



**Universidad
Norbert Wiener**

Powered by **Arizona State University**

**FACULTAD DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIA
POLÍTICA**

Trabajo de Suficiencia Profesional

La influencia de la tenencia compartida en el Principio del interés superior del niño, Lima 2023

Para optar el Título Profesional de

Abogada

Presentado por

Autora: Seminario Palas, Zarely Ivonne

Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-8709-4332>

Asesor: Sierralta Chichizola, Jorge Alejandro Nicolás Alfonso

Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-4443-2026>

Línea de investigación


Sociedad y Transformación digital

Sub Línea de Investigación

Derecho civil, penal, administrativo

Lima-Perú

2023

	DECLARACIÓN JURADA DE AUTORIA Y DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	
	CÓDIGO: UPNW-GRA-FOR-033	VERSION: 01 REVISIÓN: 01

Yo, **Zarely Ivonne Seminario Palas**, egresado(a) de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, declaro que el trabajo académico "Influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023" Asesorado por el docente: Jorge Alejandro Nicolás Alfonso SIERRALTA CHICHIZOLA DNI: 09340138 ORCID: 0009-0006-4443-2026 tiene un índice de similitud de TRECE (13%) con código verificable OID: 14912:292211146 en el reporte de originalidad del software Turnitin.

Así mismo:

1. Se ha mencionado todas las fuentes utilizadas, identificando correctamente las citas textuales o paráfrasis provenientes de otras fuentes.
2. No he utilizado ninguna otra fuente distinta de aquella señalada en el trabajo.
3. Se autoriza que el trabajo puede ser revisado en búsqueda de plagios.
4. El porcentaje señalado es el mismo que arrojó al momento de indexar, grabar o hacer el depósito en el Turnitin de la universidad y,
5. Asumimos la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión en la información aportada, por lo cual nos sometemos a lo dispuesto en las normas del reglamento vigente de la universidad.




FIRMA DEL TESISISTA

FIRMA DEL ASESOR(A)

Zarely Ivonne Seminario Palas

Jorge SIERRALTA CHICHIZOLA

DNI: 75011843

DNI: 09340138

Lima, 5 de diciembre del 2023

Índice de contenido

Índice de Tablas.....	4
Dedicatoria.....	5
Agradecimiento.....	6
Resumen.....	¡Error!
Marcador no definido.	
Abstract.....	¡Error!
Marcador no definido.	
I.- Introducción.....	7
II.- Presentación del caso jurídico.....	10
III.- Resultados.....	21
IV.- Discusión.....	26
V- Conclusiones.....	28
Referencias.....	30
Anexos.....	36

Índice de Tablas

	Pág.
Tabla I. Matriz de Categorización apriorística.....	19
Tabla II. Resultados.....	21

Dedicatoria

A mis bisabuelos que desde el cielo me cuidan, protegen y bendicen día a día. Ellos son testigos de lo mucho que me he esforzado y sacrificado para lograr cada objetivo que me propongo. Este gran paso se los dedico con todo mi amor mamá Patricia y papá Pancho, los extraño y amo mucho.

Agradecimiento

Agradezco a Dios por permitirme llegar hasta este momento y enviarme en el camino a mi padrino de graduación Moisés Ponce y esposa quienes confiaron y me dieron la oportunidad de cumplir mi sueño profesional; a mi familia por su apoyo y motivación constante; a mi novio por ser el máximo testigo de mi esfuerzo durante toda esta etapa y mi apoyo incondicional, y a mis admirables docentes que compartieron sus conocimientos, experiencias y consejos para ser un mejor profesional.

LA INFLUENCIA DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, LIMA 2023

THE INFLUENCE OF SHARED TENURE ON THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD, LIMA 2023

Línea de Investigación: Sociedad y Transformación Digital
Sub línea de Investigación: Derecho civil, penal, administrativo
Zarely Ivonne Seminario Palas, a2023803045@uwiener.edu.pe
Orcid: 0009-0008-8709-4332
Facultad Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Norbert Wiener

Resumen:

A partir de la publicación de la Ley 31590 que reguló la tenencia compartida y modificó diversos artículos del Código de niños y adolescentes, se impuso la tenencia compartida como regla general y generó un dilema sobre su adecuada disposición, aplicación y ejecución. La presente investigación tuvo como objetivo determinar la influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023. La metodología fue de enfoque cualitativo, de nivel exploratorio descriptivo, diseño no experimental, con la técnica de recolección de datos, análisis bibliográfico - documental y estudio de caso e instrumento ficha electrónica. Los resultados en base a un caso práctico sirvieron para contrastar la realidad con las posturas teóricas de diferentes autores y demostrar la importancia de regular correctamente la tenencia compartida para que la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales no afecte los derechos fundamentales en los procesos de familia. Se llegó a la conclusión que sí existe influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño; aunque ésta por sí misma no afecte el interés superior del niño, es necesario que nuestro ordenamiento jurídico peruano establezca lineamientos y criterios mejor analizados para su correcta disposición, aplicación y ejecución.

Palabras clave: Tenencia, divorcio; tutela; bienestar de la infancia; administración de justicia.

Abstrac:

With the publication of Act No. 31590, which regulated shared tenure and amended various articles of the Code on Children and Adolescents, shared tenure was imposed as a general rule and created a dilemma as to its proper provision, implementation and enforcement. This research aimed to determine the influence of shared tenure on the principle of the best interests of the child, Lima 2023. The methodology was qualitative, exploratory descriptive, non-experimental design, with the technique of data collection, bibliographic and documentary analysis, and case study and instrument electronic file. The results, based on a practical case, served to contrast reality with the theoretical positions of different authors and to demonstrate the importance of properly regulating shared tenure so that the legal basis of court decisions does not affect fundamental rights in family proceedings. It was concluded that shared tenure does have an influence on the principle of the best interests of the child; even though it does not in itself affect the best interests of the child, our Peruvian legal system needs to establish guidelines and criteria that are better analysed for its proper provision, application and implementation.

Keywords: Tenure, divorce; guardianship; child welfare; administration of justice.

I.- Introducción

Suecia es considerado el país cuna de la tenencia compartida, ya que en 1998 creó en su ordenamiento jurídico dicha figura con el propósito de reforzar el derecho de los niños de estar bajo custodia conjunta de ambos previamente siendo comunicada y evaluada por el Tribunal especializado sueco (Morillo, 2017).

A partir del 2002 Francia implementa la guarda compartida en su código civil e introduce la posibilidad que todo menor pueda tener una doble residencia con cada uno de sus padres (Kemelmajer, 2012), fijándose automáticamente la tenencia compartida en caso de divorcios y separaciones de los padres.

En Italia, desde el 2006 se impone la tenencia compartida hasta en un 90% de casos, porque se dispone la tenencia compartida como precepto universal, y cuando un progenitor no esté de acuerdo, el juez puede considerar el disponer la tenencia monoparental, siempre en coherencia con el interés superior del niño (APFS, 2023).

España, calculó en total que el 45,2 % de matrimonios solicitantes de divorcio y separaciones contaban con hijos menores de edad, y el 24,5% tenían al menos un solo hijo dependiente, otorgándose el 54,5% la custodia a la mamá, el 3,9% al papá y un 41,4% fue tenencia compartida (ENSD, 2021). Una reciente resolución publicada en la Corte Suprema de España, que insta la guarda compartida como precepto ordinario quitando su carácter excepcional empoderó más dicha figura, reflejándose con un 37,6% en las resoluciones en casos de separaciones con menores en común terminan en tenencia compartida (Flaquer, 2021).

En México, según los datos registrados desde el 2012 al 2021 la tasa de divorcios aumentó un 3,9%. Se contabilizó un total de 149,675 casos de divorcios en total, del cual el 25.1% de divorcios tenían al menos un hijo menor y el 6,7% con más de dos menores (INEGI, 2022). Desde el 2004 el código civil federal incorpora la figura de tenencia compartida considerando a esta como aquella que garantiza el mayor beneficio para el niño con respecto a su desarrollo integral y que, aun con acuerdo de los progenitores el juez tiene la facultad de aceptar o rechazar si esto no corresponde al interés superior del niño.

En Argentina, se registró el incremento de divorcios en los últimos quince años, duplicándose de un 12,382 a 24,551 casos entre los años 2020 y 2021. Los jueces argentinos no aplican la tenencia compartida, más bien prefieren otorgar la tenencia exclusiva a las mamás, o excepcionalmente aplicar la tenencia compartida. No obstante, a partir del 2005 se plasma en su normativa la responsabilidad igualitaria y equitativa de los padres con respecto de los derechos y cuidados de los niños (Abboud, 2016).

Mientras que Chile, según la Ley de Tuición compartida, la custodia compartida se aplicaba solo en beneficio a la madres, sin embargo desde el 2016 hasta el 2021 que aumentaron la tasa de divorcios con una totalidad de 61,425 casos, se concluyó que una de las causas de divorcios es la

convivencia con hijos de por medio, ya que, las parejas tienden a desgastarse con la crianza de los menores y la función social de crianza de estos es avasallador, por ello actualmente se permiten los acuerdos entre los progenitores con requisito de extenderse a escritura pública (Yáñez 2018, Pico 2023).

En Ecuador se registró que el 48% del total de divorcios y separaciones tenían menores en común, sin embargo, en el ordenamiento ecuatoriano no se considera la tenencia compartida siendo actualmente un vacío legal en materia familiar. (INEC, 2021).

En Colombia, se pudo notar que el alza de divorcios también ha sido alarmante con un total de 26,519 divorcios hasta el 2020. Una reciente investigación sobre los divorcios colombianos se comprobó que el estrés parental influía considerablemente en las separaciones en las familias debido a las diferentes actividades de crianza de los hijos que fue mucho más notorio en la época del COVID-19 (Peña, 2022).

En Perú, el incremento de divorcios no ha sido la excepción, el aumento de divorcios y la decadencia de los matrimonios hasta el 2022 asciende a 19,274 casos a diferencia de los dos últimos años; mientras se va reportando 6,783 casos en lo que va de este año (Ramírez, 2023).

En la legislación peruana rige la tenencia compartida a partir del 2008 rigiendo primordialmente la tenencia exclusiva y de sólo de forma excepcional el juez tenía la facultad ordenar la tenencia compartida cuando se actúe a favor del mejor interés del menor. El 2022 se publica la ley 31590 reformándose el CNA e implantándose la tenencia compartida como norma automática dejando atrás su excepcionalidad despertando críticas que consideran a ésta perjudicial para los menores.

Como diagnóstico del presente trabajo de investigación se evidencia la clara importancia de objetividad que deben tener las autoridades judiciales al emitir una decisión y sentenciar con las garantías mínimas de un debido proceso garantizando la tutela efectiva de la competencia, ya que su poca regulación y la mala aplicación de normas pueden ser contradictorias a la adecuada administración de justicia, siendo el Estado el encargado de proteger y reforzar el cumplimiento de los derechos (Griesbach, 2018).

El pronóstico de esta investigación se prevé en el futuro análisis para prevenir la afectación de los derechos de los ciudadanos, pero sobre todo de los niños y jóvenes, evitando la confrontación de las mismas autoridades judiciales y sentencias cuando se disponga la tenencia compartida. Debido a que, al establecer dentro de nuestro ordenamiento jurídico una norma como regla general sin observarse cada caso en concreto para su correcta disposición, aplicación y ejecución, se estaría actuando contrario al interés superior del menor (Melgar, 2009).

Las investigaciones en el mundo permiten generar mayores conocimientos válidos aplicables a nuestra realidad social, así el presente trabajo sirve para contextualizar la influencia de la tenencia compartida según el interés superior del niño comprendiendo su necesidad para establecerse disposiciones correctas concernientes a su disposición, aplicación y ejecución en nuestro Código (Fernández, 2014).

Su justificación teórica se centra en que la falta de objetividad para disponer, aplicar y ejecutar la tenencia compartida puede perjudicar el desenvolvimiento óptimo del niño aumentándose los casos de violencia vicaria y alienación parental generando en las menores alteraciones al desarrollo personal cuyos problemas de conducta repercutirán gravemente en su desarrollo social, familiar y cultural (Rojas, 2020).

La justificación práctica busca prevenir situaciones contrapuestas en los conflictos sobre menores que, incluso haciendo alusión al principio del interés superior del niño dentro de las resoluciones judiciales, ésta resulta ser imprecisa quedando expuesta a indeterminadas interpretaciones jurídicas y sociales, por ello, se busca garantizar la correcta disposición, aplicación y ejecución de la tenencia compartida; siendo necesario que se trabaje de manera conjunta entre los organismos estatales y los operadores de justicia para emitir medidas cada vez más integrales (Cillero 1998, Bocanegra 2023).

La justificación metodológica se apoya en las estadísticas que hasta finales del 2022 se ha registrado el índice de violencia familiar con un 55% de féminas entre 15 y 45 años de edad que sufrieron agresión dentro de su familia, deducidos en el 26.7% de agresión física, el 50.8% sufrió agresión psicológica y un 5.9% violencia sexual. En el 2021 se observó que el 79.4% de las mujeres divorciadas o separadas y viudas sufrieron violencia por parte de sus parejas y, el 48.5% de mujeres casadas y convivientes vivieron violencia familiar. Esto nos conlleva a comprender la importancia y necesidad de reforzar nuestras normas de previsión y defensa ante la violencia en nuestro país (INEI, 2022).

Con relación al problema general de investigación consideramos: ¿Cómo influye la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023?; y sobre los problemas específicos: ¿Cómo influye la guarda conjunta o compartida de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023?; ¿Cómo influye la guarda alternativa o alternada de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023?; ¿Cómo influye el sistema de anidación de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023?; y, ¿Cómo influye la tenencia compartida en la tutela judicial efectiva según el principio del interés superior del niño, Lima 2023?

