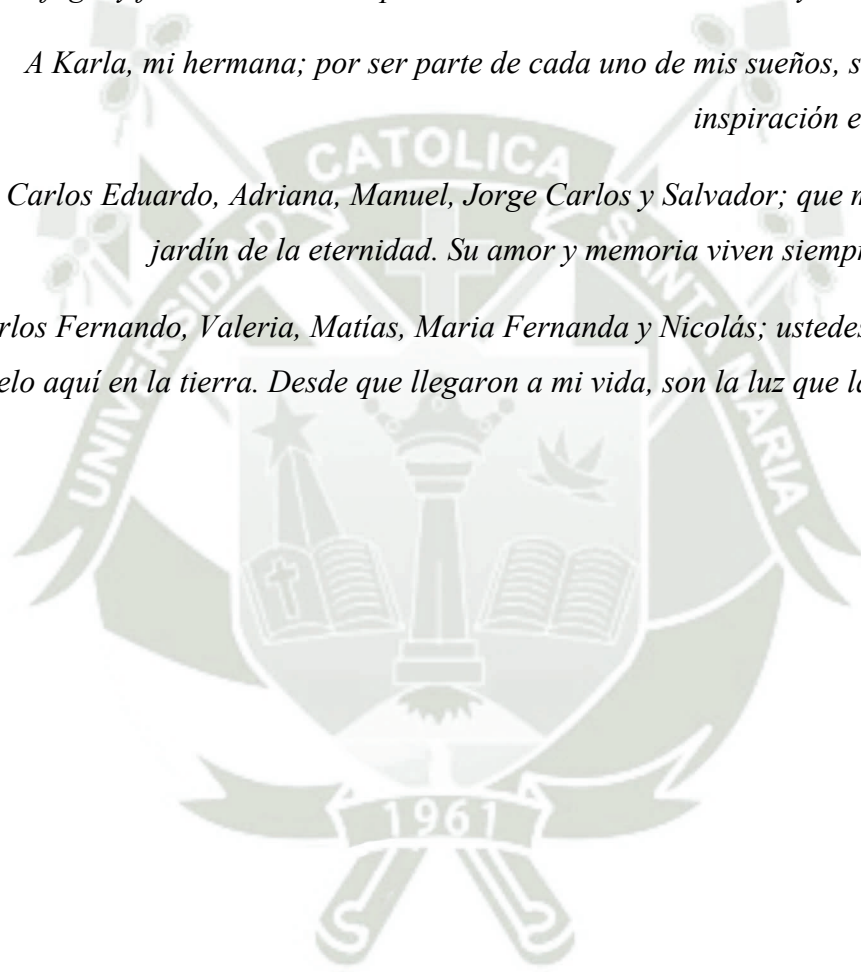
A Dios, por su bondad infinita; porque sé que Él tiene un propósito para mi vida.

A Lourdes y Héctor, mis padres; cuyo amor inquebrantable ha sido y siempre será mi refugio y fortaleza. Gracias por creer en mí, incluso cuando yo misma no lo hacía.

A Karla, mi hermana; por ser parte de cada uno de mis sueños, siendo mi apoyo e inspiración en cada momento.

A Carlos Eduardo, Adriana, Manuel, Jorge Carlos y Salvador; que me guían desde el jardín de la eternidad. Su amor y memoria viven siempre en mi corazón.

A Carlos Fernando, Valeria, Matías, Maria Fernanda y Nicolás; ustedes son un pedacito de cielo aquí en la tierra. Desde que llegaron a mi vida, son la luz que la ilumina con sus sonrisas.



Agradecimientos

A Héctor, mi padre; por su esfuerzo incansable y arduo trabajo para darme la mejor formación académica, gracias por estar siempre a mi lado, apoyándome en cada paso y enseñándome con tu ejemplo a seguir adelante. Este logro es tan tuyo como mío.

A Lourdes, mi madre; por ser mi apoyo incondicional y mi compañía en largas noches de estudio y trabajo, siempre recordándome que todo estaría bien. Tu sacrificio, esfuerzo y dedicación han formado la persona que soy hoy. Este logro también te pertenece, porque sin ti no habría sido posible.

A todas las personas que formaron parte de este proceso académico; ya sea con un consejo, apoyo o su compañía. Gracias por estar presentes en este camino y darme la motivación necesaria para alcanzar este logro.

RESUMEN

La tenencia compartida considerada como el régimen ideal para los hijos tras la separación del vínculo matrimonial o convivencial, ha adquirido hoy en día el carácter de prioritaria, ello tras la promulgación de la Ley N°31590; misma que en su momento fue objeto de críticas a favor y en contra, pues la problemática se centraba en analizar si esta se aplicaba o no efectivamente en los procesos judiciales en dicha materia. De acuerdo a lo mencionado, el objetivo de la presente investigación fue analizar la aplicación de la tenencia compartida como prioridad en el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, durante los años 2021 al 2024.

La metodología usada para la investigación, tuvo enfoque cualitativo a través del análisis documental mediante el cual se recopiló datos en materia de procesos judiciales sobre tenencia, variación de tenencia y reconocimiento de tenencia; teniendo como diseño uno no experimental de corte longitudinal, por el margen de tiempo de las sentencias que fueron objeto de estudio, haciendo uso del método funcional para el análisis de una población de 150 sentencias emitidas por el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de las cuales se empleó un muestreo no probabilístico censal. Además, se utilizó como técnica la observación a través de distintos instrumentos como guías de observación documental.

Se ha obtenido como resultado de la investigación que la prioridad otorgada a la tenencia compartida tiene una aplicación mínima por no decir nula; concluyendo que, pese a la entrada en vigencia de la Ley N°31590, en la práctica se evidencia una clara inaplicación de dicha prioridad. Los hallazgos revelan que son escasas las sentencias donde se ha dispuesto la tenencia compartida, debido a que el contexto de los procesos judiciales en materia de tenencia no permite su priorización y consecuentemente su aplicación.

Palabras claves: Tenencia compartida, interés superior del niño, inaplicación de la ley.

ABSTRACT

Shared custody, considered as the ideal regime for the children after the separation of the marital or cohabitation relationship, has acquired today the character of priority, this after the enactment of Law No. 31590, which at the time was the object of criticism for and against, since the problem was focused on analyzing whether or not it was effectively applied in the judicial processes in this matter. According to the above, the objective of this research was to analyze the application of shared custody as a priority in the 1st, 2nd and 3rd Family Court of the Superior Court of Justice of Arequipa, during the years 2021 to 2024.

The methodology used for the research had a qualitative approach through documentary analysis by means of which data was collected on judicial processes on tenancy, variation of tenancy and recognition of tenancy; having a non-experimental longitudinal design, due to the time frame of the sentences that were the object of the study, using the functional method for the analysis of a population of 150 sentences issued by the 1st, 2nd and 3rd Family Court of the Superior Court of Justice of Arequipa, of which a non-probabilistic census sampling was used. In addition, observation was used as a technique through different instruments such as documentary observation guides.

As a result of the research, it has been obtained that the priority given to shared tenure has a minimal application, if not null; concluding that, despite the entry into force of Law N°31590, in practice there is a clear lack of application of this priority. The findings reveal that there are few sentences where shared tenancy has been ordered, due to the fact that the context of the judicial processes regarding tenancy does not allow its prioritization and consequently its application.

Key words: Shared custody, best interest of the child, non-enforcement of the law.

ÍNDICE

Dedicatoria	
Agradecimientos	
RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1.1. Descripción del problema	3
1.2. Objetivos	4
1.2.1. Objetivo general	4
1.2.2. Objetivos específicos.....	4
CAPÍTULO II	5
2. MARCO TEÓRICO.....	5
2.1. Estado del arte	5
2.1.1. Antecedentes locales	5
2.1.2. Antecedentes nacionales.....	6
2.1.3. Antecedentes internacionales	6
2.2. Patria potestad	7
2.2.1. Concepto.....	7
2.2.2. Naturaleza Jurídica	9
2.2.3. Derechos y deberes derivados de la patria potestad	11
2.3. Tenencia	12
2.3.1. Concepto.....	12
2.3.2. Tipos de Tenencia	14
2.3.3. Tenencia como atributo de la patria potestad:	15
2.3.4. Tipos de procesos y vías para fijar la tenencia:	16
2.3.5. Algunas consideraciones en la evaluación de la tenencia:	18
2.3.6. Derechos conexos a la tenencia.....	23
2.4. Tenencia compartida	29
2.4.1. Concepto.....	29
2.4.2. Legislación comparada respecto a la tenencia compartida.....	30
2.4.3. Ventajas	32

2.4.4. Desventajas.....	34
2.5. Tenencia compartida en el Perú	36
2.5.1. Ley N°29269	36
2.5.2. Ley N°31590: Ley que regula la tenencia compartida	37
2.6. Marco Legal	41
CAPÍTULO III.....	43
3. MARCO METODOLÓGICO	43
3.1. Enfoque	43
3.2. Diseño	43
3.3. Método	43
3.4. Población y muestra	44
3.5. Técnicas	44
3.6. Instrumentos.....	44
CAPÍTULO IV.....	45
4. RESULTADOS.....	45
4.1. Sobre los tipos de procesos judiciales en materia de tenencia interpuestos y su correlación con la tenencia compartida.	71
4.1.1. Causas que originan la interposición de procesos judiciales en materia de tenencia.....	73
4.1.2. Criterios judiciales adoptados por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.....	80
4.1.3. Respecto de los fallos contenidos en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia	84
4.2. Incidencia de tenencia compartida en las sentencias judiciales objeto de estudio..	85
4.3. Factores que facilitan o dificultan la aplicación de la tenencia compartida en Arequipa como prioridad.....	89
PROYECTO DE LEY	91
CONCLUSIONES	96
RECOMENDACIONES.....	99
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	101
ANEXOS	109
Anexo N°1: Autorización emitida por la Corte Superior de Justicia de Arequipa	110

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Cantidad de procesos por materia - Antes de la vigencia de la Ley N°31590	45
Figura 2: Conteo de procesos interpuestos por materia – En vigencia de la Ley N°31590.....	46
Figura 3: Conteo de procesos por materia y en razón del progenitor que lo interpone – Antes de la vigencia de la Ley N°31590	47
Figura 4: Conteo de procesos por materia y en razón del progenitor que lo interpone – En vigencia de la Ley N°31590.....	48
Figura 5: Pretensión Principal – Antes de la vigencia de la Ley N°31590.....	49
Figura 6: Pretensión Principal – En vigencia de la Ley N°31590	50
Figura 7: Pretensión Accesorio – Antes de la vigencia de la Ley N°31590	51
Figura 8: Pretensión Accesorio – En vigencia de la Ley N°31590.....	52
Figura 9: Pretensión Subordinada – Antes de la vigencia de la Ley N°31590	53
Figura 10: Pretensión Subordinada – En vigencia de la Ley N°31590.....	54
Figura 11: Causas que originan la interposición de procesos judiciales en materia de tenencia – Antes de la vigencia de la Ley N°31590.....	55
Figura 12: Causas que originan la interposición de procesos judiciales en materia de tenencia – En vigencia de la Ley N°31590	57
Figura 13: Criterios de los Juzgados – Antes de la vigencia de la Ley N°31590	58
Figura 14: Criterios de los Juzgados –En vigencia de la Ley N°31590.....	60
Figura 15: Sentencia – Antes de la vigencia de la Ley N°31590.....	61
Figura 16: Sentencia –En vigencia de la Ley N°31590	62
Figura 17: Cita la Ley N°31590 – En vigencia de la Ley N°31590.....	63
Figura 18: Dispone Tenencia Compartida – Antes de la vigencia de la Ley N°31590	64
Figura 19: Dispone la aplicación de Tenencia Compartida – En vigencia de la Ley N°31590....	65
Figura 20: Motivo de la inaplicación o aplicación de Tenencia Compartida – En vigencia de la Ley N°31590.....	66
Figura 21: Elevado a segunda instancia – Antes de la vigencia de la Ley N°31590	68
Figura 22: Elevado a segunda instancia – En vigencia de la Ley N°31590.....	68
Figura 23 : Extremo apelado en segunda instancia – Antes de la vigencia de la Ley N°31590	69
Figura 24: Sentencia de vista – Antes de la vigencia de la Ley N°31590	70

INTRODUCCIÓN

En los últimos años el modelo tradicional de familia ha experimentado cambios, dentro de los cuales se destaca el aumento de separaciones en el hogar convivencial o matrimonial; problema que ha generado desafíos en cuanto a la determinación de la tenencia de los niños o adolescentes que se ven afectados tras la separación de sus progenitores. Con la promulgación de la Ley N°31590, se ha introducido un cambio sustancial para los procesos judiciales en materia de tenencia, pues la tenencia compartida se ha priorizado frente a la tenencia exclusiva (Congreso de la República del Perú, 2022). Si bien es una medida orientada a fomentar la coparentalidad y la distribución equitativa de responsabilidades, ha sido objeto de discusión respecto a si su aplicación es efectiva o no; por lo tanto se tuvo como objetivo principal analizar la aplicación de la tenencia compartida como prioridad en el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, durante los años 2021 al 2024. En tal sentido la presente investigación estuvo conformada por los siguientes capítulos:

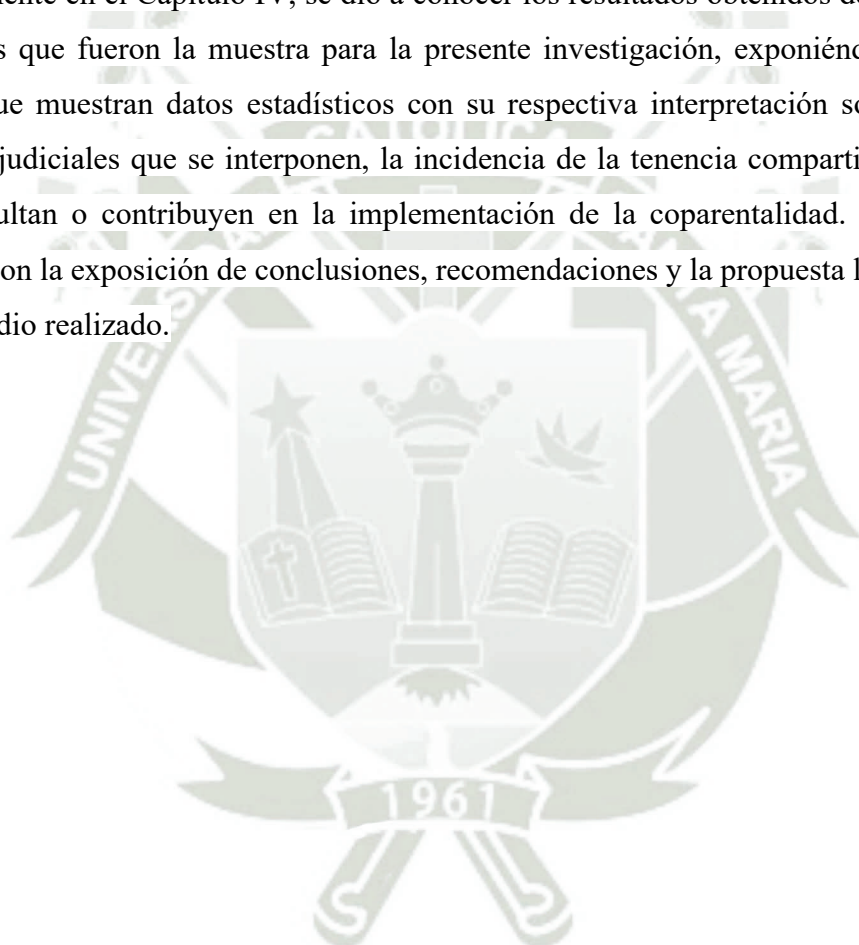
El Capítulo I abordó la descripción de la problemática respecto a priorización de la tenencia compartida, así como el planteamiento de los objetivos específicos estrechamente relacionados con el objetivo general mencionado en el párrafo precedente, siendo que los objetivos señalados estuvieron orientados al estudio de la coparentalidad en nuestra legislación, la frecuencia de aplicación de la tenencia compartida en los procesos judiciales sobre tenencia y la identificación de los factores influyentes en este régimen.

El Capítulo II, estuvo dedicado al marco teórico; en primer término se tuvo los antecedentes locales, nacionales e internacionales que abordan esta problemática, constituyéndose estos como el estado del arte para la presente investigación. En segundo término, se desarrollaron aspectos teóricos relevantes, como la patria potestad considerada como la institución de la cual se desprenden distintos derechos y deberes respecto de los progenitores con sus hijos; la tenencia, abarcando desde su conceptualización, tipos de tenencia, tipos de procesos y vías para fijarla, algunas consideraciones importantes hasta los derechos conexos a esta. Seguidamente se desarrolló específicamente la tenencia compartida como figura fundamental de esta investigación, por lo que se analizó desde su conceptualización, legislación comparada, ventajas y desventajas; luego se retomó dicha figura pero con un enfoque en la legislación

nacional es decir de su inserción en Perú y finalmente el marco legal nacional e internacional que ampara esta figura jurídica.

El Capítulo III, se abocó al desarrollo del marco metodológico, donde se puso de conocimiento el enfoque, diseño y método aplicado a la presente investigación; así como la descripción de la población y muestra, técnicas e instrumentos utilizados.

Finalmente en el Capítulo IV, se dio a conocer los resultados obtenidos del análisis de 150 sentencias que fueron la muestra para la presente investigación, exponiéndolos a través de figuras que muestran datos estadísticos con su respectiva interpretación sobre los tipos de procesos judiciales que se interponen, la incidencia de la tenencia compartida y los factores que dificultan o contribuyen en la implementación de la coparentalidad. La investigación culmina con la exposición de conclusiones, recomendaciones y la propuesta legislativa basada en el estudio realizado.



CAPÍTULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema

Durante los últimos años se ha presentado con mayor frecuencia la existencia de hogares disfuncionales, que lamentablemente en lo posterior terminan quebrándose. Ante ello deriva una situación importante, pues de existir hijos de por medio, surge el conflicto para sus progenitores acerca de con quién deberían permanecer los menores, es decir si ambos padres o de forma exclusiva uno de ellos deberá ejercer la tenencia, misma que se configura como un atributo de la patria potestad.

Así mismo, acerca del tipo de tenencia que se debe dictaminar cuando los padres han decidido separarse de hecho o legalmente, surgen dos opciones: la tenencia exclusiva o tenencia compartida. Es respecto de esta última que es considerada como un método altamente provechoso, pues preserva la capacidad de ambos padres de tomar decisiones relacionadas con sus hijos luego de la separación y busca asegurar un nivel de vida óptimo para estos (Gil et al., 2006, como se cita en Garay, 2021).

El 24 de octubre de 2022, en nuestro país se promulgó la Ley N°31590, ley que regula la tenencia compartida y que modifica los artículos 81°, 82°, 83° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes (Congreso de la República del Perú, 2022). En la ley citada, se hace énfasis a un aspecto en particular, pues en específico la modificación del artículo 81° establece que en los procesos judiciales donde se esté discutiendo la tenencia de un menor, los magistrados deben priorizar la tenencia compartida, pasando a ser la excepción en dichos procesos la tenencia exclusiva; dicha modificación tuvo como objetivo equilibrar los vínculos afectivos con ambos progenitores tras la disolución del vínculo matrimonial o convivencial. Sin embargo, desde antes de su entrada en vigencia se han realizado distintos pronunciamientos a favor y en contra, pues si bien se busca promover la coparentalidad, el contexto en el que se desarrollan estos procesos denotaría desafíos o dificultades que podría estar enfrentando y que son determinantes para identificar si tal modificación es pasible de aplicación en los procesos judiciales o si existe una brecha entre lo que establece la norma y la práctica judicial en materia de tenencia.

La presente investigación se enfocará en realizar un análisis sobre la aplicación de la tenencia compartida en el 1er, 2do, y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, ello con la finalidad de determinar en el transcurso de la investigación si con la

prioridad que se le ha otorgado, los juzgados anteriormente mencionados aplican dicha figura a favor del menor o si por el contrario esta se encontraría en desuso, ello mediante el análisis de sentencias en materia de tenencia, variación de tenencia y reconocimiento de tenencia emitidas durante el periodo de 2021 al 2024; pudiendo denotar de esta forma cual es la situación anterior y actual de estos procesos, la prioridad otorgada a dicha figura jurídica y cuáles son los criterios de valoración de los jueces para emitir su fallo, de esta forma evaluar si la tenencia compartida como prioridad es aplicada o no en nuestra ciudad.

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo general

Analizar la aplicación de la Tenencia Compartida como prioridad en el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, 2021-2024.

1.2.2. Objetivos específicos

- Estudiar la inserción de la tenencia compartida como prioridad acorde a las modificaciones recientes en el marco normativo peruano vigente.
- Establecer la frecuencia de la aplicación de la tenencia compartida como prioridad en las sentencias emitidas por el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa durante el periodo de 2021 al 2024.
- Identificar los factores que contribuyen o dificultan la implementación efectiva de la tenencia compartida en Arequipa.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Estado del arte

2.1.1. Antecedentes locales

Chambi (2017) en la tesis titulada *Análisis jurídico del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta posterior a la disolución de la unidad familiar desde la perspectiva del interés superior del niño*, para obtener el título profesional de abogado, señala como objetivo general la propuesta de lineamientos para el ejercicio de una adecuada tenencia compartida, para ello realizó una investigación llevada a cabo mediante un enfoque de tipo explicativo-descriptivo, concluyendo así que la tenencia compartida debe regirse en base a factores determinantes como la opinión de los menores, edad, nivel de desarrollo, vínculos afectivos y modelos educativos; siendo estos criterios de relevancia para garantizar un debido respeto hacia ellos, quienes también constituyen sujetos de derecho. Respecto a la tesis citada, publicada con anterioridad a la promulgación de la Ley N°31590, se evidencia que desde años atrás ya se constituía como un tema relevante, sugiriendo el establecimiento de criterios a efectos de ejercer una tenencia compartida, pues las circunstancias son diferentes en cada caso.

Rodríguez y Zeballos (2023) en la tesis titulada *Criterios para definir la obligación del pago de los alimentos de menores de edad bajo el régimen de tenencia compartida*, para optar por el título profesional de abogado, señalaron como objetivo proponer criterios para determinar la obligación alimentaria en los casos donde se ejerce una tenencia compartida para lo cual realizaron su investigación mediante el tipo dogmático-iusnaturalista, dentro de la cual concluyeron en la inexistencia de criterios actualizados para la aplicación de la tenencia compartida y dentro de esta, la obligación alimentaria. La citada tesis hace énfasis en la falta de regulación para una pensión de alimentos en los casos de tenencia compartida, se ha tomado como antecedente para el presente caso, pues a través de ella se ha denotado de forma general la falta de lineamientos respecto a la tenencia compartida, motivo por el cual no se estaría garantizando medidas adecuadas hacia los menores que se pueden encontrar inmersos en este tipo de tenencia, viéndose así vulnerado el interés superior del niño y adolescente.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Vásquez (2024), en su tesis titulada *Propuesta de modificatorias de la Ley N°31590 a fin de prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor*, para optar por el título profesional de abogado, tuvo como objetivo proponer modificatorias a la ley sobre tenencia compartida desde el punto de vista de derechos alimentarios para el menor, para lo cual utilizó en su investigación un enfoque cualitativo a través del cual concluyó que la aplicación de la mencionada ley no posee lineamientos acerca de la determinación de recursos económicos en la tenencia compartida. La tesis citada es relevante para el presente proyecto pues denota las falencias de la Ley N°31590, sin embargo, esta hace énfasis al tema alimentario, el cual no se ajusta a la realidad de los progenitores desde el punto de vista de los ingresos económicos que percibe cada uno de ellos y garantizar así el interés superior del niño.

Bravo (2023), en su artículo de investigación titulado *La tenencia compartida: ¿Problema o solución frente al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes?*, estableció como objetivo determinar si esta modalidad afecta o no el desarrollo del niño y si se prioriza en dichos casos su interés superior. La investigación citada, fue de tipo dogmático-jurídico mediante la cual se concluyó que de no evaluarse concretamente cada caso la tenencia compartida podría convertirse en un problema que perjudica directamente al menor, afectando así su desarrollo, pues al regularse la tenencia compartida como regla general se estaría imponiendo sin considerar las condiciones específicas de cada caso que pueden ser determinantes para garantizar el bienestar de niños y adolescentes.

2.1.3. Antecedentes internacionales

Mosquera y Ocaña (2022), en su artículo de investigación titulado *La tenencia compartida el bienestar superior de los menores y su repercusión en la educación*, cuyo objetivo estuvo basado en el análisis de la figura jurídica de tenencia compartida en Ecuador y las de esta en el ámbito educativo mismas que fueron señaladas por profesionales en derecho y en educación, para la cual aplicaron una metodología de tipo descriptivo, dentro de la que se concluyó que existe insatisfacción en cuanto a la aplicación de la tenencia compartida, pues en determinados casos esta figura no genera beneficios para los menores pudiendo verse alterados a nivel psicológico. Ahora bien, se toma en consideración la investigación mencionada, pues advierte acerca de las repercusiones de la aplicación de la figura de la tenencia compartida enfocada en el aspecto educativo, siendo que se denota la falta de medidas para su correcto funcionamiento

ya que los menores se encuentran expuestos a constantes cambios en su método de aprendizaje, movilización a los hogares de ambos padres y las normas de estos.

Chaca y Vásquez (2022), en su artículo de investigación titulado *Tenencia compartida*, abordan como objetivo general los determinar los criterios para la aplicación y revalorización de la figura de la tenencia compartida en Ecuador, aplicando para dicha investigación metodología de carácter descriptivo mediante enfoque cualitativo, a través de la cual se concluyó que en el país ecuatoriano debe regularse la figura de la tenencia compartida, teniendo en consideración legislación comparada en donde existe de por medio la valoración de distintos criterios como pueden ser la seguridad del hogar, responsabilidad compartida de los padres en el cuidado de los hijos de forma equitativa, la vinculación afectiva y el comportamiento y disposición de los progenitores para ejercer la crianza de sus hijos en aras de su bienestar. La investigación citada, versa acerca de la ausencia de criterios para determinar la tenencia compartida, pues esta simplemente no se puede imponer, sino tener en cuenta determinados lineamientos tal como se aplican en las legislaciones de otros países, pues es solo a través de la fijación de criterios que se determinará si la figura de la tenencia es viable, dependiendo del caso.

2.2. Patria potestad

2.2.1. Concepto

Como refieren Baqueiro y Buenrostro, 2019 (como se cita en García, 2023), la patria potestad tiene su origen en las expresiones en latín, *patrius* y *potestas*, refiriéndose al poder de un padre; denotando así las competencias que poseen estos sobre sus propios hijos, para brindarles cuidados y una adecuada formación desde su nacimiento hasta su mayoría de edad o emancipación.

Para Peralta, 1993 (como se cita en Castillo, 2023), la patria potestad se configura como una figura relevante en el derecho de familia, siendo que esta se constituye en el conjunto de derechos y deberes inherentes a los padres de velar por el cuidado y patrimonio de sus hijos, desde que estos son concebidos y hasta que adquieran la mayoría de edad.

Conocida también como autoridad parental, la patria potestad es la institución del ámbito familiar que nace de la filiación en cualquiera de sus formas es decir legal o natural; y que es comprendida como un conjunto de derechos y deberes que son connaturales a los progenitores,

para que de esta forma dentro de sus responsabilidades ejerzan un apropiado cuidado y busquen el desarrollo de sus respectivos hijos (Morales, 2017).

Al respecto Mejía (2002) conceptualiza la patria potestad, como la conjunción de obligaciones y derechos que tienen los padres respecto a sus hijos, caracterizándose por funciones de cuidado, educación y soporte para el menor de edad. Señala también el autor que esta institución es el fundamento del ámbito social y doméstico, por lo que más que una ley positiva, es el otorgamiento de funciones impuestas por naturaleza; con miras a que esta institución pueda mantener el orden familiar y social.

Para Benjamín Aguilar (2014) la patria potestad es considerada dentro del derecho de familia como una institución jurídica, de la cual emergen derechos y deberes entre padres e hijos, mismos que se ejercen de forma recíproca; el citado autor señala que dentro del concepto se debe entender que la finalidad de esta institución posee dos dimensiones; siendo una de ellas la realización de los progenitores, quienes como padres buscan lograr el desarrollo de sus hijos, de los que también se pretende su realización a través de los cuidados, soporte, ejemplos y educación brindados por sus padres, conllevando ello a su correcto desenvolvimiento dentro de la sociedad.

De forma similar, Espinoza (2022) señala que es una institución mediante la cual surgen para los padres obligaciones y derechos respecto de los hijos, siendo estos irrenunciables, con la finalidad que los menores de edad no se vean afectados; señala también que la protección de los padres hacia los hijos no solo debe verse en un plano de bienestar físico, mental o económico, sino que deben brindar soporte emocional, para que de esta manera se sientan amados.

Dentro de su función tuitiva la patria potestad, es sinónimo de la responsabilidad de los padres en la manutención y enseñanza de sus menores hijos, así como el resguardo del patrimonio que estos pudieran ostentar durante su minoría de edad, ya que el fin de la patria potestad, es que sea ejercida en beneficio de los hijos; así también se señala que esta institución guarda una estrecha relación con los intereses del Estado y de la familia en general, connotándose así la relevancia social de esta figura mediante el deber de cuidado que se le confiere a los padres; originándose de dicho deber el otorgamiento de normativa de carácter público, normas que están impedidas de ser objeto de modificación respecto a las atribuciones, relaciones y efectos que emergen de la institución de la patria potestad, además de la nula posibilidad de renunciar a lo legalmente delegado (Plácido, como se cita en Canales, 2014).

En la doctrina internacional, la patria potestad se configura como un derecho subjetivo de familia, a través del cual legalmente se les reconoce a los progenitores, deberes y obligaciones para ejercer el correcto cuidado personal y patrimonial de sus hijos, hasta que estos adquieran capacidad de ejercicio; en específico para la doctrina brasileña el valor dentro de una familia reside en el ejercicio de derechos, obligaciones y bienes de los hijos no emancipados, que son ejercidos por ambos padres conforme la normas jurídicas les designan en aras de conservar los intereses de los hijos (Varsi, 2012).

En el derecho chileno, la patria potestad se distingue del concepto de patria potestas, término considerado en el derecho romano, sin embargo mantiene algunos rastros de este; se establece entonces, que la patria potestad es una función tuitiva de los padres hacia los hijos, desarrollada en el plano personal y patrimonial; del primero se tiene que es el deber de cuidado de los padres, crianza y educación para con sus hijos; del segundo se considera el deber de protección a los bienes que poseen los hijos, incluso obteniendo provecho de los frutos de éste de ser el caso sacar con la finalidad de aportar en la solvencia de la familia, así como lo hacen los cónyuges (Rodríguez, 2010).

Por otro lado, en el derecho mexicano, su doctrina ha indicado que en referencia a la patria potestad más allá de ser una potestad o derecho que poseen los padres o quien la detente, encuentra su base en la función de cuidado o protección, que conocemos como función tuitiva (Ruggiero, 1931, como se cita en Aguilar, 2022).

2.2.2. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica de la patria potestad ha sido considerada desde la antigüedad romana como un poder jurídico para el paterfamilias, institución que desde ese entonces cumplía con diversas finalidades enfocadas el ámbito personal; denotando la existencia de una naturaleza jurídica privada, en relación al poder que se ejerce dentro de la familia, siendo el caso del paterfamilias quien ejercía poder sobre la domus; y también de otro lado representando una naturaleza jurídica pública, debido a que los efectos que se producen tienen relevancia jurídica, en el caso romano se tuvo la adquisición de la nacionalidad, hecho que repercutía en la vida y el orden público (Fustel, como se cita en Suárez, 2014).

Según refiere Morales (2017), la patria potestad nace para desarrollar de forma integral el cuidado hacia niños y adolescentes, tanto en el ámbito personal como el patrimonial; pues se

generan derechos y efectos con naturaleza jurídica derivados de la filiación, donde el de mayor relevancia es la autoridad paternal.

Dentro de su naturaleza jurídica, la patria potestad se establece como una relación jurídica subjetiva, debido a que las personas que forman parte de esta, deben ceñirse a los intereses que busca la correspondiente legislación en cuanto a la protección de los hijos y el papel de este rol dentro de una familia y en general la sociedad; se considera que en la patria potestad se encuentra inmersa una reciprocidad en cuanto a las atribuciones y facultades que se le otorgan legalmente a las partes, cuya finalidad es que los padres brinden a sus hijos los cuidados correspondientes en todos los aspectos, ya que de no ser así el Estado en aras de garantizar el bienestar del menor puede cesar la patria potestad otorgada a las padres, debido a que los deberes que emergen de esta figura son implícitos y se dan por concluidos cuando los hijos cumplen la mayoría de edad; es en dicho momento cuando el vínculo jurídico cambia, para de alguna forma alternarse los roles, siendo los hijos quienes deberán dentro de sus capacidades brindar protección a sus padres (Varsi, 2012).

Si bien la patria potestad posee en un inicio, una naturaleza jurídica de carácter privado, pues involucra netamente la protección al vínculo familiar, está también forma parte del interés público; debido a que mientras mejor se ejerza la patria potestad, mejor será el desarrollo de la sociedad (Estrada & Mendoza, 2002, como se cita en Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010). Dichos autores también mencionan que, al ser una institución de carácter público, la sociedad espera de esta un correcto ejercicio y cumplimiento acorde a la legislación que la regula.

Así también se tiene que la naturaleza jurídica de la patria potestad es ser una institución cuya finalidad es la protección y representación de los niños y adolescentes, de los cuales se ha declarado conforme a ley su filiación; para lo cual se cuenta con la normativa especializada en la materia que considera los derechos y obligaciones que son parte de esta institución jurídica y que son ejercidos si bien principalmente por los progenitores, también podría recaer en los ascendentes tanto en línea materna y paterna, es decir los abuelos (Pérez y Noroña, 1997).

Como se ha venido mencionando anteriormente, la autora Canales (2014), coincide en que la naturaleza jurídica de la patria potestad reside en ser una institución que busca la protección de los hijos que dentro del núcleo familiar aún poseen la minoría de edad, recayendo esa función tutiva en los progenitores, al no contar sus hijos con capacidad de ejercicio;

concluyendo la autora que esta institución responde principal y únicamente a favor de los hijos que aún no han cumplido la mayoría de edad.

De acuerdo con Zannoni (como se cita en Aguilar, 2016) la patria potestad es un poder legalmente reconocido, cuya naturaleza jurídica contiene un conjunto de derechos subjetivos que le corresponden al padre y la madre, que deben ser ejercidos de forma personal, evitándose la intervención de terceros ajenos a la voluntad familiar.

2.2.3. Derechos y deberes derivados de la patria potestad

Según refiere Aguilar (2016), en el derecho romano la patria potestad era concebida como aquella figura en la que el padre ejercía la rol de autoridad suprema; en la actualidad dicha concepción ha cambiado, debido a que la patria potestad en realidad posee un conjunto de deberes que los padres ejercen en favor de sus hijos, dentro de los que figuran con carácter relevante, la protección, orientación en su formación académica, manutención, representación legal; sin embargo, también se establecen derechos a favor de los padres, dentro de los cuales se tiene el ejercicio de la tenencia, usufructo y principalmente el de recibir la ayuda de los hijos. El autor también explica que ello se encuentra regulado en el artículo 18° de la Convención de los Derechos del Niño, donde se establece que los padres ejercen derechos comunes respecto de sus hijos, formando parte de lo que la doctrina también considera como uno de los alcances de la patria potestad.

