

**UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**“PRESUPUESTOS PARA LA APLICABILIDAD DE LA TENENCIA  
COMPARTIDA, LIMA, 2017”**

TESIS PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

TESISTA BACH: LUIS MERA NAVAL

ASESOR:

DR. MARCO ZEVALLOS ECHEGARAY

Lima – Perú

2017

**DEDICATORIA:**

A todo aquel que con su conocimiento me entregó un apoyo constructivo para la ejecución de esta investigación.

### **AGRADECIMIENTO:**

A Dios por permitir que culmine esta etapa de mi vida.

Especialmente a mis dos hijos y toda mi familia en general, por el apoyo brindado hacia mi persona, que siempre están brillando en mi camino como luces, guiando mis fuerzas y ánimos.

# ÍNDICE

DEDICATORIA .....	II
AGRADECIMIENTO:.....	III
ÍNDICE .....	IV
RESUMEN.....	VI
ABSTRAC.....	VII
INTRODUCCIÓN .....	VIII
CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	
1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	9
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	10
1.3 OBJETIVO GENERAL .....	11
1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	11
1.5 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	11
1.6 LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
1.7 VIABILIDAD O FACTIBILIDAD .....	12
CAPÍTULO II: Marco Teórico.....	12
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
2.2 BASES TEÓRICAS .....	13
2.3 DEFINICIONES CONCEPTUALES .....	27
2.4 HIPÓTESIS .....	29
2.5 VARIABLES .....	30
2.5.1 VARIABLE INDEPENDIENTE .....	30
2.5.2 VARIABLE DEPENDIENTE.....	30
2.6 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.....	30
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN .....	33
3.1.1 Enfoque .....	33
3.1.2 Alcance o Nivel.....	34
3.1.3 Diseño .....	34
3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA .....	35
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN .....	36
3.3.1. Para la recolección de datos.....	36
3.3.2. Para la presentación de .....	37

3.3.3. Para el análisis e interpretación de datos .....	39
CAPÍTULO IV: RESULTADOS .....	41
4.1. PROCESAMIENTO DE DATOS .....	41
4.2. CONTRASTACIÓN Y DE HIPÓTESIS.....	69
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE RESULTADOS	
CONCLUSIONES .....	74
RECOMENDACIONES .....	76
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77
A N E X O S .....	80

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación se desarrolla analizando el desarrollo de la ineficacia del proceso de adopción y su incidencia en los delitos de trata de niños, esto se basa en la falta de cambios en la ley de adopción, que tuvo que adaptarse al nuevo desarrollo de la Procedimientos de adopción para proteger el derecho a la no institucionalización de los menores, ya que ésta es una de las causas de la trata de menores, siendo esencial un procedimiento adecuado y efectivo.

**PALABRAS CLAVES:** adopción, ineficacia, no institucionalización, trata de personas.

## **ABSTRAC**

The present research work is developed in analyzing the development of the ineffectiveness of the adoption process and its incidence in the crimes of trafficking in children, this is based on the lack of changes in the adoption law, which had to adapt to the new development of Adoption procedures to protect the right to non-institutionalization of minors, since this is one of the causes for trafficking in minors, and an adequate and effective procedure is essential.

**KEYWORDS:** adoption, inefficiency, non-institutionalization, human trafficking.

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación se desarrolla en el supuesto de la ineficacia de los procesos de adopción del Perú y como inciden en la causa de la trata de menores, todo menor tiene derecho a desarrollarse en un lugar adecuado y ante una situación que lo deja en desprotección, antiguamente llamado abandono, el estado es el responsable de otorgarle medios para levantarse en este mundo, buscándoles principalmente una nueva familia cuando ellos se encuentren imposibilitados en la suya de origen, sin embargo por la falta de fiscalización y actuación del Estado muchas veces, la adopción que es el medio para salvaguardar los derechos de estos menores es usada para traficar con ellos, siendo los principales casos los realizados a nivel internacional, es por ellos que a través de cinco capítulos se desarrolla la investigación, comenzando con el planteamiento de un problema de investigación, seguido por la descripción del marco teórico, metodología de la investigación, resultados y discusión de resultados, así como el respectivo análisis en las conclusiones y recomendaciones.

# CAPÍTULO I

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La realidad ha demostrado desde hace mucho tiempo que el derecho de familia es una parte fundamental para el ordenamiento jurídico, pues es gracias a la evolución de las distintas instituciones que son parte y se relacionan con el derecho de familia que la sociedad ha demostrado la necesidad del cambio y la implementación de normar que estén acorde a lo nuevo que va saliendo cada día, este es el caso de la tenencia, en especial desde el desarrollo internacional del interés superior del niño, pues es gracias a este principio que los ordenamientos jurídicos de todas partes del mundo agregan otro tipo más de tenencia a parte de la exclusiva llamada “tenencia compartida”, el fundamento principal de su creación fue que de acuerdo a los distintos estudios científicos sociológicos y psicológicos lo mejor para los menores es desarrollarse con una presencia equitativa de ambos padres de familia, por lo cual este supuesto cumple con el fundamento del principio del interés superior del niño, entonces se entiende que debe ser preferible este tipo de tenencia, sin embargo esta decisión de preferencia no puede ser completamente discrecional de los jueces sino que existe una necesidad de que se cumpla con algunos presupuesto con los cuales realmente se está permitiendo la aplicabilidad de este tipo de tenencia, siendo así por ejemplo, no se podría dar una tenencia compartida si entre los padres se tiene una relación irreconciliable y turbulenta o en tal caso viven

extremadamente lejos uno del otro, así como del lugar de estudios del menor.

Entendamos que son muchos los supuestos en donde se hace necesario una regulación detallada, pues la excesiva discrecionalidad puede traer problemas en especial cuando en nuestro código de niños y adolescente solo una frase detalla que se debe preferir a la tenencia compartida, más nada más que desarrolle a una institución que en el mundo es considerada como una de las más grandes (art.81)

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

Tamayo expresa:

Al iniciar un proyecto de investigación se debe partir de la identificación de una situación o conflicto, aún sin solución, que tendrá que ser delimitada con exactitud para luego evaluar críticamente y proceder a su estudio metódico hasta alcanzar su solución. La selección del tema, primer paso en la ejecución de una investigación. La elección consiste en establecer con claridad y exactitud el contenido del trabajo a presentar. (Tamayo, 1999, p. 15)

Es importante recalcar que en la investigación socio jurídico la importancia o la incidencia del aspecto jurídico dentro del problema social es primordial para su desarrollo.

### **PROBLEMA GENERAL**

¿Cuáles son los presupuestos para la aplicabilidad de la tenencia compartida?

## **PROBLEMAS SECUNDARIOS**

- a) ¿Cuál es el fundamento para la exigencia de la creación de una regulación de los presupuestos para la tenencia compartida?
- b) ¿Cuál es la implicancia del interés superior del niño en la implementación de los presupuestos de la tenencia compartida?

### **1.3 OBJETIVO GENERAL**

Identificar los presupuestos para la aplicabilidad de la tenencia compartida.

### **1.4 OBJETIVOS SECUNDARIO**

- a) Establecer cuál es el fundamento para la exigencia de la creación de una regulación de los presupuestos para la tenencia compartida.
- b) Analizar la implicancia del interés superior del niño en la implementación de los presupuestos de la tenencia compartida.

### **1.5 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

La justificación de la investigación deviene primero de la práctica, es decir de la realidad existen pocos casos de tenencia compartida e incluso hay casos en donde no se cuenta con los medios para entregar una tenencia compartida aun así se solicita e incluso podría ser dada dependiendo de la discrecionalidad del juez, siendo así existe una necesidad en la práctica desarrollar más estos presupuestos a fin que realmente se cumpla el interés superior del niño

En el caso de la justificación teórica tenemos a la teoría tridimensional de derecho, la cual nos especifica el derecho en su cabalidad, tripartido en hecho, valor y norma, en el presente caso tenemos tanto el hecho como el valor pero las normas de los presupuestos aún se encuentran omisas.

La justificación metodológica nos hace remisión al tipo de investigación y enfoque realizados, el cual es cualitativo, siendo usado un diseño de teoría fundamentada, en la cual usaremos entrevistas para sustentar la investigación.

## **1.6 LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

La limitación de la investigación es el tiempo y el acceso a casos específicos dentro del sistema de judicial, de la misma forma otros medios de limitaciones son la cantidad de libros bibliográficos que requieren de un alto presupuesto económico, entre otros. En este caso estamos en el tema de la tenencia compartida.

## **1.7 VIABILIDAD O FACTIBILIDAD**

La viabilidad se da por la relevancia del problema social del cual se deriva y del avance del derecho de familia al realizar la implementación de presupuestos, a lo que también se remite el apoyo de compañeros de la carrera como de especialistas que permitan el verdadero avance de la investigación a través del préstamo de información como de las entrevistas realizadas.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

Chong (2015) en su tesis titulada Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del primer juzgado transitorio de familia, Lima Sur, 2013, de la Universidad Autónoma del Perú. Realiza una investigación sobre la efectividad de la tenencia compartida y como los jueces no utilizan este tipo de tenencia pues siguen con la anterior concepción de la tenencia exclusiva.