Respecto de los objetivos tenemos como objetivo general: Determinar la influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023; y, como objetivos específicos: Determinar la influencia de la guarda conjunta o compartida de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023; Determinar la influencia de la guarda alternativa o alternada de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023; Determinar la influencia del sistema de anidación de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023; y, Determinar la influencia de la tenencia compartida en la tutela judicial efectiva según el principio del interés superior del niño, Lima 2023.

II.- Presentación del caso jurídico

Por cuanto a investigaciones internacionales, En Madrid, España, de Fernández (2019) en su proyecto de investigación planteó como objeto de estudio establecer criterios objetivos y requisitos necesarios para aplicar la tenencia compartida, obteniendo como resultado de su estudio a través de encuestas y entrevistas a profesionales del Colegio de Abogados de Barcelona. Concluyó señalando que el uso de la tenencia compartida no ha sido valorado correctamente por las autoridades judiciales y ello puede generar una vulneración al interés superior del menor.

Con relación a Colombia, de Cabrera, Satizabal y Vargas (2016), en su tesis plantearon como objeto de estudio determinar el impacto de la tenencia compartida en los derechos de los infantes, obteniendo su resultado de estudio a través del análisis de literatura comparada entre Colombia y España. Concluyeron que, la experiencia de más de una década en España lo enriquece al legislador para determinar la custodia en cualquiera de sus tipos en casos, ya que no existe regla universal ni mágica para determinar la custodia compartida.

En Quito, Ecuador, de Vizúete (2016) en su trabajo de tesis planteó como objeto de estudio establecer cómo repercute la inaplicación de la tenencia compartida en los menores dentro de Quito, teniendo de resultado de investigación a través de la exploración literaria y de encuesta en los pobladores de la Parroquia de Calderón. Concluyó señalando que aumenta la incidencia del síndrome de alienación parental por su deficiente tipificación respecto a la tenencia compartida.

Por último, en Chile, de Barcia (2019), en su trabajo de pre grado propuso como objetivo de investigación observar la aplicación de la tenencia compartida en caso de conflictos de padres, obteniendo como resultado de investigación a través de la exploración bibliográfica comparada entre Chile y España. Concluyó que, la tenencia compartida puede ser aplicada incluso en caso de conflicto de padres siempre que el razonamiento lógico jurídico de los operadores de justicia sea objetivo e idóneo para cada caso.

El primer trabajo de investigación en Lima, de Chong (2015), en su tesis propuso como objetivo de investigación señalar la conexión directa de la custodia compartida con el principio del interés superior del niño, obteniendo como resultado de su investigación a través de entrevistas y encuestas en el distrito de San Juan de Miraflores. Concluyó señalando que las autoridades competentes deben realizar cambios al Código de los menores para potenciar las garantías mínimas de estos últimos y que no afecte el desarrollo óptimo del menor.

En Trujillo, de Acosta (2017), en su tesis propuso como objetivo de investigación determinar si se afecta el principio del interés superior del niño en los acuerdos a corto plazo de tenencia compartida, teniendo como resultado en su trabajo investigativo a través de la búsqueda bibliográfica y fichaje en la ciudad de Trujillo. Se concluyó que la tenencia compartida puede vulnerar el Interés Superior del infante por su poca regulación y mala aplicación de esta.

En Huaraz, Ancash, de Obispo (2018), en su tesis de pregrado planteó como objeto de estudio precisar si existe afectación al principio del Interés Superior del niño en la tenencia compartida, teniendo como resultado de su investigación a través de la búsqueda bibliográfica documental entre el año 2017 y 2018. Concluyó que la custodia compartida puede resultar perjudicial al Interés Superior del Niño por su poca regulación o mala aplicación de esta.

Por último, en Condevilla, Lima, de Huaynate (2021), en su trabajo de tesis planteó como objeto de estudio precisar la manera de afectarse el interés superior del niño con la tenencia compartida, obteniendo de resultado a través del análisis de documentos judiciales y la entrevista a especialistas legales en uno de los centros de Justicia en Condevilla-Lima Norte. Concluyó que, la tenencia compartida puede afectar significativamente el interés superior del niño si los operadores de justicia no lo aplican adecuadamente.

2.2.- Fundamento del tema elegido

Para la primera categoría denominada *tenencia compartida* citamos la posición de Canales, (2014), quien define la tenencia compartida como aquella atribución que se da a los padres divorciados o separados para que ejerciten conjuntamente la tenencia de sus hijos menores de edad y se compartan el plazo de convivencia, teniendo como característica que ambos progenitores pese a encontrarse separados pueden llevar a cabo las mismas atribuciones y facultades respecto de sus hijos. En ese sentido, concuerda Garay, (2021) como aquel derecho de los progenitores a compartir de forma equitativa los derechos y deberes que correspondan a la responsabilidad parental. Para ello Canales (2014) propone tres sub modalidades de tenencia conjunta o compartida de menores: *a) Guarda conjunta o compartida; b) Guarda alternativa o alternada; y, c) Sistema de anidación.*

En relación a la primera que adoptaremos como sub categoría denominada *guarda conjunta o compartida*, esta, según la autora es aquella situación que cuando ambos progenitores separados o divorciados desean continuar compartiendo el cuidado de los menores de forma permanente, es decir, posibilita a los padres divorciados o separados a convivir con sus hijos, y que cada uno asuman las mismas responsabilidades de la patria potestad (Betelu, 2017). La tenencia compartida conocida también como coparentabilidad y llamada custodia compartida o guarda compartida en otros países, es aquella figura que

considera a los dos progenitores el derecho de decidir respecto de sus hijos en atención al interés superior del niño (Schneider, 2021).

Como consecuencia, trae consigo la predisposición de construir un mejor espacio para la convivencia con sus hijos y estos puedan forjar fuertes cimientos de identidad y vínculos entre si con cada padre; puesto que se conserva el poder de iniciativa de los padres sobre sus hijos después de la separación con la pareja, asegurando la continuidad del vínculo parental (Cillero 1998, Gil, Fama y Herrera 2006). Es la tenencia solidaria que permitirá al menor gozar de sus progenitores influyendo en el principio del interés superior de los infantes y garantizándose su óptimo desarrollo personal y emocional de éstos, la justificación de esta figura está en que las relaciones de los ascendientes y descendientes perdure aun después de un divorcio o separación de los padres (Bilbao 1997, Espinoza 2019).

La guarda compartida los progenitores mantienen las potestades y facultades de los derechos y responsabilidades referente a sus hijos sin la necesidad de fijarse un tiempo igualitario de convivencia entre ambos, desprendiendo además dos clases de tenencia compartida, tenencia legal conjunta, y tenencia física compartida; no obstante, señala, que no es necesario que el tiempo repartido sea totalmente equitativo entre los padres, pues lo importante es pasar tiempo de calidad con los menores (Carranza 2010, Folberg 1984). Permite que ambos padres formen parte de la vida personal, social y profesional del hijo bajo las mismas condiciones; es una buena opción en caso de separaciones o divorcios ya que satisface los derechos y deberes que acarrea la tenencia (Bermúdez 2012, Espinoza 2020).

Como segunda subcategoría *guarda alternativa o alternada*, según Canales, se da cuando los menores conviven periódicamente dentro del hogar de sus padres por separado, esto permite que el menor intercambie por intervalos de tiempo con ambos padres, siendo, el tipo de tenencia que actualmente se usa más a nivel internacional (Grosman, 2006). Podrían darse tres criterios de alternancia sea esta semanal, quincenal o mensual. y suma en las modalidades de alternancia estableciendo la posibilidad de darse por periodos diarios, semanales, quincenales y mensuales, pero solo en caso de los niños con más de cinco años de edad (Bermúdez y Plácido 2008).

El Consejo de Derechos de los Niños propuso un modelo que sirva como orientador a la hora de disponerse la tenencia compartida alternada en base a las edades de los hijos: i) Los recién nacido a 1 año de edad que alternen una parte de cada día, ii) De 1 año a 2 años de edad alternancia de días, iii) De 2 años a 5 años de edad con alternancia de 1 a 2 días seguidos máximo, iv) De 5 años a 9 años de edad hasta una semana con convivencia de medio día y, v) De 9 años a más de edad con alternancia semanal.

Folberg (1984), señala que dentro esta custodia se permite a los progenitores vivir con sus hijos por periodos durante el año, otorgándosele los derechos y deberes de la tenencia durante su estancia y en el otro lapso de tiempo se le concede un régimen de visitas para

mantenerse el contacto continuo, puesto que, la guarda alternativa o alternada es aquella institución novedosa en el derecho de familia en el cual los hijos van a convivir con ambos padres de forma alternada (Varsi, 2004). Sin embargo, la mayoría de doctrinarios se contraponen a esta forma de tenencia, ya que no consideran ser la mejor opción para los hijos, debido a su constante desplazamiento de los menores, puesto que puede ser una opción para los padres, pero no resulta ser su mejor interés de los niños por carecer de estabilidad para el menor (Mazzinghi, 2007).

Finalmente adoptamos como tercera subcategoría el *sistema de anidación*, que supone cuando los padres son quienes se trasladan a la casa donde vive el menor, aunque es la más inusual, puede ser una opción, porque puede existir la variable que sean los padres quienes roten para convivir con sus hijos; o sea son los padres quienes se desplazan para convivir con sus hijos y no son estos últimos quienes rotan de un lugar a otro (Garay 2009, Medina & Hollweck, 2007).

Pese a la ruptura sentimental, la pareja se puede separar, pero el rol de padres debe perdurar en el camino y tratar en lo posible de manejar una relación pacífica y alturada después del divorcio, ya que este es un régimen consistente en contemplar a ambos progenitores los derechos y facultades de tomar decisiones equitativas sobre los deberes y responsabilidades propios de la tenencia, asumiéndose que la responsabilidad primordial es el cuidado y bienestar de los menores que recae en los padres (Rabelo 2010, River 2018, Garay 2009, Fernández, 2017). Así que se advierte que el secreto para regirse la tenencia compartida debe ser que los hijos disfruten al máximo el acompañamiento de ambos progenitores (Plácido, 2001).

Estas modalidades sugeribles no son las únicas, existen otras para coordinar entre sí y continuar la relación paternofilial, sin embargo, es importante que los progenitores estén muy comprometidos y predispuestos a llegar a un acuerdo benéfico para los menores (Plácido, 2008). Una tenencia acordada en cualquiera de sus modalidades puede garantizar el interés superior del niño dentro de un ambiente respetuoso por cuanto los padres deciden libre y consensuadamente sobre decisiones de interés para el desarrollo de sus hijos, de lo contrario sería muy difícil lograr la eficacia de la tenencia compartida si la comunicación de los progenitores es conflictiva (Corral 2005, Catalán, García 2007).

La tenencia compartida en todas sus modalidades debe iniciarse con un consenso previo de los padres y no con la intervención de un tercero quien decida al respecto ni que sea necesario acudir a los poderes estatales para dirimir al respecto, siendo imprescindible que el Estado y los operadores de justicia la dispongan, apliquen y ejecuten eficazmente, emitiendo sentencias según cada caso para que resulte ventajoso no solo para los hijos y los padres sino también para la familia en su conjunto puesto que se refuerza los cimientos paternos filiales (Bolaños 2015, Beltran 1994).

En cuanto a la segunda categoría nos basamos en la teoría de los Derechos fundamentales como garantías procesales fundamentales, de Alexy (1968) quien plantea investigar sobre una definición de derechos fundamentales, su relación de estos derechos en el plano jurídico y la fundamentación de estos, preguntándose cuál sería la decisión correcta partiendo de los derechos fundamentales y su fundamentación racional de esta misma. Por su lado, Atienza (2001) establece que los derechos fundamentales son cualidades esenciales e inviolables referidas a la dignidad humana que todos los individuos adquirimos inherentemente, sin embargo, aunque los derechos y garantías se encuentran establecidas en nuestra carta magna, no se han señalado alcances o significados constitucionales uniformemente, lo que genera múltiples e innumerables aseveraciones al respecto (Rubio, 1998).

La CADH enfatiza que los derechos humanos que se defiende también están dirigidos para los niños; pues en el siglo XX, los derechos de los infantes son promovidos por la Declaración de los Derechos del niño sobre el que se consideran ciertos intereses de los menores bajo tres dimensiones, primero como un principio, segundo como garantía y por último como un derecho de estos. Goerlich (1981) comenta que las garantías procesales son valores fundamentales que van a brindar seguridad procesal tanto a los intervinientes como al proceso cuya finalidad es protegerse los derechos humanos y su reconocimiento procesal, constitucional, judicial, administrativo, militar, arbitral y legislativo ya que estos últimos son los encargados de emitir normas acordes a nuestra carta magna.

Landa (2002) siguiendo a Haberle, (1997), sostiene que los derechos fundamentales son importantes siempre que los tribunales judiciales y administrativos proporcionen y aseguren las garantías procesales, debido a que el salvaguardar los derechos fundamentales mediante cualquier proceso conlleva a dos formas, primero, se garantiza el derecho de toda persona al debido proceso y segundo que, el Estado debe garantizar la tutela judicial efectiva.

Por cuanto a la cuarta sub categoría denominada *debido proceso* indicamos con Bustamante (2001), que el debido proceso es un derecho elemental que tienen todos los individuos sea nacional o extranjero dentro de un estado de derecho, desprendiéndose además un doble carácter, primero como un derecho fundamental particular apacible de exigencia y como derecho para oponerse al mismo Estado o instituciones jurídicas que vulneren o se contrapongan a las garantías y valores fundamentales constitucionales. Concuerta, Sagués (1993), señalando la doble característica del debido proceso como un derecho sustantivo y como un derecho adjetivo, del cual, el primero acarrea la importancia que las decisiones emitidas sean valoradas razonablemente, y el segundo a la realización de determinados criterios formales, procesales y de trámite para concluir con la sentencia judicial.