Para Muñoz y Carhuas (2024), el artículo 418° del Código Civil Peruano establece que la patria potestad se configura en los derechos y deberes que poseen los padres para salvaguardar los intereses personales y patrimoniales de sus hijos, en razón a ello las autoras señalan que esta figura posee un doble contenido, ya que los efectos del ejercicio de la patria potestad repercutirán en ambos ámbitos el personal y patrimonial, recalcando que la existencia de estos derechos y deberes debe darse de forma recíproca entre padres e hijos.

En nuestra legislación, específicamente en el artículo 423° del Código Civil, se han regulado cuales son los deberes y derechos que emergen de la patria potestad, mismos que deben ser ejercidos por los padres, siendo que se han normado los siguientes siete: proporcionar el sustento y formación educativa de los hijos; guiar el desarrollo educativo de los menores y adiestrarlos para el entorno laboral de acuerdo a sus capacidades y vocación; hacer uso de lo que sus hijos pudieran ofrecerles en cuanto a servicios, teniendo en consideración su edad y sin afectar su formación académica; mantener a su lado a los hijos y recogerlos de los lugares en

donde estuvieran sin su consentimiento, de ser el caso pueden recurrir al llamado de la autoridad; ejercer la representación de sus menores hijos en lo que se requiriera para celebrar actos jurídicos civiles; gestionar el manejo de los bienes que pudieran ostentar los hijos y por último permitirse el uso y disfrute de los bienes de sus menores hijos, en caso de productos deberá ceñirse a lo establecido en el artículo 1004° del cuerpo normativo citado (Presidencia de la República, 1984).

Del Águila (2019), señala que, dentro de los derechos está el de representación de sus hijos, pues al no contar estos últimos con capacidad de ejercicio, corresponde a los padres ejercer sus derechos; pudiendo también gestionar en el ámbito patrimonial los bienes que pudieran detentar los menores. Del mismo modo el autor menciona respecto al ámbito patrimonial, que los padres representan a sus hijos en los procesos judiciales que versan sobre alimentos a efectos de exigir al padre obligado el pago de una pensión de alimentos o pudiendo también representarlos en los casos donde los menores sean beneficiarios de legados o herencias.

De acuerdo con Arias (como se cita en Mejía, 2002) , las obligaciones que emergen de la patria potestad contienen derechos de los cuales los hijos son titulares, siendo que dentro de los más esenciales se considera: la educación formativa, protección, alimentos, representación y supervisión; cuya aplicación dependiendo de la naturaleza de estos, se ejercerá en el ámbito personal y patrimonial, es dentro de este último que los padres determinan su gestión, pudiendo hacer uso de los bienes que pudieran tener los menores y disfrutar de sus frutos, conforme la norma legal lo permita.

2.3. Tenencia

2.3.1. Concepto

Según lo establece la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (CSJ, 2021), mediante la Sala Civil Permanente, la tenencia es un derecho reconocido para los padres, que no es de carácter absoluto ya que no atiende los intereses de estos, pues en primacía se debe ejercer este derecho conforme sea beneficioso para el desarrollo del menor y en concordancia con el interés superior del niño.

Al respecto Varsi (2011), en el primer tomo de su libro Tratado de Derecho de Familia, establece que es la institución mediante la cual el padre ejerce posesión de sus hijos, en los casos cuando el vínculo matrimonial o convivencial se ve afectado y se produce una separación

de hecho; dejando claro que se configura como un derecho del niño o adolescente a contar con una persona que le de los cuidados necesarios.

El mismo autor, en el tercer tomo del libro anteriormente citado agrega que, en el derecho familiar subjetivo, se puede entender que la tenencia es un derecho tanto para los padres y los hijos, es decir se ejerce recíprocamente, ya que mientras los padres tienen el derecho de velar por sus hijos, los hijos tienen el derecho de vivir con el progenitor que mejores condiciones y calidad de vida le ofrezca (Varsi, 2012).

Se conceptualiza también a la tenencia, como un atributo de la patria potestad, en el que se advierte el derecho y deber de los padres de vivir con sus hijos en su respectivo domicilio, para brindarles los cuidados necesarios; se establece que para determinar la tenencia priman dos consideraciones que son: la opinión del menor y el interés superior del niño (Barletta, 2018, como se cita en Pariasca, 2022).

La tenencia es aquella figura mediante la cual los padres mantienen una convivencia directa con sus hijos, siendo esta primordial para ejercer los derechos y deberes que regula nuestra normativa; es decir, se habla de una vida en común en el mismo hogar, en donde los menores puedan desarrollarse con sus padres y se sienten las bases para que estos puedan ejercer demás atributos de la patria potestad, como la representación, gestión de su desarrollo académico o aplicación de medidas disciplinarias para su formación, entre otras; mismas que no se pueden ejercer sino se detenta la tenencia (Aguilar, 2009).

La tenencia de los hijos consiste en la custodia física de estos, figura mediante la cual se busca garantizar la protección correspondiente al niño o adolescente, otorgándole los cuidados y asistencia necesarios; dicha figura la puede ejercer uno o ambos progenitores, o de ser el caso una tercera persona, cuando la situación lo requiera (Canales, 2014, como se cita en Torres, 2021).

Así mismo, se constituye como uno de los derechos más relevantes que concede la patria potestad, figura que se ve materializada en la vida en común entre padres e hijos, generando que dentro de esta relación se puedan ejercer otros derechos y se vean realizados los deberes concernientes a los padres, ejerciéndose así una adecuada patria potestad donde se busca la convivencia bajo el mismo hogar (Garay, 2009).

El autor Rabadán Sánchez, 2003 (como se cita en Garay, 2009); establece que la figura de la tenencia es una facultad de la patria potestad estrechamente vinculada a los cuidados y protección que se ejerce en los hijos, siendo que para que estos puedan llevarse a cabo se

requiere una convivencia directa entre los progenitores y sus menores hijos, en razón a ello el padre o la madre que convive con los hijos, es quien detenta la tenencia.

Desde el punto de vista jurídico, Chunga, 2001 (como se cita en Sosa, 2018); conceptualiza la tenencia como aquel contexto en el que el niño o adolescente se encuentra conviviendo con uno de sus padres, pues si bien es un derecho que por ley detentan ambos padres, esta puede ser otorgada a quien posea fundado y legítimo interés.

2.3.2. Tipos de Tenencia

Respecto a los tipos de tenencia, Canales (2014b), señala que se consideran dos desde el punto de vista del tiempo; en primer término la tenencia definitiva, misma que es fijada mediante un acuerdo conciliatorio o sentencia judicial, siendo que este tipo de tenencia solo podrá ser modificada mediante la emisión de un nuevo instrumento ya sea judicial o extrajudicial; y en segundo lugar se tiene la tenencia provisional, como aquella figura que únicamente podrá ejercer el progenitor que no posea la custodia del menor, para solicitar en sede judicial la tenencia provisional cuando la situación con el otro progenitor ponga en peligro la integridad física de niño o adolescente.

La misma autora en una obra diferente, señala que la clasificación también puede darse desde el punto de vista del ejercicio de la tenencia, en donde tenemos primero; la tenencia conjunta, en la cual ya sea en circunstancias matrimoniales, convivenciales o incluso sin ellas, se mantiene una vida en común entre ambos padres con sus hijos, es decir viven todos bajo el mismo techo; se tiene también la tenencia compartida, estableciendo la autora que para que ello ocurra, los progenitores deben encontrarse separados de hecho y detentar aún su derecho de patria potestad sobre los hijos, por lo que en función de diversos factores como el tiempo, ubicación, estudios entre otros, los padres deciden compartir ambos con sus hijos ya sea de forma conjunta, alternativa o mediante el sistema de anidación; finalmente se tiene la tenencia exclusiva, en la que solo uno de los padres ostenta la tenencia, sin embargo, recalca que ello no implica que el otro pierda la patria potestad, pues ambos padres la siguen ejerciendo, a menos que se encuentre inmerso en una causal que origine la pérdida, suspensión o extinción de la patria potestad (Canales, 2014a).

En otra línea Plácido (2010) señala que pueden considerarse tres tipos de tenencia: tenencia negativa, como aquella que ejerce una tercera persona ante la negativa de los progenitores de hacerse cargo del menor; la tenencia exclusiva, ejercida por solo uno de los padres, es decir de

forma monoparental; y la tenencia compartida, figura mediante la cual ambos progenitores ejercen el derecho de vivir con sus hijos.

De acuerdo con los dos tipos de tenencia mencionados en el párrafo anterior, Villacis y Rodríguez (2023) señalan que la tenencia monoparental no corresponde al derecho a tener una familia, perjudicando así el interés superior del niño, pues genera consecuencias negativas para el menor que también se encuentra atravesando la separación de sus padres; por otro lado, consideran que en la tenencia compartida se respetan los derechos de los niños y también el de los padres al participar en igualdad de condiciones en todos los aspectos relacionados a la vida de sus hijos, en aras de garantizar su interés superior, los autores en este último aspecto concluyen que la tenencia compartida no debe significar igualdad de tiempo, sino igualdad en la contribución para el cuidado y atención de los niños y adolescentes.

2.3.3. Tenencia como atributo de la patria potestad:

La tenencia es considerada como un atributo de la patria potestad, pues implica el deber de cuidado de los padres hacia los hijos en el domicilio que se disponga, por lo tanto, esta institución jurídica del derecho de familia se plantea cuando los padres se encuentran separados de hecho, siendo necesario determinar la forma y modo en el que se brindarán los cuidados a los niños y adolescentes respecto al nuevo estilo de vida que ostentarán (Ayvar, 2024).

Así mismo se tiene que la tenencia es un atributo, que se constituye como una derivación del ejercicio de la patria potestad, en donde los padres o abuelos buscan tener consigo a sus hijos o nietos de ser el caso, para otorgarles un adecuado desarrollo integral a los menores y a su vez generar fortalecimiento en las relaciones familiares (Shinno, 2021).

En palabras de Aguilar (2024), la tenencia se configura como uno de los atributos de la patria potestad, dándole la calidad de derecho y al mismo tiempo deber de los padres, que nacen de la relación de convivencia con sus hijos; donde recíprocamente los progenitores ejercen el derecho de cuidar y velar por sus hijos y los hijos ejercen el deber de respetar y seguir las indicaciones que les señalen sus padres.

Para Bravo (2023), la figura desarrollada también es considerada como un atributo de la patria potestad, constituyéndose en el derecho de los padres de ejercer una vivencia con sus hijos de forma directa y formar parte de su crianza; siendo que en caso de no llegar a un acuerdo entre los progenitores sobre la forma en la que ejercerán la tenencia de los hijos, tendrán que

acudir a la vía judicial para que en esta se dictamine la modalidad y las condiciones en que se ejercerá.

Según Aguilar (2016), en nuestra legislación específicamente en el Código de los Niños y Adolescentes, se pretende igualar erróneamente la tenencia con la custodia, no diferenciándose que la tenencia es el atributo o derecho de los padres de convivir con sus hijos, siendo que en pleno ejercicio de este se desprenden deberes y uno de ellos es custodiar o proteger a sus hijos.

No obstante, Tantaleán (2022) plantea que la custodia, guarda y tenencia se constituyen en el mismo significado, pues todas son atributos derivados de la patria potestad, pero que no deben ser equiparados con esta última, sino únicamente con el atributo que implica tener la compañía de los hijos.

2.3.4. Tipos de procesos y vías para fijar la tenencia:

Al darse por finalizado el vínculo matrimonial o convivencial de los progenitores, se genera el conflicto acerca de la tenencia de los hijos; el Código de los Niños y Adolescentes establece que son los padres quienes deben buscar determinar la forma en la que se ejercerá la tenencia pudiendo llegar a un acuerdo o ante la falta de éste, la única vía para dar solución es acudiendo ante la sede judicial, donde el magistrado en aras de garantizar el interés superior del niño determinará quien ostentará la tenencia, convirtiéndose el domicilio del progenitor elegido, en el hogar de los niños y adolescentes que se ven involucrados en estos procesos (Garay, 2009).

De lo anteriormente descrito, se tiene que existen entonces dos formas de poder determinar la tenencia; en ese sentido Canales (2014a) sostiene que la primera, es por acuerdo, la cual sería la ideal para dilucidar la tenencia de los menores, siendo que esta depende netamente de la voluntad de los progenitores quienes deben priorizar la opinión del menor y sus necesidades; debiendo tomarse en consideración que la tenencia consiste en una relación de padre, madre e hijo es decir trilateral, donde todos deben manifestar su deseos con la finalidad que el futuro ejercicio de la tenencia se desarrolle de forma óptima.

El acuerdo al que se desea lleguen los padres puede fijarse de forma saludable verbalmente, pudiendo disponer la tenencia exclusiva o compartida; sin embargo, debe considerarse la celebración de una conciliación en donde los acuerdos se vean plasmados y materializados, pudiendo esta llevarse a cabo en la Oficina de la Demuna de su localidad o acudiendo a un centro de conciliación extrajudicial que se encuentre autorizado, conforme la Ley N°26872 y el Decreto Supremo N°014-2018 lo establezcan, pues el acuerdo que se firme en dichos

establecimientos adquirirá la calidad de título ejecutivo, mismo que en lo posterior y dependiendo de las circunstancias que acontezcan puede ejecutarse o variarse en instancia judicial (Varela, 2022).

Dentro del otro contexto debe plantearse la posibilidad de que los progenitores no lleguen a un acuerdo, lo cual complica la situación, pues tendrán que conferir a un tercero la determinación de la tenencia, en este caso un juez especializado en familia, quien resolverá estableciendo que la siga ostentando uno de los progenitores o por el contrario arrebatándole la tenencia a uno para otorgársela al otro progenitor (Canales, 2014a).

La falta de acuerdo pone a los progenitores en una difícil circunstancia, pues uno tendrá que demandar al otro para que se le reconozca o se le transfiera la tenencia, mientras que la parte perdedora del proceso dependiendo al tipo de tenencia que se dictamine, será acreedor únicamente a un régimen de visitas (Del Aguila, 2019). Así mismo el autor refiere que al encontrarnos en una situación judicializada, esta será tramitada dentro de la vía del proceso único, donde se llevarán a cabo las siguientes etapas: demanda, contestación, audiencia única, dictamen y expedición de sentencia.

La vía judicial debe ser la última instancia para disipar las diferencias entre los padres, pues a través de ella el juez dictaminará la forma de otorgar la tenencia, atendiendo a las circunstancias especiales que en cada proceso son distintas; para el caso de los hijos extramatrimoniales funciona de la misma forma ya que ambos progenitores detentan la patria potestad y al concluir la convivencia de no llegar a un acuerdo deberán acudir a la sede judicial, aunque en estos casos el petitorio de tenencia exclusiva es el que primará (Garay, 2009).

La autora también explica que lo fijado por el juez, puede ser objeto de variación una vez que hayan transcurrido seis meses desde la expedición de la resolución judicial que puso final al proceso, salvo que se trate de circunstancias que pongan el peligro a niños y adolescentes; es en estos casos donde también se requerirá la presencia del equipo multidisciplinario para realizar el acompañamiento en estos procesos a los menores y se vean afectados en la menor cantidad posible (Garay, 2009).

La demanda deberá interponerse ante el Juez de Familia, acompañada de los medios probatorios que correspondan dependiendo de la situación; la resolución en la que falla fijando la tenencia no tiene calidad de cosa juzgada, puesto que puede ser variada en lo posterior a los seis meses o cuando los intereses de los menores se vean comprometidos (Aguilar, 2016).

Para Tantaleán (2022), debe diferenciarse de forma clara los tipos de procesos que pueden versar sobre tenencia siendo los siguientes: proceso de tenencia propiamente dicho, siendo este interpuesto por el progenitor que no ostenta la tenencia de su hijo, no contando en estos casos con un acuerdo que se haya visto materializado; en segundo lugar se habla del proceso de reconocimiento de tenencia, que es interpuesto por el progenitor que ejerce fácticamente la tenencia de su hijo, sin contar con un acuerdo o decisión formal de por medio que avale dicha tenencia; en tercer lugar está el proceso de ejecución de tenencia, existiendo en este caso un acuerdo formalizado o resolución en donde se le otorga la tenencia a uno de los progenitores, mismo que de verse imposibilitado de ejercerla exige su cumplimiento mediante el proceso mencionado, para hacer valer de forma real lo establecido legalmente; y por último el autor señala el proceso de variación de tenencia, en donde deberá existir un acuerdo previo o resolución que ha determinado la forma de ejercer la tenencia y que es interpuesto por la parte que no fue favorecida, quien desea detentar la tenencia del niño, niña o adolescente.

2.3.5. Algunas consideraciones en la evaluación de la tenencia:

a) Interés superior del niño

El interés superior del niño es un principio de carácter interpretativo y de procedimiento, motivo por el cual exige que los casos en donde se vean inmersos niños y adolescentes sean considerados teniendo en cuenta su afectación, para lo cual debe evaluarse una variedad de posibilidades y dentro de estas elegir la que más le sea favorable, evitando mayores repercusiones en su persona y buscando garantizar su protección en todo momento (CSJ, 2022).

Según Garay (2004) , se trata de un principio que encuentra su base en el derecho común, donde se prioriza los intereses de los menores en la solución de los conflictos que los involucren, con la finalidad de garantizar su protección; la Convención de los Derechos del Niño otorga una protección especial mediante la imposición de límites cuando de derechos de niños, niñas y adolescentes se trata, ya que evidentemente al no haber alcanzado la mayoría de edad y adquirir la suficiente madurez, se encuentran en un estado vulnerable.

De acuerdo con Barcía (2018), se consideran dos concepciones respecto al interés superior del niño; que tienen su base en atención a los derechos fundamentales de los menores y a las características de cada localidad y su ámbito social; señalando el autor que ambas pueden compenetrarse a fin de entender el interés superior del niño desde el punto de vista de los padres, pues si bien es su rol y el del Estado proteger los derechos de la infancia, no se puede

desconocer que son los padres quienes velan de forma preferente por lo que es más conveniente para sus hijos.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2013), en su Observación General N°14, ha establecido que el interés superior del niño tiene un concepto triple; debiendo entenderse como un derecho sustantivo, que prioriza su interés por encima de otros, aplicándose cuando se requiera llegar a una decisión que involucre a niños y adolescentes; también se conceptualiza como un principio jurídico interpretativo fundamental, donde en caso de contar con variedad de interpretaciones, deberá elegirse la más conveniente para el menor y que responda a su interés superior; por último se le considera como una norma de procedimiento, debido a que se debe realizar un análisis de la repercusión de las decisiones a tomar en los niños y adolescentes.

En contraste, se tiene que su concepto es indeterminado debido a la variedad de titulares en los cuales se busca primar el interés superior, siendo cada niño, niña o adolescente un caso en particular; la aplicación de este principio depende del contexto en el cual se encuentre el menor, por lo que la diversidad de medidas que pueden aplicarse mediante el interés superior del niño, se constituyen como la finalidad de este principio, aspecto que adquiere mayor relevancia frente a la búsqueda de su conceptualización; siendo esta falta de precisión la que genera dinamismo en su aplicación y en toda situación que involucre menores de edad (Torrecuadra, 2016).

En cuanto a los alcances del principio del interés superior del niño, el Tribunal Constitucional de la República del Perú (2015), ha señalado mediante su jurisprudencia que la adopción de decisiones que tienen como destinatarios a niños y adolescentes, involucra tanto a instituciones del ámbito público como privado, exigiéndoles en ambos casos que en sus decisiones, se tome en cuenta a los menores como sujetos de derechos que son, con la finalidad de garantizar el respeto íntegro de sus derechos.

Se establece que existen tres criterios para cumplir con los fundamentos teleológicos del principio del interés superior del niño, siendo estos: predictibilidad, capacidad de los menores y la connotación de su entorno social y familiar; cuyo análisis en conjunto será parte esencial para lograr el interés superior del niño; siendo que, en caso de ser identificados por un funcionario o juez, deben ser tomados en cuenta para ser desarrollados en cada caso (López-Contreras, 2015).

Como norma rectora, lo que se busca con la aplicación del interés superior del niño es que se tome en consideración a este como humano y sujeto de derechos, debiendo ser valorados como tal y respetados por el Estado y adultos al momento que se tomen decisiones en las que se ven involucrados (Aguilar, 2008).

Para Sokolich (2013), la sola invocación o enunciación del interés superior del niño como principio para justificar una decisión no es suficiente, pues en su aplicación deben existir una serie de pruebas debidamente valoradas en lo que a procesos judiciales concierne, siendo que este acervo probatorio le permitirá al juez decidir lo mejor para los menores; ya que, de no contar con un sustento, este principio podría convertirse en un instrumento arbitrario.

Dentro del contexto de la tenencia, el interés superior del niño adquiere vital relevancia, pues como una norma rectora lo que busca es la protección de una familia funcional para niños, niñas y adolescentes; concibiendo a los menores como la prioridad en esta situación y adoptando decisiones que favorezcan la coparentalidad o la interacción constante del menor con sus progenitores, dejando en segundo plano la situación sentimental de los padres, pues se debe priorizar los derechos de los niños sobre los de ellos (Barletta, 2018).

b) Opinión del menor de edad

La opinión de un menor debe considerarse como la de un sujeto activo, que se encuentra en crecimiento y en desarrollo de sus capacidades, lo cual no le impide formar parte de las decisiones que lo involucran; debiendo tomar en cuenta como un rasgo determinante para su interés, la personalidad de cada niño, niña y adolescente; que en el derecho moderno ha sido importante para dejar de lado actitudes paternalistas (Barber, 2019).

La Observación General N°12, establece que para la correcta aplicación del artículo 12° de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto al derecho del niño de ser escuchado, deben adoptarse medidas que garanticen que este derecho se pueda ver efectivizado para los menores, tal es así que se señalan las siguientes: preparación, audiencia, calificación de la capacidad que posee el niño, comunicación de la valoración que se le ha otorgado a la opinión del menor y finalmente la forma de hacer llegar una queja u otro recurso que ampare cuando no se comparta las conclusiones vertidas por el juez respecto a la opinión del niño (Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, 2009).

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2018), en la Casación N°2365-2017-Cusco emitida por la Sala Civil Transitoria, establece que el derecho a opinar y ser oído de los

niños, encuentra su fundamento en lo reconocido en el artículo 12° de la Convención de los Derechos del Niño; considerándose así que no solo se trata de una presentación del menor donde emite su opinión, sino que lo dicho por este debe ser objeto de análisis y tomado en cuenta en base a la madurez que ha alcanzado; en esa línea se establece, que si bien los tribunales tienen la obligación de oír, esto no significa aceptar sus deseos, ya que lo que se busca es ponderar las alternativas que pueden dar solución al conflicto acorde a lo vertido en la opinión del menor y manifestarlas en el pronunciamiento de fondo.

Lo anterior coincide con lo expuesto en la Casación N° 4545-2021 Lima, específicamente en el fundamento décimo octavo donde se señala que la opinión del niño debe ser tomada en razón a su madurez, misma que está representada en su capacidad de comprensión y diferenciación entre lo bueno y lo malo ; siendo este el punto de partida para valorar distintas alternativas que pueden poner fin a la situación y tomar una decisión; así mismo la citada jurisprudencia trae a colación la Casación 1551-2020 Sullana, en donde se dilucidó que los jueces pueden tomar en cuenta cualquier medio probatorio que permita determinar la madurez del menor, no limitándose a lo que se hubiera podido declarar en audiencia; ya que con la evaluación en conjunto se puede determinar cuál es el peso que se le otorgará a la declaración brindada por el niño, niña o adolescente (CSJ, 2023).

Para Del Moral (2007), existe una tridimensionalidad del derecho a opinar, la cual se ve constituida por tres aspectos vinculados entre sí, como son el derecho de ser escuchado, derecho de ser oído y que la información vertida sea valorada en razón a la madurez y edad del niño; la autora señala que, ante la falta de uno de estos aspectos, no se podría ver materializado el derecho del niño de emitir su opinión, ya que su derecho no sería efectivo.

La opinión que brinde el menor, sobre su vida cotidiana y la relación que mantiene con ambos padres son esenciales, es por dicho motivo que su concurrencia a audiencia única servirá para determinar el rumbo que tomará su declaración pues se señala que, hasta los doce años, el menor es escuchado; siendo que de dicha edad en adelante sus declaraciones adquieren un valor preponderante sujeto a valoración por parte del juzgado (Del Aguila, 2019).

Garay (2009), sostiene que, la opinión de los menores forma parte de su derecho a una tutela judicial efectiva, por lo que solo se podrá lograr tal reconocimiento en un proceso judicial, debiendo este último ceñirse a la normativa procesal vigente; en consecuencia se vería materializado a los niños, niñas y adolescentes que forman parte de estos conflictos, como sujetos de derechos; considerando que sus opiniones son objeto de protección. La misma autora

señala que, los menores pueden intervenir por medio de un representante o de forma directa, evitando que le cause perjuicio al menor, a quien el juez puede escuchar a solas, acompañado de un abogado u otra persona que considere de confianza; coincide que la opinión vertida por el menor no implica la aceptación incondicional de sus deseos, sino la interpretación de su voluntad con lo que realmente requiere para su bienestar.

Roda y Roda (2013) en su tesis doctoral, señala la importancia de diferenciar lo que implica el derecho de ser oído con el derecho de ser escuchado, puesto que el primer caso requiere la intervención de un tercero, para pedir y oír la opinión del menor, y en razón a ello llegar a una conclusión, siendo que en el segundo caso es el propio niño quien solicita ser escuchado y de esta forma transmitir su postura dentro de una situación, con la finalidad que esta sea tomada en cuenta para emitir una decisión.

Así mismo, parte de la doctrina considera que cuando no se ejerce de forma correcta el derecho de un niño a opinar, se podría estar vulnerando también su derecho al debido proceso, pues uno de sus principales elementos es que la persona sea escuchada participando en el proceso y en lo que le fuera concerniente; por lo que el Juez debe en su decisión final motivar acerca de la opinión del menor y como fue acogida por su despacho (Gómez de la Torre, 2018).

c) Centro de vida

El concepto de centro de vida es de carácter sociológico, a diferencia del domicilio que si tiene una connotación legal; se considera como centro de vida, aquella permanencia en un determinado lugar que se convierte para la persona en el centro de gravedad de su vida; en el caso de los niños, niñas y adolescentes, para que se pueda establecer a determinado lugar como su centro de vida, debe haber transcurrido sus vivencias de forma adecuada y sobre todo legítimas, vinculándose así el lugar con personas y cosas que integran parte de su entorno real y emocional (Carril, 2018).

La autora citada anteriormente también menciona que el centro de vida tiene una estructura doble, ya que posee un elemento objetivo; basado en la naturaleza tempo-espacial, es decir el tiempo que permaneces en un lugar, aunque ello no es determinante deben concurrir como características la permanencia y el animus atrabilis; por otro lado se tiene el elemento subjetivo, que se genera de la apreciación a nivel psicológico y personal que tiene una persona respecto de lugar donde pasa sus días y la interacción con las personas que le rodean en lo cotidiano (Carril, 2018).

Para Cataldi y Notrica (2019), no existe una definición exacta de centro de vida, sin embargo, las autoras consideran el concepto que se ha adoptado a nivel internacional, el cual consiste en la determinación del lugar donde el menor ha transcurrido la mayor parte de su vida, siempre y cuando se haya desarrollado en óptimas condiciones.

Si bien no se determina bajo el mismo nombre; en nuestra jurisprudencia, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2017), hace mención a que uno de los factores a determinar en el caso de tenencia es con qué progenitor ha vivido la mayor y menor parte de su vida, siendo que esto se evalúa junto a las competencias parentales que posee cada progenitor para garantizar su desarrollo en función del interés superior del niño.

En la legislación Argentina, se ha realizado una mención literal del centro de vida en el artículo 3° de la Ley 26.061, pues se le considera como parte del interés superior del niño, niña y adolescente; especificando en el inciso f), de la citada ley que el centro de vida es concebido como aquel lugar en el que las niñas, niños o adolescentes han pasado mayor parte de su vida, siempre y cuando la permanencia de estos se haya dado en condiciones legítimas (Lanzavechia, 2018).

2.3.6. Derechos conexos a la tenencia

a) Régimen de Visitas

Para Varsi (2012) el régimen de visitas se constituye como un derecho que busca afianzar la relación paterno filial y el desarrollo a nivel fisiológico, psicológico y emocional de los menores involucrados; ello mediante el constante diálogo e interacción entre el hijo y sus progenitores.

El autor añade que desde el punto de vista jurídico, el término visita podría únicamente entenderse en el sentido de supervisión, responsabilidad o estar con determinada persona compartiendo momentos, es por esta razón que para un mejor entendimiento debe considerarse como un derecho de visita y comunicación, que se ejerce en una relación jurídico familiar básica como un deber y derecho para padres e hijos cuando estos no conviven en el mismo hogar; señala también que la aplicación de estos derechos se ejerce de forma recíproca y en dos sentidos, pues por un lado es el derecho del padre o madre que no convive con su hijo a pasar tiempo con él, y por otro lado es el derecho del hijo a mantener una relación estrecha con el progenitor que no se encuentra viviendo a su lado de forma permanente, siendo este factor

fundamental para el desarrollo integral de los hijos que se encuentran inmersos en esta situación (Varsi, 2012).

En palabras de Cangas et al. (2019) el régimen de visitas es el derecho de los progenitores que no poseen la custodia de sus menores, siendo esta figura aquella que funciona como un mecanismo que restaura las relaciones paterno filiales, de esta forma se procura el interés superior del niño y adolescente para que estos vivan en un ambiente familiar adecuado.

El régimen de visitas se constituye como un derecho inalienable para el progenitor que no posee la custodia de los menores, garantizando a través de las visitas una comunicación y compañía constante, con la finalidad que los hijos no vean deteriorada la relación con el padre o la madre que no ejerce la custodia (González et al., 2017, como se cita en Maldonado et al., 2021).

De acuerdo con Canales (2014a), el derecho a un régimen de visitas sugiere que los menores involucrados ante la separación de los padres, no resulten afectados en el sentido que consideren como una persona ajena a su entorno a su padre o madre, siendo que la finalidad del ejercicio de este derecho, es que los progenitores que no convivan con sus hijos permanezcan informados acerca de sus actividades cotidianas y el desarrollo de estos; pues el derecho a un régimen de visitas se sustenta en un factor humano, por lo que la separación de los padres no debe significar un problema para el reconocimiento de este derecho.

Garay (2009) sostiene que las visitas conforman un derecho humano que tienen los hijos sobre sus padres, que se ve plasmado en la comunicación y relación que mantienen con estos; la autora señala específicamente, que las visitas son un atributo de la patria potestad, debido a que se busca la permanencia de los lazos en la relación parental con el padre o la madre que no ejerce la tenencia, ya que solo a través de la comunicación, el progenitor que no convive con su hijo podrá aplicar y ejercer el resto de atributos que le confiere la patria potestad.

La autora también explica que las visitas deben establecerse con la finalidad de que los menores involucrados no sientan que el afecto de sus progenitores hacia ellos ha disminuido, por lo que el objetivo tras la separación de los padres, es atenuar los perjuicios que se han derivado de dicha situación; ello a través del mayor contacto posible con el progenitor que no ostenta la tenencia; lo cual en términos jurídicos se conoce como el derecho de visitas, figura que busca la permanencia de la relación padre e hijo (Garay, 2009).

Para Del Aguila (2019), el derecho de visitas corresponde principalmente a los hijos, pues deben tener la oportunidad de pasar tiempo de calidad con sus dos progenitores, no solo con el que detenta la tenencia.

Si bien es cierto parte de la doctrina considera el régimen de visitas como un derecho, se tiene también a quienes sostienen una postura distinta; tal es el caso de Rabadán, 2003 (como se cita en Garay, 2009), quien señala que las visitas se configuran como una facultad de aquel progenitor que no detenta la tenencia de su hijo o hija, más no como un derecho; pues mediante el ejercicio de las visitas lo que se pretende es contribuir al desarrollo óptimo de los hijos, evitando así mayores perjuicios de los que se podrían haber causado ante la separación de los progenitores y la no convivencia directa con uno de ellos; debido a que ante todo debe primar la relación paterno filial existente, que se mantiene con las visitas; a excepción que estas pudieran estar alterando la serenidad y equilibrio emocional de los menores.

La aplicación de este derecho, se ve reflejado en la realidad mediante el establecimiento de un régimen de visitas, mismo que puede fijarse en vía judicial o extrajudicial; en donde se evaluarán las circunstancias del caso para poder determinar el lugar, tiempo y modalidad en que este régimen se aplicará para el padre o madre que no ostente la tenencia exclusiva de su hijo, con el fin que ejerza comunicación con sus hijos y sea una figura paterna o materna presente en la vida del menor, garantizando así el adecuado desarrollo del niño, niña o adolescente (Aguilar, 2016).

Así mismo se señala que la vía extrajudicial se fija mediante la conciliación en donde debe existir predisposición de los padres para establecer de forma voluntaria y consensual un régimen de visitas, pues de lo contrario el padre o madre que vea limitado su derecho, tendrá que acudir a la vía judicial, interponiendo la correspondiente demanda que deberá contener los medios probatorios correspondientes, el primordial la partida de nacimiento del menor (Aguilar, 2016).

Aguilar (2024) expone que cuando los progenitores no pueden llegar a un consenso por falta de diálogo, el conflicto deberá dilucidarse por la vía judicial en donde el juez especializado en familia debe considerar aspectos referidos a los menores tales son como la edad, sexo y la distancia respecto a la ubicación del domicilio de cada uno de los progenitores, puesto que los factores mencionados contribuirán para determinar si el régimen debe ser con o sin externamiento y el tiempo en el que debe realizarse pues de ser una distancia considerable entre los domicilios de los progenitores el tiempo u horario a establecerse debe ser más largo, como

por ejemplo ejercer la visita todo el fin de semana; el autor también hace énfasis a la edad señalando que si es un menor de tres años debe permanecer con la madre por lo que el régimen sería sin externamiento, factor que si bien era determinante para otorgar la tenencia y un régimen de visitas, hoy día ha sido modificado mediante la promulgación de la Ley N°31590.

Respecto al modo en que se deberá fijar un régimen de tenencia, Del Aguila (2019) señala que este puede llevarse a cabo bajo dos modalidades: con externamiento, donde el progenitor que no ostenta la tenencia, acude al domicilio donde se encuentra viviendo su hijo o hija, recogiendo al menor para ejercer su visita en el lugar que el progenitor decida, pero en el horario establecido; en segundo lugar se tiene la modalidad sin externamiento, en este caso el progenitor que solicita la visita debe constituirse al domicilio del otro progenitor, es decir donde reside el menor, debiendo ejercer su visita únicamente dentro de dicho inmueble, conforme al horario que se determinó ya sea judicial o extrajudicialmente.

Así mismo, se señala que la comunicación y visitas del padre que no detenta la tenencia debe realizarse conforme a un horario que no altere la rutina de estudios, actividades extracurriculares y su convivencia con el progenitor que sí detenta la tenencia; ya que la finalidad del ejercicio de este derecho es contribuir a las relaciones interpersonales, velando en todo momento por el interés superior de los menores; mismo que debe ser aplicado de forma independiente en cada caso y acorde a las circunstancias, pues la realidad de cada niño, niña o adolescente es distinta, debiendo fijarse un régimen acorde a sus necesidades (Varsi, 2012).