Ramos (2014) Tenencia de los hijos menores de edad en seguida del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres. Universidad Central del Ecuador.

En esta investigación se toma la importancia de la tenencia compartida para el bienestar del menor, pues según los estudios este tipo de tenencia permite al menor tener a ambas figuras paternas para su desarrollo siendo la mejor opción.

#### **2.2 BASES TEÓRICAS**

“En septiembre 2006, la Congresista Luisa María Cuculiza presentó el Proyecto de Ley N° 199/2006-CR y aunque parezca paradójico, una mujer

legislativa reconoció que inmediatamente de una separación de una familia (formada o de hecho) la tenencia de los hijos se torna en un argumento de “propiedades” ya que los conflictos se vuelven degenerativos de la dignidad e identidad individual y familiar.

Adicional la propuesta legislativa refiere una serie de problemas socio familiares pobremente abordados por la legislación nacional:

- a) EL entorpecimiento del vínculo paterno filial, al despojarse generalmente a los varones de un acercamiento con sus hijos, con lo cual si la realidad es prolongada y reiterada suele provocar el cansancio del progenitor y así terminar por alejarse de su propio hijo.
- b) El mencionado síndrome de alienación parental, ocasionada por quienes tienen la tenencia de los menores, exteriorizado en la generación de conductas y acciones que influyen de manera negativa en el proceder con el otro progenitor.
- c) La violencia familiar en el entorno psicológico, inducido a quienes son la parte débil de toda relación dificultosa, que podría ser inclusive para los dos progenitores quienes actúan entre sí provocando la restricción de sus derechos.

Finalmente en esta sección, insuficientemente se ha estudiado del derecho de los abuelos y otros familiares cuando existe una relación concluida de los padres, despojándoseles a ellos de un contacto seguido y habitual con sus propios familiares, con sus sucesores.” (Bermúdez, 2008, pp. 1-2)

La realidad ha demostrado que en un proceso de Tenencia, es frecuente su otorgamiento a la madre; más aún cuando el hijo o los hijos son pequeños. Normalmente sus fundamentos son: que ella es la persona

más idónea para encargarse de la crianza de los hijos, les prodiga más ternura y protección, o tal vez porque en muchos casos, es el padre quien provee al hogar los recursos económicos necesarios para su subsistencia, debiendo para ello ausentarse para ir a su centro laboral. (Grosman, 2008, p.2)

Ello se fundamenta en lo establecido por Grosman con su análisis de legislación comparada de la tenencia compartida en América Latina (Grosman, 2008, p.5)

Por ejemplo para Puerto Rico “Según la Exposición de Motivos de la Ley, los menores de edad que son producto de relaciones matrimoniales disueltas merecen la misma atención que los menores de edad que disfrutan de la atención de ambos progenitores. 3 El Artículo 2 de la reseñada ley 4 instituye que el ejercicio de la paternidad y maternidad responsable no se puede ceñirse a relaciones filiales en fines de semanas alternos. Todo lo inverso, la actuación de una maternidad y paternidad responsable reposa en la colaboración activa de uno y otro padres en el desarrollo de sus hijos.”(Caro, 2013, p. 307)

“La sociedad puertorriqueña al igual que otras sociedades se ven involucradas constantemente en un proceso evolutivo en el cual surgen modificaciones significativas en la composición de la familia y el modo en que sus componentes se relacionan. Estos cambios tienen como consecuencia que el Derecho de Familia se encuentre en ocasiones resguardado respecto a las necesidades de la familia contemporánea y a los procedimientos que se llevan a cabo en los Tribunales de Justicia de Puerto Rico. Por tanto, se han presentado medidas en la legislatura de Puerto

Rico desde principios del año 2005, con el propósito de proteger y procurar el mejor bienestar del menor mediante la implantación y regulación de la Custodia Compartida.”. (Gierbolini y Cano, 2008, p.1)

“los menores no como objeto del pleito, sino en su condición de afligido por la situación de que el pleito es corolario y destinatario de la superior preocupación del ordenamiento. Todos los temas giran en torno a los menores de edad de familias en conflicto.” (Stilerman, 1997, p. 1)

#### El artículo 81º CNA

Anteriormente: “Cuando los padres se encuentren separados de hecho, la Tenencia de los menores y adolescentes se establece de común acuerdo entre y tomando en consideración el criterio del niño y el adolescente. Si no existiera acuerdo o si este resulta pernicioso para los hijos, la Tenencia la solucionará el juez especializado, dictando las evaluaciones necesarias para su cumplimiento”. (Juristas Editores, 2008, p. 40)

#### El artículo modificado, reza lo siguiente:

“Artículo 81º.- Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia se determina de común compromiso entre ellos y teniendo en cuenta el juicio del niño, niña o adolescente. De no estar acuerdo o si resulta nocivo para los hijos, la tenencia la solucionará el juez especializado imponiendo las medidas necesarias para su acatamiento, pudiendo acomodar la tenencia compartida, protegiendo en todo instante el interés superior del

niño, niña o adolescente.” (Jurista Editores, 2014, p.40)

Ante ello tenemos lo que desarrolla la doctrina argentina con Gil Domínguez, Famá y Herrera, al referirse a la familia monoparental, señalan “El aumento de los divorcios y las separaciones en el marco de un proceso sociocultural complejo (...), es, sin lugar a poner en tela de juicio, la primordial razón del acrecentamiento numérico de las familias monoparentales, con una marcada preeminencia de los hogares con autoridad femenina ya que, si coexisten hijos del matrimonio o la unión de hecho, los infantes suelen permanecer con la madre”.( Gil, 2006, p.178)

Es dentro de esta perspectiva socio cultural, que se vierte una realidad de particular vulnerabilidad, de la mujer como cabeza de una familia monoparental: por un lado, es la proveedora económica de dicho núcleo; por otro, de ser la organizadora de las labores domésticas y de atención de los hijos.

De allí parte la necesidad de hallar un trato igualitario de satisfacción de los derechos en paralelismo de condiciones para varón y mujer, con acceso proporcionado mutuo al cuidado directo de los hijos, en un criterio de alternancia en el cuidado de aquellos, que no es sino, la tenencia participada. (Aguilar, s.f., p. 4).

A pesar que la Legislación de países como Bélgica, Noruega, Suecia, Dinamarca, Francia, Suiza, Italia, algunos estados de Estados Unidos y Brasil (Bermúdez, 2011, p. 10), tienen desarrollada la tenencia compartida y legalmente sugieren al magistrado que promueva la tenencia compartida de los menores entre los padres, como una prevención más eficaz, pertinente y menos onerosa en términos monetarios y emocionales. En el Perú, no se da ya que la Ley de

Tenencia Compartida, aún no posee los alcances expertos jurisdiccionales esperados.

El Principio del Interés Superior del Niño, es una directriz para el Estado sobre como efectuar sus funciones (jurisdiccional, legislativo, administrativa) bajo el respeto de los derechos fundamentales del niño, el cual debe prevalecer sobre otra situación siempre buscando su bienestar.

La concepción del interés superior del niño constituye su reconocimiento como persona, la aprobación de sus necesidades y la protección de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto simboliza que resultará en su provecho toda operación o medida que tienda a respetar de modo efectivo sus derechos.

Esta directriz efectúa una función examinadora e integradora de las normas legales, constituyéndose en prototipo de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. (Grosman y Ferrer, s.f., p.45)

El Tribunal Constitucional también explica este principio en su jurisprudencia del EXP. N.º 02132-2008-PA/TC:

*“La protección del interés superior del niño, niña y adolescente a modo de contenido constitucional*

El principio constitucional de defensa del interés superior del niño, niña y adolescente instituye un contenido constitucional tácito del artículo 4º de la Norma Fundamental en cuanto a lo que establece que “La comunidad y el Estado resguardan especialmente al niño, al adolescente, (...)”.

Este contenido fundamentalmente es reconocido por la "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1989, ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y confirmada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, anunciada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990.

El contenido de la indicada Convención se publicó en Separata Exclusiva el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N° 25302, informada el 4 de enero de 1991, se declaró de preponderante interés nacional la propagación de la "Convención sobre los Derechos del Niño".

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye, entre otras disposiciones, las siguientes:

#### Artículo 3

*1. En todas las medidas referentes a los niños que utilicen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los juzgados, las autoridades administradoras o los órganos legislativos, una circunspección primordial a que se atenderá estará el interés superior del niño.*

*2. Los Estados Partes se obligan a asegurar al niño el amparo y el cuidado que sean obligatorios para su bienestar, teniendo en consideración los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas comprometidas de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legales y administrativas adecuadas.*

#### Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida apropiado para su progreso físico, mental, psíquico, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les corresponde la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios financieros, las condiciones de vida que sean necesarias para el progreso del niño.

(...)