El debido proceso parte como un derecho que otorga la facultad de poder dirigirse a las autoridades estatales y que esta resuelva el conflicto efectivamente según señalan las leyes, ya que, la implicancia del debido proceso tiende a verificar a cabalidad la legalidad y aplicación

de los preceptos respetándose la dignidad de la persona ante cualquier procedimiento legal que esté inmerso pues esto refleja un proceso ordenado y racional que asegura la tutela judicial efectiva a los individuos (Badeni 2010, Arazi 1995, Campos 2006).

Fernández (1994), indicó que el debido proceso engloba un conjunto de garantías fundamentales pudiendo esbozarse e identificarse cuatro clases dentro de un proceso siendo estos elementos claves para su correcto desarrollo: a) acusación, b) defensa, c) prueba y d) sentencia. Su estudio sirve como instrumento de las partes procesales para frenar cualquier hecho de intrusión de las autoridades estatales; sin perjuicio de los derechos objetivos y subjetivos que puede acarrear el debido proceso, es deber imprescindible que el Estado asegure y garantice todas las garantías institucionales correspondientes (Astúa 1910, Gonzáles 2001).

Álvarez (2014) enfatiza que cualquier individuo inmerso en un proceso judicial obtiene el goce absoluto de sus derechos y garantías procesales, de forma tal que sean amparadas frente a todo acto o situación que resulte un peligro o violenten sus derechos. El art. 19 de la CADH exige a los Estados parte a crear normativas que protejan y se reconozcan al menor como sujeto especial de derecho asegurando su protección íntegra. Empero Rescia (1998), señala al debido proceso como aquel derecho-garantía más vulnerado en los tribunales e incluso es una de las causales más usuales por las que se les responsabiliza internacionalmente a los Estados.

En otras palabras, se exige la protección especial que los Estados deben otorgar a los menores sobre todo en los casos de administración de justicia, pues el no tener suficientes recursos materiales para emitir una sentencia con respecto a menores y separarlos de sus familiares transgrede las garantías procesales y con ello se afecta la protección integral del niño. (Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 2002). Inclusive si un menor infringe las leyes, debe ser juzgado bajo las garantías que disfrutaban los mayores y las demás que se les atribuye por su condición de tal.

La quinta sub categoría denominada la *tutela judicial efectiva* indicamos con Gonzáles (2001), que la vincula al origen de la constitución, del Estado y de los ciudadanos en reemplazo de la venganza personal o la autodefensa. Aparicio (1989), sostiene que todas las personas frente a un proceso litigioso tienen derecho a la satisfacción de las garantías procesales a la hora de desarrollarse un proceso y emitirse una sentencia; puesto que la constitución refiere la obligación de asegurar el cumplimiento de la tutela judicial efectiva en todo tribunal litigioso sean estas judiciales o no (Fernández, 1994).

Moreno (2005) señala que es aquel derecho de todo humano a recurrir a los órganos jurisdiccionales para la solución de sus conflictos ante la vulneración de sus derechos y que estos sean resueltos en el marco que establece la Constitución; pues la tutela judicial efectiva

se alinea por el hecho de poder asistir en los tribunales a alcanzar una decisión al respecto de sus conflictos mediante mandato o sentencia.

Sagués (1993), menciona la necesidad de definir las garantías y principios procesales jurisdiccionales de forma expresa o tácita ya que, pese a existir varios fueros ordinarios y extraordinarios o excepcionales es primordial que se garantice el derecho de todo individuo de obtener justicia. Por ello, los tribunales deben ser imparciales e independientes al momento de determinar las facultades y potestades de las partes intervinientes, y brindar entre estos el derecho de igualdad procesal, a ser oídos y la obtención de justicia (Sánchez, 1984).

Por lo tanto, los menores que estén dentro de procesos litigiosos tienen derecho a ser oídos siempre que se compruebe su grado de madurez y discernimiento. Debido a que los infantes tienen el derecho a ser oídos, el juez tiene el deber de oír al niño bajo presupuestos establecidos en la ley y en casos, tomar en cuenta para su decisión (Álvarez, 2014, López, 2005). No obstante, este aún tiende a considerarse una facultad que deja a su vez una serie de contradicciones ya que, no se asegura si su participación de los menores en los litigios sería beneficioso para este por el interés superior del menor (Garriga, 2016). Empero, los infantes son poseedores de garantías y derechos especiales cuyo fin es de protegerlos y asegurar su bienestar integral, para ello las autoridades encargadas de administrar justicia deberán priorizar al principio del interés superior del niño (Hernández, 1998).

Por otro lado, la Ley 30467 que sigue una jurisprudencia del Tribunal constitucional conceptualiza el principio del interés superior del niño como tripartita, o sea como derecho, principio y regla procesal, que permite considerar primordialmente su interés como principal en todas las iniciativas que puedan afectarlo desde cualquier perspectiva. Por ende, la obligatoriedad de este principio implica que ante cualquier situación de conflicto entre derechos y bienes constitucionalmente protegidos si una de las partes es un menor prevalecerá aplicar siempre el principio del interés superior del menor (Garcés, 2012).

De ese modo, Chaimovic y Gatica (2007) concuerdan que el interés superior del niño es aquel principio aplicable en los casos con conflictos entre derechos del menor, a través del cual se reconoce la superioridad del derecho del infante por sobre los derechos de los progenitores o del mismo Estado. Es un concepto jurídico subjetivo e indeterminado que queda a la interpretación de todos al respecto, sin embargo, se debe concebir este principio como aquel derecho del menor a desarrollarse y desenvolverse en un ambiente óptimo que resguarde sus intereses de desarrollo físico, psicológico, emocional, etc., esto va a permitir analizarse primordialmente los intereses y las relaciones interpersonales en el que estos participen y prevalezca la necesidad de satisfacer todos los derechos de los infantes (Agurtzane 2005, Espinosa, Pucha & Merchán, 2020, Zaidan 2016).

Garriga (2016), define bajo tres acepciones, el sustantivo, el interpretativo y procedimental, el primero se enfoca en que la ley resguarda activamente y prioriza el principio del interés

superior del niño, el segundo consisten - en base a las normas de interpretación, ser objetivas tienden a ser múltiples, por lo cual tendrá que considerarse al que más sirva al interés superior de los infantes y, tercero, ante cualquier conflicto donde haya menores de por medio será necesario decidir incluyendo las probabilidades negativas y positivas que causará su decisión, verificándose con el estado físico y emocional de los infantes; por ende, sirve como herramienta jurídica que garantiza y asegura el bienestar integral del niño (Boys 1981, Agurtzane 2005, Zermatten 2003).

Sin embargo, en su articulado 3° de la CDN se plasma sobre el respeto de los Estados ante los derechos de los infantes, sobre todo en situaciones de divorcios o separaciones, a que estos mantengan relación y vínculo directo con cada uno de sus progenitores, salvo si este fuera perjudicial para el interés superior del niño; se puntualiza que el vínculo efectivo del menor con ambos padres es su derecho del menor, pero no necesariamente puede ser su interés superior del menor, incluso puede resultar contraria a este (Igartu, 1998).

En definitiva, el interés superior del niño no debe de ser un único criterio a considerar, pero si debe ser siempre objeto de consideración primordial, ya que el deber del Estado es priorizar los derechos de los infantes con respecto a los demás derechos, instituciones o valores constitucionales en general (Cillero, 1999).

2.3.- Aporte y desarrollo de la experiencia

El presente trabajo utilizó la investigación de enfoque cualitativa, puesto que se realizó la búsqueda de información bibliográfica y documental; de nivel exploratorio – descriptivo, nivel exploratorio por la afinidad con los fenómenos relativamente nuevos para alcanzar estudios más completos que propongan métodos y estrategias más eficaces partiendo de la observación con la finalidad de establecer la relación de las categorías planteadas (Dankhe, 1986); diseño no experimental porque no se alteran las variables, sino se observan los fenómenos tal cual se dan en su ámbito nato para su análisis (Sánchez, 2005); técnica e instrumento, la búsqueda bibliográfica y análisis documental planteándose un caso real objeto de investigación, por lo que se busca la obtención de datos de personas, sociedades, fenómenos y otros (Hernández, 2014), tomando como referencia un caso de la Corte Suprema, Casación N° 2040-2017, empero lo que un caso puede aportar a identificar una categoría conceptual, más casos similares pueden ayudar a confirmar mejor un planteamiento (Rialp, 1998; Glaser y Strauss, 1967).

Al desempeñarme en el área de familia se me asignó un caso de tenencia compartida y alimentos para analizar y emitir mis observaciones al respecto, reflexionando sobre la responsabilidad que parte desde los funcionarios públicos al crear normativas, hasta los jueces de interpretar, valorar y emitir sentencias con fundamentos razonables que garanticen

la valoración de los derechos y garantías dentro del proceso de todos los intervinientes, pero sobre todo donde hay menores involucrados.

Es sabido que la tenencia compartida es una figura relativamente nueva y fuertemente criticada que se deja a criterio de los operadores de justicia disponerlas, aplicarlas y ejecutarlas. Así también, si mencionamos el principio del interés superior del niño, viene a ser aquel principio rector frente a todo proceso en el que existan menores de por medio, no cuenta con una definición exacta ni uniforme que la respalde, por ende, el conseguir fundamentos uniformes que objetivamente la regulen o defiendan es hasta la actualidad todo un reto.

Resulta importante entender que la tenencia compartida por sí misma no puede afectar el interés superior de los infantes, sin embargo, con las últimas modificaciones de los artículos de nuestro CNA se puede rescatar que el legislador ha implementado algunos criterios a observarse ante una tenencia compartida, pero siguen existiendo falencias al respecto. Ante ello, se reitera que la tenencia compartida en nuestro ordenamiento legislativo debería plantearse como una opción y no una regla general, por cuanto, se debe evaluar detenidamente cada caso en concreto y aplicar las normas que los operadores de justicia puedan usar como instrumento o herramienta que considere pertinente en base a su conocimiento y experiencia. De lo contrario, sería el Estado mismo quien vulnere los mismos derechos que intenta proteger en la sociedad.

En esa línea, también se puso observar que, incluso encontrándonos ante vacíos y lagunas judiciales, el Estado debe asegurar siempre que sus ciudadanos reciban justicia y se tome una decisión fundamentada y motivada razonablemente con respecto a los casos que se les deleguen a través de procesos que protejan los derechos del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Para mejorar mi análisis al caso planteado, me ha conllevado a profundizar aún más en la tenencia compartida dentro de nuestra legislación y comparar jurisprudencia internacional para lograr entender el dinamismo de las leyes según nuestras necesidades actuales, sin embargo, también está claro que, el Estado no puede imponer leyes que resulten una amenaza a los derechos de los ciudadanos, sobre todo en casos donde hayan infantes involucrados que, por su condición como tal, debe prevalecer su interés superior del menor, es decir, asegurar en la medida posible el bienestar de la infancia.

Por ello, la nueva Ley 31590 que modifica nuestro CNA, declara la tenencia compartida como precepto general sin ser analizado previamente si esta actúa en atención al interés superior del niño por lo que resulta deficiente no hacer mención al derecho de los niños de ser tomados en cuenta, ni sobre la pensión de alimentos u otros puntos controversiales frente a una tenencia compartida.

Tabla I

Matriz de categorización apriorística

Problema General	Problemas Específicos	Objetivo General	Objetivos Específicos	Categorías	Sub categorías	Metodología	
¿Cómo influye la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023?	¿Cómo influye la guarda conjunta o compartida de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023?	Determinar la influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023	Determinar la influencia de la guarda conjunta o compartida de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023	La tenencia compartida	Guarda conjunta o compartida	Enfoque: Cualitativo Método/diseño: No experimental Técnica Instrumento: Búsqueda bibliográfica, análisis documental y estudio de caso	
	¿Cómo influye la guarda alternativa o alternada de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023?		Determinar la influencia de la guarda alternativa o alternada de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023		El interés superior del niño		La tutela judicial efectiva
	¿Cómo influye el sistema de anidación de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023?		Determinar la influencia del sistema de anidación de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023				
	¿Cómo influye la tenencia compartida en la tutela judicial efectiva según el principio del interés superior del niño, Lima 2023?		Determinar la influencia de la tenencia compartida en la tutela judicial efectiva según el principio del interés superior del niño, Lima 2023.				

Fuente: Elaboración propia (2023)

Presentación del reporte de caso jurídico

El caso presente, consiste en un recurso de casación sobre reconocimiento de tenencia que se declara fundado por la afectación al debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva. Lo afectación se observa desde la primera instancia que declara fundada la demanda sobre tenencia y alimentos y otorga la tenencia exclusiva a la mamá del menor y un régimen de visitas al papá, con una pensión de alimentos sin haberse valorado los medios probatorios y pruebas entregadas durante el proceso. Ante ello, el órgano estatal ordena reiniciar el proceso y emitir nueva sentencia en conformidad a la ley garantizándose los derechos fundamentales y las garantías procesales.

El caso inicia el 18 de noviembre del 2013, se interpone demanda sobre tenencia y alimentos y se solicita el reconocimiento de tenencia exclusiva a la madre con asignación de pensión de alimentos. Por su lado, el demandado contesta la demanda alegando que, desde

la separación de ambos acordaron entre ellos la tenencia compartida y se han estado alternando el cuidado del menor, sin embargo, ese acuerdo estaba generando problemas; con respecto a la pensión de alimentos no entiende porqué dar pensión si se ha estado haciendo cargo activamente de los gastos de su hijo mientras está con él, por el contrario, cuando el menor está con su mamá los días que le corresponde, ésta lo tiene descuidado porque viaja constantemente y se ausenta mucho tiempo, por lo cual solicita también la tenencia de su hijo. Adjunta pruebas, declaraciones e informes técnicos que acreditan su posición, pero fueron rechazadas por no considerarse relevantes.