En cuanto a los casos judicializados sobre fijación de régimen de visitas, el juez debe hacer prevalecer ante cualquier circunstancia el interés superior del niño, niña o adolescente, pues si bien se plasma el derecho de visitas con la finalidad de mantener la relación paterno filial con ambos padres, sobre todo con el que el menor no convive y así buscar un desarrollo integral; debe considerarse también las consecuencias que puede generar la visita, ya sea que estas pueden presentarse a nivel físico o psicológico, y de estar causando un perjuicio al niño, niña o adolescente se debe adoptar las medidas necesarias para evitar mayores daños, cobrando mayor importancia el comportamiento y actitud del progenitor que realiza la visita, dado que de no contribuir con el desenvolvimiento del menor, el régimen podría verse suspendido de forma temporal o permanente, sin perjuicio de que el padre o madre que no ostente la tenencia siga manteniendo comunicación con sus hijos de forma escrita o telefónica (Suarez, 1999, como se cita en García, 2021).

b) Alimentos

Conforme lo establece propiamente la palabra, alimentos es aquello que sirve para nutrir y sustentar el cuerpo, sin embargo, desde un punto de vista jurídico los alimentos se entienden en un sentido amplio de dicho sustento, siendo que abarca ámbitos como la educación, asistencia médica, habitación, entre otros (Jarrín de Peñaloza, 2019).

Miralles et al. (2019) señalan que el derecho a alimentos es aquel que goza una persona frente a otra, por el hecho de estar vinculados por el parentesco, siempre y cuando medie una situación de estado de necesidad, por la que la persona que posee este derecho no pueda solventar su manutención por sí misma.

Según Baldino y Romero (2020), el derecho de alimentos es un derecho personalísimo y de índole urgente que corresponde a los menores de edad, ello debido a la necesidad imperiosa de satisfacer sus requerimientos, constituyéndose esta como una presunción iure et de iure, puesto que por su condición de niños, niñas o adolescentes, estos no se encuentran aptos para hacerse cargo de sí mismos; más aún que por su minoría de edad demandan atenciones específicas y especiales, para conseguir su adecuado desarrollo y protección en todos los ámbitos, haciendo prevalecer así su interés superior.

Cuando se habla de alimentos debe comprenderse como aquello que es imprescindible para el desarrollo de una persona, considerándose los alimentos propiamente dichos, educación, vestido, salud, vivienda y recreación; cuando se trata de menores de edad debe tenerse en cuenta que su educación conforma un factor importante por lo que no solo debe proveerse al menor de educación durante su formación regular sino también proveer de medios que le permitan prepararse en el campo laboral; asimismo señala que las necesidades deben cubrirse no sólo en lo material sino en el ámbito emocional, que son importantes para resguardar la dignidad humana (Canales, 2013).

Para el argot popular alimentos podrían significar únicamente el sustento que una persona provee de forma diaria, sin embargo, para el derecho tiene una mayor connotación; es así que nuestra legislación regula específicamente en el artículo 472° del Código Civil, el alcance del concepto de alimentos señalando que este se refiere a todo aquello que es de vital importancia para el desarrollo de una persona lo cual comprende sus necesidades en los ámbitos de vivienda, salud (física y mental), educación, alimentación, que se otorgan conforme a las posibilidades de quien los otorga es decir, la familia (Aguilar, 2016).

En palabras de Aguilar (2016), debe considerarse que el derecho de alimentos posee características determinadas como son su carácter individual, indelegable, ineludible, permanente, no compensable, no transigible, inembargable, mutuo y modificable; a su vez la obligación alimentaria posee en su mayoría las características mencionadas agregándose en este caso la divisibilidad y debiendo excluir de la lista el carácter de ineludible y no embargable.

Como se ha señalado anteriormente el derecho alimentario posee distintas características, en nuestra jurisprudencia específicamente en la Casación 2760-2004 Cajamarca, se ha hecho mención a una de ellas que es la de carácter revisable o como se ha descrito líneas arriba bajo el término de modificable, ello porque cuando la fijación de una pensión alimenticia se ve judicializada y materializada mediante una sentencia, no implica que esta sea inalterable es decir que adquiera calidad de cosa juzgada, ya que conforme establece la jurisprudencia señalada, una pensión de alimentos puede ser objeto de variación a nivel cualitativo y cuantitativo dependiendo el reajuste de las circunstancias es decir de la necesidad del alimentista y las posibilidades económicas del obligado, con el objetivo que sean procesos justos y equitativos (Torres, 2021).

Para Rodríguez (2018) la naturaleza jurídica de los alimentos reside en la combinación de un derecho obligacional y un derecho personal, ligado al interés propio del alimentista y de la sociedad en general, pues cuando una persona ve satisfecha sus necesidades básicas, esto evidentemente contribuye para su supervivencia honrando así su dignidad como persona.

Según Restrepo, 2009 (como se cita en Meléndez, 2021), los alimentos deben ser comprendidos como un derecho subjetivo, por lo que a nivel internacional la doctrina señala que está compuesto por tres aspectos: disponibilidad en calidad y cantidad de los alimentos que satisfacen las necesidades básicas de una persona, acceso a los alimentos y uso apropiado desde el punto de vista biológico de los alimentos. La autora también explica, que el derecho alimentario puede entenderse bajo una doble interpretación, siendo la primera como un derecho básico o aquel en el que el ser humano no pasa hambre y como segunda se tiene el derecho a que dicha alimentación sea idónea o calificada.

En el caso que nos concierne, específicamente respecto a la vinculación de este derecho con la tenencia, Tantaleán (2022) señala, que ejercer la tenencia de un hijo o hija y darle los cuidados correspondientes, significaría la no obligación de otorgar una pensión de alimentos; debido a que en el ejercicio mismo de la tenencia el padre o madre que se encuentra a cargo del menor realiza gastos económicos, en consecuencia quien se vería obligado a acudir a los

menores con una pensión alimenticia es el progenitor que no tenga bajo su cuidado a su hijo; sin embargo, el autor señala que lo descrito no siempre se rige de esa forma.

2.4. Tenencia compartida

2.4.1. Concepto

La tenencia compartida es la figura mediante la cual se hace posible la tenencia conjunta de los hijos, donde ambos padres forman parte de su crianza, a pesar de que su vínculo matrimonial, convivencial o simplemente afectivo se haya dado por terminado, debiendo considerarse que incluso en los casos donde no haya existido una convivencia propiamente dicha, se prevé la posibilidad de que cada progenitor forme parte de la vida de su hijo o hija y establezca una convivencia con estos (Morales, 2017).

Bravo (2023), señala que la doctrina se ha referido sobre la tenencia compartida como el ejercicio conjunto es decir de ambos padres, de todos los atributos conferidos por la patria potestad, con la particularidad que en estos casos los progenitores se encuentran separados de hecho o derecho; la aplicación de este tipo de tenencia les permite formar parte igualitariamente en la toma de decisiones respecto a sus hijos, así como la asignación equitativa de responsabilidades, cuidados, recursos y deberes para el padre y la madre. La autora explica que este tipo de tenencia permite que la relación parental del niño, niña o adolescente con ambos padres se mantenga, evitando así que se cause quebrantamiento alguno tras la separación de los progenitores.

La figura de tenencia compartida es el ejercicio conjunto de los padres como autoridad y las responsabilidades que ello implica para los que han decidido dar por finalizada su relación, por lo que asumen ambos el ejercicio de la tenencia respecto a todo aspecto que involucre a los hijos, ya que es derecho de estos últimos contar con presencia paterna y materna durante su crecimiento; demostrando así que a pesar de haber dado por terminado el vínculo afectivo entre los padres, estos aún pueden mantener una relación pero esta vez como socios parentales (Garay, 2009).

Para Bermúdez (2019) la tenencia compartida o también llamada coparentalidad, se constituye como la práctica equitativa de la autoridad parental que poseen ambos padres respecto a la educación, asistencia y salvaguarda de sus hijos.

La tenencia compartida es aquella que permite a los progenitores el pleno ejercicio de su responsabilidad parental, formando parte de la educación y crianza de sus hijos; quienes a su vez también mantienen de forma indistinta comunicación con ambos progenitores (Ochoa, 2022).

Bravo y Arroba (2023), destacan que la coparentalidad está considerada como un subsistema dentro de la figura general de la tenencia, pues cuando los progenitores se divorcian o se produce una separación de hecho, estos mantienen la patria potestad respecto a sus menores hijos, misma que no debe verse recortada ante dicha situación, por lo que debe continuar siendo ejercida con normalidad.

Acorde con Gil et al., 2006 (como se cita en Garay, 2021) la tenencia compartida o custodia compartida como ellos lo denominan, es un mecanismo mediante el cual ambos padres deciden y distribuyen sus responsabilidades parentales, en función a su nivel de solvencia, circunstancias personales y posibilidades; de forma primordial lo que garantiza la aplicación de esta figura, es que ambos padres tengan poder de decisión en la vida de los menores involucrados y en consecuencia los hijos posean una adecuada calidad de vida con la participación de sus dos progenitores.

El ejercicio de la tenencia compartida es el reflejo del compromiso que asumen los padres tras su separación, de hacer respetar el derecho de sus hijos en cuanto a un desarrollo pleno; la finalidad de la aplicación de esta figura es que ambos progenitores participen de forma igualitaria y activa en la tenencia de sus hijos; siendo que los acuerdos a los que se pueda llegar sean siempre tomando en cuenta el interés y las necesidades de los menores, así como las circunstancias de ambos padres, debiendo considerar el período en que se ejercerá la tenencia, solvencia económica, ubicación de sus domicilios, formación educativa entre otros (Hollweck & Medina, 2001, como se cita en Garay, 2021).

2.4.2. Legislación comparada respecto a la tenencia compartida

En Estados Unidos, se fomenta una tenencia compartida; sin embargo, la diferencia reside, en que el país norteamericano de acuerdo a la legislación de cada Estado, aplica porcentajes para el ejercicio de la coparentalidad, dependiendo del contexto, lo cual implica que no siempre la tenencia es asignada en el mismo porcentaje o 50% para ambos padres, ya que señalan que no se trata de buscar igualdad en el sentido numérico, sino equiparar su participación en la

crianza de los hijos; la cual siempre debe ir de la mano con la protección del interés superior del niño, niña y adolescente (De La Cuba, 2024).

Bermúdez (2019) señala que en la legislación estadounidense la figura tiene diferentes definiciones y connotaciones dependiendo de cada Estado; por ejemplo en los estados de Montana, Idaho y Lousiana, este tipo de tenencia es definida como un contacto frecuente e importante; por otro lado en Pensilvania es considerada como el acceso material que proveen los progenitores a sus hijos, mientras que en Missouri se asocia con las obligaciones y responsabilidades que tienen los padres cuando ejercen la tenencia de sus hijos.

Desde el punto de vista europeo, se tiene que la legislación española denomina a la tenencia compartida como guarda conjunta o custodia compartida, figura introducida mediante la Ley N°15/2005, promulgada el 08 de julio de 2005, con la cual se modificó el artículo 92° del Código Civil Español; donde se concibe dos modalidades de tenencia tras la ruptura del vínculo matrimonial o convivencial : la primera la custodia monoparental donde un progenitor detenta la tenencia de forma exclusiva y el otro ejerce su derecho a un régimen de visita; en la segunda modalidad, se considera la custodia compartida, donde el padre y la madre ejercen el cuidado de sus hijos, por lo que en forma igualitaria forman parte de las decisiones que se toman respecto a los menores, siendo que en esta modalidad la convivencia puede darse en periodos semanales, meses o semestres (Aguilar, 2024).

De acuerdo con Avilés, 2021 (como se cita en Ampuero et al., 2024), la introducción de la custodia compartida en España tuvo una buena acogida en los ciudadanos, pero en los primeros años de su promulgación no se advirtieron resultados; esto a consecuencia de los vacíos legales que aún existían respecto a esta figura jurídica, que generaban distintas interpretaciones y no permitían una adecuada aplicación en los juzgados de familia; con el pasar del tiempo mediante la jurisprudencia expedida por el Tribunal Supremo Español, se han establecido referentes para ejercer este tipo de tenencia.

Continuando con la legislación en materia de tenencia compartida en el continente europeo, Gónzales y Lescano (2024) explican que en Italia, la tenencia compartida también se regula con carácter de prioridad, aspecto que se encuentra regulado específicamente en el artículo 337° - ter del Código Civil Italiano, señalando que los niños, niñas y adolescentes involucrados tienen derecho a conservar de forma equilibrada la relación con ambos padres, recibiendo de los dos una adecuada crianza, educación, protección entre otro; relación que debe permanecer también con la familia extensa de cada progenitor.

A nivel de Latinoamérica, el país de Chile introdujo en su legislación, el principio de corresponsabilidad parental mediante la promulgación de la Ley N°20680 que modificó el Código Civil Chileno, dicha modificación tuvo su sustento en la eliminación de la preferencia de la figura materna en los casos donde se resuelve la tenencia, estableciendo que ambos padres tienen la obligación de participar en la vida y crecimiento de sus hijos; el ejercicio conjunto de los cuidados y la crianza se determina por acuerdo entre los progenitores, ya que de no suceder, los hijos deberán seguir permaneciendo bajo el cuidado del progenitor con el que habitualmente estaban acostumbrados a vivir, respecto al juez señala que puede variar la custodia compartida a exclusiva, si el interés superior del niño, niña o adolescente se está viendo afectado (Truffello, 2023, como se cita en Ampuero et al., 2024).

Por otro lado, en Argentina, el Código Civil y Comercial establece en el artículo 656° que cuando los padres no llegan a un acuerdo que a su vez debe ser homologado, es el juez quien resolverá respecto a la forma en que se ejercerá la tenencia, señalando la norma que debe priorizarse la modalidad de tenencia compartida indistinta, excepto que se adviertan razones que denoten que al menor le es más favorable permanecer bajo un tenencia exclusiva; para ello se debe realizar un análisis de las conductas de cada progenitor y así evitar afectaciones en el desarrollo y bienestar de los hijos, no siendo aceptable discriminación alguna respecto al sexo, orientación sexual, religión, ideologías políticas entre otros (Congreso de la Nación Argentina, 2014).

Respecto a la tenencia compartida en la legislación mexicana, el Código Civil del Distrito Federal establece en el artículo 282°, los criterios a considerar cuando en un proceso de divorcio hay hijos de por medio, señalando así que una vez presentada la contestación, se puede compartir la guarda y custodia de los menores, debiendo fijarse mediante acuerdo o convenio entre los progenitores, correspondiendo al juez procurar que en todos estos casos se garantice el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado respecto a la forma en que desea se ejerza su tenencia (Presidencia Constitucional de la República de México, 1928).

2.4.3. Ventajas

También llamada coparentalidad, esta figura denota distintas ventajas, Garay (2009) considera las siguientes: la aplicación conjunta de rol materno y paterno permite que los niños, niñas y adolescentes puedan reconocer a sus progenitores en sus propios roles, siendo que la presencia de ambos genera en ellos un desarrollo integral; señala también que cuando se ejerce

una tenencia compartida ambos progenitores pueden distribuir sus obligaciones y deberes equitativamente en la crianza de sus hijos, lo que les permite lograr un balance en su vida personal y profesional, dejando de lado el estigma en el que solo la madre debe hacerse cargo de los hijos; así mismo se considera que mediante esta figura se desarrolla una comunicación constante entre ambos padres y la distribución equitativa de los gastos que esta genera respecto a la solvencia económica de los hijos.

La autora mencionada en el párrafo precedente agrega que mediante el desarrollo de esta modalidad de tenencia, se previene la depresión infantil, bajo desempeño escolar, casos de drogadicción, suicidio o embarazo adolescente que suelen presentarse en niños, niñas y adolescentes tras la separación de sus padres, ya que a través del ejercicio de la coparentalidad el sentimiento de abandono o pérdida que sufren los menores, se ve disminuido; finalmente la autora concluye señalando como ventaja que la implementación de la coparentalidad disminuye gastos para el Estado, pues la carga procesal respecto a este tipo de procesos se vería reducida lo que implicaría menor trabajo para los juzgados especializados en familia ante los acuerdos consensuados que pudieran llegar los progenitores (Garay, 2009).

Para Gónzales y Lescano (2024) es correcto afirmar que el ejercicio de la tenencia compartida en un contexto adecuado genera ventajas, la principal es la defensa del interés superior del niño, debido que su desarrollo se verá afianzado en la relación de entendimiento de sus padres, quienes con la finalidad de velar por el interés de sus hijos, evitan generar mayores conflictos mediante mutuo acuerdo, puesto que la permanencia de ambos roles, es lo más favorable a la vida del niño, niña o adolescente.

Desde un punto de vista importante para estos casos como es el psicológico, la tenencia compartida se considera beneficiosa, puesto que los profesionales en la materia, señalan que la presencia de los progenitores en la vida de un menor es importante para su desarrollo e involucramiento social; sin embargo, si bien se ejerce una tenencia conjunta para garantizar el interés superior del niño, se debe considerar que esta figura no puede imponerse ni tener carácter obligatorio pretendiendo que se realice en períodos iguales para ambos padres (Calonge, 2024).

Acorde con Muñoz y Carhuas (2024), el ejercicio de la coparentalidad mitiga los daños que se podrían estar causando con la manipulación que ejerce alguno de los padres sobre los hijos; por lo que evitar dicha situación genera que los menores se desarrollen íntegramente, sobre todo en el ámbito emocional y ejerciendo su derecho de permanecer con ambos progenitores;

aunado a ello, los autores señalan que la figura jurídica de la tenencia compartida propicia un ambiente sano donde las relaciones familiares se vean fortalecidas, velando así por el interés superior del niño.

2.4.4. Desventajas

Como mencionan Ampuero et al. (2024), este régimen genera desventajas que causan perjuicios al menor, estableciendo primero como un factor negativo la distancia entre los domicilios de los progenitores, puesto que de ser esta considerable o larga, genera que los menores constantemente tengan que movilizar sus prendas de vestir, materiales de estudios y otros, acción que no le produciría estabilidad; por otro lado también señalan que se ve alterada la educación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran inmersos en este régimen, pues cada padre mantiene formas de crianza y reglas diferentes, debiendo el menor adecuar su comportamiento al domicilio en el que se encuentre, en consecuencia se les expone a un estado de confusión que altera su desarrollo, si es que los padres no llegan a un consenso acerca de ejercer una misma forma de crianza que sea favorable al menor; como última desventaja los autores anteriormente citados señalan que, se le expone al niño, niña o adolescente a vivir con un desconocido, pues en general los menores conviven con uno de los progenitores y al exigir igualdad de condiciones y sobre todo tiempo en la tenencia de un menor, este podría verse afectado psicológicamente.

A su vez Garay (2009), señala que uno de los principales fundamentos que es usado en contra de la tenencia compartida, es la estabilidad, sobre todo desde su enfoque material, es decir la del domicilio, razón que es usada por aquellos que se encuentran a favor de la tenencia exclusiva, pues argumentan que exponer a un menor a constantes cambios, implica someterlo a un proceso de continua adaptación en ambos hogares, por lo que para evitarlo se necesitaría mayor cercanía entre los domicilios de los progenitores e inversión en cuanto a los gastos, ya que sus útiles personales y de estudio deberán ser proveídos en forma doble, es decir para cada domicilio.

Otra de las desventajas, reside en los altos índices de violencia familiar que se presentan en estos casos, lo que dificulta la aplicación de este tipo de tenencia; siendo así, es importante que se prevea mecanismos en la legislación sobre tenencia compartida que establezcan este factor como un criterio bajo el cual no se puede otorgar dicho régimen al progenitor que ejerció violencia, bastando para ello la existencia de antecedentes por violencia familiar, hecho que

elimina completamente la posibilidad de ejercer ambos padres la tenencia (Hollweck & Medina, como se cita en Garay, 2009).

Para Del Aguila (2019), la mayor desventaja está en la reducida aplicación de esta figura en sede judicial, debido a que son mínimos los casos donde los jueces deciden fijar un régimen de tenencia compartida, pues en su discrecionalidad los magistrados consideran que esta figura produce afectación en el desarrollo de los menores en el sentido que es perjudicial, en consecuencia en la mayoría de procesos de tenencia judicializados, se dispone la tenencia exclusiva a favor de uno de los progenitores, mientras que para el otro se fija un régimen de visitas.

La jurisprudencia peruana, mediante la Casación N°3767-2015 Cusco, ha denotado que un factor determinante para ejercer una tenencia compartida es la existencia de una relación cordial y de cooperación entre los progenitores, que permita una crianza armoniosa; señalando que de no existir esta colaboración entre ambos padres por sus conductas conflictivas no será posible ejercer una tenencia conjunta, ya que dicha confrontación que se realiza de forma irresponsable podría poner en peligro el desarrollo del menor causándole afectación a nivel físico y emocional (CSJ, 2016).

Desde el punto de vista del tiempo que los menores permanecen con cada progenitor, en el Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de la Libertad, se ha señalado que los períodos cortos en la tenencia compartida afectan seriamente la estabilidad de los menores, porque el cambio frecuente no les permite concebir de forma clara la idea de un hogar, concluyendo que de aplicarse este tipo de tenencia deberá ser por períodos largos y con el adecuado seguimiento del equipo multidisciplinario, con la finalidad que la estabilidad del menor no se vea gravemente afectada (Corte Superior de Justicia de La Libertad, 2007).

Gonzales y Lescano (2024) coinciden en que esta figura produce en su mayoría perjuicios; como son la afectación de la estabilidad cuando la coparentalidad se ejerce en periodos cortos; la confusión que se genera en los menores, ante dos tipos de crianza distintos donde se les somete a normas de conducta que pueden generar en el hijo o hija preferencia por el progenitor con carácter indulgente; además que se le podría estar exponiendo a una situación de convivencia con una persona con la que usualmente no compartía tiempo; como último punto las autoras indican que el ejercicio de una tenencia compartida conlleva a generar mayores problemas entre los padres sobre todo al momento de la toma de decisiones.

Se ha mencionado en párrafos anteriores que una de las desventajas es la inestabilidad que se genera en el menor ante el constante cambio; Santos (2024) añade que esta situación los pone en una condición de estrés a su corta edad; mientras que el padre y la madre son los que encuentran comodidad al poder disponer de su tiempo conforme el régimen se los permita. La autora considera que también es importante analizar cuál es el contexto en el que se encuentran los progenitores tras la ruptura matrimonial o convivencial, ya que estos podrían no contar con un ambiente adecuado para vivir con sus hijos, siendo preferible en dichos casos detentar un régimen de visitas; así mismo otro factor que para ella es una desventaja es la diferencia de las formas de crianza, pues considera que algunos progenitores con el fin de ganar el afecto de sus hijos, no ponen límites a sus conductas pudiendo alterar la crianza y disciplina que está inculcando el otro progenitor cuando lo tiene a su cuidado.

2.5. Tenencia compartida en el Perú

2.5.1. Ley N°29269

El Código de los Niños y Adolescentes promulgado el 27 de julio del 2000 ha sido objeto de modificaciones respecto a la regulación de la figura de la tenencia, anteriormente el texto original del artículo 81° de la mencionada norma legal establecía que al encontrarse los progenitores separados de hecho, estos mediante una decisión consensuada podían determinar la forma de ejercer la tenencia, teniendo en consideración la opinión de los menores; siendo que en caso de no llegar a un acuerdo, dicha controversia sería dilucidada en sede judicial, donde el juez especializado en familia resolvía la tenencia, adoptando las medidas que se consideren necesarias (Congreso de la República del Perú, 2000).

El 16 de octubre de 2008, se promulgó la Ley N°29269, donde por primera vez se introdujo en nuestra legislación la tenencia compartida; la ley en mención realizó modificaciones a los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes, respecto al primer artículo mencionado que incorpora la tenencia conjunta, si bien se mantuvo en general el texto original, se añadió una parte importante, pues se otorgó al juez la facultad de disponer un régimen de tenencia compartida como excepción, siempre y cuando se procure el interés superior de los menores que son parte de estos procesos (Congreso de la República del Perú, 2008).

Para Garay (2009), la modificación realizada en dicho momento si bien ratificaba la libertad de los padres de poder decidir sobre la tenencia de sus hijos, y facultaba al juez para fijar una tenencia compartida; resultaba incompleta e insuficiente, debido a que no se establecieron

criterios para su aplicación, como son que los padres debían mantener una buena relación y comunicación, pues en su defecto no se lograrían los resultados esperados en los hijos y sus progenitores.

En las modificaciones realizadas también se vio involucrado el artículo 84° del ya mencionado cuerpo legal, donde se regulaba que el juez debía tener en cuenta la edad, el centro de vida del menor y régimen de visitas para resolver la tenencia respecto a un niño, niña o adolescente, siendo que a través de la Ley N°29269 se agregó que el juez resolverá dándole prioridad al progenitor que garantice un adecuado ejercicio del régimen de visitas a favor del progenitor que no ostenta la tenencia, con la finalidad de garantizar el contacto y la relación paterno filial; contando así los menores con la participación del rol paterno y materno en su desarrollo, a pesar que la relación convivencial o matrimonial de los progenitores se haya dado por terminada o estos no mantengan una relación de colaboración para la crianza de sus hijos (Ayvar, 2024).

La promulgación de la ley en cuestión, incorporó por primera vez en nuestra legislación la aplicación de la tenencia compartida, sin embargo esta se constituía como la excepción; dicha regulación los padres en primer término tenían la posibilidad de decidir un ejercicio conjunto o exclusivo de la tenencia, ya que donde no se llegara a un acuerdo, el juez especializado en familia debe intervenir pudiendo otorgar la tenencia compartida, siempre y cuando esta no afecte el interés superior del niño; sin embargo, esta ley fue objeto de críticas en su momento, debido a que no contaba con un reglamento, en el que se establecieran criterios para fijar una tenencia compartida (Gonzales & Lescano, 2024).

2.5.2. Ley N°31590: Ley que regula la tenencia compartida

El 24 de octubre de 2022, se promulgó la Ley N°31590, que modificó los artículos 81°, 82°, 83° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes, respecto al primer artículo señalado, se varía en el sentido que los padres determinan la tenencia compartida de los hijos por común acuerdo y conforme a la opinión de los menores, debiendo fijarse esta bajo una conciliación, siendo que en los casos donde la comunicación no prospere, el juez resolverá priorizando la tenencia compartida y pudiendo disponer de forma excepcional la tenencia exclusiva (Congreso de la República del Perú, 2022).

Al respecto Ayvar (2024), explica que la modificación realizada en el artículo 81° prevé que ante el desacuerdo de los progenitores, el caso debe judicializarse a fin de determinar la

tenencia de los menores, siendo que el criterio del juez parte de evaluar en primer plano la coparentalidad y solo cuando esta no favoreciese al menor por ir contra de su interés, se analiza la posibilidad de otorgar la tenencia exclusiva a uno de los progenitores.

En cuanto al artículo 82°, la modificación respecto a la variación de tenencia, instaurando que cuando la tenencia ha sido fijada por conciliación extrajudicial o resolución judicial, puede ser variada; estableciendo a su vez criterios a considerar en la conducta del padre que ejerce la tenencia del menor, debiendo evaluar si este ha proporcionado comentarios negativos que buscan destruir la percepción que tiene el hijo sobre el otro progenitor, así mismo se toma en cuenta la prohibición injustificada de mantener contacto con el padre o madre que no ostenta la tenencia y el incumplimiento de los acuerdos arribados extrajudicial o judicialmente; pudiendo disponer un régimen provisional que garantice el contacto entre el progenitor y el hijo en el transcurso del proceso, mismo que se desarrolla con la asesoría del equipo multidisciplinario de cada juzgado; se señala también que en caso de ser necesario el fallo se ejecutará de forma inmediata (Congreso de la República del Perú, 2022).

Por otro lado el artículo 83° establece que para interponer un proceso que verse sobre tenencia deberá presentarse la correspondiente demanda, adjuntando el demandante su copia de DNI, partida de nacimiento del hijo o hija y los medios probatorios que considere pertinentes; se ha normado con la modificación que la parte demandante también puede solicitar una medida cautelar que le otorgue la tenencia exclusiva o compartida, misma que debe ser resuelta por el juzgado especializado en un plazo no mayor de treinta días calendario (Congreso de la República del Perú, 2022).

Así mismo en el artículo 84° se han dispuesto criterios que el juez debe tomar en consideración para disponer una tenencia conjunta, siendo los siguientes: pasar el mismo tiempo con el padre y madre; ejercer en igualdad su derecho a tomar decisiones en los cuidados, crianza, educación y salvaguarda del hijo; la distancia entre el domicilio de los progenitores define la forma de aplicar la tenencia compartida, pero no es un motivo para restringirla; los derechos de convivencia se extienden a compartir tiempo con las familias de lado paterno y materno; vacaciones y fechas importantes y período de vacaciones del menor; finalmente el último criterio fijado pero no menos relevante es la opinión y edad del niño o adolescente involucrado (Congreso de la República del Perú, 2022).

Aguilar (2024), comenta que la modificación realizada en el artículo citado precedentemente, busca el mismo tiempo de convivencia con ambos padres; así mismo el tener

igualdad de condiciones en la toma de decisiones respecto al menor, implica que ambos ejerzan la patria potestad por lo que no se ven ajenos a los derechos de los que hace mención el artículo modificado; respecto a la distancia entre domicilios, el autor señala que es uno de los principales problemas ya que no se ha considerado los casos en donde la distancia es entre regiones o países, al ser un vacío legal queda a discreción del juez la resolución de dicho proceso, puesto que la coparentalidad no solo implica gastos en la movilización del hijo de un domicilio al otro, sino que también genera dificultades en la convivencia para el menor a consecuencia del constante cambio, viéndose afectado en otros ámbitos como el social y emocional; respecto a compartir tiempo con ambas familias señala que es un criterio para ambos tipos de tenencia; en cuanto a las vacaciones del menor si bien se toman en cuenta, también deberá realizarse un análisis para que estas puedan coincidir con el tiempo que se le asigna a cada progenitor o buscar la forma de que estos encajen, con la finalidad de no causar perjuicios en los derechos que les atribuye la patria potestad; de las fechas especiales el autor señala que estas obligatoriamente tendrían que coincidir con el período que le corresponde a cada progenitor, pues de no ser así deberá existir de por medio una autorización que le permita al progenitor que no ejerce la tenencia temporalmente pasar esa fecha especial con su hijo; finalmente se pronuncia sobre la edad y opinión del menor, misma que debe ser tomada con cautela ante un probable caso de alienación parental.

Debe tenerse en cuenta que todo cambio, tiene razones fundadas, el origen de la Ley N°31590, reside en el proyecto de Ley N°1096/2021-C, una iniciativa legislativa presentada por la congresista Carmen Patricia Juárez Gallegos y el proyecto de Ley N°1120/2022-CR presentado por el legislador Alejandro Aguinaga Recuenco; quienes fundamentaron su iniciativa en la prevención y disminución de los casos de alienación parental que se presentan cuando se ejerce una tenencia monoparental, situación que genera desestabilidad emocional y depresión en los menores que se encuentran sujetos a dicho régimen; así mismo los proyectos de ley mencionados tenían su motivación en la igualdad de derechos de ambos progenitores respecto a la crianza de sus hijos, pues de ser así la afectación que se produce en los menores tras la ruptura se ve reducida (Gonzales & Lescano, 2024).

La propuesta legislativa presentada por la congresista Juárez que dio origen a la ley que se analiza, tuvo como finalidad regular la tenencia compartida como regla general, que es lo que finalmente rige en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico; ya que si bien anteriormente se consideraba a la madre como la persona idónea para ejercer la tenencia porque era común que esta permaneciera en el hogar mientras el padre salía a trabajar, no ocurre más en la

actualidad ya que la mujer actualmente es parte de la población económicamente activa, siendo así la propuesta legislativa tenía como motivación equiparar los derechos para ambos padres, de modo que ante su separación o divorcio, el juzgado debe fijar una tenencia compartida distribuyendo el 50% para cada progenitor, sin embargo según la autora de dicha propuesta señala que esto no implica la decisión de cuánto tiempo se le debe asignar a cada uno (Juárez, 2021).

Cuando dicho proyecto de ley se encontraba en trámite, fue observado por el Poder Ejecutivo, dentro de los principales fundamentos de la observación, se señaló que dicha propuesta se había realizado desde el punto de vista del derecho de los padres de ejercer la tenencia de los hijos, dejando de lado que este también se constituye como un derecho de los menores, sobre todo en la toma de decisiones que pueden afectar su estabilidad, afectando su interés superior; por lo que consideraron que la propuesta legislativa infringía la Convención de los Derechos del Niño; señalaron también que la redacción de esta no era clara pues en determinados momentos proponía una fórmula que incluía al padre, madre, niño, niña o adolescente ; mientras que en otras solo consideraba padres, progenitores e hijos (Presidencia de la República del Perú, 2022).

Por otro lado, respecto a la modificación del artículo 81°, el Ejecutivo señaló que la autógrafa de ley no consideraba un análisis respecto al origen del conflicto que lleva a los padres a solicitar se resuelva la tenencia de los menores, por lo que obviar dicha situación para aplicar una tenencia compartida solo generaría mayor afectación en los hijos; en cuanto al artículo 82° se pronuncia indicando que debía permanecer la denominación genérica de tenencia, pues esta abarca ambas modalidades de tenencia es decir la exclusiva y compartida; del artículo 83° refiere que el plazo para resolver la medida cautelar es extenso y al no contar ello con una debida justificación, podría ser perjudicial para el menor; finalmente en cuanto a la propuesta de modificación al artículo 84° sobre los criterios que debe tomar el juez para resolver la tenencia si bien tienen un enfoque en el que se busca la equidad entre ambos progenitores, deja de lado el interés superior de los menores involucrados, además se evidencia redundancia al indicar que cualquier modificación se debe dar dentro del régimen de la tenencia compartida, por último señala que es innecesario fijar como criterio el otorgamiento del régimen de visitas, puesto que dicha figura es obligatoria y ya se encontraba regulada en el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes (Presidencia de la República del Perú, 2022).

Además, se señaló que la propuesta legislativa enviada, no consideraba los índices de violencia familiar, contra la mujer que no solo implican el maltrato físico, sino también el psicológico y abuso sexual; como factores relevantes para que el juez pueda resolver o no favor de una tenencia conjunta; y al existir omisión respecto a este punto, se podría exponer a este grupo de personas a mantener vinculación directa con un agresor o agresora, pudiendo ser estos el padre o la madre (Presidencia de la República del Perú, 2022).