4. Los Estados Partes tomarán las acciones apropiadas para ratificar el pago de la pensión de alimentos por parte de los padres u otras personas que tengan la compromiso financiero por el niño (...) (Resaltado incorporado).” (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 02132-2008-PA/TC)

Acorde al artículo 55º de la Constitución establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que “Las normas relativas a los derechos y a las autonomías que la Constitución reconoce se descifran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y pactos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, recordemos entonces a los entes jurisdiccionales que todo lo desarrollado a nivel internacional es de imperativo cumplimiento a nuestro ordenamiento, sin embargo también es un deber implementar las nuevas instituciones o directrices dadas por las instancias supranacionales con normativas nacionales con el fin de que sean eficaces.

Según el EXP. N° 03744-2007-PHC/TC “El Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya en anteriores circunstancias respecto del comprendido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente, y en la pretensión de su atención exclusiva y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia del Expediente instituyó que:

(...) se hace necesario precisar que, acorde se desprende la Constitución, en todo proceso legal en el que se deba comprobar la afectación de los derechos primordiales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe gestionar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En consecuencia, como uno de los contenidos constitucionalmente resguardados del artículo 4º de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen fundamentalmente al niño, al adolescente (...)”, se encuentra la conservación del interés superior del niño y del adolescente como un compromiso ineludible de la colectividad y principalmente del Estado.

Desarrollado tal comprendido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida referente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Constituyente y Judicial, del Ministerio Público, las Direcciones Regionales, Gobiernos Locales y sus demás entidades, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (Tribunal Constitucional, EXP. N° 03744-2007-PHC/TC)

“Tal cuidado a prestarse por las partes jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser específica en la medida en que un niño o un adolescente no se compone en una parte más en el sumario sino una que posee particulares singulares y características respecto de otras, por lo que más allá de las consecuencias del caso, debe gestionarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos mientras dure el proceso.

Asimismo, tal cuidado deber ser prioritario pues el interés superior del niño y del adolescente tiene preeminencia en la actuación estatal en relación de aquellas decisiones judiciales en las que no se hallan comprometidos sus derechos esenciales.”  
(Tribunal Constitucional, EXP. N° 03744-2007-PHC/TC)

En cuanto al contenido del mencionado artículo 4º de la Norma Fundamental, concretamente en el extremo concerniente a la protección de la infancia, el Tribunal Constitucional ha sostenido en el Exp. N° 0298-1996-AA/TC:

“Que, dentro del orden de prelaciones y escalas existente al interior de una Constitución, es concluyentemente un hecho incontrovertible, que mayor relevancia reviste para un Estado y su comunidad, el salvaguardar a la infancia y más aún, si se encuentra en condiciones de abandono, que suscitar la seguridad como valor aislado, pues independiente de que tal dispositivo descansa directamente sus fundamentos en el artículo 1º de la Norma Fundamental y es, por resultante, rigurosamente tributario del principio "Dignidad de la Persona", , del acatamiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la

eficacia y vigencia del otro. No es admisible, que un Estado promulgue la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando sustenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una población permite, de espaldas a su propia situación, que la desprotección a la niñez se solventa con modos de indiferencia crónica, lo único que propaga son las circunstancias, para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus derechohabientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le concerniera en lo absoluto” (Tribunal Constitucional, Exp. N° 0298-1996-AA/TC.).

Además en el EXP. N.° 02132-2008-PA/TC fundamenta lo siguiente:

“Es por ello que, el principio reglamentario de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se compone para el Tribunal Constitucional como “aquel valor especial y privilegiado según el cual los derechos esenciales del niño, niña y adolescente, y en posterior instancia su dignidad, tienen fuerza normativa privilegiada no sólo en el momento de la elaboración de normas, sino también en el instante de la interpretación de las mismas , constituyéndose por tanto en un principio de ineludible plasmación para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el comprometido de velar por su derechos primordiales.” (Tribunal Constitucional, EXP. N.° 02132-2008-PA/TC)

En el EXP. N.° 02132-2008-PA/TC se funda que “el hecho de que un niño o una niña posean un padre, madre o garante de su tutela, no involucra en modo alguno que el resguardo de su dignidad o su progreso físico, psíquico o social se vean sometidos a la voluntad de

tales personas adultas. Ni el provecho del padre, madre o garante de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos derechos elementales de los niños, niñas y adolescentes.” (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 02132-2008-PA/TC)

De las jurisprudencias citadas entendemos que la familia es primordial para el Estado, así como su protección entiende también la mantención de los vínculos de los padres con los hijos por lo cual ante una situación en donde una familia se separa, no significa que dejan de ser familia entre los niños y los padres pues existen nuevos tipos de familia en donde es posible que los menores formen una familia tanto con su madre como con su padre sin la necesidad que ambos residan bajo el mismo techo.

“Rentaría Durand, señala que: el interés del niño implica que se respeten sus derechos (...) y que muchas veces significa anteponer su bienestar (del menor) aún contra los intereses de sus padres.” (Fernández, 2014, p. 11)

Según O'DONNELL:

“Si interpretamos el concepto de separación de forma amplia es posible darle un sentido a esta cláusula. Si por separación concebimos la suspensión del derecho a participar en la educación del niño. En ésta hipótesis, el padre o la madre que no coexiste con los niños tendrá no sólo el derecho de salvaguardar contacto con sus hijos y el deber de contribuir a su sustento, sino el derecho y deber de cooperar y participar en el cumplimiento de todas los compromisos y responsabilidades que tienen las

madres y padres con relación a sus hijos. La idea de que la separación o disgregación de los padres regularmente no debe significar la anulación o suspensión de las obligaciones de cada uno de ellos parece coherente con los valores e intenciones que inspira la Convención sobre los Derechos del Niño”. (O’donnell, 2006, p. 15)

La tenencia compartida es importante para la continuidad de los vínculos afectivos entre los padres y los hijos que tienen la posibilidad de hacerlo ya que el rompimiento afectivo entre una pareja no tiene injerencia en la relación padre o madre –hijo o hija, siendo así el derecho del menor de tener ambas presencias paternas en su crecimiento.

“De hecho, la implementación de la posesión compartida en nuestro sistema es una forma objetiva de emplear el principio en mención, es un paso adelante en la búsqueda del bienestar de los menores cuyos padres decidieron apartarse, debido a que invita a los hijos a continuar conservando vínculos con las dos ramas familiares, aspecto esencial en su desarrollo; sean cuales fueren las relaciones entre los padres, el hijo necesita querer a su padre y a su madre, para desarrollarse emocionalmente en buenas condiciones.” (Aguilar, s.f., p. 4).

La importancia de la tenencia compartida nos la explica Beltrán:

“La Paternidad Responsable se encuentra en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica la actuación efectiva de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad

Como resultado de la responsabilidad parental, tenemos el derecho que poseen los padres de coexistir con sus hijos y a su vez el derecho de los hijos de vivir en una familia sea ésta: nuclear, monoparental, distanciada, reconstruida o ensamblada, entre otras.

La posesión compartida solo puede ser concedida a aquellos padres que ejercitan la paternidad y maternidad comprometida.

La Coparentabilidad es una nueva forma de entender las relaciones familiares e inter-parentales, con el único objetivo de lograr la unidad de la familia, en virtud a que ambos padres intervienen en paridad de condiciones en la formación de sus hijos más allá si viven juntos o no, consiguiendo en ellos un desarrollo integral.

La Tenencia es una instauración familiar, que permite a los padres vivir juntamente con sus hijos menores de edad, por lo que de acuerdo a las condiciones puede ser definida como: a.- Un atributo de la patria potestad b.- Como institución propiamente dicha.

Las Clases de Tenencia en el Perú son la tenencia exclusiva o monoparental y la tenencia compartida o biparental.” (Beltrán, 2013, pp. 1-2)

- Tipos de custodia

A continuación pasaremos a divisar los tipos de custodia, para entender las diferencias entre las mismas.

“Custodia exclusiva

A favor de uno de los progenitores: es la representación de custodia más habitual adoptada por los tribunales en los procesos en los que no hay recíproco acuerdo. Implica la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro, el cual habitualmente contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos.

Custodia conjunta o compartida

Definida como la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos.

El rasgo característico de la custodia vinculada es que ambos ascendientes mantienen el compromiso legal y la autoridad en correspondencia con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia incólume. El padre con el que el infante reside en cada instante debe tomar las decisiones sobre la existencia diaria en correspondencia a la disciplina, limpieza, alimentación, entre otros.” (Catalán, s.f, p.66)

## 2.3 DEFINICIONES CONCEPTUALES

**Presupuestos:** Son los requisitos esenciales para la ejecución de algo.

**Tenencia:** Es la protección de un menor en donde el padre cuenta con la patria potestad y se da cuando se presenta una separación entre los progenitores.

**Tenencia Exclusiva:** Es el tipo de tenencia a través del cual la custodia del menor lo tiene solo uno de los progenitores posterior de su separación, teniendo el padre que no tenga la tenencia el compromiso de pasar los alimentos del menor para su manutención.

**Tenencia Compartida:** Es el tipo de tenencia en donde ambos padres cuentan con la custodia del menor, y comparten las responsabilidades de su crianza, es decir se suprime la obligación alimentista de un padre a otro.