Con fecha 01 de agosto del 2014, el padre demanda reconocimiento de tenencia y alimentos contra la madre, señalando que ésta tiene descuidado a su hijo y que por motivos laborales viaja constantemente, dejándolo a cargo de su primer hijo que sufre de adicción por lo cual solicita la tenencia y una pensión de alimentos para su hijo. La madre contesta y niega haber desatendido al menor, asimismo reconoce que en ocasiones lo ha retirado antes de clases, por razones justificadas, y por motivos laborales tiene que viajar mucho, por lo cual, lo deja a cargo de su hijo que, si bien presentó problemas de adicción, este fue internado para su rehabilitación mostrando mejoría.

Con fecha 13 de diciembre del 2016, el órgano jurisdiccional acumula ambos expedientes de tenencia y alimentos y sentencia declarando fundada en parte la demanda de la madre sobre tenencia y alimentos, reconociendo la tenencia del menor a favor de ésta, un régimen de visitas para el papá los días domingos con externamiento, y una pensión de alimentos.

Con fecha 30 de marzo del 2017 se emite sentencia que confirma en parte la sentencia emitida por la primera instancia, y se reconoce la tenencia a favor de la mamá y reforma el extremo del régimen de visitas con externamiento ordenando los encuentros familiares dentro del juzgado de familia con reglas progresivas, argumentando que por el principio del interés superior del niño no es posible disponer la tenencia compartida. El padre inicia recurso de casación alegando el no haberse asegurado las garantías procesales, rechazarse los medios probatorios y emitirse sentencias carecidas de fundamentos objetivos restringiendo su relación paternal.

La Corte Suprema con fecha 08 de enero del 2018 emite sentencia y declara fundado el recurso de casación interpuesto por el padre declarando NULA la sentencia de primera instancia, por consecuencia INUBSISTENTE la resolución apelada y ORDENA la emisión de nueva sentencia en primera instancia con ajuste al debido proceso, la debida motivación y la tutela judicial efectiva.

III Resultados

Como resultado de nuestra investigación procedemos a presentar la tabla II y la explicación de cada resultado en función a las categorías y subcategorías.

Tabla II

Resultados

Objetivos	Resultados
Determinar la influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023	Según el presente caso, los jueces de primera y segunda instancia no fundamentaron las sentencias emitidas determinando que el interés superior del niño era otorgar la tenencia exclusiva a la madre y limitar la relación del menor con el padre, por lo que este último alega la afectación de sus derechos como padre y sobre todo los del niño.
Determinar la influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023	Según el presente caso, los jueces de primera y segunda instancia no consideraron la tenencia conjunta o compartida porque el acuerdo de los padres sobre la tenencia compartida les estaba generando mayores problemas, sin embargo, omitieron trabajar en conjunto con el equipo técnico multidisciplinario para analizar objetivamente el caso y evitar se afecten los derechos fundamentales de todos los intervinientes.
Determinar la influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023	Según el presente caso, los jueces de primera y segunda instancia no valoraron que ambos guarda alternativa o alternada padres alegaban la tenencia del menor, contaban con los medios económicos y el menor expresaba constantemente su intención de vivir con ambos; sin embargo, tampoco argumentaron correctamente cómo se afectaría el interés superior del niño si se mantuviera la tenencia compartida en cualquiera de las modalidades que más se apegue al caso.
Determinar la influencia del sistema de anidación de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023	Según el presente caso, los jueces de primera y segunda instancia no otorgaron la tenencia compartida en ninguna de sus modalidades, aunque el menor quería convivir con ambos padres, porque estos no tenían buena relación e influenciaban en la estabilidad emocional del menor.
Determinar la influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023	Según el presente caso, desde la primera instancia alegaron el principio del interés superior del niño emitiéndose resoluciones carecidas de análisis y argumentos objetivos, sin valorarse adecuadamente y rechazando los medios probatorios ni fundamentando razonablemente las sentencias emitidas, por lo que, las garantías procesales como el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva en un Estado de derecho se vieron afectadas.

Fuente: Elaboración propia (2023)

Objetivo general	Determinar la influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023.
Categoría 1	Tenencia Compartida
Categoría 2	El interés superior del niño

Se puede verificar en el caso que ha existido un estudio y análisis donde se observa y demuestra de forma positiva que es necesario implementar una mejor regulación de la tenencia compartida en nuestra legislación que ayudará a los operadores de justicia a una correcta disposición, aplicación y ejecución de esta; en el presente caso del expediente **2040-2017** señalamos que los jueces de primera y segunda instancia emitieron sentencias que restringían la relación paternal sin analizar previamente cada medio probatorio entregado oportunamente en el proceso y alegándose únicamente el principio del interés superior de niño sin mayor argumento; cómo se puede apreciar en este caso ha existido

una doble afectación, tanto a los derechos fundamentales como a los derechos procesales del padre y del menor.

Como podemos notar ambas instancias no previeron disponer la tenencia compartida en cualquiera de sus modalidades como posibles soluciones. Sin embargo, se puede comprobar que nuestra legislación al ser imprecisa está causando en nuestra sociedad mayores conflictos para determinar la correcta disposición, aplicación y ejecución de la tenencia compartida, así podemos verificar que en la primera instancia se otorgó la tenencia exclusiva a la madre pese a que ésta viajaba mucho por trabajo y tenía un hijo mayor que cuidaba del menor cuando se ausentaba asumiéndose claramente un riesgo para el desarrollo óptimo del menor y, un régimen de visitas para el padre que tenía una mejor relación con el menor según pericias psicológicas y el informe técnico de los especialistas que lo respaldaban.

Por lo que a lo largo del análisis del expediente se pudo determinar que en nuestro ordenamiento jurídico es necesario que se realice una reforma de la normativa para que la sociedad en el tema familiar se reduzcan los conflictos y estos se sientan más protegidos al momento de encontrarse ante estas situaciones, esto quiere decir que se requiere que se analice mejor la tenencia compartida en nuestro CDN el cual tiene como fin proteger y salvaguardar el derecho de los menores evitando controversias como en el presente caso.

Resultado Categoría N° 1

Categoría N°1	Tenencia compartida
Objetivo específico 1	Determinar la influencia de la guarda conjunta o compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023.
Subcategoría 1	Guarda conjunta o compartida

En el caso materia de estudio del expediente **(2040-2017)**, se ha realizado un análisis en el que podemos verificar que ambas instancias no consideraron disponer la tenencia compartida puesto que los progenitores tras su separación acordaron ejercer la tenencia compartida repartiéndose tres días el padre y lo restante la madre, y en ocasiones una semana cada uno, no existiendo definidamente el horario de cada uno con respecto a la alternancia de su hijo lo que ya empezaba a generar problemas y malos entendidos; ante ello, la primera instancia emite la resolución otorgando la tenencia exclusiva a la madre, pensión de alimentos y régimen de visitas al padre con externamiento durante época escolar y vacacional, lo que conlleva que el padre apele, ya que no consideraba necesario brindar alimentos porque él asumía los gastos del menor cuando le correspondía estar con

este y por el contrario, alegaba que la madre tenía descuidado a su hijo porque viajaba mucho por trabajo, lo sacaba antes de tiempo del colegio y lo dejaba a cargo de su primer hijo quien ha tenido problemas de adicción a sustancias tóxicas e incluso estuvo internado resultando ser un riesgo para la tranquilidad de su menor hijo.

En segunda instancia se confirma en parte con respecto a la tenencia exclusiva a la madre y pensión de alimentos, y se reforma el régimen de visitas en el periodo escolar y vacacional sin externamiento con visitas en el despacho judicial argumentando que por el interés superior del niño no se podría disponer la tenencia compartida ni otorgar la tenencia al padre ya que éste se había visto ajeno a colaborar durante el proceso impidiendo a su hijo tener contacto con la madre cuando estaba en su cargo, mientras que la madre manifestó su disposición de no impedir el contacto del menor con su padre.

Se verifica de lo acontecido que ambas instancias otorgan la tenencia exclusiva por el principio del interés superior del niño, sin embargo, no tuvieron en cuenta la aceptación de la madre respecto a lo señalado por el padre ni valoraron los informes y pericias técnicas y psicológicas realizadas y presentadas durante el proceso, observándose la necesidad del trabajo conjunto de los operadores de justicia con el equipo multidisciplinario, y sobre todo, la falta de análisis, razonabilidad y objetividad en la emisión de dichas resoluciones.

Categoría N°1	Tenencia compartida
Objetivo específico 2	Determinar la influencia de la guarda alternada o alterna en el principio del interés superior del niño, Lima 2023.
Subcategoría 2	Guarda alternada o alterna

Se puede advertir que en ambas instancias las partes solicitaban la tenencia de su menor hijo, ya que estaba demostrado que ambos tenían solvencia económica por ser prósperos profesionales y empresarios e incluso el menor manifestaba muchas veces el querer vivir con ambos; esto quiere decir que ambos padres estaban en la posibilidad de ejercer la tenencia de su menor hijo, pero además que podrían haber llegado a un mejor acuerdo si se reflexionaba y analizaba objetivamente las modalidades de tenencia compartida y cuál de estas se acomodaba mejor a sus posibilidades y a las necesidades del menor.

De lo mencionado se puede notar como el desconocimiento de una figura jurídica y la falta de análisis de los operadores de justicia frente a determinados casos puede generar mayores conflictos y afectarse los derechos que se desean proteger, puesto que el interés

superior del niño es primordial, pero no el único aspecto a considerar cuando se trate de su desarrollo integral y óptimo de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, se aprecia la debilidad de nuestro sistema jurídico por cuanto este conflicto pudo manejarse de otra forma si nuestra legislación estableciera lineamientos y criterios objetivos para una correcta disposición, aplicación y ejecución de la tenencia compartida prestos a nuestra realidad social y cultural, en donde los divorcios y separaciones cada vez incrementan alarmantemente y lo que requerimos es salvaguardar los derechos fundamentales y procesales de los intervinientes en todo el proceso, prevaleciendo sobre todo el bienestar de la infancia, ya que son estos últimos los más afectados ante situaciones de conflictos familiares como divorcios y separaciones.

Resultado Categoría N° 2

Categoría N°1	Tenencia compartida
Objetivo específico 3	Determinar la influencia del sistema de anidación de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023.
Subcategoría 3	Sistema de anidación

Del caso en mención se puede verificar que al momento de otorgar la tenencia exclusiva a favor de la madre sin prever mayores alternativas de solución ni analizar objetiva y razonablemente las particularidades del caso en concreto u omitir la valoración de los especialistas y del equipo multidisciplinario para que posibiliten la manera de llegar a un término medio que se acerque al bienestar del menor, se está actuando en contra del principio que se desea proteger como el interés superior del niño. Para ello, es imprescindible tener en cuenta la necesidad de implementar y reformar el CNA, pero a su vez, publicitar y capacitar a los operadores de justicia sobre los temas modernos en materia familiar puesto que se requiere acceder a la administración de justicia que atienda los conflictos y necesidades actuales con instrumentos modernos.

Respecto al presente estudio, se analizó que tanto la primera como segunda instancia no previeron la tenencia compartida porque pese a que el menor manifestaba su deseo de convivir con ambos, estos no tenían buena relación e influenciaban en los pensamientos del niño, sin embargo, según los informes técnicos y psicológicos de los especialistas del equipo multidisciplinario recomendaban prever la tenencia compartida siempre que se establezcan reglas claras y equitativas para evitar conflictos posteriores debido a que, el menor estaba manifestando crisis emocional por encontrarse separado de sus padres.

Es importante tener en cuenta que, ante la falta de una correcta regulación de la tenencia compartida, hace defectuosa su correcta disposición, aplicación y ejecución, además que esto produce la sobrecarga procesal en nuestros fueros judiciales ocasionando que los jueces demoren en resolver los conflictos oportunamente y, que las partes no solo pierdan dinero si no también se encuentren con un proceso largo y engorroso en donde su conflicto se puede resolver después de varios años rompiendo lazos familiares y sociales.

Categoría N°2	Interés superior del niño
Objetivo específico 4	Determinar la influencia de la tenencia compartida en la tutela judicial efectiva en el principio del interés superior del niño, Lima 2023.
Subcategoría 4	Tutela judicial efectiva

Se puede verificar en el expediente **(2040-2017)** que los jueces al momento emitir las resoluciones correspondientes determinaron otorgar la tenencia exclusiva a favor de la madre sin sustentar debidamente sus decisiones. Primero, porque se prescindió de oficiar a LAN para verificar el historial de viajes contantes que hacia la madre; segundo por desestimar como prueba la constatación de Internamiento del hijo mayor por consumir sustancias toxicas; tercero por omitirse la declaración de la madre que aceptaba su ausencia constante por trabajo y la situación de su primer hijo; cuarto por no valorar la declaración de las maestras sobre el descuido y faltas del menor en el colegio y; quinto por rechazar el Acta de Internamiento por considerarlo impertinente, cuando claramente demostraba el riesgo que sufría el menor por estar al cuidado de una persona con problemas de adicción.

Por consiguiente, se aprecia que las pruebas presentadas durante el proceso dan lugar a ser valoradas y tenerse en cuenta a la hora de sentenciar y que, al no emitirse un pronunciamiento con argumentos lógicos y razonables resulta perjudicial al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de la parte afectada. Por ello la necesidad de analizar y reformar nuestro Código de Niños y Adolescentes la cual pone en riesgo el principio del interés superior del niño.