2.6. Marco Legal

a) Legislación Internacional

- Declaración Universal de los Derechos del Niño.
- Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).
- Observación General N°12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado.
- Observación General N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

b) Legislación Nacional

- Constitución Política del Perú.
- Ley N°27337: Código de los Niños y Adolescentes.
- Ley N°29269: Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la tenencia compartida.
- Ley N°31590: Ley que regula la tenencia compartida, modifica los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes.
- Ley N°26872: Ley de Conciliación.
- Ley N°30466: Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.
- Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP: Aprueban Reglamento de la Ley N.º 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño
- Decreto Legislativo N°295: Código Civil

- Decreto Legislativo N°1377: Decreto legislativo que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes.
- Decreto Legislativo N°1297: Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos.
- Resolución Ministerial N°010-93-JUS: Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.
- Jurisprudencia -Sentencias:
 - Tercer Pleno Casatorio Civil
 - Casación N°2702-2015-Lima.
 - Casación N°3767-2015-Cusco.
 - Casación N°1303-2016-Cajamarca.
 - Casación N°4081-2019-Arequipa.
 - Casación N°313-2021-Cajamarca.
 - Casación N°4545-2021-Lima.
 - Sentencias emitidas por el 1°, 2° y 3° Juzgado especializado en familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

CAPÍTULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Enfoque

La presente investigación es de enfoque cualitativo porque recopilará datos a través de un análisis documental en torno al desarrollo de la figura jurídica de la tenencia, tenencia compartida y demás legislación nacional e internacional respecto a dicha figura, aunado a ello también se realizará un análisis acerca de las sentencias emitidas en dicha materia.

De acuerdo con Hernández et al. (2006), las investigaciones con enfoque cualitativo encuentran sus bases en un proceso inductivo, mediante el cual el análisis se desarrolla de forma progresiva y flexible con la finalidad de alcanzar una visión general del tema objeto de investigación; aunado a la interpretación entre los hechos advertidos y aspectos teóricos, para representar la perspectiva real en un contexto determinado.

3.2. Diseño

El presente estudio tendrá diseño no experimental de corte longitudinal, puesto que no se manipularán las variables y se hará un análisis respecto a la aplicación de la figura jurídica de tenencia compartida en los procesos judiciales de tenencia, variación de tenencia y reconocimiento de tenencia en Arequipa del periodo de 2021 al 2024.

Al respecto, tenemos que en el tipo de diseño mencionado no se introducen cambios ni se condiciona los elementos de estudio, pues estos deben ser observados y analizados en su escenario o comportamiento real a lo largo de diferentes puntos temporales, permitiendo de dicha forma advertir cambios en el proceso, patrones o tendencias (Arias & Covinos, 2021).

3.3. Método

Esta investigación hará uso del método funcional, se centrará en analizar cómo las normas y estructuras jurídicas desempeñan su función en la sociedad, específicamente en los casos judicializados en materia de tenencia, reconocimiento de tenencia y variación de tenencia. También buscará comprender qué papel cumplirán las leyes o instituciones en un contexto determinado, de esta forma analizar la aplicación de la tenencia compartida respecto a la prioridad que se le ha otorgado en las modificaciones recientes.

3.4. Población y muestra

La población será de 150 sentencias emitidas por el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en materia de tenencia, reconocimiento de tenencia y variación de tenencia durante el periodo de 2021 al 2024.

Y cómo muestra, se empleará un muestreo no probabilístico censal, alcanzando el total de la población emitidas por el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años del 2021 al 2024.

3.5. Técnicas

Se empleará como técnica la observación.

3.6. Instrumentos

Cómo instrumentos, se van a considerar:

- La guía de observación documental: Legislación nacional e internacional relacionada a la figura jurídica de la tenencia y tenencia compartida; doctrina, artículos y revistas relacionados a derecho civil y de familia, jurisprudencia referida a la figura jurídica de tenencia, tratados internacionales relacionados a la protección de los derechos de niños y sentencias expedidas en materia de tenencia, reconocimiento de tenencia y variación de tenencia.

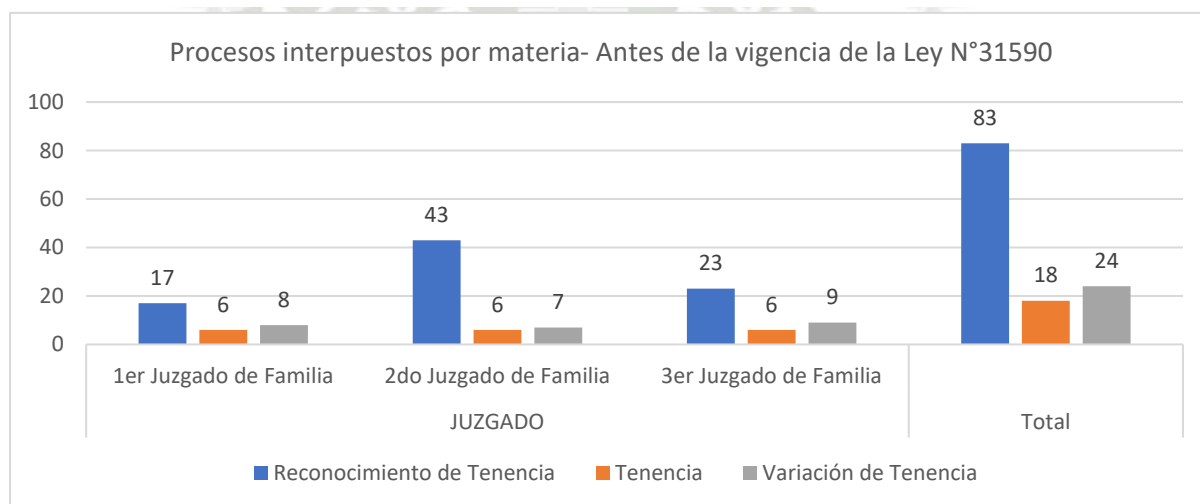
CAPÍTULO IV

4. RESULTADOS

La presente investigación cuenta con una muestra de 150 sentencias en materias de tenencia, variación de tenencia y reconocimiento de tenencia, expedidas en los años 2021 a 2024; de las cuales en 125 procesos sentenciados, se aplicó la normativa anterior a la modificación del Código de los Niños y Adolescentes promulgada mediante la Ley N°31590, siendo que esta última ha regido para el análisis en 25 expedientes sentenciados, mismos que se interpusieron con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley mencionada; realizándose la comparativa a efectos de identificar si tal modificación generó cambios en la aplicación de la coparentalidad.

Figura 1

Cantidad de procesos interpuestos por materia - Antes de la vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

De la figura mostrada, sobre el conteo de procesos interpuestos con anterioridad a la vigencia de la Ley N°31590 en el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; se advierte que 83 procesos sentenciados son sobre reconocimiento de tenencia, 24 casos sobre variación de tenencia y 18 casos sobre tenencia propiamente dicha.

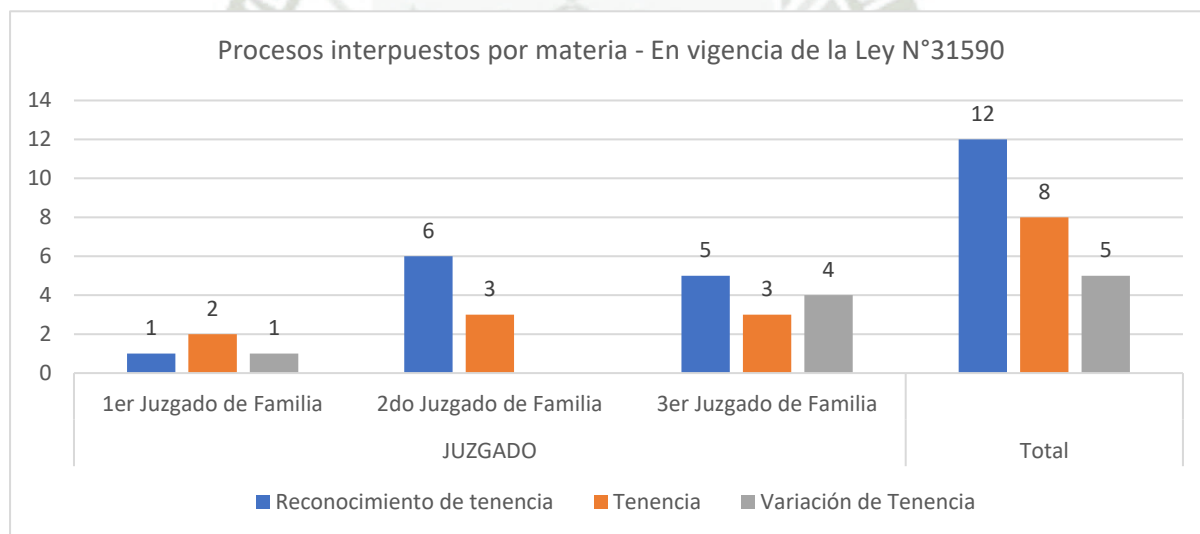
Al respecto, se tiene que se han interpuesto con mayor frecuencia procesos sobre reconocimiento de tenencia, un patrón que no solo se advierte en el conteo total, sino también en el conteo por juzgados, teniendo en el 1er Juzgado de Familia 17 procesos, en el 2do Juzgado de Familia la cantidad de 43 procesos y en el 3er Juzgado de Familia 23 procesos; denotando así que la materia de reconocimiento de tenencia es predominante en comparación a los procesos sobre tenencia y variación de tenencia, donde se advierte menor cantidad de casos. Siendo así, la realidad de los procesos judiciales que se interponían antes de la entrada

en vigencia de la Ley N°31590, denotaban que solo uno de los progenitores ejercía fácticamente la tenencia de los hijos por lo cual acudían a este tipo de procesos para formalizar mediante una resolución judicial dicha situación; esto sugiere que, el otro progenitor no desempeñaba su rol activamente o no estaba interesado en solicitar una tenencia exclusiva o compartida; para lo cual debemos tener en consideración, que si bien con anterioridad la tenencia exclusiva era la regla general y la tenencia compartida la excepción, si era posible la aplicación de esta última en cuanto la situación fuera conveniente para el niño, niña o adolescente.

Por lo tanto, la constante interposición de procesos sobre reconocimiento de tenencia donde solo uno de los padres ejerce la tenencia activamente se constituía desde ese entonces como un desafío frente a la tenencia compartida que actualmente es priorizada en el Código de los Niños y Adolescentes.

Figura 2

Conteo de procesos interpuestos por materia – En vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

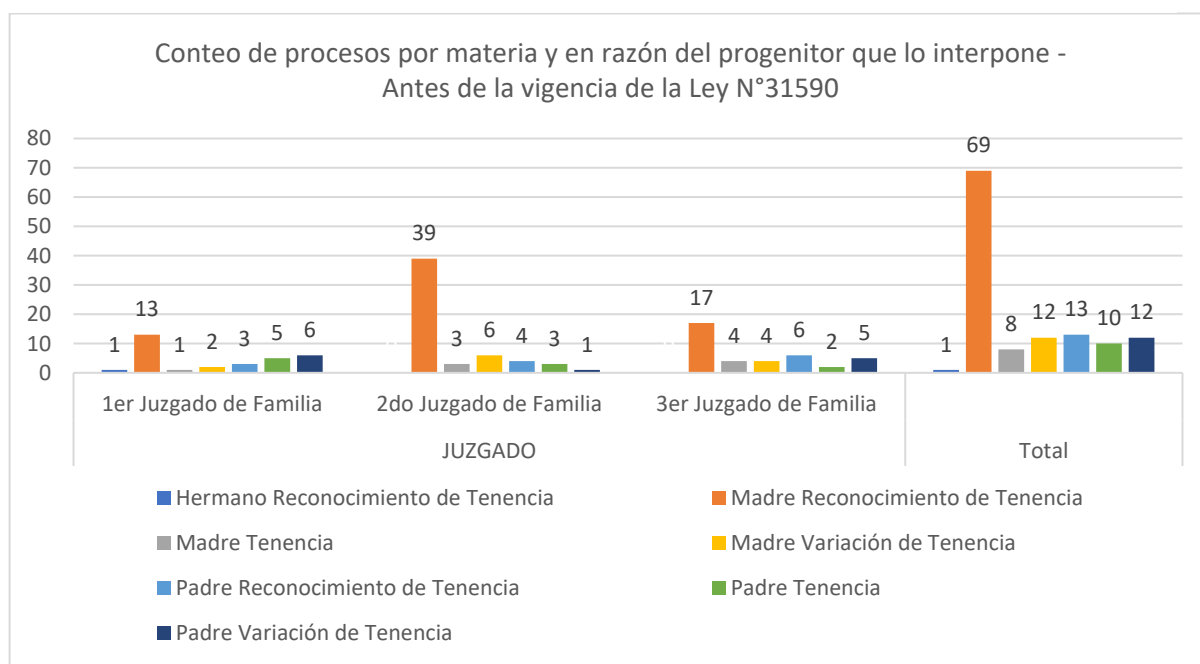
De la figura precedente, sobre el conteo de procesos interpuestos en vigencia de la Ley N°31590 en el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; se tiene que, en el conteo total, 12 corresponden a procesos sentenciados en materia de reconocimiento de tenencia, mientras 08 a tenencia y finalmente 05 a variación de tenencia. Siendo predominante en el 2do y 3er Juzgado de Familia, la interposición de procesos de reconocimiento de tenencia en comparación del resto; en el 1er Juzgado de Familia se tiene la particularidad que la materia de reconocimiento de tenencia se encuentra en segunda posición

al solo tener 01 caso sentenciado, sin embargo, también se advierte que la diferencia con la primera posición que es la materia de tenencia es solo de un proceso.

Lo que indica que, el patrón que se presentaba en los procesos interpuestos con anterioridad a la vigencia de la Ley N°31590 (véase Figura 1), se sigue presentando a pesar de que hoy en día se prioriza la tenencia compartida; debido a que ante la separación de los progenitores sólo uno sigue desempeñando su rol activamente por lo cual acude ante el Poder Judicial para que la tenencia se le reconozca formalmente, esto podría generarse a consecuencia del desinterés del otro progenitor de asumir la tenencia o las dificultades que conlleva hacer una transición a una tenencia compartida, después de la ruptura convivencial o matrimonial; presentándose así un desafío que impediría la aplicación de la Ley N°31590.

Figura 3

Conteo de procesos por materia y en razón del progenitor que lo interpone – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

Los datos en la figura sobre conteo de procesos por materia y el progenitor que lo interpone, con anterioridad a la vigencia de la Ley N°31590; muestran que 69 procesos sentenciados sobre reconocimiento de tenencia fueron interpuestos por la madre, mientras que en la misma materia 13 fueron interpuestos por el padre; así mismo respecto al proceso de variación de tenencia 12 procesos fueron interpuestos por la madre y en la misma cantidad por el padre; mientras que el proceso de tenencia fue interpuesto en 10 por el padre y en 08 por la madre y finalmente con

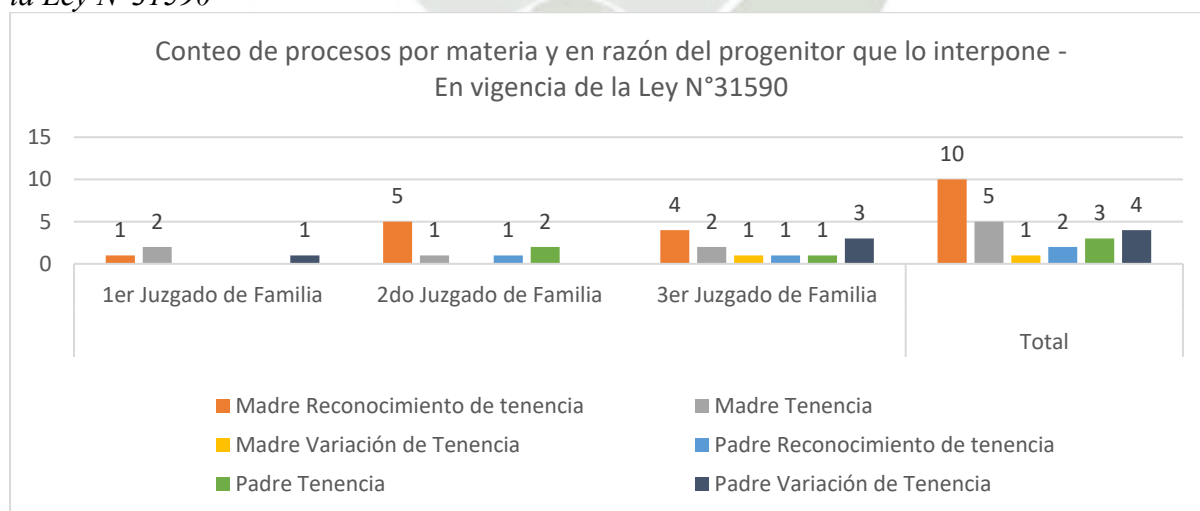
una cantidad de 01 caso un proceso sobre reconocimiento de tenencia, interpuesto por un hermano.

De lo anteriormente expuesto se tiene que el proceso de reconocimiento de tenencia sigue predominando, siendo que en este caso se agrega un aspecto importante, que es el progenitor que interpone dicho proceso, advirtiéndose que con mayor frecuencia es interpuesto por la madre, quien asume el cuidado de los hijos, acción repetitiva en el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia, donde se presenta la cantidad de 13, 39 y 17 casos respectivamente. Si bien la presencia de la madre es importante y la materia de reconocimiento se da en cantidades inferiores en el caso del padre, debemos resaltar que si existe una igualdad respecto a los roles en los procesos de variación de tenencia que han sido interpuestos en la misma cantidad por el padre y la madre; así mismo hacemos énfasis en los procesos sobre tenencia donde sí se advierte mayor interposición por parte del padre.

En razón a lo mencionado, se tiene como resultado que ante la separación de los progenitores los hijos permanecen comúnmente con la madre, es por ello que se solicita la formalización de dicha situación, siendo que si bien hay una cantidad de padres que solicita el reconocimiento, tenencia o variación, esta es mínima; lo cual podría corroborar que existe un desinterés en asumir de forma activa el rol paterno.

Figura 4

Conteo de procesos por materia y en razón del progenitor que lo interpone – En vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

Se puede notar que tras la vigencia de la Ley N°31590, la cantidad de procesos de acuerdo al progenitor que lo interpuso, señala 10 procesos sentenciados en materia de reconocimiento

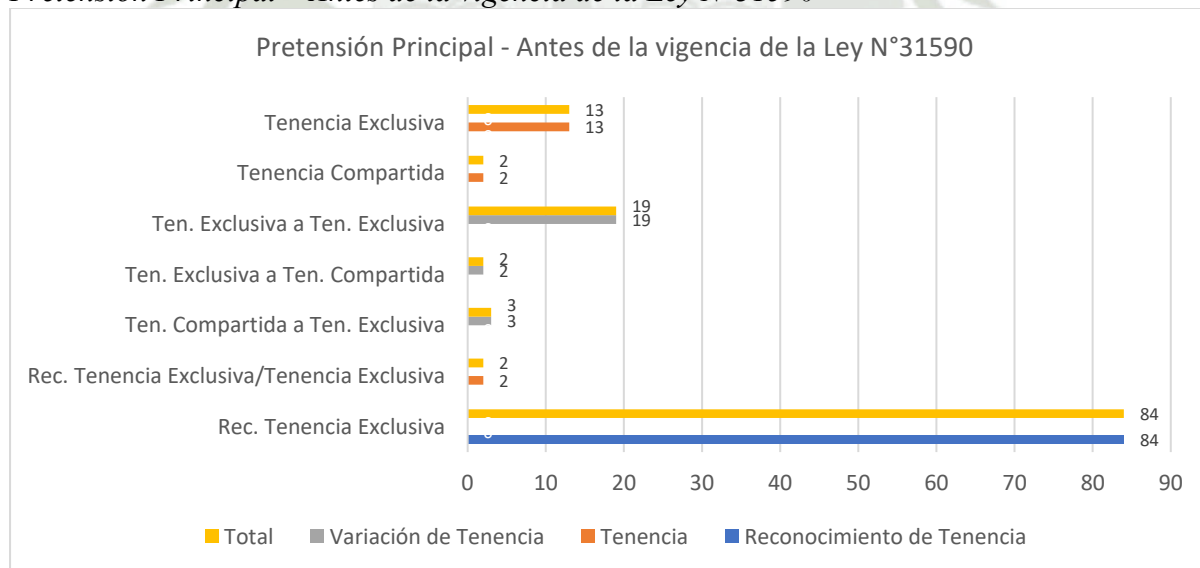
de tenencia interpuestos por la madre, a continuación 05 procesos de tenencia interpuestos por la madre, seguido de 04 procesos de variación de tenencia interpuestos por el padre, 3 casos de tenencia interpuestos por el padre, 02 procesos de reconocimiento de tenencia interpuestos por el padre y 01 sobre variación de tenencia interpuesto por la madre.

Si realizamos una comparación con el conteo de procesos según materia y progenitor que se interpusieron con anterioridad a la vigencia de la Ley N°31590 (véase Figura 3), podemos advertir nuevamente la predominancia del rol materno sobre todo en procesos de reconocimiento de tenencia, sin dejar de lado que la segunda posición en el conteo la ocupa también el rol materno en la interposición de procesos de tenencia.

Es sabido que en los casos mencionados anteriormente, no existe un acuerdo formalizado con el otro progenitor respecto a quien ejerce la tenencia; sin embargo, es notable que cuando se quiebra un hogar y la relación parental, las familias suelen seguir un patrón, en el que la madre es quien asume el cuidado de los hijos; lo cual dificulta la aplicación de un régimen de tenencia compartida, en donde se busca que ambos progenitores desarrollen activamente sus roles y formen parte de la vida de sus hijos.

Figura 5

Pretensión Principal – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

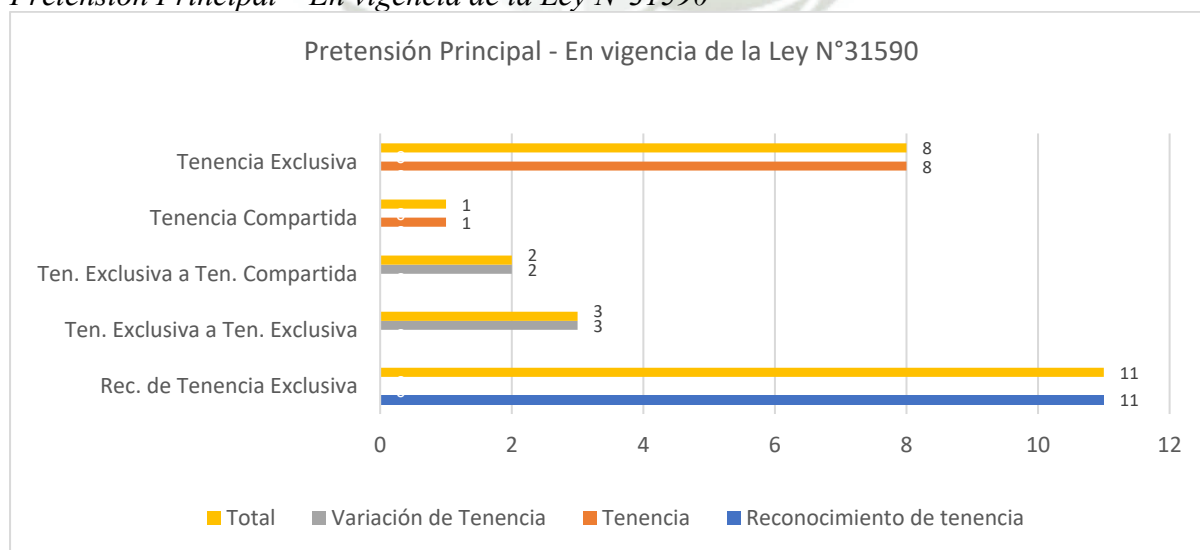
En el figura mostrada sobre las pretensiones principales que se interponían con anterioridad a la vigencia de la Ley N°31590, se tiene que en 84 casos sobre reconocimiento de tenencia evidentemente se solicitó la formalización de una situación de facto en el que uno de los padres ya la ejercía, es decir el reconocimiento de una tenencia de forma exclusiva; 19 procesos en

donde se solicitó variar la tenencia exclusiva a otra exclusiva a favor del progenitor que no la poseía; 13 procesos la tenencia exclusiva a favor de uno de los padres; 03 casos en donde se solicitó variar el régimen de tenencia exclusiva a tenencia compartida, 02 procesos donde se formuló la aplicación de tenencia compartida y finalmente 02 casos en donde se presentó la interposición de dos pretensiones principales una sobre reconocimiento de tenencia exclusiva y una de tenencia exclusiva.

Esto sugiere que cuando los progenitores daban por terminada la relación convivencial o matrimonial, generalmente buscaban cada uno de ellos la tenencia exclusiva de sus hijos, ya sea a través del reconocimiento de una situación que se estaba presentando, la tenencia propiamente dicha y la variación del régimen que se hubiese formalizado con anterioridad; es decir los progenitores no requerían ante los juzgados ejercer la coparentalidad, a pesar que nuestra legislación ya lo regulaba, en ese entonces como una excepción.

Con lo cual queda evidenciada, la poca iniciativa de los progenitores para que sus hijos vivan bajo un régimen de coparentalidad; pues de la figura precedente se puede advertir que la cantidad de procesos en donde se ha solicitado establecer o variar a un régimen de tenencia compartida es mínima o casi nula; pues si de cifras hablamos tenemos que de 125 procesos, solo en 04 como total se solicitó como pretensión principal fijar una tenencia compartida, lo cual desde ese entonces se proyectaba como un desafío en la búsqueda de la aplicación de los regímenes de tenencia compartida.

Figura 6
Pretensión Principal – En vigencia de la Ley N°31590



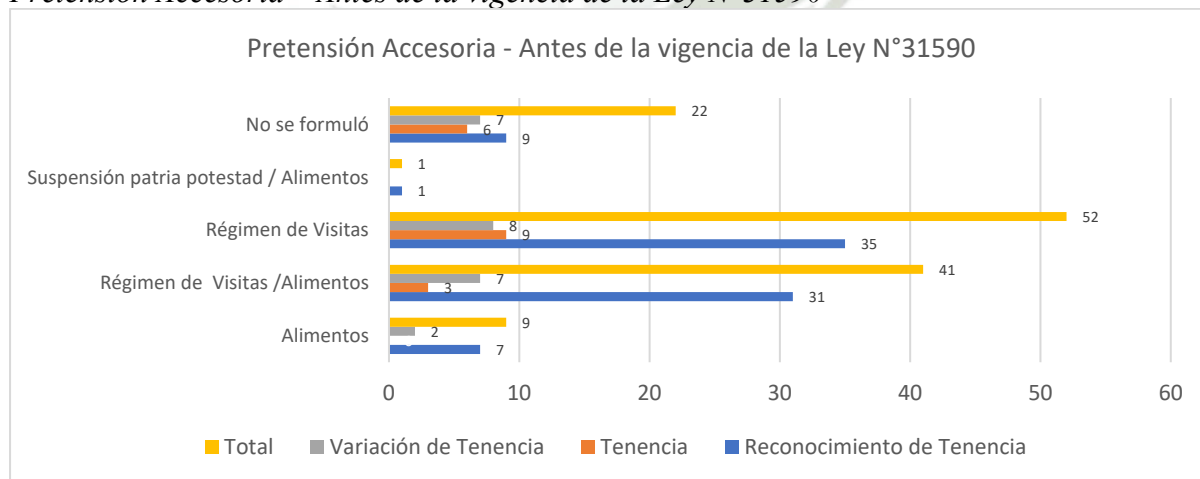
Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

De la figura anterior, las pretensiones principales interpuestas en procesos donde ya se encontraba vigente la modificación al Código de los Niños y Adolescentes por la Ley N°31590 se muestra que hay 11 procesos en donde se solicitó como pretensión principal el reconocimiento de tenencia que es exclusiva, seguida de 08 procesos donde se solicitó la tenencia exclusiva, 03 la variación de tenencia exclusiva a otra exclusiva, 02 procesos la variación de tenencia exclusiva a compartida y solo 01 caso donde se solicitó directamente se fije un régimen de tenencia compartida.

Se puede advertir que la pretensión principal sobre reconocimiento de tenencia exclusiva es predominante nuevamente, tal como sucedía en la Figura 5; esto podría deberse a que los progenitores no consideran como una posibilidad el ejercicio de un régimen de tenencia compartida; pues las dos pretensiones con menos cantidad de procesos son aquellas que versan sobre la coparentalidad. Es este último régimen que de acuerdo a la normativa actual debe priorizarse en los procesos judiciales, que versan sobre materias de tenencia; sin embargo, podría decirse que el simple hecho que los padres recurran a sede judicial para dar solución al conflicto sobre la tenencia de sus hijos y soliciten en su mayoría como pretensión principal el reconocimiento de una tenencia exclusiva o la tenencia exclusiva propiamente dicha, es un indicio que en estos casos los padres siguen el patrón tradicional donde solo uno de ellos debe ejercer la tenencia, por lo que dicha falta de cooperación podría ser un obstáculo para una adecuada implementación de la Ley N°31590 (Congreso de la República del Perú, 2022).

Figura 7

Pretensión Accesorio – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



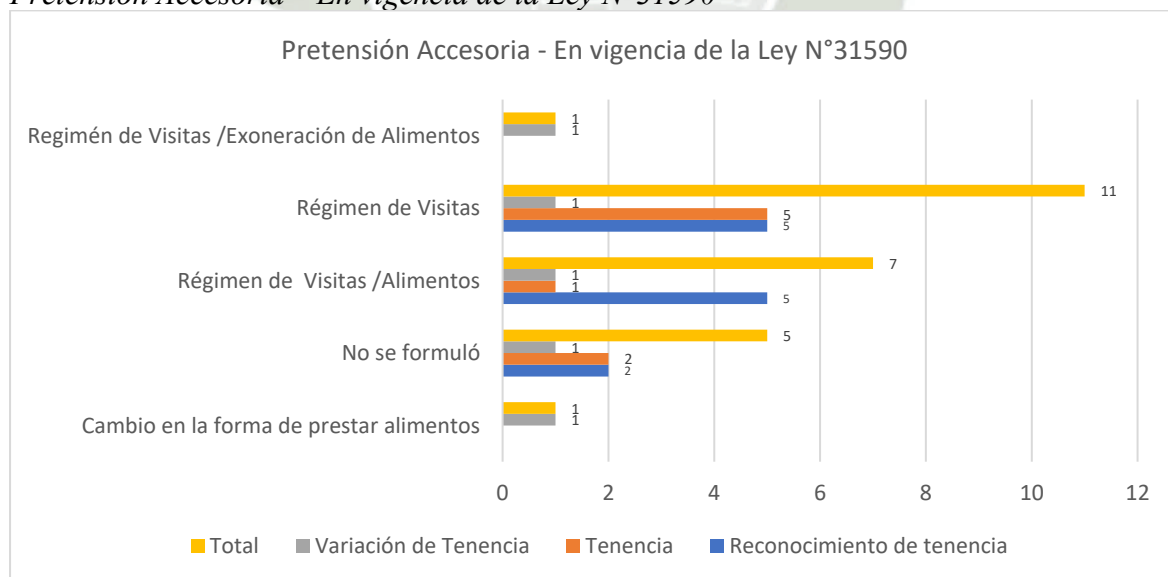
Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

En la figura sobre las pretensiones accesorias interpuestas antes de la vigencia de la Ley N°31590, los datos muestran que se ha interpuesto con mayor frecuencia la pretensión

accesoria de régimen de visitas con el total de 52 procesos, seguido de 41 casos donde se solicitó accesoriamente un régimen de visitas y una pensión de alimentos, en 22 procesos no se interpuso pretensión accesoria alguna, 09 casos en donde accesoriamente se solicitó una pensión de alimentos y 01 proceso donde se solicitó dos pretensiones accesorias siendo la suspensión de patria potestad y alimentos respectivamente. Entonces, se tiene que predominan con una diferencia amplia las pretensiones sobre régimen de visitas y régimen de visitas/alimentos, coincidentemente ambos en reconocimiento de tenencia.

Recordemos que las pretensiones accesorias son aquellas que siguen la suerte de la pretensión que se planteó como principal, en el presente caso es notable la cantidad de procesos donde se solicita accesoriamente alimentos y/o régimen de visitas; esto como consecuencia de la frecuente interposición de procesos de reconocimiento de tenencia (véase Figuras 5 y 6). Siendo así, queda demostrado que el patrón del que se ha venido hablando se sigue presentando, es decir los progenitores solicitan este tipo de pretensiones accesorias, porque únicamente se plantean como solución que alguno de ellos ejerza la tenencia de forma exclusiva, salvaguardando para el padre que no ejerza la tenencia su derecho de mantener un régimen de visitas y su obligación de otorgar una pensión alimenticia; dejando así de lado la opción de ejercer de forma conjunta sus roles en un régimen de coparentalidad.

Figura 8
Pretensión Accesorio – En vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

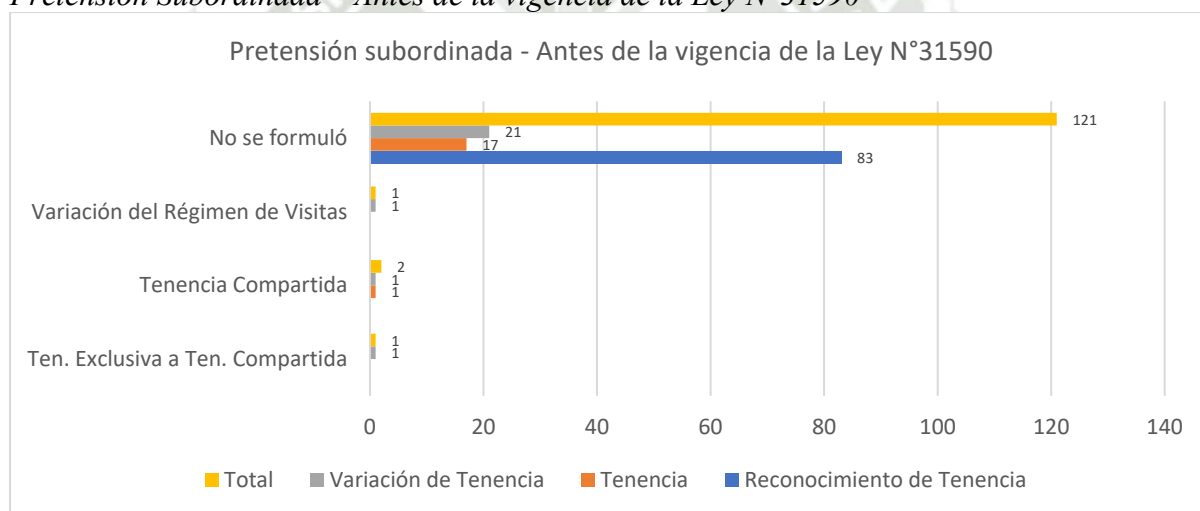
De los datos de la figura mostrada sobre las pretensiones accesorias que se interpusieron durante la vigencia de la Ley N°31590, se tiene que en 11 casos se solicitó accesoriamente un

régimen de visitas, 07 procesos se solicitó dos pretensiones accesorias correspondientes a régimen de visitas y alimentos, en 05 casos no se formuló ninguna pretensión accesorio, 01 se solicitó dos pretensiones accesorias sobre régimen de visitas y exoneración de alimentos y en 01 caso el cambio en la forma de prestar alimentos.

En contraste con la Figura 7, podemos decir que sigue manteniéndose como predominante la formulación de pretensiones accesorias sobre régimen de visitas y pensión de alimentos, en los resultados mostrados también se advierte que estas son solicitadas en procesos sobre reconocimiento de tenencia; lo que sugiere que en todos estos aspectos mencionados se orientan al ejercicio de un régimen de tenencia exclusiva, en consecuencia a pesar que la Ley N°31590 prioriza la tenencia compartida, su posible aplicación se vería obstaculizada por la falta de cooperación entre ambos progenitores.