**Relación Consanguínea:** Es la relación familiar basada en las líneas de sangre, de ascendentes o descendientes, la cual es medida por grados, siendo los primeros los grados entre esposos y entre padres e hijos, seguidos por los hermanos entre otros parientes de sangre.

**Relación Afectiva parental:** Es la relación entre familiares la misma que consiste en sentimientos por la crianza, especialmente entre padres e hijos.

**Alienación Parental:** Es el comportamiento de uno de los padres para hacer que el hijo se oponga a su otro progenitor.

**Convivencia:** Se da cuando dos o más personas viven en una misma morada y comparten las experiencias de vida.

**Derecho de Familia:** Es el conjunto de normas, estudios, doctrinas, teorías que se encuentran enfocadas en la familia, todo ello con un enfoque jurídico.

**Compartir:** “Repartir, dividir, distribuir algo en partes o Participar en algo.” (RAE, 2014, p.333)

**Juez:** Es el encargado de administrar justicia.

**Interés superior del Niño:** Es una institución que puede ser un principio o derecho e incluso una garantía y busca la preferencia del bienestar del niño.

## **2.4 HIPÓTESIS**

### **2.4.1. HIPÓTESIS GENERAL**

Los presupuestos para la aplicabilidad de la tenencia compartida son, la situación socioeconómica suficiente de ambos padres en conjunto con el espacio adecuado para la vivienda del menor con cada uno de ellos, la cercanía del lugar de vivienda de los padres que no interrumpa el entorno social del menor como su asistencia al colegio, atención médica, entre otros, así como la relación amical o suficientemente empática de los padres para cumplir con el acuerdo, entre otros supuestos afines con el principio del interés superior del niño.

### **2.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS**

- El fundamento para la exigencia de la creación de una regulación de los presupuestos para la tenencia compartida, es la garantía de los derechos fundamentales que establece la Constitución, pues con una regulación adecuada se salvaguarda la eficacia de la garantía ofrecida.
  
- La implicancia del interés superior del niño en la implementación de los presupuestos de la tenencia compartida, es su injerencia en la decisión judicial y en la decisión del legislador en regularlos pues este principio salvaguarda los derechos de los niños y adolescentes en su conjunto y debe ser observado para el cumplimiento de cualquier función estatal (ya sea jurisdicción o legislativo).

## 2.5 VARIABLES

### 2.5.1 VARIABLE INDEPENDIENTE

Tenencia Compartida

### 2.5.2 VARIABLE DEPENDIENTE

Presupuestos de aplicabilidad

## 2.6 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

### OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

**TÍTULO: “PRESUPUESTOS PARA LA APLICABILIDAD DE LA TENENCIA COMPARTIDA, LIMA, 2017”**

VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADORES	ITEMS		VALORACIÓN			TÉCNICAS E INSTRUMENTO
			Nº	Total	1	2	3	
<b><u>INDEPENDIENTE</u></b> <b>Tenencia Compartida</b>	- Tipos de tenencia	¿Cuál es la diferencia entre los tipos de tenencia?	X1 = 1	1	ANÁLISIS DE RESPUESTAS			<b>Técnica:</b> <b>- Entrevista</b>

	- Fundamento de creación	¿Cuál es el fundamento jurídico de la creación de la tenencia compartida?  ¿Cuál es la finalidad de la creación de la tenencia compartida?	X2 = 2	2	ANÁLISIS DE RESPUESTAS	Se realizará una entrevista a profesionales (Abogados) especialista en Derecho constitucional y Derecho de Familia.  Para recolectar datos de la investigación se confeccionará una entrevista de 8 ítems.  Las preguntas serán abiertas.  El instrumento es la Guía de entrevista la cual se encuentra conformada por las preguntas de los indicadores.
	- Importancia	¿Cuál es la importancia del principio del interés superior del niño en el otorgamiento de una tenencia compartida ya sea convencional o jurisdiccional?	X3 = 2	2	ANÁLISIS DE RESPUESTAS	
<b>DEPENDIENTE</b>  <b>Presupuestos de aplicabilidad</b>	- Necesidad de los presupuestos de la tenencia compartida	¿Cuál es la importancia de identificar los posibles presupuestos para la aplicación de la tenencia compartida?  Según su opinión ¿Es necesario implementar los presupuestos de la tenencia compartida para limitar la discrecionalidad de su otorgamiento jurisdiccional o convencional? ¿Por qué?	Y1=1	1	ANÁLISIS DE RESPUESTAS	
			Y2=1	1	ANÁLISIS DE RESPUESTAS	

	- Eficacia de la tenencia compartida	<p>En su opinión ¿La actual regulación de la tenencia compartida desarrolla la institución garantizando su eficacia? ¿Por qué?</p> <p>Acorde a su opinión ¿Cuáles podrían ser los presupuestos para dar eficacia a la tenencia compartida?</p>	Y3=1	1	ANÁLISIS DE RESPUESTAS	
--	--------------------------------------	--	------	---	------------------------	--

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

##### **3.1.1 Enfoque**

**Por el enfoque:** Cualitativo

Es un método basado en la argumentación, para el derecho este tipo de enfoque de investigación es importante y esencial puesto que la ciencia jurídica se basa en la observación de la realidad estableciendo un análisis, creación, implementación, entre otras acciones relacionadas con el orden de nuestra sociedad.

**Por el Objetivo:** Básica

Este tipo de investigación se encuentra enfocada en realizar un aumento en la información ya existente sobre el tema materia de investigación, en este caso se intenta aumentar los presupuestos a la implementación de la tenencia compartida con la finalidad de mejorar su eficacia.

“Este tiene por finalidad la indagación y consolidación del saber y la aplicación de los conocimientos para el incremento del conjunto cultural y científico, así como la elaboración de tecnologías al servicio del

progreso integral de las naciones” (Hernández, Fernández, y Baptista, 2014, p. 132).

### **3.1.2 Alcance o Nivel**

#### **3.1.2.1. Descriptiva.**

Toda investigación descriptiva tiene la característica de describir la realidad socio jurídica a través información pertinente al tema estudiado a través de una estructura organizada dependiendo de las variables, que forman parte del problema y objetivo de la investigación con el fin de tener resultados que ayuden a fundamentar la hipótesis.

#### **3.1.2.2. Explicativa.**

Como tal lo dice su denominación en la investigación busca explicar los motivos o razones por las cuales el suceso socio jurídico se presenta o necesita solución, a través de los instrumentos de la investigación, siguiendo las directrices de su diseño.

### **3.1.3 Diseño**

El diseño de investigación es la dirección que toda investigación debe seguir, es la guía de la metodología a usar en un estudio, el cual debe usar los demás instrumentos metodológicos compatibles con el diseño para llegar al mejor resultado posible.

El diseño de este estudio o investigación es la teoría fundamentada, este tipo de diseño se basa en presentar argumentos con el uso de los instrumentos y métodos a los fenómenos socios jurídicos para llegar a una

verdadera fundamentación de las hipótesis.

### 3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA

#### **Población:**

La población para Ramos (2007, p. 107) “Es el conjunto de todos los elementos (unidad de análisis o estudio) que pertenecen al ámbito espacial donde se desarrolla el trabajo de nuestra investigación”. En este tipo de investigación se tiene un escenario de estudio. Lo que se manifiesta a en la elección del escenario pertinente que son todos los relacionados con la tenencia compartida, es especial menores y padres.

#### **Muestra:**

La muestra es un proporción pequeña de la población que va a representar su estudio completo, esta es regularmente determinada por una formula sin embargo en este caso por ser de enfoque cualitativo es a discrecionalidad del investigador. Eligiendo el Muestreo por expertos y aleatorio, en donde tenemos 3 entrevistas como muestra.

Según Arazamendi (2009, p. 23-25) los muestreos para una tesis cualitativa son los siguientes:

**Muestreo no Probabilístico:** No se usa el azar sino el criterio del investigador, los métodos de muestreo no probabilísticas no avalan la representatividad de la muestra y por ende no permiten realizar apreciaciones inferenciales en torno a la población. Se fundamenta en una buena estrategia y un buen juicio del investigador. Se consigue elegir los elementos del muestreo.

**Muestreo Intencional:** Es un procedimiento que asiente seleccionar los casos propios de la población restringiendo la muestra a estos casos. Se emplea en situaciones en las que la población es muy inconstante y consiguientemente la muestra es muy pequeña.

**Muestreo Casual:** se refiere a un proceso en cual el investigador selecciona directa e expresamente los entes de la población. El caso más habitual de este procedimiento el manipular como muestra los individuos que sean de fácil acceso.

**Muestreo basado en Expertos:** Este muestreo es un proceso de selección de unidades de muestreo, en donde existen personas con una vasta experiencia en la población de estudio, y por lo tanto saben que unidades son las mejores representantes, las cuales conformarán la muestra.



### 3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

#### 3.3.1. Para la recolección de datos

Para obtener el resultado argumentativo de la investigación es necesario el uso de distintos métodos de investigación compatibles con el fin de la misma por ejemplo el método hermenéutico, el método interpretativo jurisprudencial, al método inductivo o deductivo, entre otros.

#### Instrumento

Todo instrumento para su uso debe ser validado por un experto, el cual dará el visto bueno para su aplicación en este caso tenemos como instrumento a la guía de entrevista.