Asimismo, se puede verificar que en el presente caso se ha incurrido en una doble afectación primero, al limitarse el derecho tanto del padre como del menor a relacionarse afectivamente sin restricción alguna; y segundo, por no fundamentar correctamente su decisión a través de una argumentación lógica y objetiva de cada punto controvertido ni el por qué la tenencia compartida vulneraría el interés superior del niño en caso de disponer,

aplicar y ejecutar la misma. Teniendo en cuenta que la tutela judicial efectiva y el debido proceso se entrelazan entre sí, y que, si se afecta este último consecuentemente la emisión de la sentencia será deficiente y defectuoso.

Según los fundamentos señalados del presente expediente a lo largo del estudio del mismo, la primera instancia determinó en su resolución declarar **FUNDADA LA DEMANDA** sobre la tenencia exclusiva a favor de la madre, pensión de alimentos y régimen de visitas con externamiento. En esa línea, la segunda instancia **CONFIRMA EN PARTE** la sentencia con respecto a la tenencia exclusiva a favor de la madre y un régimen de visitas al padre **REFORMANDO** a visitas sin externamiento y dadas en el despacho judicial con vigilancia, puesto que el padre suponía un riesgo para el menor al no mostrar colaboración durante el proceso, lo que ha sido desmentido al analizarse el presente caso. En consecuencia, la Corte Suprema declara **FUNDADO** el recurso de casación, por consiguiente, **NULA** la sentencia de primera instancia, por consiguiente, en insubsistente la sentencia de segunda instancia, **ORDENÁNDOSE** la emisión de nueva sentencia con respeto a los derechos fundamentales y procesales de los intervinientes.

IV.- Discusión

Con respecto al objetivo general, basada en la primera categoría la tenencia compartida, la posición de Canales (2014), propone tres submodalidades de tenencia compartida puesto que, esta figura no puede ser otorgada por sí misma, sino verificándose cada caso en concreto, posición que se vincula con Carranza (2010), que afirma puede darse de dos formas la primera, tenencia compartida legal y segundo, la tenencia compartida física. En lo sucesivo, según nuestra segunda categoría de derechos fundamentales de Alexy (1997), defiende el derecho que tienen todas las personas dentro de un proceso litigioso y el respeto a las garantías procesales, sobre todo si existen menores de por medio; por lo indicado, se observa en el caso presente, que al emitirse una sentencia restringiendo la relación del menor con uno de sus progenitores alegando únicamente el principio del interés superior del niño sin mayor sustento ni fundamento puede resultar contraria a esta y a los derechos fundamentales tanto del hijo como del padre.

Con relación al primer objetivo específico, se estudia la primera subcategoría, la guarda o tenencia conjunta, cuando los padres deciden divorciarse o separarse pero desean continuar de forma permanente y equitativa el cuidado y responsabilidad de los hijos, según indica Schneider (2021), lo que se vincula con el caso presente ya que, ambos progenitores deseaban ejercer la tenencia respecto de su menor hijo, sin embargo el acuerdo de estos mismos sobre la tenencia compartida les estaba generando mayores problemas; por lo que se vincula con el sustento teórico de la segunda categoría y en especial con la primera

subcategoría del debido proceso, ya que es importante que los tribunales garanticen la defensa de los derechos fundamentales y las garantías procesales sobre todo, en casos de familia con menores involucrados (Landa, 2002). En ese sentido, manifestamos que, la tenencia compartida no es perjudicial por su sola existencia, sino que, la mala disposición, aplicación y ejecución de esta puede resultar negativo para los menores afectando lo que se debe proteger en lo posible su desarrollo óptimo e integral, aunque no siempre, el interés superior del niño debe ser el único criterio a considerar como se observa en el presente caso dado que, al disponerse la tenencia exclusiva a la madre y limitarse la relación del menor con su padre puede afectar los derechos fundamentales y las garantías procesales no solo del padre afectado, sino del menor lo que resulta ser más preocupante.

Con relación al segundo objetivo específico, en el que se estudia la segunda subcategoría, la tenencia alternativa o alternada, según indica Bermúdez (2008), señala que puede darse de tres criterios, sea semanal, quincenal o mensual, siempre y cuando exista buena relación entre los padres, de lo contrario no sería viable, lo que se vincula con el caso, toda vez que, ambos padres solicitaban la tenencia del menor, contaban con los medios económicos y el menor expresaba constantemente su intención de vivir con ambos, por lo que se entrelaza con la tercera sub categoría de Cillero (1999), el interés superior del niño es primordial, pero no siempre será el único criterio a considerar. En ese sentido, consideramos la necesidad de regularse correctamente la tenencia compartida y establecer lineamientos objetivos que sirvan a los operadores de justicia como punto de partida general a la hora de analizar cada caso y emitan sentencias y resoluciones que aseguren el principio del interés superior de los infantes dentro de un proceso correctamente dirigido como se observa en el presente caso.

Con respecto al tercer objetivo específico que estudia la tercera subcategoría, el sistema de anidación, al respecto Medina & Hollweck (2007), sostienen que, los padres son quienes tienen que rotar a la hora de convivir con sus hijos, y los menores no deberían desplazarse ni estar en constantes cambios, por lo que se vincula con la cuarta sub categoría de tutela judicial efectiva con respecto al interés superior del niño de Igarta (1998), que asevera que el vínculo efectivo del menor con sus padres es su derecho, empero no siempre va a ser el interés superior del niño, como se observa en el presente caso, en el sentido que el menor quería convivir con ambos padres, pero estos al no tener una buena relación influenciaban en la estabilidad emocional del menor. En esa línea, manifestamos que la tenencia compartida debe ser analizada objetivamente en cada caso en concreto, puesto que no será el mismo en todos los casos, por lo que es imprescindible que al emitirse una sentencia se asegure y garantice siempre la tutela de los derechos fundamentales de los intervinientes, pero sobre todo de los menores quienes son los más vulnerables y perjudicados ante un proceso judicial entre sus padres

En cuanto al cuarto objetivo específico, que estudia la cuarta sub categoría de la tutela judicial efectiva, se entiende como el derecho de toda persona a recurrir al Estado para la administración de justicia con respecto a un hecho en concreto según Moreno (2005), evidenciándose con el caso, que al no valorarse e incluso rechazándose las pruebas, declaraciones e informes técnicos que respaldaban la postura del padre ni considerarse la declaración del menor sin mayor análisis del mismo, se estaba afectando el derecho de tanto del padre como del menor, por lo que se vincula con nuestra tercera sub categoría del debido proceso de Fernández (1994) que lo engloba como garantías fundamentales, bajo cuatro elementos esenciales para su correcto desarrollo: la acusación, la defensa, la prueba y la sentencia. Asimismo, se observa en el presente caso como las instancias judiciales emitieron resoluciones carecidas de fundamentos lógicos que respalden objetivamente sus decisiones, sin embargo, las normas al no expresar lineamientos mínimos a considerar pueden contraponerse los derechos de las personas y las garantías procesales que tienen como principio rector el principio del interés superior del niño. En ese sentido, es importante que los organismos estatales garanticen la protección de los derechos fundamentales de las personas y el correcto desarrollo del proceso de acuerdo a ley sobre todo en los casos donde intervienen menores.

V.- Conclusiones

Primera. Se ha determinado que, si existe influencia de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023; puesto que al disponerse, aplicarse y ejecutarse de forma correcta será beneficioso para los niños, niñas y adolescentes; así se evidencia en el presente caso, con referencia a que los jueces de primera y segunda instancia no previeron disponer la tenencia compartida en ninguna de sus modalidades, puesto que se omitieron evaluar de forma más detallada el caso en concreto afectándose así no solo el derecho del menor y del padre, sino también las garantías procesales.

Segunda. Se ha determinado que, si existe influencia de la guarda conjunta o compartida de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023, en virtud que no se analizaron los informes técnicos y psicológicos que concluían la buena del padre con el menor y la opinión del menor con respecto a sus padres; por un lado, comentaba que su madre tomaba y no le ayudaba con las tareas, mientras que con su padre hacía las tareas y jugaban.

Tercera. Se ha determinado que, si existe influencia de la guarda alternativa o alternada de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023, en relación a que los jueces no observaron correctamente que la madre por temas laborales viaja mucho y no tiene una persona adecuada con quien dejar al menor mientras se ausenta, considerando

mejor opción al primer hijo de la madre que ha sido internado por sustancias tóxicas en vez del padre

Cuarta. Se ha determinado que, si existe influencia del sistema de anidación de la tenencia compartida en el principio del interés superior del niño, Lima 2023, en relación a que ambos padres cuentan con solvencia económica para poder disponer de un espacio en común y convivir con el niño para que sean ellos quienes se desplacen y no el menor.

Quinta. Se ha determinado que, si existe influencia de la tenencia compartida en la tutela judicial efectiva según el principio del interés superior del niño, Lima 2023, ya que, la primera y segunda instancia no valoraron correctamente las pruebas debidamente presentadas por el padre justificando sus decisiones mencionando el interés superior del niño sin mayor fundamento, afectándose el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Sexto. Por último, el presente tema de investigación no cuenta con mucha información al respecto, por lo cual ha sido una limitante poder acceder a mayor información, sin embargo, es necesario investigar más al respecto de la tenencia compartida ya que la familia es fundamental en la sociedad siendo importante crear normativas que aseguren la protección de los derechos humanos sobre todo de los menores y prevenir la afectación de estos con normas ambiguas y deficientes de tipificación.

Referencias

- Aguilar, O. M. (2021). *Repositorio Universidad Señor de Sipán*. doi:<https://orcid.org/0000-0002-8695-8572>
- Almudena Valiño Ces, Ana Rodríguez Álvarez. (2011). *Retos jurídicos de actualidad*. Madrid: Dykinson. Obtenido de https://www.google.com.pe/books/edition/Retos_jur%C3%ADdicos_de_actualidad/coVjEAAAQBAJ?hl=es&gbpv=1&dq=la+tenencia+compartida+de+los+menores&pg=PA147&printsec=frontcover
- Álvarez, H. Á. (2014). El derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho civil: supuestos más relevantes. *Revista Europea de derechos fundamentales*, 27-51. Obtenido de <file:///E:/TSP%20DERECHO/Dialnet-EIDerechoALaTutelaJudicialEfectivaDesdeLaPerspecti-4945866.pdf>
- Arroyo, F. J. (2015). El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1(14), 1-30. Obtenido de https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf
- Augustijn, L. (15 de Octubre de 2021). *Springer Link*. doi:<https://doi.org/10.1007/s10566-021-09659-5>
- Barletta, M. C. (2017). *Derecho de la niñez y adolescencia*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. Obtenido de https://www.google.com.pe/books/edition/Derecho_de_la_ni%C3%B1ez_y_adolescencia/EaHNDwAAQBAJ?hl=es&gbpv=1
- Becerril Ruiz Diego & García Moreno José Manuel. (Julio de 2020). La relación entre reformas legales y la asignación de la custodia compartida en España (2007-2017). *Revista española de ciencia política*(53), 119-142. doi:<https://doi.org/10.21308/recp.53.05>
- Canales , T. C. (2014). Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión. *Dialogo con la Jurisprudencia - Gaceta Jurídica S.A.*, 50-53.
- Coloma, A. M. (2011). *La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*. Madrid: Editorial Reus S.A. Obtenido de https://www.google.com.pe/books/edition/La_guarda_y_custodia_compartida/gI00Gf

_M7eYC?hl=es&gbpv=1&dq=la+tenencia+compartida+de+los+menores&printsec=frontcover

Contreras, M. d. (2001). *Derechos de los padres y de los hijos*. Mexico: UNAM. Obtenido de https://www.google.com.pe/books/edition/Derechos_de_los_padres_y_de_los_hijos/MPk3tdOy5sC?hl=es&gbpv=1

Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (28 de Agosto de 2002). *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva OC-17/02*. Obtenido de file:///E:/TSP%20DERECHO/seriea_17_esp.pdf

Diego Becerril Ruiz y Mar Venegas Medina. (2017). *La custodia compartida en España*. España: Dykinson. Obtenido de https://www.google.com.pe/books/edition/La_custodia_compartida_en_Espa%C3%B1a/kraxDgAAQBAJ?hl=es&gbpv=1&dq=la+tenencia+compartida+y+el+interes+superior+del+ni%C3%B1o&printsec=frontcover

Espinoza, S. C. (2015). *Repositorio Universidad Autónoma del Perú*. Obtenido de <https://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13067/162/CHONG%20ESPINOZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Estrada, J. O. (20 de Abril de 2016). La tenencia compartida: ¿Interés de los padres o interés de los hijos? *Revista Cátedra Fiscal*, 26-50. Obtenido de <http://201.234.119.250/index.php/RCF/article/view/179/147>

Fernández, C. F. (2019). Consecuencias de la adjudicación de la custodia individual en las medidas provisionales en cuanto a las posibilidades de una futura custodia compartida en el proceso principal. *Revista Boliviana de Derecho*(28), 516-537. Obtenido de <https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2019/08/516-537.pdf>

Fernando Álvarez, Josu Arrospide, Marian Elicegui, Elena Fernández-Markaida, María Lusarreta, Begoña Fernando Álvarez, Josu Arrospide, Marian Elicegui, Elena Fernández-Markaida, María Lusarreta, Begoña Rueda y Aurora Urbano. (2022). Dinámicas de Resistencia-Rechazo Filio-Parental. Historia conceptual y propuesta de denominación en Español. *Revista del Consejo General de la Psicología de España*, 43, 96-102. Obtenido de <https://papelesdelpsicologo.es/pdf/1204.pdf#page=18>