Figura 9

Pretensión Subordinada – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

Respecto al cuadro mostrado sobre pretensiones subordinadas interpuestas antes de la vigencia de la Ley N°31590, se observa que en 121 procesos no se interpuso pretensión subordinada alguna, seguidamente se tiene que en 02 procesos se solicitó la tenencia compartida, en 01 proceso subordinadamente se solicitó la variación de régimen de visitas y finalmente en 01 caso se solicitó la variación de un régimen de tenencia exclusiva a una compartida.

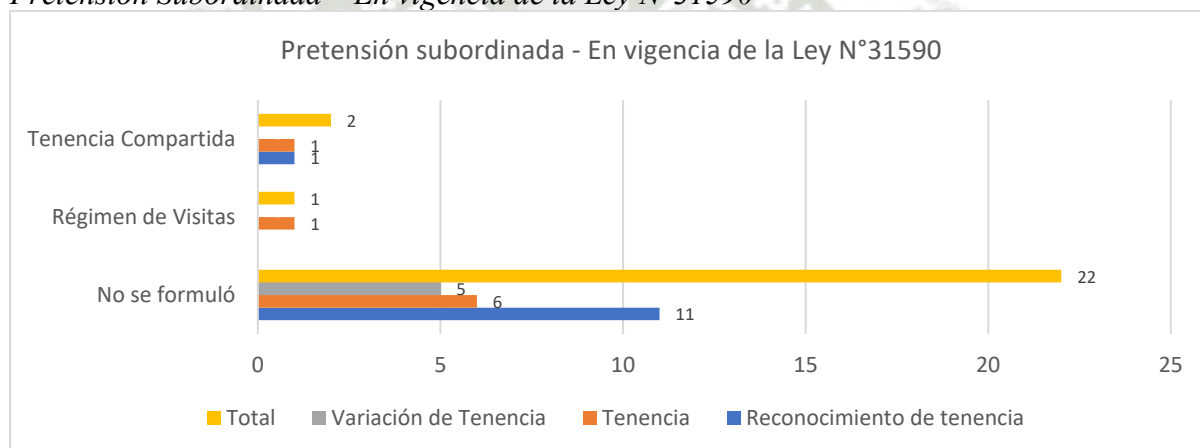
En razón a ello, se tiene que las pretensiones subordinadas por su naturaleza jurídica se encuentran sujetas a un pronunciamiento siempre y cuando la pretensión principal haya sido

desestimada; siendo así, los únicos 04 procesos donde se interpuso una pretensión subordinada han estado sujetos principalmente a procesos de variación de tenencia y tenencia exclusiva.

Como resultado de las cifras obtenidas, debemos destacar que respecto a la tenencia compartida que fue solicitada de forma subordinada, solo en 01 caso esta se encontraba sujeta a la pretensión principal de tenencia exclusiva, mientras que en 02 procesos el régimen de coparentalidad se encontraba condicionado a la desestimación de la variación un régimen de tenencia exclusiva a otro régimen de tenencia exclusiva. Denotándose una vez más que, los progenitores tras el quiebre del hogar no están interesados en ejercer una tenencia conjunta, lo que como hemos venido mencionando anteriormente no contribuye a que la Ley N°31590 pueda ser implementada adecuadamente.

Figura 10

Pretensión Subordinada – En vigencia de la Ley N°31590

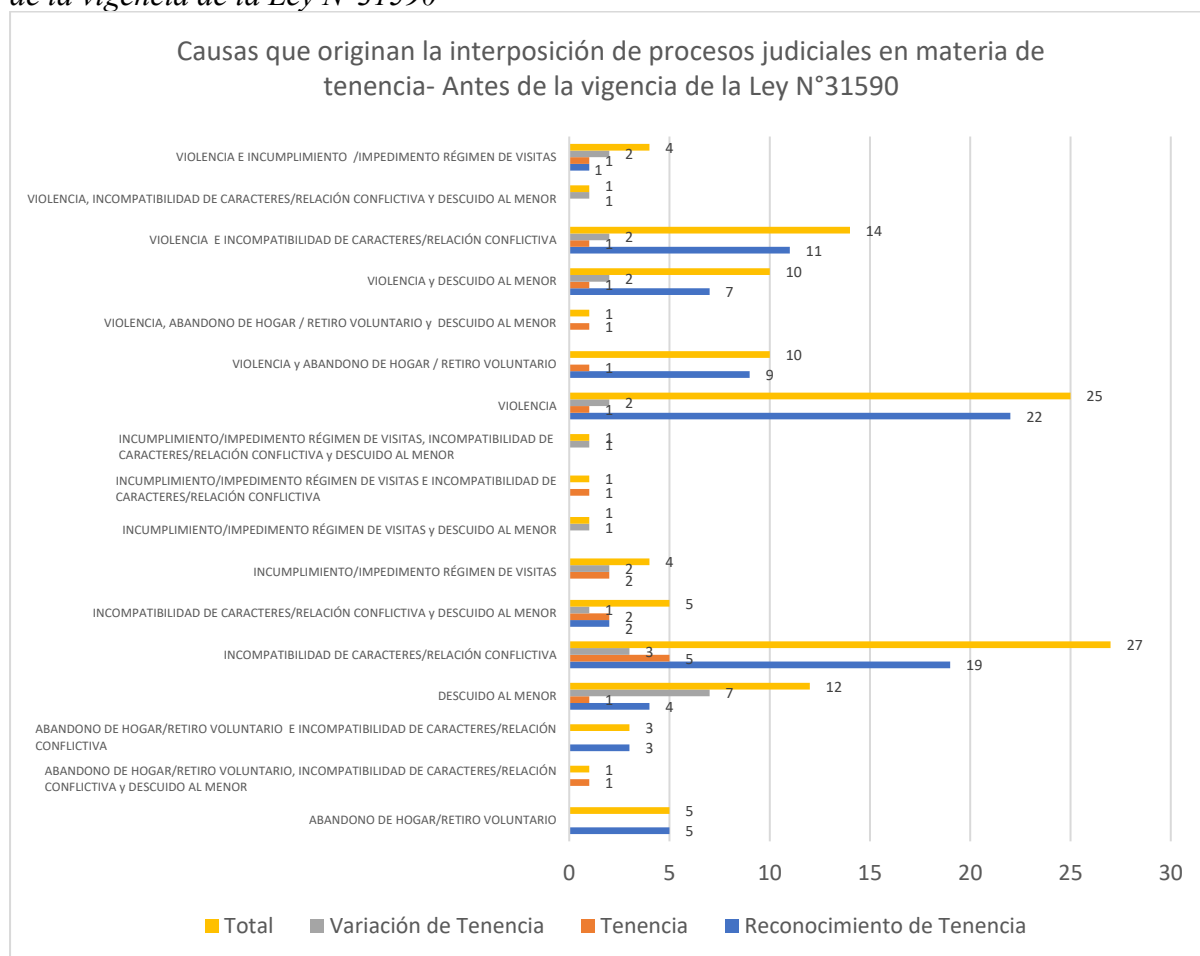


Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

De la figura sobre pretensiones subordinadas interpuestas cuando la Ley N°31590 ya se encontraba en vigencia, se observa que; en 22 procesos no se interpuso subordinadamente ninguna pretensión, 02 procesos se solicitó la fijación de un régimen de tenencia compartida y 01 proceso subordinadamente se pidió se fije un régimen de visitas. Así mismo, se puede advertir que dichos casos se encuentran sujetos a la pretensión principal de tenencia exclusiva y reconocimiento de tenencia exclusiva; pues como ya se ha demostrado (véase Figura 9), el patrón que se configura frecuentemente es el de tenencia exclusiva, siendo que este es el régimen elegido por los progenitores cuando se judicializa un proceso que verse sobre la tenencia de menores, en los cuales solo considerarían posible la aplicación de un régimen de coparentalidad cuando la pretensión principal sobre tenencia exclusiva ha sido desestimada.

Figura 11

Causas que originan la interposición de procesos judiciales en materia de tenencia – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

En la figura precedente se muestran las causas que conllevaron a la interposición de procesos sobre tenencia, cuando la Ley N°31590 no se encontraba en vigencia, siendo así del análisis de los 125 expedientes se ha podido identificar las siguientes: violencia (psicológica, física, sexual y económica o patrimonial), incumplimiento o impedimento de régimen de visitas, abandono o retiro voluntario del hogar, incompatibilidad de caracteres o relación conflictiva entre progenitores y descuido al menor; cabe destacar que la figura presentada muestra algunas causas agrupadas, pues en cada expediente se ha identificado una o más que conllevaron a la interposición de dichos procesos judiciales.

Siendo así, podemos observar en el conteo total que en 27 procesos la causal que originó la interposición de la demanda fue la incompatibilidad de caracteres o relación conflictiva entre los progenitores, seguida de 25 procesos en donde se advirtió como causal la violencia, coincidentemente en 14 casos se presentaron en conjunto las causas de incompatibilidad de

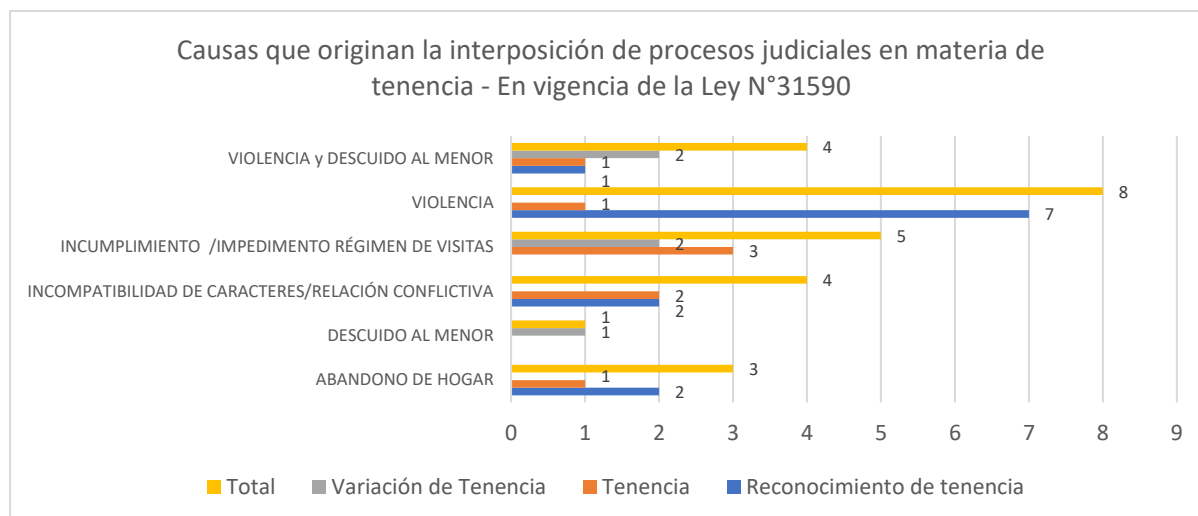
caracteres o relación conflictiva con la de violencia, en 12 casos se alegó como causal el descuido a los menores involucrados, 10 procesos donde conjuntamente se presentaron las causas de violencia y descuido al menor, 10 procesos que denotaron la presencia conjunta de las causas de abandono o retiro voluntario del hogar por parte de uno de los progenitores y violencia, en 05 procesos se tuvo como causal la incompatibilidad de caracteres o relación conflictiva entre los progenitores y descuido al menor, seguidamente en 04 procesos donde se presentaron como causas las de violencia e incumplimiento o impedimento del régimen de visitas conjuntamente, 04 casos donde se presentó solo la causal de incumplimiento o impedimento de régimen de visitas, 03 procesos donde concurren las causales de abandono de hogar o retiro voluntario por parte de uno de los progenitores con incompatibilidad de caracteres o relación conflictiva entre progenitores; 01 proceso donde se alegó las causas de violencia, descuido al menor e incompatibilidad de caracteres o relación conflictiva; 01 proceso tiene conjuntamente las causas violencia, abandono o retiro del hogar de uno de los progenitores y descuido al menor; 01 proceso con incumplimiento o impedimento del régimen de visitas, incompatibilidad de caracteres o relación conflictiva entre progenitores y descuido al menor; 01 proceso con incumplimiento o impedimento del régimen de visitas e incompatibilidad de caracteres o relación conflictiva entre progenitores, 01 proceso donde concurrieron las causas de incumplimiento o impedimento del régimen de visitas con descuido al menor y finalmente 01 proceso donde se presentaron conjuntamente las causas de abandono o retiro voluntario del hogar, incompatibilidad de caracteres o relación conflictiva y descuido al menor.

Llama la atención que las causas predominantes son las de incompatibilidad de caracteres o relación conflictiva entre los progenitores y la causal de violencia (en sus diferentes modalidades); lo cual evidencia que el contexto en el que se interponía los procesos de tenencia antes de la priorización de la tenencia compartida, no eran los adecuados y es justamente por ello que se acudía a la vía judicial, porque de forma extrajudicial los padres no podían llegar a acuerdos por las causas anteriormente mencionadas.

De lo mostrado y descrito, se podría sugerir que el solo hecho de que los padres acudan a vía judicial, configuraría un indicio de que estos no llevan una buena relación; lo cual resulta indispensable para una adecuada aplicación de un régimen de tenencia compartida, que en los procesos descritos podría haber sido aplicada como excepción de haber sido conveniente, sin embargo al tener altos índices en la causal de violencia y relación conflictiva entre los progenitores, evidentemente se constituye en un obstáculo.

Figura 12

Causas que originan la interposición de procesos judiciales en materia de tenencia – En vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

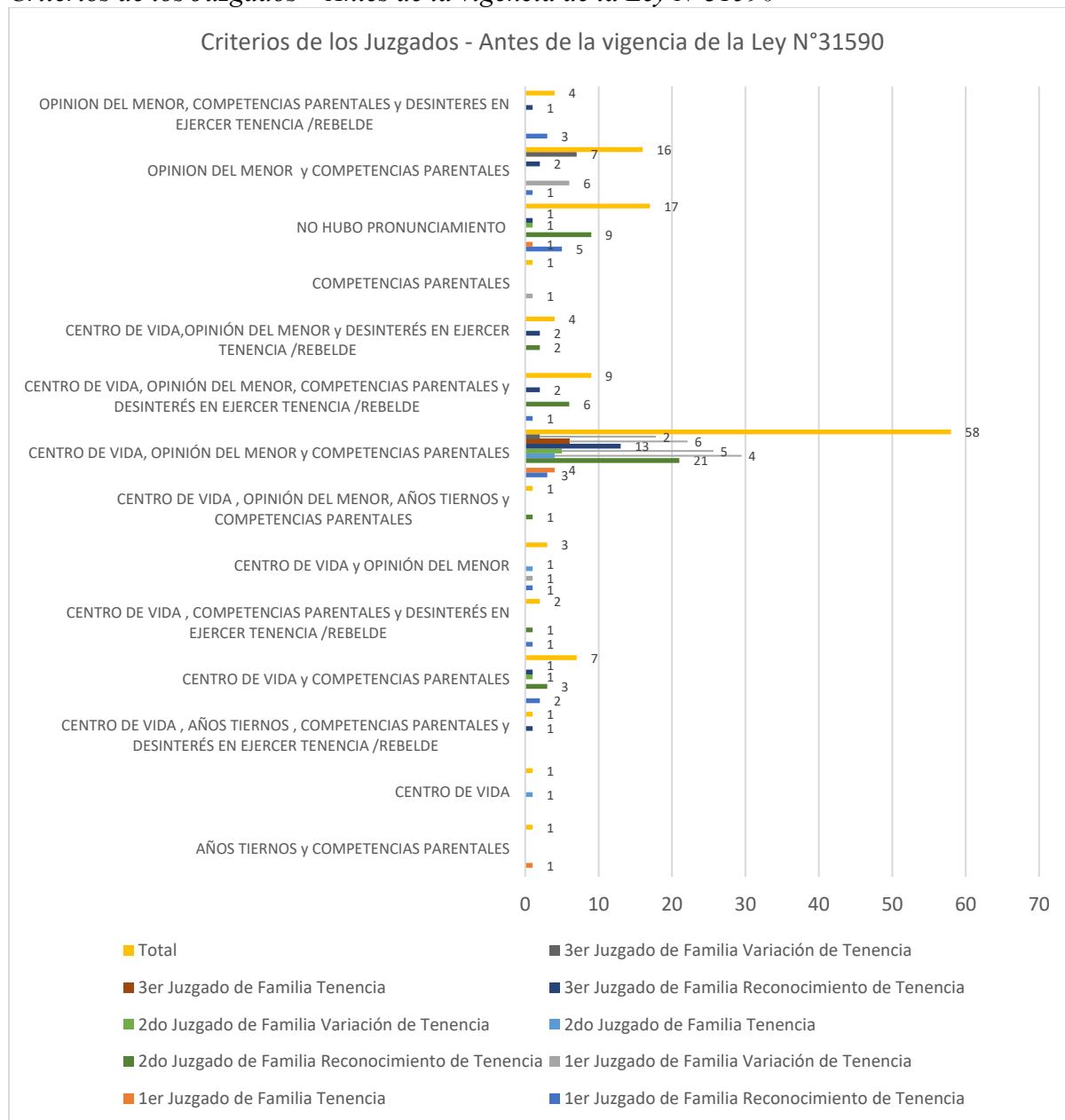
En la presente figura sobre las causas que generaron la interposición de procesos sobre tenencia cuando la Ley N°31590 ya se encontraba en vigencia se tiene que en el conteo hay 08 procesos donde se advirtió la causal de violencia, 05 procesos en donde se alegó el incumplimiento o impedimento de régimen de visitas, 04 procesos donde concurrieron las causas de violencia y descuido al menor, 04 procesos donde la causal de interposición fue la incompatibilidad de caracteres o relación conflictiva entre los progenitores, 03 casos donde uno de los progenitores abandonó el hogar y 01 proceso donde indicó existir descuido al menor.

Es importante señalar que erradicar los altos índices de violencia, constituye hoy en día no solo un problema a nivel de procesos judiciales en materia de tenencia, sino de la sociedad en general; por lo cual es evidente que dicha causal iba a permanecer en el tiempo dificultando la priorización del régimen de tenencia compartida, en la que no sería conveniente que los menores involucrados se vean rodeados en un ambiente con dichas características, puesto que se les expondría a un probable contexto de violencia con el progenitor que la ejerció. De lo mostrado, además podemos observar que la causal de violencia ha sido alegada principalmente en procesos de reconocimiento de tenencia, lo que nos permite advertir que tras el contexto de violencia los menores han permanecido con el progenitor que no la ejerció por lo cual al encontrarse resguardados, dicha situación no debería ser modificada. Otro dato relevante es que la causal de impedimento o incumplimiento de régimen de visitas se presenta con mayor frecuencia en los casos de variación de tenencia y tenencia; quedando demostrado así que, a

pesar de que los progenitores pueden llegar a acuerdos verbales o formales sobre la tenencia de sus hijos, su relación conflictiva y falta de cooperación impide su adecuado cumplimiento.

Figura 13

Criterios de los Juzgados – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

A continuación, la figura muestra los criterios aplicados por los Juzgados de Familia en los distintos procesos sobre tenencia, que se interpusieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°31590; identificando a través del análisis de las sentencias obtenidas los siguientes criterios: centro de vida del menor, opinión del menor, años tiernos, competencias parentales y desinterés en ejercer la tenencia o declaración de rebeldía en el proceso, recalando que se

han agrupado en la figura pues en cada expediente se advierte más de un criterio. No se ha considerado en el conteo, el criterio constituido en principio que es el interés superior del niño, pues al ser una norma rectora en nuestra legislación su aplicación es inminente en todos los casos.

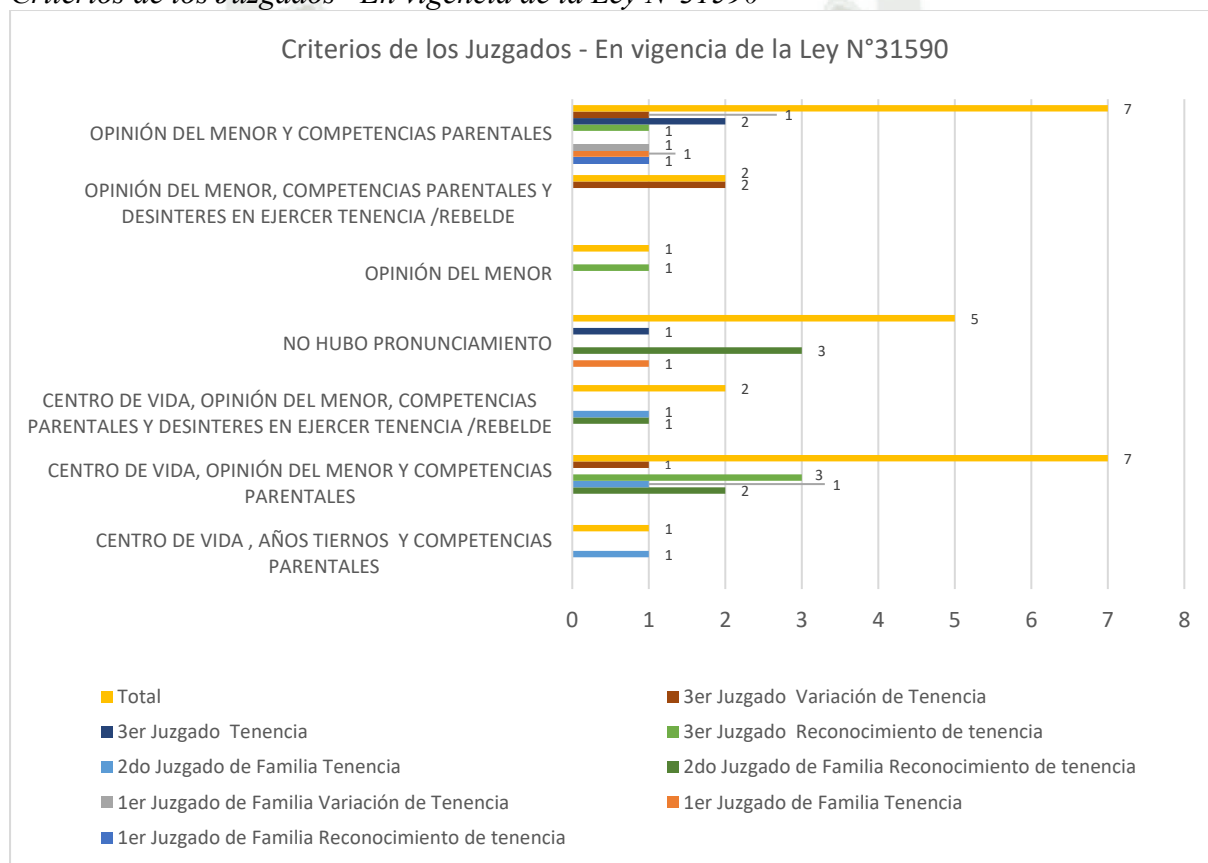
Siendo así la figura muestra que en 58 casos los criterios de los juzgados se han basado en el centro de vida del menor, opinión del menor y las competencias parentales; en 17 procesos no hubo pronunciamiento como tal sobre la tenencia porque fue conciliada en audiencia; 16 procesos se consideró la opinión del menor y competencias parentales; 09 procesos se tuvo los criterios de centro de vida del menor, opinión del menor, competencias parentales y desinterés en ejercer la tenencia o declaración de rebeldía en el proceso a uno de los progenitores; 07 procesos se tuvo de forma conjunta los criterios de centro de vida y competencias parentales; 04 procesos se consideró la opinión del menor, competencias parentales y desinterés en ejercer la tenencia o declaración de rebeldía en el proceso a uno de los progenitores; 04 procesos se aplicó como criterios la opinión del menor y desinterés en ejercer la tenencia o declaración de rebeldía en el proceso a uno de los progenitores; 03 procesos concurrieron los criterios de centro de vida y opinión del menor; 02 procesos se basaron en las competencias parentales y desinterés en ejercer la tenencia o declaración de rebeldía en el proceso a uno de los progenitores; 01 proceso se aplicó en base a las competencias parentales; 01 proceso consideró los años tiernos y las competencias parentales; 01 proceso aplicó el criterio del centro de vida, 01 proceso concurrieron los criterios de centro de vida, años tiernos, competencias parentales y desinterés en ejercer la tenencia o declaración de rebeldía; y finalmente 01 proceso se tuvo los criterios de centro de vida, opinión del menor, años tiernos y competencias parentales.

En razón a lo señalado anteriormente, se advierte que con mayor frecuencia los Juzgados de Familia evalúan tres criterios en los procesos sobre materias de tenencia, siendo estos: centro de vida, como aquel en donde se analiza el lugar en el que se ha venido desarrollando el menor a lo largo de su vida y si de acuerdo a las condiciones del caso, este debe ser alterado o no, de las Figuras 1 y 2, se puede inferir que al ser el proceso de reconocimiento de tenencia el que se interpone con mayor frecuencia, el centro de vida sea el hogar del progenitor que ejerce fácticamente la tenencia, por lo que si esta se da en condiciones óptimas este difícilmente será alterado; la opinión del menor también considerada como un aspecto fundamental, puesto que ello debe ser valorado por el juzgado, sin embargo, también es importante señalar que no en todos los casos se puede obtener la opinión del menor ya sea por su edad o por deficiencias en el lenguaje; el tercer criterio frecuentemente evaluado es sobre las competencias parentales,

mismo que se analiza con la finalidad de determinar si los progenitores son aptos física y emocionalmente para detentar la tenencia de sus hijos; siendo que para la evaluación conjunta de todos estos criterios no solo se valora los medios probatorios ofrecidos por los padres, sino también los que se obtienen mediante informes sociales en los domicilios de ambos progenitores, informes psicológicos de los progenitores, informe psicológico de los menores involucrados y su declaración en audiencia.

Figura 14

Criterios de los Juzgados –En vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

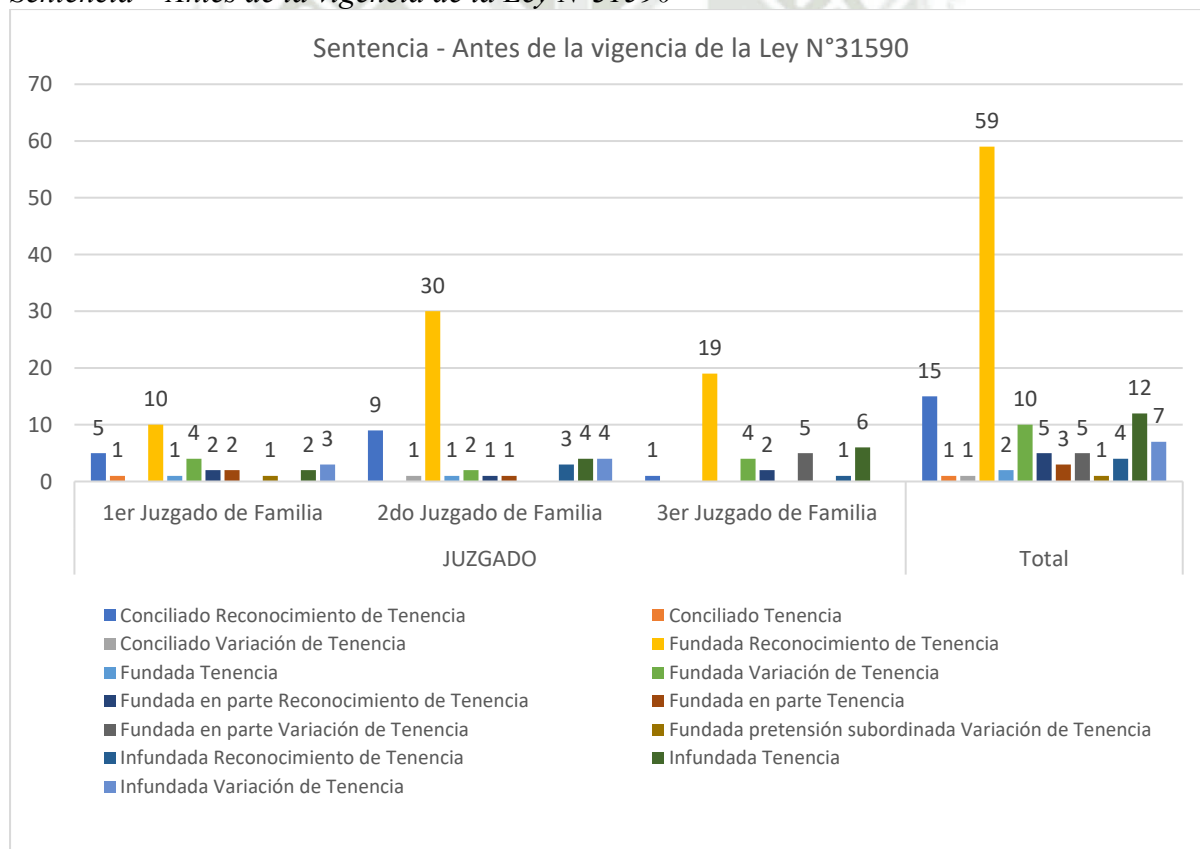
En la figura se observa los criterios analizados por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en vigencia de la Ley N°31590 se configuran en: centro de vida del menor, opinión del menor, años tiernos, competencias parentales y desinterés en ejercer la tenencia o declaración de rebeldía; mismos que se agrupan en la figura mostrada pues en cada caso los juzgados analizan y evalúan más de uno.

Por lo tanto, se advierte que en 07 procesos concurrieron los criterios de centro de vida, opinión del menor y competencias parentales, 07 procesos se evaluó la opinión del menor y las competencias parentales, 05 casos no hubo pronunciamiento o análisis alguno sobre criterios

porque la tenencia ya había sido conciliada en audiencia; 02 procesos se consideró la opinión del menor, competencias parentales y desinterés en ejercer la tenencia o declaración de rebeldía de uno de los padres; 02 procesos se consideró el centro de vida, opinión del menor, competencias parentales y desinterés en ejercer la tenencia o declaración de rebeldía de uno de los padres; 01 proceso se tuvo el criterio de la opinión del menor y finalmente en 01 proceso concurrió el análisis de los criterios de centro de vida, años tiernos y competencias parentales. Los datos muestran que sigue predominando el análisis conjunto del centro de vida, opinión del menor y competencias parentales; siendo que se advierte que dichos criterios principalmente se aplican en procesos sobre materia de reconocimiento de tenencia, en donde debido a la protección al centro de vida dicha situación se mantiene, dificultando la consideración de un régimen de coparentalidad.

Figura 15

Sentencia – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

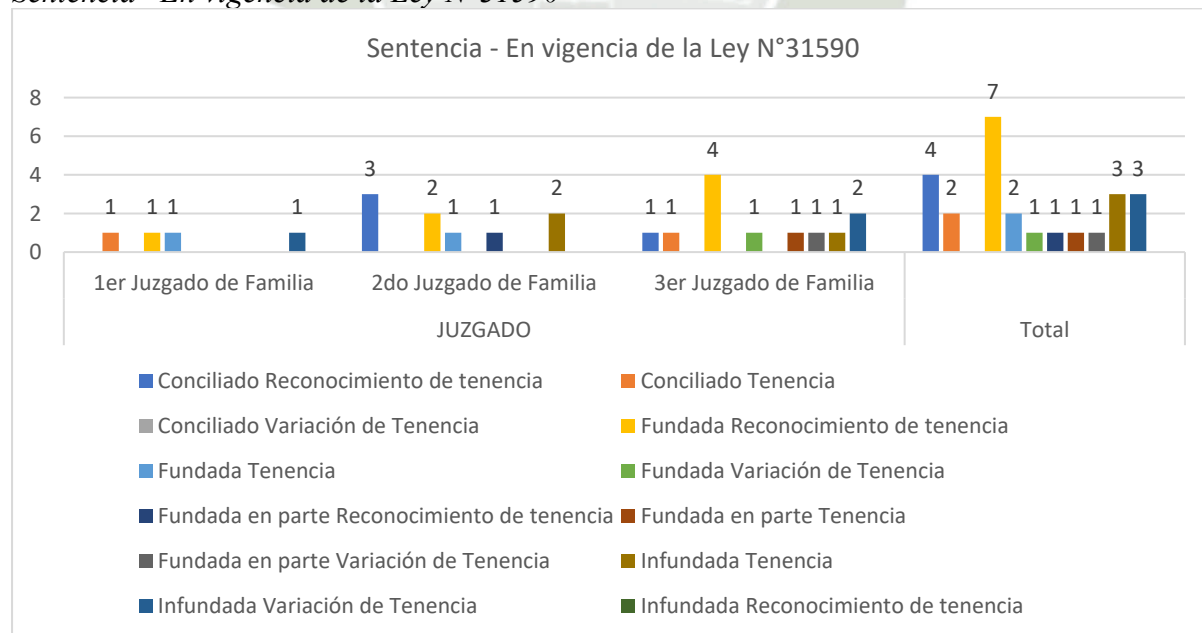
La figura precedente sobre las sentencias emitidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa indica que en el conteo total se han declarado fundados 59 procesos sobre reconocimiento de tenencia, en 15 procesos sobre reconocimiento de tenencia

se concilió a favor de la parte demandante, en 12 procesos se falló declarando infundada la tenencia a favor del progenitor que no ejercía fácticamente la tenencia, seguidamente en 10 procesos se declaró fundada la variación de tenencia, mientras que en 07 la variación de tenencia fue declarada infundada, 05 procesos sobre reconocimiento de tenencia se resolvió fundada en parte, lo mismo sucede con 05 procesos de variación de tenencia en donde también se declaró fundada en parte la demanda, sólo en 04 casos el proceso de reconocimiento de tenencia fue declarado infundado, en 03 casos se resolvió fundada en parte la materia de tenencia, en 02 procesos sobre tenencia fueron declarados fundados a favor, 01 proceso sobre variación de tenencia fue conciliado, 01 proceso de tenencia también fue conciliado y finalmente solo en 01 proceso se ha declarado fundada la pretensión subordinada sobre variación de tenencia.

Se ha advierte como resultado que son los procesos sobre reconocimiento de tenencia los que obtienen una sentencia favorable pues son declarados fundados en gran cantidad a diferencia del resto de procesos; esta situación denota que cuando un progenitor está ejerciendo la tenencia fácticamente esta es formalizada por el Poder Judicial, en base principalmente al centro de vida del menor, pues al encontrarse viviendo permanentemente con uno de sus progenitores, se busca no alterar su centro vital para garantizar un desarrollo óptimo.

Figura 16

Sentencia –En vigencia de la Ley N°31590



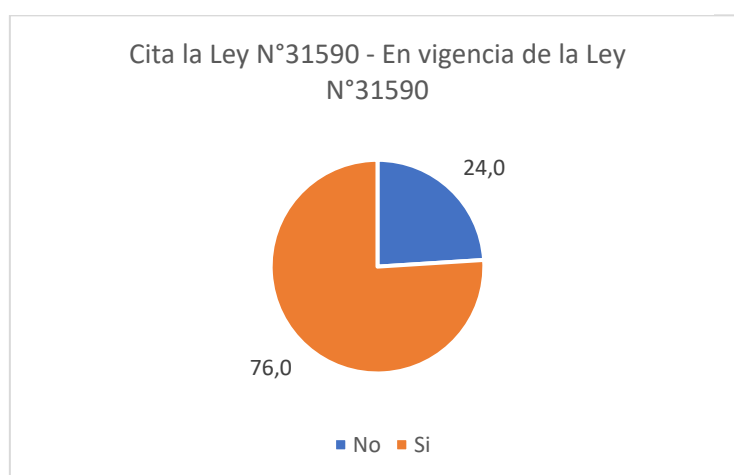
Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

En la figura mostrada, se tiene las sentencias expedidas en vigencia de la Ley N°31590 en procesos sobre materia de tenencia; donde se observa que del conteo total, 07 procesos sobre reconocimiento de tenencia han sido declarados fundados, 04 sobre la misma materia fueron conciliados a favor de la parte que demandó el reconocimiento, en 03 procesos se declaró infundada la variación de tenencia, lo mismo sucede en 03 procesos sobre tenencia que fueron declarados infundados, en 02 procesos de tenencia se concilió, ocurriendo similar situación en 02 procesos de tenencia donde se declaró fundada a favor de uno de los progenitores, 01 proceso de variación de tenencia se declaró fundado, en esta última materia se declaró fundada en parte 01 proceso, mientras que 01 proceso de reconocimiento de tenencia fue declarado fundado en parte y finalmente 01 proceso de tenencia siguió el mismo resultado siendo declarado fundado en parte.