#### Técnica:

Entrevista: Es un instrumento para una tesis jurídico-social de enfoque cualitativo, el cual comprende o está conformada por preguntas abiertas.

### 3.3.2. Para la presentación de

PROBLEMAS	TÉCNICAS	PROFESIONALES
	Análisis de fuente documental	*Autores de libros de en Derecho de familia o derecho constitucional

		*Autores de Revistas Jurídicas que desarrollen la problemática.
	Análisis de Entrevistas a especialistas	* Especialistas y Profesores Universitarios en Derecho de familia o derecho constitucional.
	Análisis de Marco Normativo	Constitución Política del Perú
	Análisis de Marco Comparado	*Argentina, España Guatemala.
	Análisis de fuente documental	*Autores de Revistas Jurídicas que desarrollen la problemática.
	Análisis de Entrevistas a especialistas	*Especialistas y Profesores Universitarios en Derecho de familia o derecho constitucional

	Análisis de Marco Normativo	Constitución Política del Perú
	Análisis de fuente documental	* Autores de Revistas Jurídicas que desarrollen la problemática
	Análisis de Entrevistas a especialistas Análisis de Marco Normativo	* Especialistas y Profesores Universitarios en Derecho de familia o derecho constitucional.
		Constitución Política del Perú

### 3.3.3. Para el análisis e interpretación de datos

- **Análisis de fuente documental y derecho comparado:** Los documentos, son los analizados en esta técnica, estos pueden remitirse tanto a la esfera interna como externa, su importancia depende de la correlación con el tema estudiado.
- **Análisis de Entrevistas a especialistas:** Se procesa la información obtenida de las preguntas abiertas realizadas en la aplicación de la guía de entrevistas.

- **Análisis de Marco Normativo:** Se realiza el análisis del conjunto de normas que crea, regula o modifica o tiene injerencia en el tema de investigación.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

#### 4.1. PROCESAMIENTO DE DATOS

- Análisis de Fuente Documental

<b>ANÁLISIS DE FUENTE DOCUMENTAL</b>		
<b>DESCRIPCIÓN DE LA FUENTE</b>	<b>CITA TEXTUAL</b>	<b>ANÁLISIS DEL TEMA</b>
<p>Sánchez V., C. (s.f.) Custodia Compartida: situación actual y Anteproyecto de Ley.</p>	<p>1º) Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 8-10-2009. Ponente Roca Trías. Resolución 623/2009. Instituye los requisitos obligatorios para que acuda la posibilidad de constituir en sentencia la guarda y protección compartida en contextos de crisis matrimonial con hijos menores.</p> <p>2º) Sentencia 185/2012, de 17-10-2012 del Pleno del Tribunal Constitucional. La misma que declaró invalidado el inciso del artículo 92.8 del CC que establecía como reglamentado el informe favorable del ministerio fiscal</p>	<p>España es uno de los países en donde se ha tomado mayor eficacia al desarrollo de requisitos para la existencia de la tenencia compartida, creando incluso un anteproyecto de ley que ya ha sido aceptado por su parlamento.</p>

	<p>para que el juez pudiera convenir la guarda y custodia compartida, cuando no existiera convenio entre los progenitores.</p> <p>3º) Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 29-4-2013. Ponente Seijas Quintana. Resolución 257/2013. Funda que la guarda y custodia conllevada no es una medida excepcional, sino que tendrá de considerarse normal e inclusive deseable, ya que permite que sea cierto el derecho que los hijos poseen a relacionarse con ambos progenitores, aun en escenarios de crisis, siempre que ello sea posible. A pesar de esta declaración de intenciones, para el supuesto concreto que procesaba, mantiene la guarda y custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores.</p>	
<p>Gema, L. (Febrero 2015).</p>	<p>—¿Cuál es el sistema de custodia compartida más</p>	<p>Según Gema, es sumamente importante no</p>

<p>Todo lo que debes saber sobre la custodia compartida. ABC. Madrid, España.</p>	<p>diligente por los tribunales de familia?</p> <p>Si bien es cierto que existen múltiples técnicas según cada caso determinado, no estando alguno regulado en el Código Civil, en la experiencia el más habitual es el sistema de custodia compartida semanal. De esta manera, el menor habitará por semanas alternas, de lunes a lunes, con cada uno de sus padres, con recogida y entrega en el centro escolar.</p> <p>Durante la semana, se implanta un día de visitas intersemanal con alojamiento con el progenitor al que no le recaiga ejercer la custodia esa semana.</p> <p>En este régimen de protección compartida no se instaura pensión de alimentos a cargo de ninguno de los papás, por lo que cada uno de ellos hará frente a los costos ordinarios que el menor produzca cuando se halle en su compañía.</p>	<p>solo tratar a la tenencia compartida como un simple tipo de tenencia sino que esta es medio para la protección de derechos fundamentales del menor, y por lo cual tiene dos acepciones, primero que no sea dañina para el mismo y que si se verifica prelativamente su ventaja, esta sea preferente ante la tenencia exclusiva.</p>
---	--	--

Con lo que se refiere al gasto de escolaridad, de uniforme y materiales escolares, se obliga también a los progenitores a abrir una cuenta común donde consignen una cuantía establecida por mitad, siempre que las economías sean equivalentes, para hacer frente a los indicados gastos fijos ordinarios.

—¿La custodia cooperada es una medida excepcional en España actualmente?

Si existen ahora algunas comunidades soberanas (Cataluña, Aragón, Navarra y Valencia) donde la custodia participada es el sistema preferente, en el resto de España la composición del art. 92.8 del Código Civil dispone que se trate de una medida excepcional.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014 (si bien desde la Sentencia del 8 de octubre de 2009 la interpretación de la

excepcionalidad es extensa) establece que la transcripción del art. 92 C.C no permite ultimar que se trate de una medida excepcional, sino por el contrario, tendrá que considerarse normal e inclusive deseable, porque consiente que sea efectivo el derecho que los menores tienen a relacionarse con ambos padres, aún en situaciones de dificultad, siempre que ello sea posible.

El mencionado anteproyecto del 10/04/2014, que aún no ha entrado en vigor, y que procura modificar el Código Civil en materia de familia, establece que la custodia compartida ya no es una medida extraña, pero tampoco constituye que sea preferente o general, como una medida que se puede amparar si el juez lo considera provechoso para el interés del niño a atención de uno de los progenitores si el otro también solicita la custodia para sí.

	<p>De condición excepcional, no obstante ninguno de los progenitores soliciten la custodia compartida, el juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés del menor.</p> <p>Sin embargo, la generalización de la custodia compartida ya lo había hecho la doctrina del Tribunal Supremo en la Sentencia del 25/04/2014, que, en cualquier caso, es vinculante para los jueces, tan vinculante como la ley. Por tanto, la reforma, en este aspecto viene a reconocer en nuestro Código Civil lo que ya es una obligación para los jueces, siempre que se proteja el interés del menor.</p>	
<p>Villanueva, N. (Mayo 2013). El Supremo establece los requisitos que deben darse para</p>	<p>La Sala Primera del Tribunal Supremo ha establecido doctrina en torno a la interpretación de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 92 del Código Civil en lo</p>	<p>La Sala del Tribunal Supremo de España según Villanueva establece los</p>

<p>acordar una custodia compartida. Sociedad. Madrid, España.</p>	<p>referente a los presupuestos que han de concurrir y estimarse para que pueda adoptarse, en interés del menor, el sistema de guarda y custodia compartida.</p> <p>La Sala Civil del TS recuerda que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2002, de 17 de octubre, la adopción del régimen de guarda y custodia compartida ya no pende del informe favorable del Fiscal sino únicamente de la valoración que merezca al Juez la adecuación de dicha medida al interés del menor.</p> <p>El Supremo concluye que la adopción de la medida de la guarda conjunta, además de exigir petición de parte (de ambos progenitores o de al menos uno de ellos), requiere la constatación de que esta no resulta perjudicial sino conveniente para el interés del menor, para lo que deben concurrir determinados requisitos expuestos con</p>	<p>siguientes requisitos para la tenencia compartida: Estos requisitos son: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus</p>
---	--	---

	<p>reiteración por la Sala y que nuevamente se afirman en la sentencia con valor de doctrina jurisprudencial. Estos requisitos son: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés</p>	<p>relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de</p>
--	--	---

	del menor, que es el que debe primar.	los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar.
--	---------------------------------------	---

- **Análisis de derecho Comparado**

<b>ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO</b>		
<b>PAÍS Y NORMA</b>	<b>CONTENIDO O SENTIDO DE LA NORMA</b>	<b>DIFERENCIA Y SEMEJANZA CON NUESTRA LEGISLACIÓN</b>
<b>Argentina</b>	CODIGO CIVIL Título III De la patria potestad Art. 264 ter. En caso de desacuerdo entre los padres, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley	Es claro como en el código civil de Argentina se infiera la tenencia compartida y