Flaquer, L. (2021). El manual Palgrave de sociología familiar en Europa. En *Shared Parenting After Separation and Divorce in Europe in the Context of the Second Demographic Transition* (págs. 377-398). doi:<https://doi.org/10.1007/978-3-030-73306-3>

- García, Á. L. (2014). La protección jurídica del menor: especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia. *Anales de Derecho*, 1-28. doi:<http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>
- Garriga, M. d. (2016). Visión jurídica y social de la protección a la infancia y adolescencia. *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*, 34-41. Obtenido de file:///E:/TSP%20DERECHO/Dialnet-VisionJuridicaYSocialDeLaProteccionALaInfanciaYADo-6360887.pdf
- Gómez, V. G. (2018). Estudio sobre la tenencia compartida. *Revista Jurídica de estudiantes de la universidad de Córdoba*, 1-19. Obtenido de file:///E:/TSP%20DERECHO/145-710-1-PB.pdf
- González, A. A. (Marzo de 2012). *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución española*. Obtenido de Repositorio Universidad Autónoma de Madrid: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38315.pdf>
- Hernández, F. R. (2007). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson. Obtenido de https://www.google.com.pe/books/edition/El_inter%C3%A9s_del_menor/ng9SDEel6lAC?hl=es&gbpv=1
- INEGI. (2022). *Comunicado de prensa N° 561/22*. México. Obtenido de <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/EstDiv/Divorcios2021.pdf>
- INEI. (22 de Noviembre de 2022). *Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI*. Obtenido de <https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-no-187-2022-inei.pdf>
- Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Karen Ripoll Núñez, Elvia Vargas Trujillo. (2015). *Decisiones sobre custodia y visitas: la perspectiva jurídica y familiar*. Trujillo: Universidad de los Andes. Obtenido de https://www.google.com.pe/books/edition/Decisiones_sobre_custodia_y_visitas/0aA7DwAAQBAJ?hl=es&gbpv=1
- Jamanca, C. V. (2018). *Repositorio Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo*. Obtenido de <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/3439>
- Jhon Alexander Cabrera Acosta, José Luis Satizabal García & Stephania Vargas Madroñero. (2016). *Repositorio Universidad Libre Seccional Cali*. doi:https://core.ac.uk/display/198447102?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1

- Juan Gabriel de la Cruz, Julio Antonio Guija, María del Mar Pastor Bravo. (2022). El llamado síndrome de alienación parental y sus derivaciones. *Revista Española de Medicina Legal*, 22-29. doi:<https://doi.org/10.1016/j.reml.2021.06.001>
- Laura Bernardi, Sabine Walper, Christine Entleitner Phleps, and Alexandra N. Langmeyer. (s.f.). Shared Physical Custody. Springer. Obtenido de <https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/50025/1/978-3-030-68479-2.pdf#page=282>
- Lehmann, R. B. (22 de Octubre de 2012). Custodia Compartida de los hijos. *Ius et Praxis*, 441-474. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200016>
- Lehmann, R. B. (2018). La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres. *Ius et Praxis*. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200469>
- Lekue, A. G. (2005). La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*(16), 52-57. Obtenido de https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:4PPa0ZpX03IJ:scholar.google.com/&hl=es&as_sdt=0,5&scioq=Agurtzane+Goiriena+Lekue
- López, M. J. (2005). Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten. *Derecho privado y Constitución*, 165-223. Obtenido de Dialnet: <file:///E:/TSP%20DERECHO/Dialnet-TutelaJudicialEfectivaYAudienciaDelMenorEnLosProce-2141004.pdf>
- Luis Miguel Marquez Berrospi, Gerardo Francisco Ludeña González, Nilton Isaías Cueva Quezada. (2023). Los derechos humanos y la falta de garantías para su aplicabilidad en la realidad peruana. Una revisión sistemática. *Revista de Climatología*, 23, 1-9. doi:10.59427/rccli/2023/v23cs.1793-1801
- María José Camino de Menchaca, Mariana Pardo Castro, Enrique Varsi Rospigliosi. (2023). Inviabilidad de un régimen legal especial para la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad en el Perú. *Acta bioethica*, 113-125. Obtenido de Acta Bioethica: <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v29n1/1726-569X-abioeth-29-01-113.pdf>
- Mariana Huaynate & Jairo Márquez. (2022). *Repositorio Universidad César Vallejo*. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/102633/Huaynate_MM%20Y-M%20c3%a1rquez_QJM-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Monteros, R. Z. (2018). *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos Jurídico-Procesales*. España: Editorial Dykinson, S.L. Obtenido de https://www.google.com.pe/books/edition/Nadie_pierde_la_guarda_y_custodia_compartir/bACCDwAAQBAJ?hl=es&gbpv=1
- Morales, S. A. (s.f.). *Torres y Torres Lara Abogados*. Obtenido de <https://tytl.com.pe/la-tenencia-compartida-solucion-o-problema/>
- Morillo, J. L. (25 de Enero de 2017). *Blogpost*. Obtenido de <https://gestionconflictosfamilia.blogspot.com/2017/01/la-custodia-compartida-en-suecia-2017.html>
- Oscar Oha & Wilmer Mamani . (2021). *Repositorio Universidad Jose Carlos Mariátegui*. Obtenido de https://repositorio.ujcm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12819/1304/Oscar-Wilber_tesis_titulo_2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Palacios, E. S. (2015). *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1981-2014*. (C. Libros, Ed.) España: Editorial Cultiva Libros S.L. Obtenido de https://www.google.com.pe/books/edition/La_tutela_judicial_efectiva_en_la_jurisprudencia_del_Tribunal_Constitucional_1981-2014/ACgAAQBAJ?hl=es&gbpv=1
- Piedra, T. G. (2021). *Repositorio Universidad de Oviedo*. Obtenido de <https://tytl.com.pe/la-tenencia-compartida-solucion-o-problema/>
- Pumar, M. J. (2019). La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial. *Revista Estudios Institucionales*, 6(10), 7-20. Obtenido de <https://pdfs.semanticscholar.org/3c1b/14b3c97da376c1d528223003ee500fb62c88.pdf>
- Reynaldo Bustamante Alarcon, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni, Giovanni Priori Posada. (2017). Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela jurisdiccional efectiva. *IUS La Revista* , 318-329. Obtenido de <file:///C:/Users/zarel/Downloads/Algunas-reflexiones-sobre-el-posible-cambio-de-paradigma-respecto-a-la-Tutela-Jurisdiccional-Efectiva.pdf>
- Roberto Hernandez Sampieri, Carlos Fernandez Collado, Pilar Baptista Lucio. (2014). *Metodología de la investigación* (Sexta edición ed.). Mexico: Mc Graw Hill Education. Obtenido de <https://www.esup.edu.pe/wp->

content/uploads/2020/12/2.%20Hernandez,%20Fernandez%20y%20Baptista-
Metodolog%C3%ADa%20Investigacion%20Cientifica%206ta%20ed.pdf

Rodríguez, C. E. (2017). *Repositorio Universidad Privada Antenor Orrego*. Obtenido de https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/3087/1/REP_DERE_CLAUDI_A.ACOSTA_APLICACI%C3%93N.PRINCIPIO.INTER%C3%89S.SUPERIOR.NI%C3%91O.FIJARSE.TENENCIA.COMPARTIDA.PERIODOS.CORTOS.pdf

Saludconlupa. (28 de Abril de 2022). (L. Ascarza, Productor) Obtenido de <https://saludconlupa.com/noticias/tenencia-compartida-una-ley-que-promete-igualdad-pero-pone-en-riesgo-a-madres-y-nios/>

Samillan, J. G. (2018). *La aplicación del interes superior del niño en la variacion de tenencia*. Obtenido de Repositorio Universidad Norbert Wiener: <https://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13053/1819/TITULO%20%20Arcana%20Samillan%2c%20Judith%20Gladys.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sánchez, M. F. (Mayo de 2016). *Repositorio Universidad Central del Ecuador*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/6877>

Steinbach, A. (2019). Children's and parents' well-being in joint physical custody: A literature review. *Family Process*, 58(2), 353-369. doi:<https://doi.org/10.1111/famp.12372>

Valera, M. C. (2017). El debido proceso legal y la tutela jurisdiccional efectiva: más similitudes que diferencias. *Foro jurídico*, 67-74. Obtenido de <file:///C:/Users/zarel/Downloads/18575-Texto%20del%20art%C3%ADculo-73616-1-10-20170526.pdf>

Varsi , R. E. (2011). *Tratado de derecho de familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Gaceta Jurídica. Obtenido de <http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/5230>

Yuri Berti Conopuma Leguia, Serry Yuriko Quiroz Garcia. (2017). *Repositorio Universidad Norbert Wienr*. Obtenido de <https://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13053/1190/TITULO%20%20Yuri%20Berti%20Conopuma%20Legu%C3%ada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Anexo 1 Resolución judicial o documento que contiene el caso jurídico

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

SUMILLA.- Son nulas las sentencias emitidas por las instancia de mérito que no respetan el derecho al debido proceso, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la defensa, por no valorar medios probatorios admitidos, menüuar un medio probatorio expresamente rechazado y no pronunciarse sobre argumentos planteados que sustentan la defensa de las partes.

Lima, ocho de enero de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número dos mil cuarenta – dos mil diecisiete; de lo expuesto en el Dictamen Fiscal número 83-2017-MP-FN-FSC (fojas 52 de cuademillo de casación) y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por Haroldo Heikki Miranda Sosa (folios 1132), contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y cuatro, de fecha treinta de marzo de dos mil diecisiete (folios 1116), expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, la cual: (a) Confirmó en parte la sentencia apelada contenida en la Resolución número cuarenta y uno, de fecha trece de diciembre de dos mil dieciséis (folios 831), que declaró fundada en parte la demanda interpuesta por Marianella Yuni Montenegro Hurtado contra Haroldo Heikki Miranda Sosa sobre reconocimiento de tenencia y alimentos, e infundada la demanda interpuesta por Haroldo Heikki Miranda Sosa contra Marianella Yuni Montenegro Hurtado sobre reconocimiento de tenencia y alimentos; y, (b) Revocó la sentencia apelada en el extremo que señaló que las visitas que debe realizar Haroldo Heikki Miranda Sosa a su hijo Haroldo Enrique Miranda Montenegro deberán ser realizadas con extemamiento, reformándola en ese extremo se dispone que las visitas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

deberán llevarse a cabo en el día y hora señalados en la sentencia, y se realizarán en la sala de encuentros familiares de los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna con la supervisión del Equipo Multidisciplinario del Juzgado de Familia, estableciéndose la forma cómo se efectuarán dichas visitas.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha doce de junio de dos mil diecisiete [folios 47 del cuadernillo de casación], ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales:

a) Infracción normativa material del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; se señala que la magistrada conocedora de la causa en primera instancia no ha tomado en cuenta la opinión y el parecer del menor, pese a haberlo requerido formalmente el demandado por escrito y en forma reiterada; haciéndose caso omiso, infringiéndose el principio del interés superior del niño y del adolescente, fallando a favor de la demandante, sin tener en cuenta que obran medios de prueba de mucho interés para el beneficio del menor, hechos nuevos y relevantes que corroboran la violencia física y psicológica ejercida por la demandante contra el menor, motivo por el cual se ha rehusado a vivir con la accionante; que no se ha tomado en cuenta el parecer del niño pese a que existen diferentes medios de prueba que demuestran que el menor ha declarado su deseo de vivir con su padre, rehusándose a ser entregado a la madre;

b) Infracción normativa procesal de los incisos 3, 5 y 14 artículo 139 de la Constitución Política del Perú; normas referentes a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias y el derecho a no ser privado de defensa en ningún estado del proceso;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

c) **Infracción normativa material por inaplicación del artículo 84 literales a y c del Código de los Niños y Adolescentes;** al haber negado el derecho del menor de seguir viviendo con su padre y negar el derecho al recurrente a que siga teniendo contacto con su hijo, sin ningún tipo de restricciones;

d) **Infracción normativa material de los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes;** porque habiéndose advertido la situación de peligro que corre el menor, debe declararse la nulidad de la recurrida a fin de que se emita nuevo pronunciamiento, valorando todos los medios de prueba existentes en el expediente, para no seguir afectando ni trasgrediendo los derechos del menor, de acuerdo a los artículos 81 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes;

e) **Infracción normativa material del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes;** porque se está privando al recurrente de su derecho a que pueda tener contacto con el menor libremente, más aún cuando el menor ha vivido con el padre toda una vida, donde ha compartido tristezas y alegrías;

f) **Infracción normativa material del artículo 472 del Código Civil, modificado por el artículo 101 del Código de los Niños y Adolescentes;** porque se ha excluido el concepto "habitación" del conjunto de elementos que contiene la expresión jurídica "alimentos", de lo cual fluye que se otorga doble beneficio a la demandante y doble perjuicio al demandado, obligándole al pago de mil soles (S/.1,000.00), a sabiendas de que la demandante es solvente económicamente, al poseer una constructora que le genera ingresos superiores a los del demandado, prueba existente en el expediente que no fue valorada; y,

g) **Infracción normativa material del artículo 481 del Código Civil;** porque la sentencia de vista deviene en arbitraria, por no existir una explicación lógica en el monto fijado de mil soles (S/.1,000.00) provenientes de los ingresos del demandado, pues en el caso concreto se ha determinado la ruptura de las relaciones personales entre ambas partes; es más, no se ha tomado en cuenta

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

que el demandado cuenta con dos hijas que se encuentran bajo su cuidado, además de sus ancianos padres.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Previamente a la absolución del recurso de casación examinado, es necesario hacer un recuento de lo acontecido en el presente proceso, a fin de poder evaluar si efectivamente se incurrieron en las infracciones normativas denunciadas.