De lo expuesto, podemos inferir que la aplicación de un régimen de tenencia compartida es casi nula a pesar que nuestra actual legislación la regula como regla general, esto a consecuencia de que la mayoría de procesos que se interponen son sobre reconocimiento de tenencia, en donde únicamente se solicita la formalización de una situación de facto en la que un progenitor está ejerciendo la tenencia de sus menores hijos sin acuerdo alguno con el otro progenitor, situación que se ha venido presentando incluso desde antes de la entrada en vigencia de la ley en análisis, que de haber sido tomada en cuenta en su momento hubiera permitido considerar otro tipo de mecanismos para fomentar el régimen de coparentalidad.

Figura 17

Cita la Ley N°31590 – En vigencia de la Ley N°31590



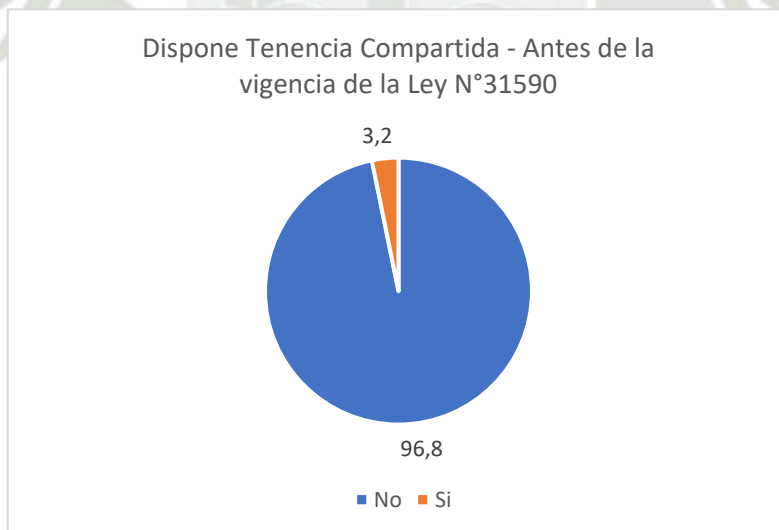
Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

Con la entrada en vigencia de la Ley N°31590, el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes ha sido objeto de modificación pues la tenencia compartida se regula ahora como regla general es decir el juez debe priorizarla, pasando la tenencia exclusiva a ser la excepción; siendo así la figura precedente muestra el porcentaje de sentencias en los que se ha citado la ley referida anteriormente obteniendo como resultados que en un total de 25 sentencias, el 76% si citó la Ley N°31590, mientras que el 24% restante no lo hizo, esto debido a que este porcentaje corresponde a procesos que fueron conciliados respecto a la tenencia por lo que no correspondía pronunciamiento sobre ello en la sentencia.

Ahora, si bien la modificación realizada está siendo tomada en cuenta en los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, pues se hace mención sobre esta en las sentencias obtenidas, no se denota un análisis extenso pues se tiene en claro que esta es mencionada más no necesariamente aplicada, ello porque se presentan diversos factores por los cuales no sería lo más conveniente a criterio de los juzgados y del contexto en el que se desarrollan los procesos sobre tenencia.

Figura 18

Dispone la aplicación de Tenencia Compartida – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

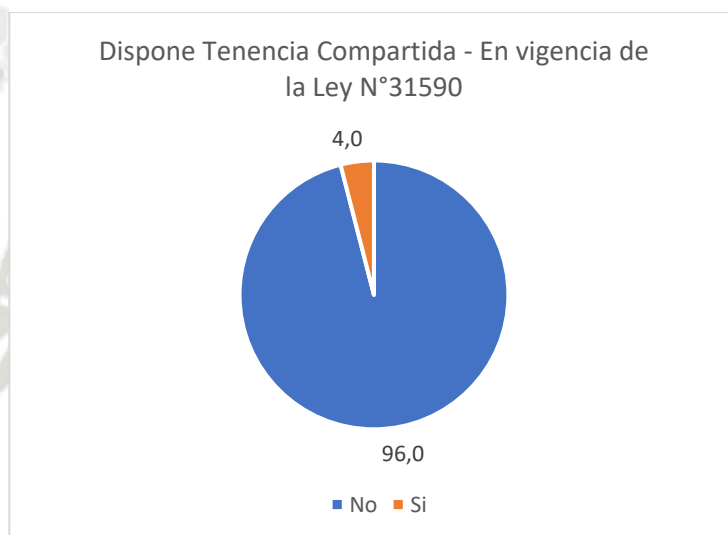
En la figura mostrada se advierte el porcentaje de procesos en los cuales se dispuso la tenencia compartida incluso antes de la vigencia la Ley N°31590, siendo que los procesos

donde sí se dispuso la tenencia conjunta corresponde al 3,2% mientras que en el 96,8% de procesos judiciales sobre tenencia, no se dispuso la tenencia compartida.

Es importante recalcar que la tenencia compartida era desde antes de la Ley N°31590 una figura pasible de ser aplicada pues era considerada la excepción en dichos procesos; sin embargo, de la realidad de los procesos judiciales se observa que su disposición era casi nula ya que, de 125 expedientes, en solo 4 que equivalen al 3,2% se dispuso el régimen de tenencia compartida, lo que se podía haber proyectado como un obstáculo ante la prioridad del régimen de tenencia en análisis.

Figura 19

Dispone la aplicación de Tenencia Compartida – En vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

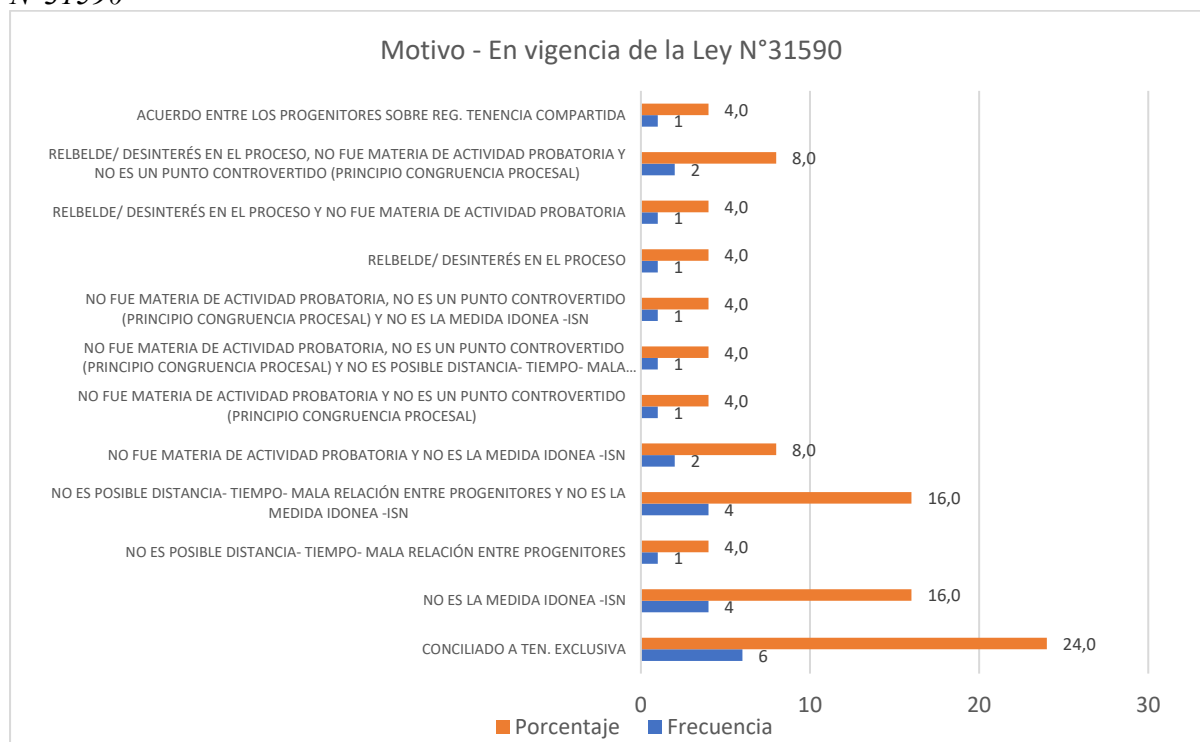
Los datos de la figura sobre la disposición de la tenencia compartida cuando la Ley N°31590 ya se encontraba en vigencia, muestran que se dispuso la aplicación de dicho régimen solo en un 4% mientras que en un 96% de procesos no se dispuso el ejercicio de la coparentalidad.

Dichas cifras denotan que la modificación realizada al Código de los Niños y Adolescentes no estaría surtiendo efectos puesto que a pesar de estar vigente la prioridad a la tenencia compartida, este régimen no resulta aplicable o conveniente, por lo que casi en la totalidad de procesos se sigue obteniendo como resultado la disposición de la tenencia exclusiva a favor de uno de los padres; encontrándose la Ley N°31590 en una crítica situación que debe conllevar

a la evaluación de los obstáculos que impiden su aplicación, mismos que han venido siendo mencionados a lo largo de la discusión de resultados.

Figura 20

Motivo de la inaplicación o aplicación de Tenencia Compartida – En vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

La figura mostrada sobre los motivos de la aplicación o inaplicación del régimen de tenencia compartida durante la vigencia de la Ley N°31590 y de los 25 casos obtenidos se tiene identificados los siguientes motivos: declaración de rebeldía o desinterés en el proceso, no fue materia de actividad probatoria; no es un punto controvertido (por lo que bajo el principio de congruencia procesal no debe ser analizado si no ha sido solicitado por las partes en sus pretensiones); no es posible por la distancia, tiempo o mala relación entre los progenitores; no es la medida idónea acorde con el interés superior del niño y como último motivo se tiene que se concilió a favor de tenencia exclusiva. Mismos que han sido agrupados porque en algunos expedientes se presenta más de un motivo por el que se dispone o no la aplicación de este régimen.

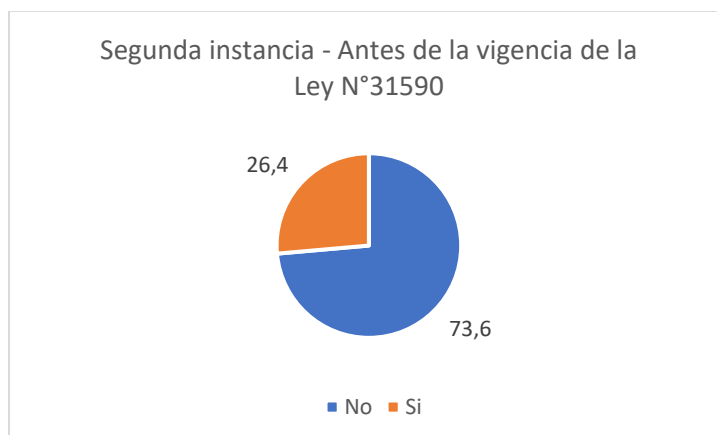
Siendo así, se observa que en 6 casos (24%) no se priorizó la tenencia compartida porque los progenitores decidieron conciliar a favor de una tenencia exclusiva; así mismo en 04 procesos (16%) no se dispuso la figura analizada porque a criterio de los Juzgados de Familia

esta no era la más idónea y podría poner en riesgo el interés superior del niño; en 04 procesos (16%) tampoco se dispuso priorizar la tenencia compartida debido a que no es posible por distancia, tiempo o relación conflictiva entre los padres y no fue considerada como la medida idónea; 02 procesos (8%) donde no se dispone una tenencia compartida porque se advierte desinterés de uno de los progenitores en el proceso o fue declarado rebelde, porque la tenencia compartida no fue materia de actividad probatoria y no fue fijado como un punto controvertido, por lo que no requiere pronunciamiento alguno; 02 procesos (8%) donde la inaplicación se sustenta en que no fue materia de actividad probatoria y no es la medida idónea; 01 proceso (4%) donde se advirtió desinterés de uno de los progenitores y el hecho que no fue materia de actividad probatoria; 01 proceso (4%) en el que la inaplicación se sustentó únicamente en el desinterés del progenitor en el proceso interpuesto; 01 proceso (4%) donde se tiene que no fue materia de actividad probatoria, no fue un punto controvertido y no es la medida idónea; 01 proceso (4%) mediante el cual se señala que no es materia de actividad probatoria, no es un punto controvertido y no es posible debido a la distancia, tiempo o mala relación entre los padres; 01 proceso (4%) se alegó que no fue materia de actividad probatoria y no fue un punto controvertido; 01 proceso (4%) no se aplica la tenencia compartida pues es imposible por la distancia, tiempo y relación conflictiva entre progenitores; finalmente es solo en 01 proceso (4%) donde si se priorizo y dispuso la tenencia compartida, pero con la particularidad que no fue por decisión del juzgado sino por acuerdo entre los padres mismo que se efectuó en el transcurso del proceso.

Es importante señalar que existe en los Juzgados de Familia el predominio del modelo tradicional de tenencia exclusiva, más aún cuando se desliza que para que el régimen de tenencia compartida pueda ser analizado es necesario que se fije como un punto controvertido por lo que las partes deben alegarlo y solicitarlo, ya que a criterio de los juzgados emitir pronunciamiento de un aspecto que no ha sido fijado como punto controvertido vulneraría el principio de congruencia procesal; ante ello se debe mencionar que en el único caso donde sí se dispuso la tenencia compartida no fue solicitado expresamente por las partes al momento de la interposición de la demanda ni de la contestación, ni fue considerado como un punto controvertido; sino que en el desarrollo de los informes sociales de forma verbal manifestaron ambos padres su voluntad de ejercer una tenencia compartida, para la que finalmente se aplicó la flexibilización del principio de congruencia procesal establecido en el III Pleno Casatorio Civil; pudiendo existir así duplicidad de criterios para resolver los procesos en materia de tenencia con respecto a la flexibilización de la congruencia procesal en los procesos de familia.

Figura 21

Elevado a segunda instancia – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



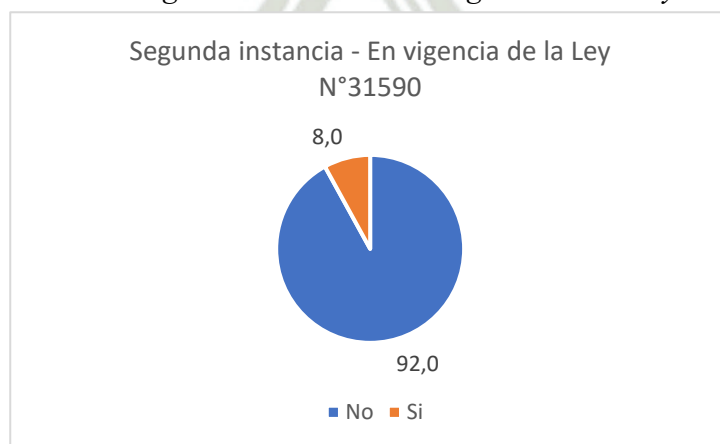
Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

De la figura mostrada sobre los procesos elevados a segunda instancia antes de la vigencia de la Ley N°31590, se puede observar que solo en el 26,4% se interpuso el recurso de apelación para que la sentencia sea evaluada en segunda instancia, mientras que el 73,6% no apeló manifestando de esa forma su conformidad con la sentencia expedida en primera instancia que como hemos señalado anteriormente en su mayoría son fundadas en procesos de reconocimiento de tenencia.

Dicha situación denota la falta de interés del progenitor que no obtiene la tenencia de su menor hijo de forma exclusiva y mucho menos compartida, limitándose de esta forma a un régimen de visitas.

Figura 22

Elevado a segunda instancia – En vigencia de la Ley N°31590



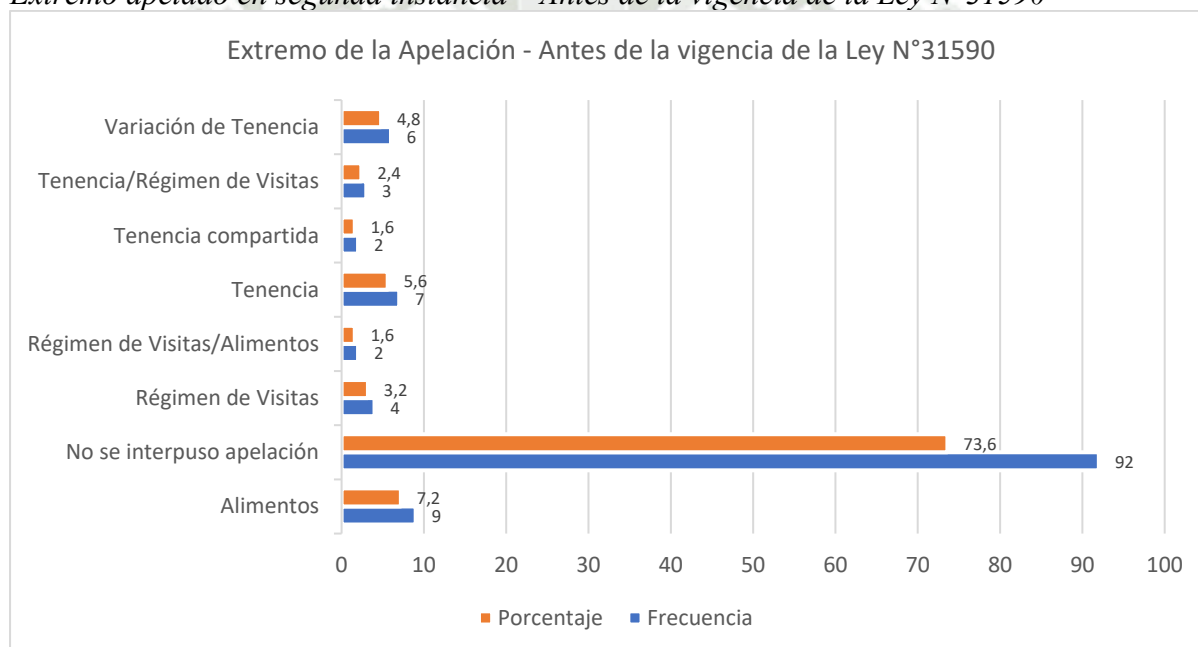
Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2023 y 2024.

Se puede notar de la figura sobre procesos elevados a segunda instancia, tras la interposición de apelación a sentencias de tenencia durante la vigencia de la Ley N°31590 que apeló solo en un 8% mientras que el 92% decidió no apelar y manifestar su conformidad con la sentencia de primera instancia.

El único caso apelado corresponde a uno de reconocimiento de tenencia en donde de forma accesoria se solicitó una pensión de alimentos y régimen de visitas, dicho proceso fue conciliado respecto a la tenencia que se otorgó a favor de la demandante, siendo así la sentencia apelada no es en el extremo de tenencia, quedando susceptibles de apelación las pretensiones accesorias interpuestas; para el caso mencionado el extremo apelado fue el de la pensión de alimentos, siendo que mediante sentencia de vista dicho extremo fue confirmado.

Figura 23

Extremo apelado en segunda instancia – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

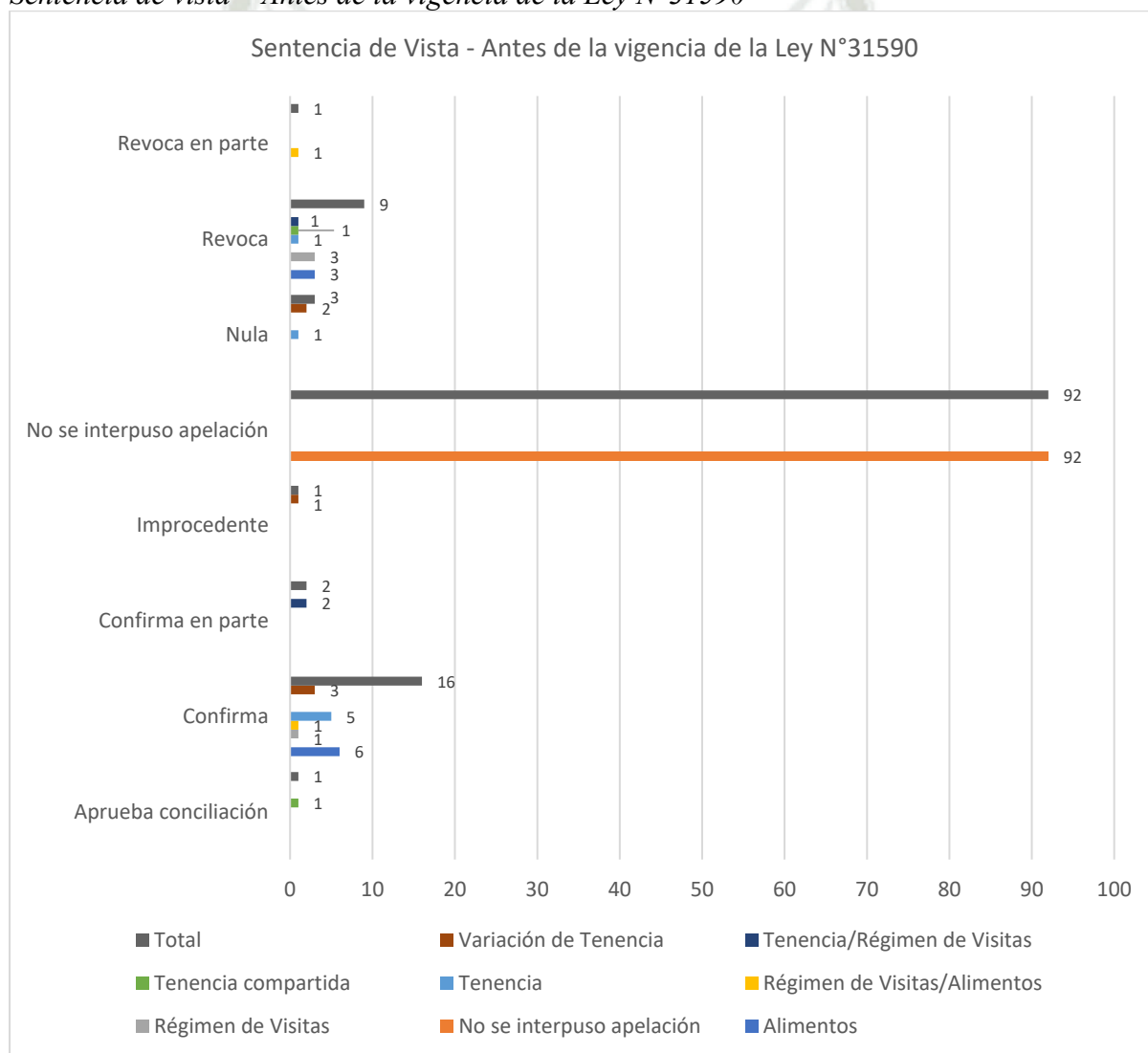
De la figura precedente, se muestra los extremos en los que han sido apeladas las sentencias sobre materias de tenencia expedidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa antes de la entrada en vigencia de la Ley N°31590; siendo que en 92 casos (73,6%) no se interpuso apelación, en 09 procesos (7,2%) se apeló el extremo de la pensión alimenticia, en 07 (5,6%) procesos el extremo apelado fue sobre la disposición de régimen de tenencia exclusiva, en 06 (4,8%) procesos se apeló sobre la variación de la tenencia, en 04 (3,2%) procesos sobre el régimen de visitas fijado, 03 casos (2,4%) se apeló en el extremo de

la tenencia exclusiva y régimen de visitas, en 02 procesos (1,6%) se apeló el extremo de la aplicación de la tenencia compartida y en 02 procesos (1,6%) los extremos de alimentos y régimen de visitas.

Por lo tanto, se advierte una vez más que las partes intervinientes manifiestan conformidad con las sentencias de primera instancia, las cuales en su mayoría dictaminan el reconocimiento de una tenencia exclusiva a favor de un progenitor; a comparación de la tenencia compartida que solo fue apelada en dos procesos.

Figura 24

Sentencia de vista – Antes de la vigencia de la Ley N°31590



Nota. Elaboración basada en sentencias expedidas por la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entre los años 2021 y 2024.

Se observa en la figura, cómo se ha resuelto en segunda instancia mediante sentencia de vista, los extremos apelados sobre procesos en materia tenencia interpuestos con anterioridad

a la vigencia de la Ley N°31590, siendo que se ha presentado con mayor frecuencia 16 procesos donde se confirmó la sentencia de primera instancia, siendo el extremo apelado con mayor cantidad el de alimentos con 6 apelaciones; seguido de 09 procesos en donde se ha revocado la decisión de primera instancia sobre régimen de visitas y alimentos, 03 casos para cada uno respectivamente.

En cuanto al caso que nos concierne sobre tenencia compartida, se interpusieron dos apelaciones en dicho extremo; por un lado se solicitaba que en segunda instancia se apruebe una conciliación de los progenitores en la cual concuerdan ejercer la tenencia conjunta, acto que finalmente fue aprobado; en el segundo caso en primera instancia se dispuso un régimen de tenencia compartida que fue apelado por uno de los progenitores a efectos que sea revocado lo que finalmente sucedió pues en segunda instancia se revocó la coparentalidad que se había logrado, disponiendo un régimen de tenencia exclusiva y en consecuencia un régimen de visitas.

4.1. Sobre los tipos de procesos judiciales en materia de tenencia interpuestos y su correlación con la tenencia compartida.

La tenencia compartida es considerada para algunos como el modelo ideal tras la ruptura de la relación matrimonial o convivencial, pues es mediante la aplicación de esta, que se preserva la presencia materna y paterna en la vida de los menores que se ven involucrados. Para nuestra legislación la tenencia compartida ha venido teniendo una evolución prolongada, siendo así dicho término fue incorporado por primera vez en el año 2009, cuando en el Código de los Niños y Adolescentes se facultó al juez a otorgar la tenencia compartida siempre y cuando ello fuera acorde al interés superior del niño (Congreso de la República del Perú, 2008). Siendo que desde ese entonces los operadores de justicia con la introducción a la legislación de la tenencia compartida manejaban determinada fórmula en los procesos que versaban sobre tenencia propiamente dicha, variación de tenencia y reconocimiento de tenencia; consistiendo está en la tenencia exclusiva como regla general y la tenencia compartida como la excepción a la regla tal como lo establecía la modificación realizada.

En razón a ello, es importante traer a colación la diferenciación entre cada uno de estos tipos de procesos; Tantaleán (2022) argumenta que cuando se habla propiamente sobre tenencia, se refiere a aquel proceso en el cual no existe un acuerdo formal previo entre los progenitores, motivo por el cual el padre o madre que no se encuentra ejerciendo la tenencia acude a sede

judicial; el proceso de reconocimiento de tenencia donde uno de los progenitores ya se encuentra ejerciendo la tenencia de sus hijos, con la característica que tampoco hay un acuerdo formal previo, es por ello que recurre al Juzgado a efectos que dicha situación de hecho que se esta presentando sea reconocida formalmente; se tiene también dos procesos más cuya característica es la existencia de un acuerdo formalizado o resolución judicial, siendo así uno de ellos es la ejecución de tenencia, donde el progenitor al que se le asignó la tenencia según acuerdo solicita que esta se haga efectiva ya que no la viene ejerciendo y por último se tiene el proceso de variación de tenencia, mismo que es interpuesto por el progenitor que no ha sido favorecido con la tenencia del menor en el acuerdo previamente formalizado.

Como ya se ha mostrado anteriormente mediante figuras con estadísticas y hablando específicamente las Figuras 1 y 3, sobre procesos interpuestos y el progenitor que los interpone, datos tomados antes de la entrada en vigencia de la Ley N°31590, se evidenciaba un patrón muy definido respecto al proceso de reconocimiento de tenencia, pues este se constituía como aquel que se interponía con mayor frecuencia ante la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en dicha figura se mostró la totalidad de 83 expedientes que versaban en dicha materia, de los cuales 69 han sido interpuestos por la madre quien buscaba el reconocimiento de una situación de hecho respecto a sus hijos, situación que se estaba presentando de forma posterior a la ruptura matrimonial o convivencial. Los datos revelados mediante el análisis de expedientes judiciales son de alta significancia pues representan la realidad no solo de los procesos que se tramitaban en sede jurisdiccional sino también el comportamiento de los progenitores tras su separación donde solo uno de ellos (generalmente la madre) se hace cargo, mientras el otro se retira del hogar ante las desavenencias y al no haber un acuerdo formalizado de por medio es que recurren al juzgado.

Si tomamos en cuenta dicha situación que se manejaba en ese entonces donde la tenencia exclusiva era la regla general y la tenencia compartida la excepción, está guardaba correlación con el tipo de procesos que se tramitaban con mayor frecuencia, por lo que la fórmula legal que mantenía el Código de los Niños y Adolescentes era aplicable al contexto de procesos judiciales, más aún cuando de la constante interposición de procesos de reconocimiento de tenencia se evidenciaba falta de interés por parte de uno de los progenitores de ejercer la tenencia de sus hijos, que es fundamental para que se pudiera ejercer una tenencia compartida, que anteriormente era analizada de forma excepcional.

Posteriormente en el año 2022, el Código de los Niños y Adolescentes fue objeto de modificaciones que promueven la tenencia compartida en sus artículos 81°, 82°, 83° y 84°,

mismas que se efectuaron a través de la promulgación de la Ley N°31590, mediante la cual se pasó a considerar como regla general la tenencia compartida y deja como excepción la tenencia exclusiva, fijando algunos lineamientos y exhortando así a los operadores de justicia priorizar dicha figura jurídica (Congreso de la República del Perú, 2022); cambios que si bien en la teoría son favorables para el crecimiento del menor pues evidentemente tiene derecho a estar rodeado de sus dos progenitores, en la práctica encuentra dificultades para su aplicación; por lo que se ha generado controversia acerca de su aplicación al no existir jurisprudencia clara sobre la prioridad que se le otorga a la tenencia compartida.

De los datos extraídos de expedientes en materia de tenencia tramitados después de la entrada en vigencia de la Ley N°31590, se tiene que el patrón que se mencionó anteriormente donde el proceso interpuesto más frecuente es el de reconocimiento de tenencia solicitado por la madre, no ha cambiado; de 25 expedientes tramitados y sentenciados en vigencia de la prioridad de la tenencia compartida en 12 se ha solicitado el reconocimiento de la tenencia exclusiva que se venía ejerciendo de facto (véase Figuras 2 y 4); ante dicha situación se advierte que a pesar que nuestra legislación prioriza la tenencia compartida esta no es solicitada por los justiciables quienes buscan que solo uno de ellos ejerza la tenencia de forma exclusiva, denotándose así desinterés en la coparentalidad, pues el solo hecho de que los padres lleven sus discrepancias hasta la sede judicial es un indicio que la relación entre ambos progenitores no es buena por lo que se hace inviable la determinación de una tenencia compartida por orden jurisdiccional; de ahí que la modificación realizada no se refleja en la práctica judicial dificultándose así su aplicación; en consecuencia la fórmula legal actual que rige los procesos de tenencia no es correlativa con lo que solicitan los progenitores; siendo así, las modificaciones realizadas quedan plenamente en el papel a pesar de que los motivos que la fundamentan pudieran ser en algunos extremos válidos.

4.1.1. Causas que originan la interposición de procesos judiciales en materia de tenencia

Uno de los factores a tener en consideración en este tipo de procesos, son las causas que conllevan a su interposición, pues si bien estas constituyen un aspecto sociológico son determinantes para la resolución de estos procesos en sede judicial, debido a que contribuyen o dificultan la aplicación de determinadas figuras jurídicas, sobre todo en materia de derecho de familia.

En la presente investigación y como ya se ha descrito anteriormente (véase Figuras 11 y 12) se ha realizado como parte del estudio, un análisis de las causas alegadas por los justiciables que conllevaron a la interposición de procesos judiciales, la diferenciación de estas ha permitido comprender las motivaciones reales detrás de los procesos en materia de tenencia, pues a través de ellos se puede advertir si están vinculadas a proteger a los menores involucrados o por el contrario solo buscan satisfacer los intereses de los progenitores quienes se encuentran en la mayoría de los casos en una relación conflictiva.

Las causas que se han diferenciado a lo largo de la investigación y que se presentan con mayor frecuencia son las siguientes:

a) *Violencia:*

Para el caso materia de análisis que se desarrolla dentro del contexto familiar, esta se conceptualiza como un fenómeno mediante el cual se manifiestan expresiones abusivas de poder, ejerciendo acciones u omisiones a nivel psíquico y físico hacia los integrantes más vulnerables del grupo familiar, en donde se constituyen como agresores en la mayoría de los casos los jefes de familia y hermanos mayores (Pérez Duarte y Noroña, 2001). Por otro lado, según Más et al., 2018 (como se cita en Rodríguez y Alarcón, 2022); la violencia doméstica es aquella figura en donde un miembro del grupo familiar ejerce una acción en contra de la voluntad de uno o más miembros dentro de la convivencia, pudiendo dichas acciones constituirse en ofensas referidas a daños físicos o psíquicos, abuso sexual, incluyendo intimidación y el control patrimonial respecto a la economía familiar.

La violencia familiar para los procesos de familia representa una de las causas de mayor preocupación, pues estas son determinantes sobre todo si la tenencia de menores es la que se está discutiendo. En los expedientes analizados se ha podido advertir que antes y después de la entrada en vigencia de la Ley N°31590, la causal que se alegó con mayor frecuencia al momento de interponer la demanda fue la de violencia (véase Figuras 11 y 12); que no solo puede haberse presentado como la causa de la ruptura matrimonial o convivencial, sino que también se presenta cuando se discute la tenencia de los hijos con o sin acuerdo formalizado, ejerciéndola no solo con el progenitor que posee la tenencia sino también contra los menores que se ven involucrados en dicha situación, evidentemente como un efecto colateral de los conflictos entre los progenitores. Para los casos analizados en los expedientes judiciales se tiene que la violencia alegada por la parte demandante no solo se ha manifestado de forma física a

través de agresiones entre progenitores y para con los hijos, sino que también se manifiesta gravemente de forma de psicológica donde en casos reiterativos se advirtió que una forma de afectar psicológicamente al padre o madre que ejercía la tenencia exclusiva era proporcionándole amenazas de sustraer al menor o arrebatárselo, esto con la finalidad de no pasar una pensión alimenticia.