	<p>local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de DOS (2) años.</p>	<p>se sistematiza con el resto de instituciones como lo es la patria potestad.</p> <p>En el caso de Uruguay se da de la misma forma pues no existe una desproporción tan grande en la regulación de los tipos de tenencia para ellos (tenencia exclusiva, compartida o a un tercero)</p>
<b>Uruguay</b>	<p>CÓDIGO CIVIL ARTÍCULO 177: “Las convenciones que celebren los cónyuges y las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos anteriores, sólo podrán recaer válidamente sobre la tenencia de los hijos, que podrán ser confiados a uno, a ambos cónyuges o a un tercero o repartida entre ellos, pero todos los demás derechos y deberes de la patria potestad corresponderán a los cónyuges con arreglo a las disposición del Título VIII de este Libro”. Artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia.</p>	
<b>España</b>	<p>Código Civil  Artículo 92</p>	<p>España nos aporta muchas cosas a la</p>

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento el régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones

tenencia  
compartida  
como la  
fundamentación del juez  
para la  
misma.

de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica

- **Análisis de Marco Normativo**

NORMA	CONTENIDO LITERAL DE LA NORMA	CONCLUSIÓN
<b>TRATADOS INTERNACIONALES</b>	<p><b>FAMILIA</b></p> <p><b>Declaración Universal de Derechos Humanos.</b></p> <p>Artículo 16°: La familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”</p> <p><b>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre</b></p> <p>Artículo VI: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.</p> <p><b>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</b></p> <p>Artículo 17: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o</p>	<p>Todos los tratados de derechos humanos nos dejan en claro la perenne existencia de la protección de la familia como preferente ante cualquier otro incluso ante situación propias de la misma como lo es, la separación.</p>

ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio...”.

#### Artículo 23

(1): “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

(2) Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

(4): “En caso de disolución (del matrimonio), se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

#### **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Artículo 10 (1): “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles”.

Artículo 10 (3): “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor

de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

**Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)**

Artículo 17:

(1) “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

(2) Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no-discriminación establecido en esta Convención.

(4) En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

Artículo 18: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley

reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

Artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO  
Convención sobre los Derechos del Niño (ONU 1989) en su Artículo 3

(1): “En todas las medidas concernientes a los niños,... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades,

	<p>dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.</p>	
<p><b>CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ</b></p>	<p><b>FAMILIA</b></p> <p>Artículo 4° de la Constitución Política del Perú: "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley".</p> <p>Artículo 233°: "La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú"</p> <p>Sentencia del Tribunal Constitucional, en el Expediente</p>	<p>La institución en la cual se basa la tenencia siempre será la familia, por lo cual es estado está obligado a salvaguardar la familia del menor de la mejor forma posible.</p>

	N° 06572-2006-PA/TC, fundamento 8	
<b>LEYES ESPECIALES</b>	<p>CÓDIGO CIVIL</p> <p>TITULO III</p> <p>Patria Potestad</p> <p>CAPITULO UNICO</p> <p>Artículo 418.- Noción de Patria Potestad</p> <p>Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.</p> <p>Artículo 419.- Ejercicio conjunto de la patria potestad</p> <p>La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. “En caso de disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo.”</p> <p>Artículo 420.- Ejercicio unilateral de la patria potestad</p> <p>En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el</p>	<p>El Código Civil establece lo que sucede con la patria potestad ante la separación de esposos y rompimiento del matrimonio, siendo en regla general que dicha patria potestad solo quedaría con uno de los padres en caso de existencia de hijos, sin embargo en la tenencia compartida tal supuesto cambia pues la patria potestad</p>

	<p>cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.</p> <p>Artículo 421.- Patria potestad de hijos extramatrimoniales</p> <p>La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor. Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad.</p> <p>CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES (Ley N°</p>	<p>nunca se suspende para ningún padre, de la misma forma el art. 81 del Código de Niños y Adolescentes enlaza la importancia de la tenencia compartida con el interés superior del niño, siendo posible entender incluso una preferencia sobre la exclusiva, sin embargo tampoco se muestra un detalle de requisitos prelativos para el acceso a ella a diferencia</p>
--	---	---

	<p>27337), Libro Tercero (“Instituciones familiares”) - Capítulo II (“Tenencia del niño y del adolescente”)</p> <p>“Artículo 81.- Tenencia  Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De NO EXISTIR ACUERDO O SI ESTE RESULTA PERJUDICIAL PARA LOS HIJOS, LA TENENCIA LA RESOLVERÁ EL JUEZ ESPECIALIZADO DICTANDO LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA SU CUMPLIMIENTO, PUDIENDO DISPONER LA TENENCIA COMPARTIDA, SALVAGUARDANDO EN TODO MOMENTO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.”</p> <p>Artículo 82.- Variación de la Tenencia.-  Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el</p>	<p>de lo visto en otros países.</p>
--	--	-------------------------------------

Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno.

Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

#### Artículo 83.- Petición.-

El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebate a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

#### Artículo 84.- Facultad del Juez.-

En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien

convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y

c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas. (\*)

(\*) Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 29269, publicada el 17 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 84.- Facultad del juez

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

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y

c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

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

Artículo 85.- Opinión.-

El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Artículo 86.- Modificación de resoluciones.-

La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción.

Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente.

Artículo 87.- Tenencia provisional.-

Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y

estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en los plazo de veinticuatro horas.

En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.

Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.

No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.

## - ENTREVISTAS

<b>MATRIZ DE ANÁLISIS DE ENTREVISTAS</b>		
<b>PREGUNTAS</b>	<b>ENTREVISTADO 1: Abog. Darcy Audrey Rique García</b>	<b>ENTREVISTADO 2: Abog. Adolfo Carrasco Meléndez</b>

<p>1. ¿Cuál es la diferencia entre los tipos de tenencia?</p>	<p>Bueno existe una diferencia sustancial entre la tenencia exclusiva y compartida, esta es por ejemplo en el caso de la tenencia compartida que, la patria potestad que no se suspende para uno de los padres cosa totalmente contraria en la exclusiva.</p>	<p>La diferencia entre la tenencia compartida y la exclusiva es el tiempo que pasan ambos padres con él, así como la inexistencia de alimentos para la compartida, entre otros.</p>
<p>2. ¿Cuál es el fundamento jurídico de la creación de la tenencia compartida?.</p>	<p>Es claramente a nivel internacional el interés superior del niño, como principio que obliga a los estados a adecuar su normatividad para la permisión de medios para salvaguardar el interés de los menores y su preferente bienestar, tal como lo es la tenencia compartida.</p>	<p>Es claramente la necesidad de todo menor de estar con su familia, aunque esta se encuentre separada en el matrimonio, tal cual la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Artículo VI: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de</p>

		la sociedad, y a recibir protección para ella”.
3. ¿Cuál es la finalidad de la creación de la tenencia compartida?	El permitir al menor que ante la separación de los padres este pueda crecer en un ambiente con el desarrollo de ambas figuras paternas,	Una mejora en la vida del menor, con el tratamiento de ambos padres en la crianza del menor, que tendría como repercusión la mejora de su desarrollo integral.
4. ¿Cuál es la importancia del principio del interés superior del niño en el otorgamiento de una tenencia compartida ya sea convencional o jurisdiccional?	El Notario o los centros de conciliación deben tener siempre en cuenta el interés preferente del menor ante la realización de esta institución, de la misma forma para el poder judicial a cargo del juez, sin embargo no hay que olvidar que justo por el carácter no decisivo al notario o conciliador en este caso se debe ante cualquier	Según la normativa internacional la tenencia compartida es la mejor forma para que un menor pueda crecer con bienestar por ende debe ser preferida en lo tanto sea posible, siendo por ello que el interés superior del niño actúa como medio para otorgar a la tenencia compartida preferencia sobre la tenencia exclusiva.

	sospecha de ineficacia de la tenencia compartida no permitir que se realice y dar cuenta al poder judicial.	
5. ¿Cuál es la importancia de identificar los posibles presupuestos para la aplicación de la tenencia compartida?	Su importancia se encuentra en que al tener presupuesto de aplicación la tenencia compartida se limita el ejercicio abusivo de este derecho regulado en el art. 103 de la Constitución.	Es importante identificar los requisitos de la tenencia compartida pues la maniobra tan amplia en nuestro país solo puede causar que no se dicte o se dicte con errores o imposibilidad.
6. Según su opinión ¿Es necesario implementar los presupuestos de la tenencia compartida para limitar la discrecionalidad de su otorgamiento jurisdiccional o convencional? ¿Por qué?	En el caso convencional es sumamente necesario ya que al no ser una vía jurisdiccional no tienen un poder de decisión o supervisión, ya que su actuar se encuentra limitado a dar fe del acuerdo de las partes que por no ser especialistas en derecho pueden transar o conciliar una	Sí, es claro que toda institución para su funcionamiento necesita ser desarrollada ya sea por la ley o en algunos casos por los reglamentos pues existen muchas características propias que para su aplicabilidad deben ser identificadas y protegidas, cuestión