A) DEMANDA DE MARIANELLA YUNI MONTENEGRO HURTADO:

Marianella Yuni Montenegro Hurtado con fecha dieciocho de noviembre de dos mil trece interpone **demanda de tenencia y alimentos** (folios 42) contra Haroldo Heikki Miranda Sosa a fin de que se le otorgue el reconocimiento judicial de tenencia de su menor hijo Haroldo Enrique Miranda Montenegro, y se acuda a este último con una pensión de alimentos ascendente a siete mil soles (S/.7,000.00) mensuales (Expediente número 027 12-2013-0-2301-JR-FC-02, del Segundo Juzgado de Familia – Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Tacna). Al respecto señala concretamente que con Haroldo Heikki Miranda Sosa ha mantenido una relación sentimental y convivido desde el año dos mil seis, producto de la cual han procreado a su hijo Haroldo Enrique Miranda Montenegro, siendo que el día quince de noviembre de dos mil trece – *tres días antes de la interposición de su demanda*– fue agredida físicamente por Haroldo Heikki Miranda Sosa y forzada a retirarse del hogar junto a su hijo, quien desde su nacimiento siempre ha estado bajo el cuidado de su persona en tanto que el padre se dedicaba más a sus trabajos, y en tal sentido sostiene que como niño siempre ha estado con la madre, esa situación no debe cambiar, por lo cual pide que se le reconozca dicha tenencia. En cuanto a la pretensión de alimentos Marianella Montenegro Hurtado sostiene que el padre del menor tiene capacidad económica por ser Gerente General de las

4

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

empresas Enobra Sociedad Anónima Cerrada y Mirso Sociedad Anónima Cerrada, percibiendo remuneración e ingresos como accionista principal, además de contar con estudios de administración de empresas, y ser propietario de varios inmuebles y vehículos, percibiendo un ingreso mensual aproximado mínimo de treinta mil soles (S/.30,000.00), mientras que ella no tiene ingresos fijos por haberse dedicado a apoyarlo, en los trámites de sus empresas, así como mantener la unidad familiar al cuidado de su hijo y velar porque tuvieran un hogar armonioso pese a sus múltiples ocupaciones;

B) CONTESTACIÓN DE HAROLDO HEIKKI MIRANDA SOSA:

Haroldo Heikki Miranda Sosa contestó la demanda (fojas 157) interpuesta por Marianella Yuni Montenegro Hurtado señalando principalmente, en cuanto al pedido de reconocimiento de tenencia, que tras la separación mantuvieron una tenencia compartida conforme a la cual, tres días de la semana él tenía a su menor hijo y los días siguientes lo tenía la madre, y que en otras ocasiones, una semana completa lo tenía él y otra semana se encargaba la madre, no existiendo una definición exacta de cuántos días lo debe tener cada uno, lo que debe ser dilucidado judicialmente porque les ha venido generando problemas y malos entendidos; sostiene que la madre del menor viaja constantemente y deja a su hijo al cuidado de los otros hijos maternos, cuando el padre es la persona más idónea para tenerlo en su ausencia; asimismo, con relación a los alimentos, afirma no entender por qué se solicita alimentos cuando han tenido una tenencia compartida, ambos trabajan independientemente y tienen suficiente solvencia económica, siendo ella una abogada y empresaria, propietaria de la empresa Del Monte Sociedad Anónima Cerrada, dedicada al rubro de construcciones, habiendo ganado últimamente una licitación del mantenimiento del Puerto Grau – Tacna, percibiendo un ingreso mensual de treinta mil soles (S/.30,000.00); asimismo, sostiene que él en ningún momento ha descuidado sus obligaciones alimentarias, siendo la madre quien más bien

↳

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

ha descuidado a su menor hijo, ya que reiteradamente ella tiene que viajar durante muchos días, motivo por el cual él también solicita la tenencia del menor.

C) DEMANDA DE HAROLDO HEIKKI MIRANDA SOSA:

Por su parte, Haroldo Heikki Miranda Sosa (fojas 175) con fecha uno de agosto de dos mil catorce ha interpuesto demanda de reconocimiento de tenencia y alimentos contra Marianella Yuni Montenegro Hurtado a fin de que se le otorgue la tenencia legal de su menor hijo Haroldo Enrique Miranda Montenegro y se le asigne una pensión alimenticia ascendente a mil soles (S/.1,000.00) mensuales (Expediente número 01716-2014-0-2301-JR-FC-01 del Primer Juzgado de Familia – Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Tacna). Al respecto sostiene que la separación se debió a la infidelidad de la madre, siendo que durante el tiempo de la separación siempre ha tenido un contacto permanente con su hijo, pues él lo llevaba siempre a su casa todos los fines de semana y feriados, esto es, desde el jueves, viernes, sábado y domingo, y que el menor vive con la madre los otros días, es decir, se alternaban de común acuerdo con la responsabilidad de la crianza; asimismo, indica que durante la permanencia del menor con la madre, se encuentra descuidado debido a que ella se encuentra viajando fuera de la ciudad y lo deja a cargo de su otro hijo Johan Salas Montenegro, quien presenta problemas de adicción a sustancias psicoactivas y quien además lo recoge dos horas antes de la salida de la escuela, esto es, a las once y treinta minutos de la mañana, perjudicándolo en sus horas de talleres y no cumpliendo tampoco con llevarlo a sus clases de reforzamiento que tiene todas las tardes, lo cual señala que se encuentra corroborado con la constatación del Juez de Paz del Centro Poblado Menor Francisco Bolognesi; agrega que debe tenerse en cuenta la voluntad del menor quien desea quedarse bajo su tutela, por lo cual ha pedido que se fije su residencia solo en su domicilio, dejando a salvo el derecho de la demandada

6

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

para que pueda visitar a su menor hijo las veces que lo estime conveniente en su domicilio. En cuanto a la pretensión de alimentos sostiene que se debe presumir el estado de necesidad de su menor hijo, poniendo en conocimiento que la madre es una próspera empresaria y abogada, quien es propietaria de la empresa **Del Monte Sociedad Anónima Cerrada**, dedicada al rubro de construcciones, percibiendo un ingreso promedio mensual de diez mil soles (S/.10,000.00).

D) CONTESTACIÓN DE MARIANELLA YUNI MONTENEGRO HURTADO:

Marianella Yuni Montenegro Hurtado (fojas 203) contesta la demanda planteada en su contra señalando que jamás ha descuidado a su menor hijo, quien no presenta problemas de desnutrición o salud, no negando que a veces por motivos de trabajo tiene que viajar y que sí ha sido retirado del colegio temprano, en las oportunidades que así ha sido, es por causas totalmente justificadas, siendo que el acta de constatación que presenta para acreditar su dicho no se ajusta a la verdad; agrega que Haroldo Heikki Miranda Sosa jamás ha tenido inconvenientes para ver a su hijo, habiéndose alternado de común acuerdo con la responsabilidad de la crianza, y en cuanto a su otro hijo, Johan Salas Montenegro refiere que el mismo fue internado por sugerencia de Haroldo Miranda Sosa, quien presentó problemas de conducta debido al divorcio de su primer esposo, pero que actualmente viene demostrando responsabilidad y constancia, siendo la persona quien recoge a su menor hijo Haroldo Enrique Miranda Montenegro cuando ella no puede realizarlo.

E) ACUMULACIÓN DE PROCESOS:

Por Resolución número diez, de fecha doce de noviembre de dos mil catorce (folios 212) el Segundo Juzgado de Familia – Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Tacna, resolvió acumular el Expediente número 01716-2014-0-2301-JR-FC-01 (correspondiente a la demanda de reconocimiento de tenencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

y alimentos interpuesta por Haroldo Heikki Miranda Sosa contra Marianella Yuni Montenegro Hurtado) al Expediente número 02712-2013-0-2301-JR-FC-02 (correspondiente a la demanda de reconocimiento de tenencia y alimentos interpuesta por Marianella Yuni Montenegro Hurtado contra Haroldo Heikki Miranda Sosa).

F) SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia contenida en la Resolución número cuarenta y uno, de fecha trece de diciembre de dos mil dieciséis (fojas 831) el **Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna**, declaró fundada en parte la demanda interpuesta por Marianella Yuni Montenegro Hurtado contra Haroldo Heikki Miranda Sosa, sobre reconocimiento de tenencia y alimentos, y en consecuencia, se reconoce a favor de la madre del menor el derecho de ejercer la tenencia de Haroldo Enrique Miranda Montenegro, fijándose un régimen de visitas a favor del padre para los días domingos con externamiento y una pensión de alimentos a su cargo por la suma de mil soles (S/.1,000.00); asimismo, se declaró infundada la demanda interpuesta por Haroldo Heikki Miranda Sosa contra Marianella Yuni Montenegro Hurtado, sobre reconocimiento de tenencia y alimentos. Se sustentó la decisión indicando concretamente:

- a) Que conforme al artículo 84 literal a) del Código de los Niños y Adolescentes, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) Que existiendo un proceso de violencia familiar seguido por el Ministerio Público contra ambos padres, el mismo no cuenta con sentencia consentida o ejecutoriada, por lo que no se puede asumir que existieron los hechos de violencia física y psicológica que se atribuye a Marianella Montenegro Hurtado;
- c) Que de acuerdo a la Evaluación Psicológica número 005-2015-PS-01

8

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SAI A CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

Marianella Montenegro Hurtado no presenta indicadores (síntomas clínicos) compatibles a trastornos de personalidad o desórdenes psíquicos que afecten su percepción de la realidad, presentando una fuerte tensión por la separación con su hijo desde el mes de diciembre de dos mil catorce;

d) Que conforme a la Evaluación Psicológica número 009-2015/Ps.01 Haroldo Heikki Miranda Sosa no presenta alteraciones del pensamiento, y teniendo a su hijo en su domicilio lo ha mantenido privado del contacto materno y con sus hermanos mayores, demostrando no tener la madurez, el autocontrol emocional y equilibrio psicológico necesario para asumir su tenencia; pronunciamiento que concuerda con el Protocolo de Pericia Psicológica número 011095-2013-PSC-VF que concluye que presenta personalidad con rasgos principales de inseguridad e inmadurez emocional;

e) Que conforme a la Evaluación Psicológica número 031-2015/Ps.01 el menor Haroldo Enrique Miranda Montenegro venía atravesando una profunda crisis debido al intenso nivel de conflicto existente entre los padres, aunado a la privación del contacto materno desde el mes de diciembre de dos mil catorce, no dando cuenta dicha evaluación de maltratos psicológicos por parte de la madre hacia el niño;

f) Que durante la Audiencia el menor declaró en forma armónica y persistente que quería vivir con ambos padres y sus hermanos, lo que desestima preferencia por el padre o rechazo por la madre o sus hermanos del lado materno;

g) Que de los Informes Psicológicos a fojas quinientos setenta y uno y quinientos setenta y tres, ratifican el deseo del niño de estar con su padre y madre, señalando el mismo menor que eso no puede ser "porque su mamá le dijo que su papá está influenciado por otra persona" y además que "tiene que irse con su mamá para que su papá no se vaya a la cárcel", siendo que en dichos informes se recomienda poner los cuidados necesarios para su educación y crianza considerando que la figura paterna es de primordial

9

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

importancia en el desarrollo de los hijos y que el niño debe vivir al lado del padre debido a la identificación y necesidad que tiene que ver con la masculinidad desde la función padre-hijo y desarrollo emocional, sin pronunciarse sobre el rol de la madre en el caso particular, observándose que estos dos informes tampoco dan cuenta de que el niño fuera objeto de maltrato psicológico por parte de la madre;

h) Que la Asistente Social del Equipo Multidisciplinario visitó los domicilios de los padres, siendo que en tal oportunidad el niño volvió a manifestar su deseo de vivir con ambos, recomendándose un diálogo entre ellos y una tenencia compartida;

i) Que conforme al artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, el juez debe priorizar el otorgamiento de la tenencia al padre que mejor garantice el derecho del niño a mantener contacto con el otro progenitor, lo que no se verifica respecto del padre, dado que durante el cumplimiento de un acuerdo conciliatorio adoptado por las partes con posterioridad a la concesión de una medida cautelar de tenencia provisional a favor de la madre, Haroldo Heikki Miranda Sosa retuvo al menor, habiéndosele impuesto multa y siendo posteriormente condenado por los delitos de Desobediencia a la Autoridad y Sustracción de Menor, manteniendo al menor privado del contacto con la madre;

j) Que Haroldo Heikki Miranda Sosa no conducía al menor cuando era citado para tomar su declaración referencial, según indicó, porque el menor se negaba a ir;

k) Que el padre afirma que la madre tiene constantes viajes fuera de la ciudad, dejando al niño al cuidado de su otro hijo mayor de edad Johan Salas Montenegro, quien presenta problemas de adicción a sustancias psicoactivas, adjuntando una Constancia de Internamiento, conforme al cual dicha persona siguió un proceso de rehabilitación física, mental y espiritual por problemas de adicción al alcohol y drogas, sustento probatorio que no constituye un peligro

10

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

para su entorno, siendo que el menor refirió su deseo de vivir junto a ambos padres y a sus hermanos, lo que desestima una apreciación negativa por parte del niño respecto al indicado hermano por el lado materno, quien por cierto tampoco vive en el domicilio de la madre;

l) Que debe ampararse la demanda de tenencia respecto a la madre porque el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, sin perjuicio de fijar un régimen de visitas a favor del padre; y,

m) Que el padre debe proveer alimentos a su menor hijo, quien por su edad no se halla en posibilidad de atender sus propias necesidades, debiendo considerarse que no se ha probado que tenga un ingreso mensual aproximado de treinta mil soles (S/.30,000.00) que afirma la madre del menor y desestimándose además el ingreso de dos mil soles que afirma percibir mensualmente el padre, no siendo necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos.