Asimismo, se advirtió violencia económica, que la Ley N°30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar) en su artículo 8° inciso d) literal 3, la considera en un primer supuesto como aquella restricción que se realiza respecto de los recursos económicos, que son indispensables para cubrir necesidades básicas que conllevan al desarrollo de una vida digna y como segundo supuesto el incumplimiento de las obligaciones alimentarias; así mismo se señala de forma expresa que cuando este tipo de violencia se ejerce en contra de una mujer que tenga hijos que vivan con ella, las restricciones mencionadas anteriormente también se extienden a estos; siendo así se considera como violencia económica hacia la mujer y sus menores hijos que se ven involucrados (Congreso de la República del Perú, 2015).

Se ha podido advertir en el análisis que la violencia económica es un tipo de violencia presente en diversos casos de tenencia, reconocimiento de tenencia y variación de tenencia; ya que la progenitora o el progenitor que recurre al Poder Judicial manifiesta dentro de la interposición de su demanda el incumplimiento de la obligación alimentaria del progenitor que no ostenta la tenencia, así como también en algunos casos esta es restringida para posteriormente ser condicionada a un régimen de visitas u otorgamiento de tenencia; siendo que el progenitor que incurre en ella no es consciente que no solo está ejerciendo violencia contra la madre o el padre que está a cargo del menor sino también de los hijos, que son la razón de estos procesos.

Es importante traer a colación que cuando la autógrafa de la Ley N°31590 fue aprobada por el Poder Legislativo, fue motivo de discusión no solo para expertos en la materia sino también para distintas instituciones que manifestaron su preocupación por la modificación realizada, una de ellas la Defensoría del Pueblo que expresó tajantemente su rechazo indicando que esta situación generaría efectos negativos para las madres que ya han sido víctimas de violencia, pues pasar a un escenario en donde de forma obligatoria se priorice la tenencia compartida podría generar que el progenitor agresor siga ejerciendo violencia (Defensoría del Pueblo, 2022). Así mismo mediante su Resumen Ejecutivo del Vigésimo Sexto Informe Anual 2022, señalaron que la autógrafa de la Ley N°31590 que prioriza la tenencia compartida afecta el

interés superior del niño y los ponía en una situación vulnerable donde se generan actos violentos no solo hacia los menores, sino también hacia los progenitores que detentan la tenencia, en la mayoría de los casos la madre (Defensoría del Pueblo, 2023).

Tomando en cuenta la posición de la Defensoría del Pueblo, se podría decir que esta se anticipó de alguna manera al contexto actual de los procesos judiciales en materia de tenencia, pues la causal de violencia era y continua siendo alegada con mayor frecuencia en sede judicial como un motivo para determinar la tenencia a favor de uno de los progenitores, debido a que no solo se manifiesta de forma física con agresiones o psicológica mediante amenazas de sustraer a los menores involucrados, sino también en el incumplimiento de obligaciones alimentarias por parte del progenitor que no ejerce la tenencia, quien incluso llega a condicionar su obligación manifestando que buscará otro régimen de tenencia con la finalidad de no otorgar los alimentos correspondientes; entonces se encuentra corroborado que los altos índices de violencia de los cuales hacía referencia la Defensoría del Pueblo, definitivamente dificultan o impiden que se pueda priorizar y aplicar un régimen de tenencia compartida, constituyéndose esta en la excepción regulada donde deberá fijarse un régimen tenencia exclusiva.

b) Incumplimiento o impedimento de régimen de visitas:

Respecto a este apartado debemos tener en cuenta que, si bien se constituye como un derecho para el padre o madre al que no se le otorgó la tenencia exclusiva, es fundamentalmente un derecho de los niños o adolescentes que se ven involucrados y sufren las consecuencias de la separación de sus padres; pues tal como establece Del Aguila, (2019) es a los hijos a quienes se les debe permitir la posibilidad de compartir tiempo significativo con su figura materna y paterna, y no únicamente con aquel progenitor que ejerce su tenencia. La causal mencionada ha sido invocada en reiterados casos como un motivo para demandar la variación de la tenencia (véase Figuras 11 y 12), pues al verse uno de los progenitores privado de compartir tiempo con su menor hijo o hija acude a sede judicial a efecto que se solucione dicho problema donde conforme al estudio realizado se solicita generalmente como pretensión principal la variación de una tenencia exclusiva a otra exclusiva y esporádicamente de una tenencia exclusiva a compartida o viceversa (véase Figuras 5 y 6).

Esto nos lleva a concluir que cuando uno de los progenitores se ve impedido de visitar a su menor hijo, es porque dentro de la dinámica familiar posterior a la separación, a pesar de que un primer momento se llega a un acuerdo o se emite resolución judicial que dilucida la tenencia

del menor, aún se dan conflictos entre los progenitores, de modo que la tenencia en algunos casos se convierte para los padres en una herramienta de control hacia el otro progenitor, en vez de ser considerada como el mecanismo para garantizar el desarrollo y bienestar del menor, pues en caso de que ésta se efectuase desde dicha perspectiva se consideraría que existe plena comunicación para que los padres pudieran ejercer posteriormente una tenencia compartida en cuanto la situación y el interés de los menores lo permitiese. Podemos establecer entonces que cuando un régimen de visitas se desenvuelve con normalidad, a través de la colaboración y comunicación constante entre progenitores, es que se desarrollan las bases para en un futuro ejercer una coparentalidad; lo que no se está presentando en sede judicial pues como se ha mencionado anteriormente el hecho que los padres judicialicen sus conflictos significa que no están en la capacidad de llegar a un acuerdo conciliatorio por el bien de sus hijos y evidencia una relación conflictiva, la cual también conlleva a que no vean como una posibilidad el ejercicio de una tenencia compartida, ya que al demandar la variación de tenencia pretenden que esta se realice únicamente desde el punto de vista de la tenencia exclusiva, dificultando así la labor de los operadores de justicia y la implementación de la coparentalidad.

c) Descuido al menor:

Otra de las causas recurrentes, en específico en la interposición de procesos de variación de tenencia es la de descuido al menor (véase Figuras 11 y 12), generalmente señalada por el progenitor o progenitora que no tiene en su poder al hijo o hijos involucrados, al identificar que el menor no se encontraría en condiciones adecuadas con el progenitor al que se le concedió la tenencia; de los casos analizados esta puede estar referida en varios aspectos siendo la falta de provisión de alimentos, salud, educación; así como también la ausencia de supervisión o el encargo de la crianza a terceras personas como son abuelos, abuelas o demás familiares; por lo que para el presente caso se valora el interés superior del niño en conjunto con las pruebas aportadas por el progenitor que interpone el proceso y que busca evidenciar que al que se le concedió la tenencia no está desempeñando su rol en óptimas condiciones poniendo así en riesgo el desarrollo y bienestar del menor o adolescente; hecho que evidentemente afecta la aplicación de la tenencia compartida como prioridad pues dentro de la valoración conjunta de los medios probatorios ofrecidos, también se considera aquellos ordena de oficio el Juzgado de Familia y son llevados a cabo por el Equipo Multidisciplinario, los cuales consistirán en la evaluación psicológica a cada uno de los involucrados incluido el menor del que se discute la tenencia, así como el informe social que se realiza a cada uno de los hogares de los

progenitores, mediante los cuales se determina sus condiciones parentales que fundamentarán la variación o no de la tenencia.

d) Abandono de hogar y retiro voluntario del hogar:

La primera causal mencionada constituye una de carácter determinante sobre todo para los procesos donde se solicita el reconocimiento de una tenencia que se viene ejerciendo de forma exclusiva y que son generalmente interpuestos por las madres, quienes señalan en sus demandas haber sido víctimas de abandono de hogar por parte de los progenitores, quienes a raíz de su salida del domicilio familiar dejan en total estado de abandono no solo a la progenitora sino también a los hijos que están de por medio, desentendiéndose así de las obligaciones que tienen respecto a ellos. Para Lira (1957), el abandono de familia de forma literal podría entenderse como un hecho meramente material, sin embargo, este se constituye como el incumplimiento de obligaciones patrimoniales o extrapatrimoniales en las relaciones familiares.

Acorde a lo mencionado, no solo se trata de la existencia de desavenencias entre progenitores, sino un total desentendimiento económico y moral por parte de uno de estos respecto al domicilio familiar y las personas que residen en él; denotándose así que cuando concurre esta causa se manifiesta una total falta de interés por ejercer de forma plena el rol paterno o materno, lo cual para el caso de la prioridad de la tenencia compartida no guardaría concordancia, pues de hacerlo se estaría otorgando la tenencia conjunta a un progenitor que no tiene interés en ejercer su rol parental, ello se ve reflejado en los procesos de reconocimiento de tenencia donde la parte demandante alega esta causal y hacerse cargo del menor del cual se solicita el reconocimiento, en consecuencia esta situación conlleva lógicamente a que en sede judicial este tipo de procesos se declaren fundados. Es decir, el abandono del hogar por parte de uno de los progenitores representa un problema para priorizar la tenencia compartida, debido a que la ausencia de uno de los progenitores genera que los jueces válidamente dictaminen un régimen de tenencia exclusiva.

Dentro de este apartado también se considera el retiro voluntario del hogar por parte de uno de los progenitores, una causal que encuentra su motivación en los conflictos constantes dentro del hogar conyugal o convivencial, donde no solo se presentan discusiones parentales sino que estas generan episodios violentos entre progenitores y que en algunos casos alcanzan los hijos, lo que lleva al progenitor que se ve afectado a retirarse voluntariamente del domicilio para

evitar una situación que se torna en insostenible; en los casos de análisis se ha podido advertir que cuando el retiro voluntario lo realiza la madre generalmente es llevando consigo a los hijos que pudieran verse involucrados, mientras que cuando se trata del padre, este se retira sin mayor compañía; lo que si es cierto es que estas circunstancias motivan la interposición de procesos que versen en materia de tenencia, en donde es importante diferenciar el retiro voluntario del abandono en cada caso, por lo que se deberá evaluar las pruebas en conjunto a efecto de determinar si con el retiro voluntario del hogar también se dejó de lado las responsabilidades parentales, puesto que de ser así el juez dentro de su función tendrá que considerar como mejor opción la tenencia exclusiva.

En ambos casos se produce un quiebre en el hogar que genera distanciamiento entre los progenitores, por lo que ante la falta de comunicación es probable que no reúnan las condiciones para que se pueda priorizar la tenencia compartida en donde se requiere colaboración conjunta, entorpeciendo así la aplicación de dicho régimen.

e) Relación conflictiva entre progenitores:

La separación de los progenitores suele traer bastantes consecuencias, una de ellas quizá la más importante es el cambio que se produce en la dinámica familiar, pues para estos se genera una controversia sobre el ejercicio de la tenencia de los menores hijos que existen de por medio, siendo que si la relación que mantienen se ve caracterizada por discusiones constantes u otro tipo de episodios conflictivos generará que no puedan llegar a un acuerdo respecto a los hijos; llegando así a judicializar dicho tema dentro de un contexto familiar conflictivo.

Según jurisprudencia nacional, específicamente mediante la Casación N°3767-2015 Cuzco, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República manifestó en su fundamento noveno que el régimen de tenencia compartida además de partir del supuesto de la separación de hecho de los progenitores, requiere de colaboración y comunicación continua entre estos últimos, pues solo de esa forma se garantiza un cuidado conjunto respecto al menor, así como un adecuado cumplimiento de sus necesidades económicas y demás obligaciones, velando así por el bienestar y desarrollo del niño o adolescente que se ve involucrado; pues si la cooperación parental no es posible a raíz de la relación conflictiva entre progenitores, no será viable un régimen de tenencia compartida, ya que su comportamiento irresponsable y conflictos interpersonales, no hacen más que exponer a los hijos a un ambiente vulnerable donde su estado físico y emocional pueden verse comprometidos (CSJ, 2016).

Tomando en consideración lo sostenido en la jurisprudencia citada en el párrafo precedente, la colaboración conjunta de los padres a través de una adecuada y cordial comunicación en el ejercicio de sus roles parentales, se convierte en un requisito fundamental para que se pueda resolver judicialmente a favor de un régimen de tenencia compartida; sin embargo a lo largo de la investigación y análisis de las sentencias obtenidas, se ha podido advertir que el principal problema entre los progenitores es justamente la relación conflictiva entre ellos y que incluso llega a mantenerse durante el desarrollo del proceso lo que ocasiona que los operadores de justicia en algunas ocasiones tengan que dar por fracasada la conciliación. Siendo así la realidad de estos procesos judiciales donde al momento de la interposición de la demanda se alega como una causa los constantes conflictos entre progenitores (véase Figuras 11 y 12) genera que se produzcan obstáculos frente a la prioridad que se le ha otorgado a la tenencia compartida, pues evidentemente es muy complicado que se resuelva a favor de esta; cuando los progenitores no muestran o tienen intenciones de garantizar el bienestar de sus hijos; por lo que ante la conflictividad parental los jueces resuelven y emiten sus sentencias otorgando regímenes de tenencia exclusiva a favor de uno de los padres (véase Figuras 15 y 16) para garantizar su seguridad y desarrollo integral, corroborándose así la postura ya antes mencionada en la investigación, donde se tiene que la judicialización de procesos en materia de tenencia es un indicio que los progenitores no llevan una adecuada relación, situación que termina descartando la posibilidad de la aplicación de una tenencia compartida.

4.1.2. Criterios judiciales adoptados por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Resulta importante examinar los criterios que usualmente adoptan los Juzgados de Familia para resolver los casos en donde se discute la materia de tenencia ya sea a través de la interposición de la tenencia propiamente dicha, reconocimiento de tenencia y variación de tenencia. De las sentencias analizadas se ha podido advertir que los Magistrados usualmente basan su decisión no solo la valoración conjunta de los medios probatorios ofrecidos, sino también acorde a determinados criterios que son fundamentales para que se pueda garantizar el interés superior del niño, siendo los más frecuentes los siguientes:

a) *Centro de vida:*

Uno de los criterios que los operadores de justicia consideran relevante es el del centro de vida que mantienen los menores, de acuerdo con Carril (2018) este debe ser analizado desde su componente objetivo y subjetivo, configurándose el primero de estos en el espacio en el que el menor ha permanecido por mayor tiempo de su vida, mientras que en el segundo componente se estudia el vínculo que ha desarrollado el menor desde su percepción individual y psicológica en su entorno cotidiano, es decir el reconocimiento al lugar en el que vive y su apego a las personas con las que interactúa en el.

De las sentencias analizadas, se pudo advertir que este criterio sustenta gran parte de las decisiones de los juzgados sobre todo en procesos de reconocimiento de tenencia (véase Figuras 13 y 14), en cuanto consideran que el centro vital de un niño, niña o adolescente debe ser protegido y solo alterado cuando la esfera en la que se desarrolla este le sea perjudicial; por lo que uno de los puntos fundamentales en procesos que se discuta la tenencia es determinar en qué esfera vital se desenvuelve el niño, niña o adolescente; no solo hablando desde el punto de vista del espacio, sino también con las personas que le rodean y con las que se identifica, ello conforme a las pruebas ofrecidas en etapa postulatoria y las que se solicitan de oficio en sede judicial como son evaluaciones psicológicas, visitas sociales y las declaraciones que se brindan en audiencia.

Del estudio realizado y en relación al centro de vida, también se advirtió que este motiva el predominio del modelo tradicional de tenencia exclusiva pues a criterio de los juzgados alterar la forma de vida de un menor afecta su desenvolvimiento; ello corrobora lo que señala Garay (2009) cuando menciona que una desventaja para la aplicación de la tenencia compartida es la necesidad que los menores tengan estabilidad respecto al domicilio, hecho que con la coparentalidad se vería alterado al tener al menor involucrado en procesos continuos de adaptación.

b) *Competencias parentales:*

De acuerdo con Cárdenas y Schnettler (2015), el concepto de competencias parentales ha evolucionado, siendo que para ellas dichas competencias se desarrolla a través de una vinculación afectiva sólida con los hijos, así como la capacidad de los progenitores de desenvolverse adecuadamente en su rol parental, ya que en dicha forma se logra una atención integral y de acuerdo a las necesidades inherentes de los menores; señalan también que no solo

se centra esta atención en el aspecto material sino también en el emocional, sociológico y psicológico, promoviendo así el desarrollo de un individuo íntegro y adaptado a su entorno.

El criterio desarrollado, hace referencia a un elemento determinante en los procesos sobre tenencia debido a que en razón a ellos los jueces resolverán a favor o en contra de una tenencia exclusiva, reconocimiento de tenencia o variación de tenencia; para ello cuentan con el importante rol del Equipo Multidisciplinario quienes a través de sus informes psicológicos y sociales, ayudarán a identificar si los padres que se encuentran disputando la tenencia son aptos en su rol, para lo cual se requiere colaboración de los progenitores a efectos que se realicen las evaluaciones pertinentes.

c) Opinión del menor:

Derecho reconocido no solo por nuestra legislación nacional, sino también por la Convención de los Derechos del Niño, como parte fundamental para garantizar el interés superior del niño y el debido proceso; para el autor Del Aguila (2019), la opinión que vierte el menor sobre sus actividades diarias y el afecto hacia sus progenitores, son fundamentales en el proceso, sobre todo en audiencia única, donde sus declaraciones adquieren mayor valoración ante las preguntas realizadas por el Juzgado y el representante del Ministerio Público.

Lo señalado por el autor se puede ver materializado en las sentencias que fueron objeto de estudio (véase Figuras 13 y 14); pues en la mayoría de los casos este criterio es ineludiblemente valorado ya que a través de el también se puede verificar su centro de vida y las competencias de sus progenitores; a excepción de una minoría de casos donde se prescinde de su valoración ya sea por su corta edad el menor no pueda emitir opinión o por deficiencias en el desarrollo de su lenguaje.

d) Años tiernos:

Considerada como una doctrina que sustentaba en su momento al artículo 84 literal b) del Código de los Niños y Adolescentes, mediante la cual se daba preferencia a la progenitora pues se creía que poseía mejores aptitudes respecto al cuidado de los hijos, sobre todo en los primeros años de vida del niño o niña (Ochoa, 2022).

Mediante la doctrina descrita es que los magistrados encontraban el amparo para otorgar la tenencia exclusiva a las madres que tuvieran hijos menores de tres años y cuya tenencia se estuviera discutiendo en un proceso judicial; normativa que actualmente ha cambiado tras la

entrada en vigencia de la Ley N°31590 donde ya no se establece de forma expresa el límite de una edad en la que el menor deba permanecer con la madre, sin embargo, hace referencia que para otorgar la tenencia compartida el juez debe considerar la edad del menor (Congreso de la República del Perú, 2022); siendo así deja a su criterio dicho aspecto, pudiéndose advertir que para algunos jueces la edad actualmente sigue siendo determinante para permanecer o no con la madre.

e) Evaluación de la conducta procesal de las partes:

En los procesos judiciales donde se discute la tenencia de menores, la comparecencia de las partes sobre todo la demandada es fundamental, pues a través de ella no solo se busca que ejerza su derecho a la defensa, sino que en los casos de familia y específicamente de tenencia, esta se manifiesta como una forma de evidenciar interés activo en formar parte de la vida de niño, niña o adolescente que se ve involucrado. Conforme lo establece el Código Procesal Civil, su artículo 458° y siguientes; se efectúa la declaración de rebeldía cuando la parte demandante a pesar de estar válidamente notificada no se apersona al proceso ni contesta la demanda, causando así una presunción legal relativa sobre los hechos postulados en el escrito de demanda, dejando la salvedad que la parte demandada pueda incorporarse al proceso en cualquiera de sus etapas (Presidencia de la República, 1984).

Se hace énfasis respecto a este punto, pues de los expedientes analizados se ha podido advertir en gran número de casos (véase Figuras 13 y 14) que el comportamiento procesal de las partes se configura como un criterio a analizar por parte de los operadores de justicia quienes encuentran en primer término a la rebeldía de los progenitores como una manifestación de desinterés por formar parte de la crianza de sus hijos; segundo, se advierte los casos donde habiéndose apersonado y contestado la demanda el progenitor no señala interés activo en ejercer una tenencia exclusiva o compartida, limitándose a no emitir pronunciamiento o solicitar un régimen de visitas; estas dos situaciones claramente generan para el juez un reflejo de escaso interés del progenitor en ejercer su rol parental, motivando así a mostrar mayor disposición a la tenencia exclusiva a favor del progenitor demandante, de quien se deberá verificar si su disposición y cuidado en la crianza manifestadas en la demanda son acorde a los medios probatorios actuados.

4.1.3. Respeto de los fallos contenidos en sentencias expedidas por los Juzgados de Familia

Con la entrada en vigencia de la Ley N°31590 donde se les exhorta a los jueces a otorgar como primera opción la tenencia compartida se han vertido distintas opiniones; tal es así que la Dra. Carmen Cabello Matamala en el año 2023 como Jueza de la Quinta Sala Constitucional Transitoria de la Corte Suprema, señaló su disconformidad con la modificación promulgada pues a su parecer esta restringía las facultades del juez al ver condicionada su decisión a la priorización de una figura jurídica determinada, en este caso la tenencia compartida; representando esta prioridad una interferencia en las decisiones judiciales que en la práctica son tomadas de acuerdo a las circunstancias de cada expediente y que en el caso de tenencia se analizan con el apoyo de especialistas en la materia; expresando así que la función de un juez no se limita a la aplicación de normas sino la valoración de hechos y pruebas; agregó también que la tenencia compartida es un objetivo deseable, pero que no puede estar por encima de los derechos del menor y de las circunstancias, resultando en diversos casos impracticable (Diario Oficial El Peruano, 2023).

Del estudio realizado a través de sentencias emitidas por Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, se ha podido evidenciar que estas en su gran mayoría resuelven declarando fundadas las demandas de reconocimiento de tenencia, que en dicho caso es exclusiva; esto sucede porque es la materia interpuesta con mayor frecuencia (véase Figuras 1 y 2) un patrón que se presentaba incluso desde antes de la entrada en vigencia de la Ley N°31590 y que se mantiene en la actualidad; siendo así se corrobora lo señalado por la Dra. Cabello al señalar que la ley promulgada resulta en impracticable, pues de lo que se ha venido analizando, en el proceso de reconocimiento de tenencia es solo uno de los progenitores (generalmente la madre) quien se queda al cuidado de los hijos en forma posterior a la separación, por lo cual se evidencia falta de participación del otro progenitor; siendo así las circunstancias de cada caso generan que los jueces no puedan priorizar la tenencia compartida como lo ordena la actual modificación, ya que en los procesos de reconocimiento los jueces se inclinan hacia el otorgamiento de la tenencia exclusiva para no alterar la esfera vital del menor.

4.2. Incidencia de tenencia compartida en las sentencias judiciales objeto de estudio

El régimen de tenencia compartida no es una figura que se haya introducido por primera vez en nuestra legislación con la Ley N°31590, pues está ya se encontraba regulada, pero como la excepción a la regla; por lo que era pasible de aplicación incluso desde antes, si como establecía nuestra normativa las circunstancias lo hubieran permitido (Congreso de la República del Perú, 2008). Respecto a la incidencia de la tenencia compartida, se tiene que antes de la modificación de la ley mencionada, esta era mínima por no decir escasa (véase Figura 18), ya que de la muestra estudiada de expedientes tramitados antes de la modificación se obtuvo que solo el 3,2% es decir en cuatro expedientes se dispuso el régimen de tenencia compartida

La modificación realizada mediante la Ley N°31590, generó expectativas respecto a la forma en la que se desarrollarían los procesos que versan sobre tenencia y en los que desde octubre de 2022 se tendría aparentemente que haber priorizado el régimen de tenencia compartida que actualmente está constituido como la regla general; sin embargo, de la muestra analizada de veinticinco expedientes tramitados en vigencia de la ley referida se tiene que el 76% hizo una simple mención a la modificación de Ley N°31590 (véase Figura 17) un porcentaje considerable de sentencias en el cual únicamente se hace referencia a la prioridad de la tenencia compartida, sin efectuar mayor análisis; mención que finalmente no genera su aplicación pues la cantidad de expedientes en los que se resuelve a favor de tenencia compartida es del 4% (véase Figura 19), para el caso que nos ocupa esto representa solo un expediente, en el cual se logra resolver a favor de dicho régimen con la particularidad que fue solicitado por las mismas partes al haber llegado a un acuerdo durante el desarrollo del proceso, más no por decisión judicial, es decir de la parte considerativa de la sentencia no se pudo evidenciar mayor análisis acerca de la prioridad de la tenencia compartida, ya que esta se limitó al acuerdo arribado entre las partes.

El Dr. Benjamín Aguilar, al ser consultado sobre este tema, señaló que la modificación realizada en la práctica es irreal, y que solo podría ser aplicable a un escaso número de personas que son la excepción; así mismo manifestó que la tenencia compartida podría estar viéndose analizada por los Juzgados de Familia como un régimen de visitas amplio; así mismo la Dra. Marcel Huaita, manifestó estar en desacuerdo con la promulgación de la Ley N°31590, porque esta debe obedecer al interés superior del niño y lo más beneficioso para este, señalando que la modificación realizada debe ser objeto de derogación o inaplicación por parte de los operadores de justicia en razón a la legislación nacional e internacional que regula el principio del interés superior (Facultad de Derecho PUCP, 2022).

La alegación realizada por Aguilar acerca que la prioridad otorgada resulta impracticable ha sido corroborada en las sentencias analizadas donde se evidencia que los casos a favor de la tenencia compartida son realmente mínimos, si bien la modificación realizada está siendo tomada en cuenta en los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, pues se hace mención sobre esta en las sentencias obtenidas, no se denota un análisis extenso, se tiene en claro que esta es mencionada más no necesariamente aplicada, sucediendo lo expuesto por Huaita, ello porque se presentan diversos factores por los cuales no sería lo más conveniente a criterio de los juzgados, por lo que someten dichas circunstancias a la excepción a la regla que se concretiza en el otorgamiento de una tenencia exclusiva; lo cual lleva a cuestionarnos: ¿Cuáles son los motivos que generan la inaplicación de la prioridad de la tenencia compartida?

a) No fue considerada como parte de la actividad probatoria:

Fundamento recurrente en las sentencias analizadas donde se señala que no se puede realizar una valoración de una tenencia compartida, porque dicho aspecto no ha sido parte de la actividad probatoria del proceso; en consecuencia, queda excluido del análisis judicial y la valoración conjunta de medios probatorios el régimen actualmente priorizado en nuestra legislación, es decir la coparentalidad, esto también a consecuencia que no son fijados como puntos controvertidos.

b) No se puede emitir pronunciamiento al no haber sido fijado como un punto controvertido:

Aspecto de significancia, pues es uno de los que justifica la falta de análisis de una tenencia compartida, en las sentencias analizadas los Juzgados de Familia, cuyos procesos han sido tramitados en vigencia de la Ley N°31590; estableciendo que emitir pronunciamiento sobre una discusión que no ha sido fijada como un punto controvertido vulnera el principio de congruencia procesal. Debemos traer a colación, que el III Pleno Casatorio Civil ha establecido dentro de sus lineamientos respecto al principio de congruencia, que el juez debe respetar las pretensiones alegadas por las partes en los diferentes escritos que han dado lugar al proceso como son la demanda, contestación, reconvención y su contestación, pues ello determina las bases del debate y el respeto al derecho de defensa; sin embargo, no es un dato menor indicar que en dicho pleno también como precedente vinculante se ha señalado que en los procesos de familia puede permitirse la flexibilización de este principio sobre petitorios implícitos al

tratarse de conflictos íntimos y que se dan dentro del contexto familiar (CSJ, 2011). Para el caso de la tenencia compartida debe tomarse en cuenta la naturaleza del conflicto, toda vez que los progenitores no son conscientes sobre este tipo de régimen, limitándose en sus pretensiones a un régimen de tenencia exclusiva o solicitando de forma genérica que se le permita pasar tiempo con su hijo o hija; por lo que el análisis sobre la posibilidad de otorgar un régimen de tenencia compartida debería ser considerado como un punto controvertido a desarrollar y analizar de forma adecuada, más aún cuando una norma especial le otorga prioridad en los procesos tramitados en sede judicial; pues limitar el análisis de régimen de tenencia compartida al pedido expreso de éste por las partes, genera la evidente imposibilidad de la aplicación de este régimen, ya que como se ha venido advirtiendo a lo largo de la investigación, en las sentencias analizadas las partes dan preferencia a la solicitud de una tenencia exclusiva, siendo mínima la cantidad de casos donde alguno de los progenitores plantea como pretensión principal el otorgamiento de un régimen de coparentalidad.

La flexibilización del principio de congruencia en los procesos de familia que versen sobre tenencia se constituiría como la base fundamental para que los juzgados puedan realizar un análisis adecuado que luego les permita determinar si es aplicable o no la coparentalidad, pues en la actualidad se está evitando emitir pronunciamiento respecto a la modificación de la Ley N°31590, basándose su criterio netamente en lo solicitado por las partes quienes escasamente demandan de forma expresa en sus petitorios una tenencia compartida; factor que limita su aplicación.

c) No es posible por factores como distancia, tiempo y relación conflictiva entre progenitores:

Los aspectos mencionados se materializan en las descripciones fácticas de cada parte en el proceso, donde en primer término se advierte problemas en la distancia entre los domicilios de los progenitores, ya que esta no solo se presenta a nivel distrital, sino a nivel departamental, regional, nacional e incluso internacional; situación que en la modificación realizada no ha sido contemplada ya que solo ha señalado que la distancia entre los domicilios de los progenitores no constituye un impedimento para ejercer una coparentalidad ;en cuanto al tiempo se ha identificado que los juzgados consideran que para que se pueda dar una tenencia compartida el régimen debe realizarse en la misma cantidad de días para ambos padres, lo que dificulta se ordene una tenencia conjunta, pues las circunstancias entre ambos progenitores no son las

mismas, advirtiéndose casos en donde pudo haberse dispuesto una tenencia compartida, sin embargo, esta no se dio porque los magistrados mantienen su postura que un régimen de tenencia conjunta únicamente se da en la misma cantidad de días para cada progenitor. En cuanto a este argumento Bauserman, 2002 (como se cita en Fariña et al., 2017) sostiene de forma distinta, que la custodia compartida que se ve materializada de forma física a través de la cantidad significativa de tiempo que pasan los menores con sus progenitores, no implica que esta se desarrolle necesariamente de forma igualita es decir un cincuenta y cincuenta para cada padre; en la misma línea diversos estudios consideran que puede existir un régimen de coparentalidad físico cuando el niño, niña o adolescente reside con sus progenitores por un tiempo entre un 33% y un 50%; y el restante con el otro padre o madre (Kelly, 2007; Sodermans et al., 2015; Sodermans & Matthijs, 2014, como se cita Fariña et al., 2017).

Se tiene como factor la relación conflictiva entre progenitores, que como ya se ha desarrollado antes, es una de las principales causas que no permite su aplicación; considerando que un pilar fundamental para dictaminar una tenencia compartida es la colaboración y comunicación constante entre los progenitores, siendo estas la base para poder desarrollar dicho régimen.

Se establece finalmente en cuanto al tiempo y la relación de los progenitores, que la coparentalidad para ellos surge como una respuesta a una percepción equivocada, sobre todo para el progenitor que no ostenta la tenencia al pensar que pierde la capacidad de ejercer los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, mientras que el progenitor que sí ostenta la tenencia asume las decisiones del menor de forma unilateral, limitando la participación del otro progenitor, que en muchos casos es origen de la relación conflictiva; en ese sentido la tenencia compartida no es una división igualitaria de tiempo en términos cuantitativos, sino la distribución equilibrada de tiempo de calidad, para fortalecer los vínculos del hijo con ambos padres (Gallegos, 2022).

d) No corresponde pronunciamiento al haberse conciliado dentro del proceso a favor de la tenencia exclusiva de uno de los progenitores:

Como vemos este el patrón respecto a la orientación de la tenencia exclusiva se presenta incluso durante el proceso, pues en la etapa conciliatoria cuando los progenitores manifiestan sus intenciones de llegar a un acuerdo conciliatorio éste finalmente es para otorgar de forma exclusiva la tenencia a uno de los progenitores generalmente termina siendo la parte

demandante; por lo que ante una evidente conciliación en la sentencia el juez se pronunciara sobre los demás extremos solicitados no conciliados que pueden ser respecto al régimen de visitas y alimentos.

e) No es la medida idónea en atención al interés superior del niño, niña o adolescente:

Como se ha podido advertir, en la práctica judicial, pese a la entrada en vigor de la modificación de la Ley N°31590, los juzgados determinan constantemente que la tenencia compartida no es la medida más idónea para los menores involucrados, pues de acuerdo a las circunstancias no garantiza el interés superior del niño; esto debido a las diferentes causas alegadas en la interposición del proceso y las circunstancias que se presentan dentro de este, en donde cabe resaltar en algunos casos se advierten indicios de alienación parental en los menores sobre los que se discute la tenencia, ante los cuales los juzgados resuelven dictando un régimen de tenencia exclusiva a favor del progenitor alienado.

4.3. Factores que facilitan o dificultan la aplicación de la tenencia compartida en Arequipa como prioridad.

De lo evidenciado y analizado a lo largo de la investigación, se puede entonces describir los factores que dificultan y facilitan la aplicación del régimen de tenencia compartida sobre todo en el contexto actual que se regula como prioridad.

En cuanto a los aspectos que la facilitan evidentemente se cuenta primero como factor elemental la adecuada relación parental entre progenitores la cual permitirá que se pueda analizar la posibilidad de priorizar la coparentalidad; en segundo lugar podemos indicar que una óptima comunicación entre los padres puede generar que estos lleguen a un acuerdo conciliatorio durante el desarrollo del proceso pues se ha evidenciado que a través de dicha vía se han llegado a fijar regímenes de tenencia compartida; como tercer punto pero no menos importante de acuerdo a los criterios que actualmente manejan los juzgados es la solicitud expresa mediante el petitorio de una tenencia compartida, hecho que permitirá que se realice un pronunciamiento de forma adecuada evitando así que este se deje de lado en amparo del principio de congruencia procesal.

Del otro lado tenemos los factores que se configuran como obstáculos y que dificultan la aplicación de una tenencia compartida en sede judicial; como primer término se tiene que la

modificación realizada con la Ley N°31590 se hizo sin previa evaluación respecto a la realidad del contexto de los procesos judiciales, ello ha significado que al día de hoy la autógrafa se vea impedida de su aplicación ya que no responde a lo que se tramita en sede judicial donde la mayoría de procesos interpuestos solicita el reconocimiento formal de una situación de hecho en el que solo uno de los progenitores ejerce la tenencia; segundo, predominio del modelo tradicional de tenencia exclusiva entre progenitores, pues al término de la relación convivencial o matrimonial optan porque solo uno de ellos ejerza la tenencia de los hijos, orientación por la que también han optado los operadores de justicia, dejando de lado la posibilidad de una tenencia conjunta; tercero, escasa argumentación judicial en materia de tenencia compartida, como se ha venido advirtiendo de las sentencias analizadas donde los juzgados no emiten mayor pronunciamiento respecto al régimen que hoy en día es priorizado; más aún cuando no se cuenta con jurisprudencia clara a nivel nacional sobre la aplicación de esta prioridad; cuarto, las causas que originan la interposición de procesos judiciales dentro de las cuales se tiene principalmente violencia familiar y relación conflictiva entre progenitores, que son factores determinantes para otorgar la tenencia exclusiva en aras de garantizar al menor un desarrollo adecuado y en un ambiente que le brinde protección; quinto, la falta de interés del progenitor no custodio en asumir responsabilidades bajo un régimen de tenencia compartida, ya que se ha advertido que no desean formar parte de la crianza de sus menores hijos, limitándose así a solicitar un régimen de visitas y por último la falta de lineamientos para poder determinar la tenencia compartida, pues si bien estos se señalan en la modificación realizada en el artículo 84 ° del Código de los Niños y Adolescentes, se habrían elaborado de forma genérica no permitiendo que se tenga criterios uniformes para la aplicación de este régimen y considerando que cada caso interpuesto en sede judicial posee distintas características en cuanto al tiempo y distancia en que los menores deben permanecer con cada progenitor.