	<p>tenencia compartida que tenga supuestos utópicos, por ejemplo cuando ambos padres están en distintos departamentos.</p>	<p>totalmente incierta en una amplitud absoluta.</p>
<p>7. En su opinión ¿La actual regulación de la tenencia compartida desarrolla la institución garantizando su eficacia? ¿Por qué?</p>	<p>Es claro que la regulación actual de ninguna forma ayuda a su aplicación de la tenencia compartida pues se encuentra detallada solo en una pequeña frase del art. 81 del Código de Niños y Adolescente.</p>	<p>Lamentablemente solo se cuenta con un solo artículo en el código de niños y adolescentes que realiza la canalización de la tenencia compartida y que la vincula con el interés superior del niño, sin embargo no desarrolla ni siquiera su concepto o características más propias, que por ejemplo si puede ser pactada convencionalmente deben encontrarse en Ley para evitar ser transgredidas.</p>

<p>8. Acorde a su opinión ¿Cuáles podrían ser los presupuestos para dar eficacia a la tenencia compartida?</p>	<p>La cercanía de domicilios de ambos padres. La disponibilidad de espacio para el menor. El no adeudo de alimentos, devengados o por denuncia fiscal.</p>	<p>Existen varios tipos de tenencia compartida que dependen de cómo se comparte tiempo entre los padres, por ejemplo si ambos deciden tener al menor en un lugar y ellos venir a vivir con el o ella turnándose, cuando el menor se encuentra con alguno de los padres y se intercala con el otro en la semana. Para ambos supuestos se debe verificar la relación armoniosa de los padres o al menos respetuosa entre ellos, la inexistencia de violencia familiar dictada en un proceso judicial firme, entre otros.</p>
--	--	--

## **4.2. CONTRASTACIÓN Y DE HIPÓTESIS**

La hipótesis general nos dice que es imposible lograr el ingreso de una institución nueva y compleja como la tenencia compartida solo con su mención en una parte de un artículo, sin expresar cuáles son sus requisitos o presupuestos pues la excesiva generalidad puede causar que se abuse del derecho para pactar (convencionalmente) tenencia compartidas utópicas o dañinas al menor, por ejemplo cuando uno de los domicilios de los padres se encuentra demasiado lejos del centro de estudio de la menor, o que se entrega a un padre que ha cometido anteriormente daño al menor (violencia familiar).

## CAPÍTULO V

### DISCUSIÓN DE RESULTADOS

#### **Análisis de Fuente Documental**

España es uno de los países en donde se ha tomado mayor eficacia al desarrollo de requisitos para la existencia de la tenencia compartida, creando incluso un anteproyecto de ley que ya ha sido aceptado por su parlamento.

Según Gema, es sumamente importante no solo tratar a la tenencia compartida como un simple tipo de tenencia sino que esta es medio para la protección de derechos fundamentales del menor, y por lo cual tiene dos acepciones, primero que no sea dañina para el mismo y que si se verifica prelativamente su ventaja, esta sea preferente ante la tenencia exclusiva.

La Sala del Tribunal Supremo de España según Villanueva establece los siguientes requerimientos para la tenencia compartida:

Estos son: la práctica anterior de los progenitores en su relación con el menor y sus capacidades personales; los deseos exteriorizados por los menores convenientes; la cantidad de hijos; el cumplimiento por parte de los padres de sus obligaciones en relación con los hijos y el acatamiento mutuo en sus relaciones particulares; el resultado de los informes requeridos legalmente; y, definitivamente, cualquier otro que le permita a los menores una existencia adecuada en una armonía que forzosamente corresponderá ser más compleja a la que se tiene cuando los progenitores conviven, sin que la constatación de que el régimen de guarda y protección se adapta mejor al interés de los progenitores implique suficiente para deducir que se acomoda mejor al interés del menor, que es el que debe primar.

## **Análisis de Derecho Comparado**

Es claro como en el código civil de Argentina se infiera la tenencia compartida y se sistematiza con el resto de instituciones como lo es la patria potestad.

En el caso de Uruguay se da de la misma forma pues no existe una desproporción tan grande en la regulación de los tipos de tenencia para ellos (tenencia exclusiva, compartida o a un tercero)

España nos aporta muchas cosas a la tenencia compartida como la fundamentación del juez para la misma.

### **Marco Normativo.**

Todos los tratados de derechos humanos nos dejan en claro la perenne existencia de la protección de la familia como preferente ante cualquier otro incluso ante situación propias de la misma como lo es, la separación.

La institución en la cual se basa la tenencia siempre será la familia, por lo cual es estado está obligado a salvaguardar la familia del menor de la mejor forma posible.

El Código Civil establece lo que sucede con la patria potestad ante la separación de esposos y rompimiento del matrimonio, siendo en regla general que dicha patria potestad solo quedaría con uno de los padres en caso de existencia de hijos, sin embargo en la tenencia compartida tal supuesto cambia pues la patria potestad nunca se suspende para ningún padre, de la misma forma el art. 81 del Código de Niños y Adolescentes enlaza la importancia de la tenencia compartida con el interés superior del niño, siendo pasible entender incluso una preferencia sobre la exclusiva, sin embargo tampoco se muestra un detalle de requisitos prelativos para el acceso a ella a diferencia de lo visto en otros países.

## Entrevistas

De las entrevistas se verifica el acuerdo entre los entrevistados sobre la necesidad de regular los presupuestos de aplicabilidad para la tenencia compartida.

Abog. Darcy Audrey Rique García

Existe una diferencia sustancial entre la tenencia exclusiva y compartida, esta es por ejemplo en el caso de la tenencia compartida que, la patria potestad que no se suspende para uno de los padres cosa totalmente contraria en la exclusiva.

El Notario o los centros de conciliación deben tener siempre en cuenta el interés preferente del menor ante la realización de esta institución, de la misma forma para el poder judicial a cargo del juez, sin embargo no hay que olvidar que justo por el carácter no decisivo al notario o conciliador en este caso se debe ante cualquier sospecha de ineficacia de la tenencia compartida no permitir que se realice y dar cuenta al poder judicial.

Su importancia se encuentra en que al tener presupuesto de aplicación la tenencia compartida se limita el ejercicio abusivo de este derecho regulado en el art. 103 de la Constitución.

Los presupuestos de aplicabilidad para la tenencia compartida según la entrevistada son:

La cercanía de domicilios de ambos padres.

La disponibilidad de espacio para el menor.

El no adeudo de alimentos, devengados o por denuncia fiscal.

Abog. Adolfo Carrasco Meléndez

La diferencia entre la tenencia compartida y la exclusiva es el tiempo que pasan ambos padres con él, así como la inexistencia de alimentos para la compartida, entre otros.

Según la normativa internacional la tenencia compartida es la mejor forma para que un menor pueda crecer con bienestar por ende debe ser preferida en lo tanto sea posible, siendo por ello que el interés superior del niño actúa como medio para otorgar a la tenencia compartida preferencia sobre la tenencia exclusiva.

Es importante identificar los requisitos de la tenencia compartida pues la maniobra tan amplia en nuestro país solo puede causar que no se dicte o se dicte con errores o imposibilidad.

Existen varios tipos de tenencia compartida que dependen de cómo se comparte tiempo entre los padres, por ejemplo si ambos deciden tener al menor en un lugar y ellos venir a vivir con él o ella turnándose, cuando el menor se encuentra con alguno de los padres y se intercala con el otro en la semana. Para ambos supuestos se debe verificar la relación armoniosa de los padres o al menos respetuosa entre ellos, la inexistencia de violencia familiar dictada en un proceso judicial firme, entre otros.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Se concluye que es necesario tener en cuenta ciertos presupuestos o requisitos para que la tenencia compartida se ingrese correctamente a nuestro ordenamiento jurídico, así como también no sea posible de ser usada para transgredir derechos a los menores, se han identificado los siguientes requisitos; la situación socioeconómica suficiente de ambos padres en conjunto con el espacio adecuado para la vivienda del menor con cada uno de ellos, la cercanía del lugar de vivienda de los padres que no interrumpa el entorno social del menor como su asistencia al colegio, atención médica, etc., así como la relación amical o suficientemente empática de los padres para cumplir con el acuerdo, no existencia de sentencia firme por violencia familiar de alguno de los padres, entre otros supuestos afines con el principio del interés superior del niño.

**SEGUNDA:** Se concluye que la exigencia de la creación de una regulación de los presupuestos para la tenencia compartida, es a razón de la posible vulneración de los derechos de los menores, pues se deja abierta la tenencia compartida convencional, en la cual se puede pactar cualquier situación que pueda dañar al menor, o simplemente pasar por alto su voluntad.

**TERCERA:** Se concluye que no solo es la implementación de presupuestos de la tenencia compartida se le puede dejar al juez para su desarrollo jurisprudencial, que en estos casos es su deber por tener una norma que la regula tan generalmente, sino que también es primordial deber del legislador en captar la situación actual de esta institución y desarrollarla como es debido.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** Se recomienda el desarrollo legislativo de la tenencia compartida para los presupuestos establecidos en la primera conclusión, debiendo modificarse en el Código de Niños y Adolescentes vigente.

**SEGUNDA:** Se recomienda realizar un pleno casatorio sobre los requisitos de aplicabilidad de la tenencia compartida, que detalle y fundamente (acorde a los derechos del menor e interés superior del niño) los presupuestos descritos en la primera conclusión.

**TERCERA:** Se recomienda regular por decreto supremo o por ley la tenencia compartida convencional, ya sea en notaria o en tal caso en conciliación, dejando en cuenta aspectos y requisitos más detallados de la misma, que salvaguarden los derechos del niño o adolescente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aguilar S., A. (s.f.). *La tenencia compartida: comentario a la ley N° 29269, que incorpora esta figura al código de los niños y adolescentes*. Derecho y Cambio Social.
2. Arazamendi N., L. (2009) *Guía de la Metodología de la Investigación*. Adrus. Arequipa.
3. Bayarri M., M. (Septiembre, 2014). *El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio*. Noticias Jurídicas. España.
4. Beltrán P., P. (Marzo 2013). *La Tenencia Compartida en el Perú*.
5. Bermúdez T., M. (2008). *La regulación de la Tenencia Compartida en el Perú (Ley N° 29269)*. Jus. Doctrina y Práctica, Lima.
6. Bermúdez T., M. (2008). *Tenencia compartida en Colombia (proyecto de ley)*. Colombia.
7. Bermúdez T., M. (2011). *Redefiniendo El Derecho De Familia En La Tutela Del Vínculo Familiar En La Jurisprudencia Peruana*. Revista de Derechos Fundamentales. Universidad Viña del Mar, N° 5.
8. Cabanellas, G. (1999). *Diccionario de ciencias jurídico políticas y sociales*. Editorial Heliasta.
9. Caro C., I. (Enero 2013). *Lo que no sucedió: un análisis de la ley 223-2011 sobre el proceso de adjudicación de custodia desde la perspectiva*

*de la mediación familiar*. Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol: 47. p307

10. Catalán F., J. (s.f.) *La Custodia Compartida*. Psicóloga de la Audiencia Provincial de Murcia.
11. Chong, S. (2015). *Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del primer juzgado transitorio de familia*. Lima Sur, 2013. Universidad Autónoma del Perú.
12. Gierbolini, G. y Cano, L. (Junio, 2008). *Consecuencias de la legislación y opción de la custodia compartida de menores en Puerto Rico*. Revista de Derecho Puertorriqueño Puerto Rico.
13. Gil D., A.; Famá, M. y, Herrera, M. (2006) *Derecho Constitucional de Familia*. Editorial Ediar, Buenos Aires.
14. Grosman, C. (2008). *El Cuidado de los Hijos en los casos de Separación Divorcio o Nulidad de Matrimonio*.
15. Grosman, C y Ferrer B. (s.f.) *Patria Potestad y Custodia Compartida*.- Editorial Ediar.
16. Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6<sup>ta</sup> ed.). México: Mc Graw-Hill.
17. Jurista Editores (2008) *Código Civil Concordado*. Lima, Perú.
18. Jurista Editores (2014) *Código Civil Concordado*. Lima, Perú.
19. Ramos N., C. (2007). *Como hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*.(4<sup>ta</sup>). ISBN 978-603-4002-03-6.

20. Ramos, H. (2014). *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*. Universidad Central del Ecuador.
21. Real Academia Española [RAE], (2014). *Diccionario de la Lengua Española*.
22. O'donnell, D. (2006). *La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia*.
23. Ossorio, M. (1987). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta B.A.
24. Stilerman, M. (1997). *Tenencia. Régimen de visitas. Reconocimiento de hijos. Autorización para contraer matrimonio. Modificación de la tenencia. Tenencia compartida. Obligación Alimentaria. Derecho comparado*. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina.
25. Tamayo, M. (1999). *El proceso de la investigación científica*. (4ª ed.). México: Limusa.
26. Tribunal Constitucional. Exp. N° 0298-1996-AA/TC.
27. Tribunal Constitucional. EXP. N° 03744-2007-PHC/TC.
28. Tribunal Constitucional. EXP. N.° 02132-2008-PA/TC. Caso Rosa Felícita Elizabeth Martínez García”
29. Tribunal Constitucional. EXP. N° 05637-2006-PA/TC. Fundamento N° 11.
30. Tribunal Constitucional. EXP N ° 04058 2012-PA/TC. Caso Silvia Patricia López Falcón.

## **A N E X O S**

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

### TÍTULO: “PRESUPUESTOS PARA LA APLICABILIDAD DE LA TENENCIA COMPARTIDA, LIMA, 2017”

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLE E INDICADORES DIMENSIONES	METODOLOGÍA	POBLACIÓN Y MUESTRA
<p><b>Problema general:</b> ¿Cuáles son los presupuestos para la aplicabilidad de la tenencia compartida?</p>	<p><b>Objetivo General</b> Analizar los presupuestos para la aplicabilidad de la tenencia compartida.</p>	<p><b>Hipótesis General</b> Los presupuestos para la aplicabilidad de la tenencia compartida son, la situación socioeconómica suficiente de ambos padres en conjunto con el espacio adecuado para la vivienda del menor con cada uno de ellos, la cercanía del lugar de vivienda de los padres que no interrumpa el entorno social del menor como su asistencia al colegio, atención médica, entre otros, así como la relación amical o suficientemente empática de los padres para cumplir con el acuerdo, entre otros supuestos afines con el principio del interés superior del niño.</p>	<p><b>Variable Independiente</b> <b>X: Tenencia Compartida</b></p> <p><u>Dimensiones:</u> X<sub>1</sub>: Tipos de tenencia X<sub>2</sub>: Fundamento de creación X<sub>3</sub>: Importancia</p> <p><b>Variable Dependiente</b> <b>Y: Presupuestos de aplicabilidad.</b></p> <p><u>Dimensiones:</u> Y<sub>1</sub>: Necesidad de los presupuestos de la tenencia compartida Y<sub>2</sub>: Eficacia de la tenencia compartida Y<sub>3</sub>:</p>	<p><b>I- Tipo de Investigación</b> Cualitativa - Básica</p> <p><b>II- Nivel de Investigación</b> Descriptiva y aplicativa</p> <p><b>III- Enfoque de Investigación</b></p> <p><b>IV Método</b> Deductivo Inductivo</p> <p><b>V- Diseño:</b> Teoría Fundamentada</p> <p><b>VI- Población</b> En este caso es escenario de estudio Personas afectadas o relacionadas con el problema</p> <p><b>VII- Muestra</b> n = 3 expertos en la materia.</p>	<p><b>Técnicas e Instrumentos</b></p> <p><u>Técnicas:</u> a. Análisis documental b. Análisis de Marco Comparado c. Entrevistas</p> <p><u>Instrumentos:</u> a. Análisis de contenido con matrices. b. Guía de entrevista.</p>

<b><u>Problemas secundarios:</u></b>	<b><u>Objetivos Secundarios</u></b>	<b><u>Hipótesis Secundarias</u></b>			
<p>¿Cuál es el fundamento para la exigencia de la creación de una regulación de los presupuestos para la tenencia compartida?</p> <p>¿Cuál es la implicancia del interés superior del niño en la implementación de los presupuestos de la tenencia compartida?</p>	<p>Investigar el fundamento para la exigencia de la creación de una regulación de los presupuestos para la tenencia compartida</p> <p>Analizar la implicancia del interés superior del niño en la implementación de los presupuestos de la tenencia compartida</p>	<p><b><u>Hipótesis Secundarias</u></b></p> <p>El fundamento para la exigencia de la creación de una regulación de los presupuestos para la tenencia compartida, es la garantía de los derechos fundamentales que establece la Constitución, pues con una regulación adecuada se salvaguarda la eficacia de la garantía ofrecida.</p> <p>La implicancia del interés superior del niño en la implementación de los presupuestos de la tenencia compartida, es su injerencia en la decisión judicial y en la decisión del legislador en regularlos pues este principio salvaguarda los derechos de los niños y adolescentes en su conjunto y debe ser observado para el cumplimiento de cualquier función estatal (ya sea jurisdicción o legislativo).</p>			

--	--	--	--	--	--

## ENTREVISTA

**La siguiente entrevista se realiza con el objetivo de analizar los presupuestos para la aplicabilidad de la tenencia compartida**

**Entrevistado:**

**Preguntas:**

1. ¿Cuál es la diferencia entre los tipos de tenencia?
2. ¿Cuál es el fundamento jurídico de la creación de la tenencia compartida?
3. ¿Cuál es la finalidad de la creación de la tenencia compartida?
4. ¿Cuál es la importancia del principio del interés superior del niño en el otorgamiento de una tenencia compartida ya sea convencional o jurisdiccional?
5. ¿Cuál es la importancia de identificar los posibles presupuestos para la aplicación de la tenencia compartida?
6. Según su opinión ¿Es necesario implementar los presupuestos de la tenencia compartida para limitar la discrecionalidad de su otorgamiento jurisdiccional o convencional? ¿Por qué?
7. En su opinión ¿La actual regulación de la tenencia compartida desarrolla la institución garantizando su eficacia? ¿Por qué?
8. Acorde a su opinión ¿Cuáles podrían ser los presupuestos para dar eficacia a la tenencia compartida?

-----  
**FIRMA DEL ENTREVISTADO**