Siendo estos aspectos los que en la actualidad están determinando la poca, por no decir nula aplicación del régimen de tenencia compartida, a pesar que nuestra legislación lo prioriza, esta fórmula legal no responde a la realidad de los casos en sede judicial lo cual dificulta la interiorización de la norma y la transición hacia un sistema de coparentalidad; pues en temas de familia cada caso posee circunstancias que lo hacen completamente diferente lo cual también conlleva al análisis de que nuestra legislación no debería en todo caso priorizar un régimen de tenencia por sobre otro, ya que esta dicha determinación corresponderá a lo actuado en sede judicial y al criterio del juez.

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 81° Y 84° DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE E INCORPORA LA TENENCIA COMPARTIDA PROGRESIVA

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

La Ley N.º 31590 modificó el Código de los Niños y Adolescentes para establecer la tenencia compartida como régimen prioritario en los procesos judiciales de familia que versan sobre materia de tenencia, variación de tenencia y reconocimiento de tenencia; si bien la modificación mencionada busco garantizar que los niños y adolescentes involucrados compartan y mantengan el vínculo parental con ambos progenitores; la prioridad otorgada a este modelo no resultaría compatible con los de los procesos judiciales en dicha materia. Por lo que, las investigaciones recientes y la práctica jurisprudencial demuestran que esta figura a pesar de ser prioridad, **no se aplica efectivamente**, por el contexto en el que se interponen los procesos de familia, falta de criterios objetivos, lineamientos probatorios y mecanismos adecuados de implementación.

El presente proyecto de ley tiene como finalidad otorgar la facultad al juez de otorgar la **tenencia exclusiva o compartida**, de acuerdo a su criterio razonado y previa valoración de las circunstancias de cada caso, así como las pruebas ofrecidas; determinando así el régimen más adecuado, efectivo y viable, mediante:

- La **regulación de la tenencia de forma general**, sin priorizar ningún tipo de tenencia en particular, quedando la aplicación de cualquiera de sus formas a discrecionalidad del juez.
- La fijación de **criterios mínimos para su análisis judicial**, y
- La creación de una **tenencia compartida progresiva**, que permita la transición del tradicional régimen de tenencia exclusiva no solo para los progenitores sino también para los operadores de justicia.

De esta manera, se busca garantizar la protección al interés superior del niño, evitando conflictos entre los progenitores y fortalecer la coparentalidad como una figura jurídica pasible de ser aplicada de forma progresiva de acuerdo a las circunstancias.

II. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La presente propuesta legislativa, no genera un mayor gasto para el Estado, ya que se limita a la modificación de los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes y la incorporación de la figura de tenencia compartida progresiva al código anteriormente señalado; con la única finalidad de establecer un punto de partida progresivo en nuestra legislación, fomentándolo como una opción en los procesos judiciales que se discuta la materia de tenencia.

III. EFECTOS

La propuesta implica la modificación de los 81° y 84°, e incorpora el artículo 84-A al Código de los Niños y Adolescentes, con la finalidad de otorgarle al juez la facultad para según su discrecionalidad a través de la fijación de lineamientos o criterios establecidos, de esta forma pueda dictaminar por el régimen de tenencia más favorable al menor en base al interés superior del niño y la evaluación de las circunstancias de cada caso.

Así mismo la incorporación de la figura de tenencia progresiva se configurará como el inicio hacia la transición de la tenencia exclusiva a la tenencia compartida, pues su aplicación de forma gradual; representa una alternativa que fomentaría decisiones judiciales flexibles y acorde a la realidad de los procesos judiciales que se interponen; sin imponer la prioridad de un régimen sobre otro, pues lo que en realidad se debe priorizar es el interés superior del niño y adolescente.

IV. FORMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA:

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto la regulación de la figura jurídica de tenencia de forma genérica efectiva de la tenencia compartida en los procesos judiciales de familia, a través de la incorporación de criterios normativos, procedimientos previos obligatorios y mecanismos progresivos de implementación.

Artículo 2. Modificación del artículo 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes

Modifíquese los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes en los siguientes términos:

Artículo 81°: Tenencia

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre los progenitores, tomando en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente.

De no existir acuerdo, el juez especializado podrá otorgar la tenencia exclusiva o compartida de acuerdo a las circunstancias de cada caso, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento y salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente.

Artículo 84. Criterios para la determinación de la tenencia

En ausencia de acuerdo entre los progenitores, el juez evaluará de manera motivada y expresa el otorgamiento de un régimen de tenencia exclusiva o compartida, conforme al principio del interés superior del niño, niña o adolescente.

Para ello, deberá valorar como mínimo los siguientes aspectos:

- a) La disposición efectiva de ambos progenitores para asumir corresponsablemente la crianza y educación del menor; caso contrario ante la existencia de una relación conflictiva entre los progenitores, se evaluará la opinión del menor, centro de vida y competencias parentales a efectos de determinar con qué progenitor permanecerá el niño, niña o adolescente.
- b) La distancia geográfica entre los domicilios de los progenitores y su impacto en la estabilidad del menor.
- c) Las competencias parentales, psicológicas y socioeconómicas de cada progenitor, acreditadas mediante los informes del equipo multidisciplinario.
- d) La existencia de antecedentes de violencia familiar (física, psicológica, sexual, económica o patrimonial), conflictividad crónica o incumplimiento de deberes

parentales, así como la conducta procesal de los progenitores durante el desarrollo del proceso.

- e) La edad y opinión del niño, niña o adolescente, siempre que su grado de madurez lo permita.
- f) En caso de otorgar una tenencia exclusiva, deberá señalar un régimen de visitas para el progenitor que no detente la tenencia.
- g) En el caso de otorgar una tenencia compartida, el niño, niña o adolescente en lo posible deberá pasar igual período de tiempo con ambos padres (no siendo este determinante y pudiendo fijar dicho régimen en porcentajes), vacaciones del hijo y progenitores, fechas importantes en la vida del menor y el derecho a pasar tiempo con las familias extendidas de cada progenitor.

El juez deberá justificar de forma expresa las razones por las que se otorga la tenencia exclusiva o compartida, debiendo argumentar en qué sentido el régimen no otorgado vulnera el interés superior del niño.

Artículo 3. Incorporación del artículo 84-A al Código de los Niños y Adolescentes

Incorpórese el Artículo 84- A al Código de los Niños y Adolescentes, con el texto siguiente:

Artículo 84-A. Régimen de tenencia compartida progresiva

Cuando las condiciones del caso no permitan la aplicación inmediata del régimen de tenencia compartida, el juez podrá establecer, de oficio o a pedido de parte, un régimen progresivo de tenencia compartida, siempre que exista disposición mínima de ambos progenitores para colaborar.

Este régimen será implementado por etapas escalonadas, acompañado por terapias psicológicas para hijos y progenitores, supervisado por el equipo multidisciplinario y revisado judicialmente cada tres (3) meses.

El régimen progresivo podrá transformarse en régimen definitivo cuando el interés superior del niño, niña o adolescente así lo justifique.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera. Aplicación supletoria

Las disposiciones del presente proyecto se aplican con carácter supletorio a los procesos de tenencia interpuestos con anterioridad, siempre que su aplicación no contravenga derechos adquiridos ni resoluciones consentidas.

Segunda. Reglamentación

El Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, en coordinación con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, emiten el reglamento técnico y operativo en un plazo no mayor de 90 días calendario, desde la entrada en vigencia de la presente ley.

DISPOSICIÓN FINAL

Única. Vigencia

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.



CONCLUSIONES

PRIMERA: De acuerdo con el estudio sobre la inserción de la tenencia compartida como régimen prioritario en el marco normativo peruano; se concluye que, la figura jurídica de tenencia compartida aún se encuentra en una fase incipiente de desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico. En la actualidad únicamente dos normas legales han abordado expresamente este régimen de tenencia: la Ley N°29269 que la introdujo por primera vez en nuestra legislación, cuya aplicación era excepcional y la Ley N°31590, que le otorgó carácter de prioridad frente a la tenencia exclusiva; sin embargo, ambas disposiciones han encontrado dificultades en su aplicación judicial efectiva, esto debido a la carencia de criterios normativos y técnicos. Los hallazgos evidencian que la promulgación de dichas leyes no ha sido acompañada de un análisis contextualizado del funcionamiento de los procesos en materia de tenencia, ni de las limitaciones que estos encuentran en su desarrollo. En consecuencia, se tiene que, si bien el régimen de coparentalidad está reconocido formalmente en el Código de los Niños y Adolescentes, esta figura no se ha consolidado en la práctica jurisdiccional, permaneciendo en nuestra legislación como una fórmula teórica con escasa operatividad en la realidad procesal peruana.

SEGUNDA: Respecto a la frecuencia de la aplicación de la tenencia compartida como régimen prioritario en las sentencias emitidas por el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa durante el periodo de 2021 al 2024; se concluye que, la frecuencia en su aplicación ha sido escasamente significativa, a pesar de que actualmente nuestra legislación la reconoce como regla general. El análisis documental reveló que la baja frecuencia en la adopción de la coparentalidad ya se presentaba como un problema desde antes de la entrada en vigencia de la Ley N°31590, con apenas un 3,2% de sentencias que resolvieron a favor de este régimen bajo la normativa anterior. Este patrón se mantiene durante la vigencia de la Ley N°31590, pues se ha advertido que solo en un 4% de los casos analizados se dispuso la aplicación de la tenencia compartida. Lo anterior evidencia que, a pesar de que en el Código de los Niños y Adolescentes se ha reconocido a la coparentalidad con carácter prioritario, esta normativa no está siendo efectivamente aplicada ni está generando impacto sustantivo en la práctica judicial sobre procesos en materia de tenencia.

TERCERA: Respecto a la identificación de factores que contribuyen o dificultan la implementación efectiva de la tenencia compartida en Arequipa; se concluye que se identificó predominancia en los factores que dificultan su aplicación en comparación con los que lo promueven. Esta conclusión, se encuentra sustentada en los casos interpuestos y analizados bajo la vigencia de la Ley N°31590, donde como establece en la Figura N°19 solo en un 4% de los expedientes analizados se dispuso la aplicación del régimen de tenencia compartida y de los cuales se ha podido identificar los motivos por los que se dispone o no la aplicación de la coparentalidad (Figura N°20); siendo que los elementos contribuyentes a su disposición son principalmente: el acuerdo conciliatorio de las partes y relación de colaboración entre los progenitores. Así mismo los principales factores que obstaculizan la aplicación de este modelo de tenencia son: la resistencia al modelo tradicional de tenencia exclusiva, no solo por los progenitores sino también por magistrados (Figuras N°6 y N°16); la escasa argumentación judicial sobre la coparentalidad, pues a pesar de ser una figura jurídica priorizada en nuestra legislación, los órganos jurisdiccionales se limitan a mencionarla sin hacer mayor análisis (Figura N°17); las causas que conllevan la interposición de dichos procesos (Figura N°12), falta de interés de uno de los progenitores en detentar la tenencia (Figura N°2 y N°20); generando todos estos una evidente ausencia de lineamientos que permitan evaluar e implementar adecuadamente la viabilidad de la tenencia compartida. En consecuencia, la práctica judicial actual revela dificultades frente a la adopción del régimen de coparentalidad, lo que motiva una resistencia al modelo de tenencia exclusiva, pese a la disposición normativa vigente; aspectos que han generado una brecha entre la norma y su cumplimiento efectivo.

CUARTA: Tras el análisis de la aplicación de la Tenencia Compartida como régimen prioritario en el 1er, 2do y 3er Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, durante el periodo 2021 al 2024; se concluye que, pese a la entrada en vigencia de la Ley N°31590, dicha prioridad normativa no ha sido implementada de forma efectiva en la práctica judicial. Los hallazgos revelan que la aplicación y disposición de la tenencia compartida ha sido excepcional, alcanzando apenas un 4% de los casos analizados y en su mayoría por acuerdo entre los progenitores, sin intervención activa del órgano jurisdiccional. Esto reflejado por la falta de lineamientos para su disposición, la ausencia de argumentación judicial sobre el mandato legal que prioriza la tenencia compartida y la inmediata transición al régimen prioritario de coparentalidad que, al no ser acorde al contexto real de los procesos judiciales en materia de tenencia, ha generado preferencia hacia el modelo de tenencia exclusiva. Entre los

factores que dificultan la aplicación destacan: la falta de solicitud expresa de las partes sobre ejercer una coparentalidad, presencia de relación conflictiva entre progenitores y ausencia de herramientas normativas y técnicas que orienten a los magistrados sobre cómo evaluar la viabilidad de dicho modelo. En suma, la tenencia compartida continúa siendo una figura jurídica reconocida a nivel normativo, pero marginal en su implementación efectiva, lo que evidencia una inaplicación estructural y operativa del nuevo enfoque introducido por la Ley N°31590.



RECOMENDACIONES

PRIMERA RECOMENDACIÓN: A fin de garantizar una adecuada aplicación de un régimen de tenencia compartida, se recomienda realizar un estudio exhaustivo a nivel nacional sobre el contexto y desarrollo de los procesos judiciales que se interponen en materia de tenencia y su tratativa desde la entrada en vigencia de la Ley N°31590, a cargo del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, con el objetivo de identificar patrones, dificultades y criterios adoptados por los juzgados. Este diagnóstico permitiría conocer el grado de aplicación de la tenencia compartida en el Perú y establecer las bases para realizar una reforma realista en el Código de los Niños y Adolescentes; asimismo, dichos estudios podrían generar espacios de análisis y debate por parte de los operadores de justicia especializados en derecho de familia, donde se dialogue acerca de la viabilidad, alcances y limitaciones de la tenencia compartida en el contexto de la realidad de procesos sobre tenencia; sentando así las bases para una aplicación coherente y fomentar una futura aplicación del régimen de coparentalidad.

SEGUNDA RECOMENDACIÓN: Respecto a la normativa vigente que prioriza la tenencia compartida, si bien es el modelo ideal que beneficia a los menores involucrados en la separación de los progenitores, se ha evidenciado que no es acorde a la realidad de los procesos judiciales en materia de familia, por lo que al priorizarla se ha realizado una transición demasiado rápida respecto del patrón de tenencia exclusiva, siendo la consecuencia la mínima aplicación de esta figura jurídica. A razón de ello, se recomienda realizar una modificación al artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, donde se regule que de no existir acuerdo entre los progenitores el juez podrá otorgar la tenencia exclusiva o compartida de acuerdo a las circunstancias; de este modo no se impone a los magistrados un modelo de tenencia en específico, sino que la determinación de este quedaría a su discrecionalidad; por otro lado se propone como medida transitoria la incorporación al Código de los Niños y Adolescentes de la figura de tenencia compartida progresiva, que permita una implementación gradual de ser el caso y de acuerdo a las circunstancias de cada menor, la existencia de esta figura fomentaría la coparentalidad y marcaría un punto de partida para una transición ordenada y congruente hacia el régimen de tenencia compartida.

TERCERA RECOMENDACIÓN: Ante la falta de lineamientos claros para la aplicación de la tenencia compartida, se recomienda modificar el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes, con el objetivo de regular criterios más específicos que orienten la labor del juez al momento de resolver casos sobre tenencia de menores, permitiéndole así evaluar de forma objetiva y de acuerdo a las pruebas ofrecidas si corresponde un régimen de tenencia exclusiva o compartida. Señalando que estos criterios no constituyen una limitación a la facultad del juez, sino deberán verse como una herramienta que contribuye a decisiones fundamentadas, en aras de proteger y velar por el interés superior del niño y adolescente.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar , G. (2008). El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 223-247. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060110>
- 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*, 73-113. doi:<https://doi.org/10.32870/dgedj.v8i22.378>
- Aguilar, B. (2009). La tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Derecho & Sociedad*, 101-197. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425/17705>
- Aguilar, B. (2014). Patria Potestad. En M. Torres, *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos* (págs. 9-52). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Aguilar, B. (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Aguilar, B. (2024). Tenencia compartida. En C. Montoya , *Patria potestad y tenencia compartida* . Instituto Pacífico S.A.C.
- Ampuero, D., Bracamonte, E., Córdova, G., Vasquez, G., & Rodríguez, M. (2024). La Tenencia Compartida en Perú: análisis de sus efectos sobre el Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente. *Chornancap Revista Jurídica*, 81-97. doi:<https://doi.org/10.61542/rjch.73>
- Arias, J., & Covinos, M. (2021). *Diseño y metodología de la Investigación*. Enfoques Consulting E.I.R.L.
- Ayvar, K. (2024). La patria potestad en el Perú. En C. Montoya, *Patria Potestad y Tenencia Compartida: Análisis jurisprudencial y dogmático* (págs. 46-65). Instituto Pacífico S.A.C.
- Baldino , N., & Romero, D. (2020). La pensión de alimentos en la normativa peruana: una visión desde el análisis económico del derecho. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 353-387. doi: <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.81>
- Barber, R. (2019). El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta. *REDUR*, 5-21. doi: <https://doi.org/10.18172/redur.4492>
- Barcía, R. (2018). La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres. *Ius et Praxis*, 460-512. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200469>
- Barletta, M. (2018). *Derecho de la Niñez y Adolescencia - Colección "Lo esencial del Derecho"*. Lima : Fondo Editorial PUCP.
- Bermúdez, M. (2019). *La evaluación constitucional de derechos en el derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

- Bravo, D. (2023). La tenencia compartida: ¿Problema o solución frente al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes? *Revista Sapientia & Iustitia* , 111-131. doi: <https://doi.org/10.35626/sapientia.6.3.50>
- Bravo, L., & Arroba, D. (2023). La tenencia compartida y la corresponsabilidad parental. *Código Científico Revista de Investigación*, 167-197. Obtenido de <https://revistacodigocientifico.itslosandes.net/index.php/1/article/view/114/227>
- Calonge, E. (2024). ¿Tenencia compartida o Tenencia partida?: Una modificación normativa para garantizar el interés superior del niño. En C. Montoya, *Patria Potestad y Tenencia compartida: Análisis dogmático y jurisprudencial* (págs. 186-199). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Canales, C. (2013). *Criterios en la determinación de la pensión de alimentos en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Canales, C. (2014a). *Patria Potestad y Tenencia: Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Gaceta Jurídica S.A.
- Canales, C. (2014b). Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de tenencia. En M. Torres, *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos* (págs. 101-115). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Cangas, L., Machado, M., Hernández, E., & Tixi, D. (2019). Análisis del derecho a la convivencia familiar y el régimen de visitas a menores de Ecuador. *Uniandes EPISTEME. Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación*, 820-833. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8298106.pdf>
- Cárdenas, A., & Schnettler, E. (2015). Reflexiones en torno a las competencias parentales: Una propuesta de definición operacional. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 35-51. doi:10.7770/RCHDYCP-V6N1-ART887
- Carril , M. (2018). La competencia del juez donde el menor tiene su “Centro de vida”. *Revista Difusiones*, 15-27. Obtenido de <http://revistas.ucse.edu.ar/ojsucse/index.php/difusiones/article/view/287/410>
- Castillo, F. (2023). *Derecho de Familia - Tomo II* (Primera ed.). Gaceta Jurídica S.A.
- Cataldi , M., & Notrica, F. (2019). El "centro de vida" como pauta integrante del superior interés del niño y su impacto procesal. 1-8.
- Chaca, M., & Vásquez, S. (2022). Tenencia compartida. *Revista Científica Dominio de las Ciencias*, 2217-2234. doi:<https://doi.org/10.23857/dc.v8i3.2998>
- Chambi, P. (2017). *Análisis jurídico del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta posterior a la disolución de la unidad familiar desde la perspectiva del interés superior del niño*. Arequipa: Repositorio Académico de la Universidad Nacional de San Agustín. Obtenido de <https://repositorio.unsa.edu.pe/server/api/core/bitstreams/33d938aa-8d4e-48d5-9aa7-7a14df3ff85b/content>

- Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. (2009). *Observación General N°12: El derecho al niño a ser escuchado*. Ginebra. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. (2013). *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Obtenido de <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>
- Congreso de la Nación Argentina. (2014). *Ley 26.994: Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#17>
- Congreso de la República del Perú. (2000). *Ley N°27337: Ley que aprueba el nuevo Código de los Niños y Adolescentes*. Diario Oficial El Peruano . Obtenido de <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682689>
- Congreso de la República del Perú. (2008). *Ley N°29269: Ley que modifica los artículos 81 y 84 del código de los niños y adolescentes incorporando la tenencia compartida*. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H974386>
- Congreso de la República del Perú. (2015). *Ley N°30264: Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*. Lima: Diario Oficial El Peruano. Obtenido de <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1141065>
- Congreso de la República del Perú. (2022). *Ley N°31590: Ley que regula la tenencia compartida, modifica los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes*. Lima: Diario Oficial El Peruano. Obtenido de <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1328675>
- Corte Superior de Justicia de La Libertad. (2007). *Pleno Jurisdiccional Distrital en materia de familia*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/57c35d8043eb787795ded74684c6236a/Ple_Dist_Familia_La_Libertad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=57c35d8043eb787795ded74684c6236a
- Corte Suprema de Justicia de la República del Peru. (2011). *III Pleno Casatorio Civil: Casación 4664-2010 Puno*. Lima. Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/08/Tercer-Pleno-Casatorio-Civil-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2016). *Casación N°3767-2015 Cusco, 08 de agosto de 2016*. Lima. Obtenido de <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/CAS3767-2015-CUSCO.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2017). *Casación N°1303-2016 Cajamarca, 06 de marzo de 2017*. Lima. Obtenido de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Casaci%C3%B3n-1303-2016-Cajamarca-Legis.pe_.pdf

- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2018). *Casación N°2365-2017 Cusco, 04 de abril de 2018*. Lima. Obtenido de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Casacion-2365-2017-Cusco-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2021). *Casación N.° 4081-2019 Arequipa, 14 de octubre de 2021*. Lima. Obtenido de https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/CASACI%C3%93N%20N%C2%BA4081-2019-AREQUIPA_LALEY.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2022). *Casación N°313-2021 Cajamarca, 28 de junio de 2022*. Lima. Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/sentencia-casacion-313-2021-cajamarca-LPDerecho.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2023). *Casación N°4545-2021 Lima, 09 de marzo de 2023*. Lima. Obtenido de <https://iuslatin.pe/wp-content/uploads/2023/11/Casacion-4545-%E2%80%932021-Lima.pdf>
- De La Cuba, C. (2024). Efectividad y pertinencia de la tenencia compartida en el Perú. *Actualidad Civil*, 87-105. Obtenido de <https://actualidadcivil.pe/revista-digital/edicion/actualidad-civil-117/efectividad-y-pertinencia-de-la-tenencia-compartida-en-el-peru>
- Defensoría del Pueblo. (2022). *Defensoría del Pueblo rechaza aprobación de propuestas legislativas que proponen regular tenencia compartida obligatoria*. Obtenido de Defensoría del Pueblo: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-rechaza-aprobacion-de-propuestas-legislativas-que-proponen-regular-tenencia-compartida-obligatoria/>
- Defensoría del Pueblo. (19 de Mayo de 2023). *Resumen Ejecutivo del Vigésimo Sexto Informe Anual 2022*. Obtenido de Defensoría del Pueblo: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/07/RE2022.pdf>
- Del Aguila, J. (2019). *Patria potestad, tenencia y régimen de visitas: Doctrina y Jurisprudencia*. Lima: Ubi Lex Asesores S.A.C.
- Del Moral, A. (2007). El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cuestiones Jurídicas*, 73-99. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127519340005.pdf>
- Diario Oficial El Peruano. (2023). *Carmen Cabello: "Nueva ley que regula la tenencia compartida limita trabajo de magistrados"*. Recuperado el 10 de abril de 2025, de El Peruano: <https://elperuano.pe/noticia/212242-carmen-cabello-nueva-ley-que-regula-la-tenencia-compartida-limita-trabajo-de-magistrados>
- Espinoza, E. (2022). La patria potestad en la legislación ecuatoriana. *Revista Ciencia & Sociedad*, 152-162. Obtenido de <https://cienciaysociedaduatf.com/index.php/ciesocieuatf/article/view/29/32>
- Facultad de Derecho PUCP. (2022). *¿Cuáles son las implicancias de la nueva ley que regula la tenencia compartida?* Recuperado el 17 de noviembre de 2024, de Pontificia Universidad Católica del Perú: <https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana->

juridica/cuales-son-las-implicancias-de-la-nueva-ley-que-regula-la-tenencia-compartida/

- Fariña, F., Seijó, D., Arce, R., & Vásquez, J. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 107-113. doi:<https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.11.001>
- Gallegos, M. (2022). La tenencia compartida: ¿Soluciona el problema de la tenencia entre padres separados? *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N°111, 41-53.
- Garay, A. (2021). La custodia compartida en las relaciones familiares en conflicto. *Ius Vocatio*, 73-78. doi:<https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v4i4.542>
- Garay, A. (2004). *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_publicaciones/as_cuadernos/as_cuadernos4?WCM_PI=1&WCM_Page.1e600f804f447278905ef8049c8bb817=2
- Garay, A. (2009). *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio*. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- García, A. (2023). El estado actual de la patria potestad en México. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 167-195. Obtenido de <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/934/939>
- García, M. (2021). Propuesta para acelerar los procesos de régimen de visitas. *Lumen*, 37-52. doi:<https://doi.org/10.33539/lumen.2021.v17n1.2387>
- Gómez de la Torre, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, 117-137. doi:<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>
- Gonzales, M., & Lescano, A. (2024). El interés superior del niño y la tenencia compartida en el Perú. En C. Montoya, *Patria potestad y tenencia compartida: Análisis dógmatico y jurisprudencial* (págs. 146-166). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2006). *Metodología de la Investigación* (Vol. Cuarta Edición). McGraw-Hill Interamericana.
- Jarrín de Peñaloza, L. (2019). *Derecho de Alimentos* (Primera ed.). Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú.
- Juárez, C. (2021). *Proyecto de Ley N°1096/2021-CR: Proyecto de ley que regula la tenencia compartida de niños y adolescentes*. Lima: Congreso de la República del Perú. Obtenido de <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTAwNTg=/pdf>
- Lanzavechia, G. (2018). Interés superior del niño en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 1-6. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/gabriel-lanzavechia-interes-superior-nino-codigo-civil-comercial-nacion-dacf180248-2018-03-16/123456789-0abc-defg8420->

81fcanirtcod?q=fecha-
rango%3A%5B20171010%20TO%2020180409%5D&o=12&f=Total%7CFecha%7C
Estado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%

- López-Contreras, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-715X2015000100002&script=sci_arttext
- Maldonado, R., España, M., & Cozzarelli, L. (2021). Afectaciones en los menores de la suspensión del régimen de visitas en tiempos de COVID-19. *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 1-23. doi:<https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2706>
- Mejía, P. (2002). *La Patria Potestad: doctrina, jurisprudencia y modelos*. Librería y Ediciones Jurídicas.
- Meléndez, D. (2021). Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y alimentos en los Juzgados de Paz Letrado. *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis*, 161-172. Obtenido de https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/search/jurisdiction:PE+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1/derecho+de+alimentos/vid/879451519
- Miralles, I., Roca, E., & Blandino, A. (2019). *El derecho de familia. El parentesco. Los alimentos* (Tercera ed.). FUOC-Universitat Oberta de Catalunya. Obtenido de https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/139946/12/Derecho%20civil%20IV_Modul1_El%20Derecho%20de%20Familia.%20El%20parentesco.%20Los%20alimentos.pdf
- Morales, J. (2017). Sobre la coexistencia de la patria potestad y la tutela: más allá de la tenencia compartida. *Actualidad Civil*, 133-145. Obtenido de <https://actualidadcivil.pe/revista-digital/edicion/actualidad-civil-40/sobre-la-coexistencia-de-la-patria-potestad-y-la-tutela-mas-alla-de-la-tenencia-compartida>
- Mosquera Endara, M. d., & Ocaña Villacrés, P. G. (2022). La tenencia compartida el bienestar superior de los menores y su repercusión en la educación. *Revista Conrado*, 18(S1), 20-30. Obtenido de <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/2318>
- Muñoz, Y., & Carhuas, L. (2024). Una evaluación crítica sobre la introducción de la tenencia compartida como regla y las implicancias de su aplicación en el contexto familiar peruano. En C. Montoya, *Patria potestad y Tenencia Compartida: Análisis jurisprudencial y dogmático* (págs. 202-220). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Ochoa, J. (2022). Corresponsabilidad y coparentalidad en la tenencia compartida. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 17-30. doi:10.58581/rev.amag.2022.v4n6.02
- Pariasca, J. (2022). La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente. *Llapanchikpaq: Jusiticia - Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú*, 41-53. Obtenido de <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/lj/article/view/591/764>

- Pérez Duarte y Noroña, A. (1997). *Panorama del Derecho Mexicano : Derecho de Familia*. Mexico D.F: McGraw-Hill. Obtenido de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10834>
- Pérez Duarte y Noroña, A. (2001). La violencia familiar, un concepto difuso en el derecho internacional y en el derecho nacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 537-565. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/427/42710105.pdf>
- Plácido, A. (2010). *Manual de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica S.A.
- Presidencia Constitucional de la República de México. (1928). *Código Civil para el Distrito Federal*. Mexico D.F: Diario Oficial de la Federación. Obtenido de <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/0a73d166ed8d549656c404173048aac7530c4442.pdf>
- Presidencia de la República. (1984). *Decreto Legislativo 295: Código Civil*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Presidencia de la República del Perú. (2022). *Oficio N°138-2022-PR*. Lima. Obtenido de <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MjU5MjA=/pdf>
- Roda y Roda, D. (2013). *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: El derecho del menor de ser oído*. Murcia: Universidad de Murcia. Obtenido de <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/37725/1/Dionisio%20Roda%20-%20Tesis%20Doctoral.pdf>
- Rodríguez , M. (2010). Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la personas y bienes de los hijos. *Ius et Praxis*, 55-84. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100003>
- Rodriguez, C., & Zeballos, D. (2023). *Criterios jurídicos para definir la obligación del pago de los alimentos de los menores bajo el régimen de tenencia compartida*. Arequipa: Repositorio Académico de la Universidad Católica San Pablo. Obtenido de <https://repositorio.ucsp.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/04fa5e40-750a-4f42-88afe3024e28e074/content>
- Rodríguez, R. (2018). *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rodríguez, R., & Alarcón, R. (2022). Violencia intrafamiliar y medidas de protección: Un análisis teórico y legislativo. *Polo del Conocimiento*, 932-954. doi: 10.23857/pc.v7i1.3627
- Santos , G. (2024). Tenencia compartida: ¿A quién se busca beneficiar? En C. Montoya, *Patria Potestad y Tenencia Compartida: Análisis jurisprudencial y dógmatico* (págs. 307-318). Instituto Pacífico S.A.C.
- Shinno, V. (2021). La pérdida de la tenencia por alienación parental. *Lumen*, 254-266. doi:<https://doi.org/10.33539/lumen.2021.v17n2.2471>

- Sokolich, M. (2013). La aplicación del Interés Superior del Niño por el sistema judicial peruano. *Vox Juris*, 81-90. Obtenido de <https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/1083/5.pdf>
- Sosa, K. (2018). *La tenencia o custodia en nuestro ordenamiento jurídico peruano*. Huacho: Universidad San Pedro. Obtenido de [https://repositorio.usanpedro.edu.pe/server/api/core/bitstreams/37394e5d-950e-4f4b-b88f-aad5fcd93d1d/content#:~:text=3.4%20Definici%C3%B3n%3A%20Tenencia%3A%20\(Chunga,sus%20hijos%20en%20su%20compa%C3%B1%C3%ADa.](https://repositorio.usanpedro.edu.pe/server/api/core/bitstreams/37394e5d-950e-4f4b-b88f-aad5fcd93d1d/content#:~:text=3.4%20Definici%C3%B3n%3A%20Tenencia%3A%20(Chunga,sus%20hijos%20en%20su%20compa%C3%B1%C3%ADa.)
- Suárez , G. (2014). La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 159-187. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552014000100005>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2010). *Temas selectos de Derecho Familiar: Patria Potestad*. México D.F: Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistemas de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tantaleán, R. (2022). *Derecho de Familia* . Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- Torrecuadra, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 131-157. Obtenido de https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-46542016000100131&script=sci_arttext
- Torres, M. (2021). *Los 100 temas actuales del Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica.
- Tribunal Constitucional de la República del Perú. (2015). *Exp. N°01665-2014-PHC/TC, 25 de agosto de 2015*. Lima. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/01665-2014-HC.pdf>
- Varela, R. (2022). La tenencia compartida: A propósito de la propuesta de modificación del Código de los Niños y Adolescentes. *Gaceta Civil & Procesal Civil* , N°111, 67-82.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia: la nueva teoría institucional y jurídica de la familia* (Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia : Derecho familiar patrimonial- Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar* (Vol. III). Gaceta Jurídica S.A.
- Vasquez, M. (2024). *Propuesta de modificatorias de la Ley N°31590 a fin de prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor*. Chiclayo: Repositorio Académico de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Obtenido de https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/7249/1/TL_VasquezTorresMiguel.pdf
- Villacis , E., & Rodríguez , E. (2023). La tenencia monoparental y el derecho a la familia. *Revista Universidad y Sociedad*, 658-665. Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S2218-36202023000200658&script=sci_arttext&tlng=en

ANEXOS

Anexo N°1: Autorización emitida por la Corte Superior de Justicia de Arequipa



Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

*"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las
heroicas batallas de Junín y Ayacucho"*

Arequipa, 27 de Agosto del 2024

PROVEIDO N° 001155-2024-P-CSJAR-PJ

**Asunto : SE COMISIONA A LA ADMINISTRACION DEL MODULO DE FAMILIA
CSJAR, A GESTIONAR EL ACCESO A INFORMACION, COPIADORES
Y/O ARCHIVO MODULAR CON FINES ACADEMICOS (Srta. Luz de
María Adriana Patiño Juárez -- UCSM).**

Referencia : EXPEDIENTE 018772-2024-ATDA-G
Solicitud S/N

En atención a la solicitud presentada por el Srta. Luz de María Adriana Patiño Juárez,
Bachiller en Derecho por la UCSM, al amparo de la política institucional de impulsar la
investigación jurídica; **SE DISPONE COMISIONAR:**

A la Administración del Módulo de Familia - Corte Superior de Justicia de Arequipa,
a fin de realizar las gestiones necesarias previa evaluación conforme a ley; en
referencia al acceso a información, copiadores y/o archivo modular, ello para optar
grado académico, debiendo remitir a presidencia la respuesta brindada a la
solicitante para conocimiento (hoja de envío).

**SR. DR.
DE LA CUBA CHIRINOS
PRESIDENTE**

CDC/dee



**Firma
Digital**

Firmado digitalmente por DE LA
CUBA CHIRINOS Cesar Augusto FAU
20456310859 soft
Cargo: Presidente De La Csj De
Arequipa
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 27.08.2024 16:22:28 -05:00