G) SENTENCIA DE VISTA:

Mediante Sentencia de segunda instancia contenida en la Resolución número cincuenta y cuatro, de fecha treinta de marzo de dos mil diecisiete (fojas 1116) expedida por la **Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna**, confirmó en parte la sentencia contenida en la Resolución número cuarenta y uno, de fecha trece de diciembre de dos mil dieciséis, en cuanto declaró fundada en parte la demanda de reconocimiento de tenencia y alimentos interpuesta por Marianella Yuni Montenegro Hurtado e infundada la demanda de reconocimiento de tenencia interpuesta por Haroldo Heikki Miranda Sosa; asimismo, se revocó la apelada en cuanto al régimen de visitas otorgado con externamiento, disponiendo que se realicen en la sala de encuentros familiares de los Juzgados de Familia de la Corte Superior de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

Justicia de Tacna, estableciendo además reglas progresivas para posibilitar el extemamiento. Se fundamentó la decisión señalando concretamente:

a) Que, conforme a los informes psicológicos efectuados a los padres se tiene que la madre está en mejores condiciones emocionales para hacerse cargo del menor, además de haber puesto de manifiesto su disposición de no impedir el contacto del menor con su padre, por el contrario este último ha retenido al menor indebidamente en dos ocasiones, desconociendo los mandatos judiciales e impidiendo el contacto del niño con su madre, lo cual permite concluir que por el momento no estaría garantizado otorgarse una tenencia compartida, correspondiendo confirmar la recurrida en cuanto declara fundada la demanda de reconocimiento de tenencia a favor de la madre;

b) Que, estando a la conducta mostrada por el padre en el transcurso del proceso no resulta razonable por el momento permitir que el régimen de visitas dispuesto a su favor sea con extemamiento o que las visitas se lleven al interior de la casa materna dada las diferencias existentes entre los padres, debiendo llevarse a cabo en la sala de encuentros familiares de los Juzgados de Familia, los primeros tres meses todos los domingos, siendo que al vencimiento el equipo multidisciplinario deberá emitir informe, y de ser favorable el *A-quo* podrá disponer que el cuarto mes el padre podrá externar al menor una vez y continuar con la modalidad indicada las tres semanas posteriores, el quinto mes podrá externarlo dos veces al mes, al sexto mes podrá externarlo tres veces y al sétimo mes podrá externarlo todos los domingos, requiriéndose del informe del equipo multidisciplinario en cada ocasión; y,

c) Que, en cuanto a la pensión de alimentos fijada en mil soles (S/.1,000.00) a cargo del padre, se considera que se debe confirmar dicho monto dado que se presume el estado de necesidad del niño por tener ocho años de edad, requiriendo lo necesario para cubrir sus necesidades básicas de habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación; asimismo, se tuvo en cuenta que no se había

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

determinado que el padre perciba como ingresos la suma de treinta mil soles que se afirmaba en la demanda de alimentos planteada en su contra, aunque tampoco recibiría los ingresos mensuales de dos mil soles que él ha manifestado, dada su condición de propietario y accionista de dos empresas (Enobra Sociedad Anónima Cerrada y Mirso Sociedad Anónima Cerrada), además de haber reconocido que sólo por gastos de colegio y profesora particular acude a su menor hijo con mil quinientos soles, debiendo considerarse también el Informe Social número 079-2015 emitido por la Asistente Social del Equipo Multidisciplinario conforme al cual se constata que domicilia en una vivienda de tres pisos, de material noble, que cuenta en el primer piso con sala, comedor, cocina, área de jardín y una piscina en construcción, lo que permite inferir que tiene ingresos que superan los indicados dos mil soles, valorándose a su vez que tiene obligaciones para con sus otras dos hijas y que la madre del menor Haroldo Enrique Miranda Sosa también trabaja, siendo Gerente General de la Empresa Montenegro Sociedad Anónima Cerrada, desprendiéndose su capacidad económica para coadyuvar con el sostenimiento del menor.

SEGUNDO.- Habiéndose declarado la procedencia de la casación por causal de infracción normativa de carácter procesal que de ampararse, de acuerdo al artículo 396 del Código Procesal Civil modificado por Ley número 29364, impediría emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, corresponde resolverse, en primer término, la alegada causal, y en caso de ser desestimada, recién procedería resolver las causales de infracción normativa material.

TERCERO.- Se ha declarado la procedencia la casación por infracción normativa de carácter procesal de los incisos 3, 5 y 14 del artículo 139 de la

Constitución Política del Perú, por lo que corresponderá analizarse las indicadas normas a fin de evaluar si efectivamente han sido infringidas, o no.

CUARTO.- El inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú contempla como principio y derecho de la función jurisdiccional, a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Conforme lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia¹, el derecho a un debido proceso es un derecho continente que contiene otros derechos fundamentales, tanto de orden procesal como material, siendo que precisamente entre los derechos de orden procesal que contiene se encuentra el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales así como el derecho a la defensa, los mismos que están contemplados en los incisos 5 y 14, respectivamente, del citado artículo 139.

QUINTO.- Al momento de resolver las controversias, los jueces están en la obligación de pronunciarse no solo respecto al petitorio demandado sino que para hacerlo deberán analizar las circunstancias fácticas y jurídicas invocadas como sustento, los medios probatorios de respaldo, y en base a ello fundamentar la decisión que se adopte; asimismo, deben evaluar también los argumentos esgrimidos por la parte contraria, incluyendo, los medios

¹ En el Fundamento número 3 de la Sentencia recaída en el Expediente número 03423-2013-PA/TC se señala: «3.3.1) El derecho fundamental al debido proceso, tal como ha sido señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es un derecho –por así decirlo– continente puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que: “[...] su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.” (STC 7389-2005-AA/TC, FJ 5).

3.3.2) Al respecto, es importante precisar que, sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustantiva, de modo tal que el juez constitucional está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que este Colegiado haya señalado, en anteriores pronunciamientos, que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva “se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.” (STC 9727-2005-HC/TC, FJ 7).

3.3.3) Dicho lo anterior y atendiendo al petitorio de la demanda, se procederá a analizar si, en el caso concreto, se ha producido algún tipo de afectación del derecho fundamental al debido proceso alegado por el recurrente, que en su dimensión procesal comprende, entre otros, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y, en su dimensión sustantiva, supone que toda decisión judicial debe ser razonable y proporcional.»

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

probatorios en que se sustenta su defensa, lo cual permitirá obtener una resolución que se encuentre debidamente fundamentada. Conforme se puede apreciar de lo aquí indicado, la debida fundamentación de la decisión no solo exige el análisis de los hechos sino también la evaluación de los medios probatorios incorporados al proceso, y en tal sentido, adquiere relevancia el derecho a probar, que es parte del derecho a un debido proceso, que coadyuva al ejercicio de una defensa real y que incluye el derecho a ofrecer los medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, a que sean adecuadamente actuados, a asegurar la producción o conservación de la prueba a partir de su actuación anticipada, y a que sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida². Por tanto, no se garantiza el derecho a la defensa y a la debida motivación, y tampoco el derecho a un debido proceso, si permitiéndosele a las partes argumentar y así como ofrecer y actuar pruebas, esos argumentos y pruebas no son analizados al momento de adoptarse la decisión sobre la controversia, obviando el pronunciamiento sobre medios probatorios que las partes han considerado relevantes, o efectuando sobre ellos una fundamentación que es aparente, insuficiente, incoherente, incongruente o se encuentra inmersa en algún otro vicio de la motivación.

SEXTO.- Precisamente, los cuestionamientos que se plantean en el recurso de casación que se resuelve giran en torno a vicios que afectan la debida motivación de las decisiones contenidas en las sentencias de primera y de segunda instancia, al declarar fundada en parte la demanda de reconocimiento de tenencia y de alimentos planteada por Marianella Yuni Montenegro Hurtado, sin considerar, para la resolución de la controversia y específicamente para el análisis de los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, los argumentos que esgrimió Haroldo Heikki Miranda Sosa en sus escritos de

² Fundamento N°6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°03997-2003-PHC/TC.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

demanda y contestación, ni evaluar diversos medios probatorios que acreditarían sus afirmaciones, principalmente, en cuanto a la determinación de la tenencia del menor y a la obligación alimentaria.

SÉTIMO.- De acuerdo a la sentencia de primera instancia, un primer hecho asumido por la señora Juez de Familia para resolver la tenencia a favor de la madre del menor es que sería la persona con la cual el menor ha convivido mayor tiempo, subsumiendo tal hecho en el supuesto del artículo 84 literal a) del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta, entre otros, que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; sin embargo, tal afirmación contenida en el sétimo y décimo tercer considerando (parte final) de la sentencia de primera instancia no se encuentra suficientemente motivada puesto que, por un lado, se cita el dicho de la madre en el sentido de que el menor siempre ha convivido con ella desde su nacimiento, y por otro lado, se alude a la declaración y aclaración brindada por el padre en Audiencia Única, respecto a que el menor también vivió con él, y sobre la base de ambas versiones, sin mayor análisis, se concluye que la madre fue la persona que ha convivido más tiempo con el menor. Sobre este punto cabe resaltar que no se consideraron todas las declaraciones que sobre este hecho los padres han brindado durante el proceso respecto a cómo se había venido llevando a cabo, de facto, la tenencia del menor hasta la fecha de interposición de la primera demanda el dieciocho de noviembre de dos mil trece, no analizándose dichos contenidos en los escritos de demanda y de contestación de ambos padres –*declaración asimilada*– en tanto indicaron que convivieron juntos incluso desde antes del nacimiento del menor, quien nació durante la convivencia que se mantuvo hasta el día quince de noviembre de dos mil trece –*tres días antes de la interposición de la primera demanda de reconocimiento de tenencia y*

16

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

alimentos– fecha en la cual Marianella Yuni Montenegro Hurtado dejó el hogar conyugal, llevándose al niño, afirmando además *–la madre*– que desde la separación se alternaban de común acuerdo con la crianza del menor, y *–el padre*– que existió una tenencia compartida ejercida de hecho; por tanto, no se observa que en la sentencia de primera instancia se haya efectuado una fundamentación suficiente que permita concluir que el menor ha convivido más tiempo con la madre, a efectos de optar por la aplicación del artículo 84 literal a) del Código de los Niños y Adolescentes.

OCTAVO.- Con relación a lo indicado en el considerando precedente debe tenerse en cuenta que de acuerdo a las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes número 03943-2006-PA/TC³ (Caso Juan de Dios Valle Molina) y número 00728-2008-PHC/TC⁴ (Caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilarés), el vicio de motivación insuficiente se refiere: *«al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo»*.

NOVENO.- Otro vicio en la motivación que debe tenerse en cuenta para resolver la controversia es el referido a la motivación aparente, siendo que según la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número 01939-2011-PA/TC: *«Existe motivación aparente cuando una determinada*

³ Fundamento número 4 literal d).

⁴ Fundamento número 7 literal d).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

resolución judicial si bien contiene argumentos o razones de derecho o de hecho que justifican la decisión del juzgador, éstas no resultan pertinentes para tal efecto, sino que son falsos, simulados o inapropiados en la medida que en realidad no son idóneos para adoptar dicha decisión» (Fundamento número 26).

DÉCIMO.- Las deficiencias por motivación insuficiente y aparente se advierte en la sentencia de primera instancia cuando se pronuncia sobre los argumentos del padre del menor, Haroldo Heikki Miranda Sosa respecto a que Marianella Yuni Montenegro Hurtado viaja constantemente por razones de trabajo, teniendo que ausentarse por muchos días, habiendo descuidado a su hijo y dejándolo bajo el cuidado de sus otros hijos, entre ellos, Johan Salas Montenegro, quien presenta problemas de adicción a sustancias psicoactivas y quien lo había venido recogiendo dos horas antes de la salida de la escuela, perjudicándolo en sus horas de talleres e incumpliendo con llevarlo a sus clases de reforzamiento que tenía en las tardes, conforme a la constatación efectuada por el Juez de Paz del Centro Poblado Menor Francisco Bolognesi. Sobre este punto tenemos que en la sentencia de primera instancia se señala concretamente que: *«[...] el demandado no adjunta sustento probatorio que permita acreditar las reiteradas ausencias denunciadas, pues habiendo solicitado el demandado se oficie a la empresa LAN, admitido dicho medio de prueba, se prescindió del mismo mediante Resolución número 28»⁵ y que «[...] Aduciendo el demandado que la demandante debido a sus constantes viajes fuera de la ciudad, deja al niño Haroldo Enrique al cuidado de su otro hijo mayor de edad Johan Salas Montenegro quien presenta problemas de adicción a sustancias psicoactivas, adjuntado como sustento probatorio la Constancia de Internamiento a fojas 173, conforme al cual dicha persona siguió un proceso*

⁵ Parte final del Sexto Considerando de la Sentencia de primera instancia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

de rehabilitación física, mental y espiritual por problemas de adicción a sustancias psicoactivas (alcohol/drogas), dicho sustento probatorio de modo alguno permite inferir que aquél constituye un peligro para su entorno, es así que el niño al prestar su declaración refirió su deseo de vivir junto a ambos padres y a sus hermanos, lo que desestima una apreciación negativa del niño respecto a su citado hermano materno, quien por cierto tampoco vive en el domicilio de la demandante, como se tiene de la visita social efectuada al domicilio de la madre»⁶.

DÉCIMO PRIMERO.- Sobre lo expuesto precedentemente observamos que la sentencia de primera instancia adolece de serias deficiencias en su fundamentación, por motivación insuficiente y aparente, dando por acreditados o desvirtuados diversos hechos sin tener en cuenta los medios probatorios obrantes en el expediente judicial; así tenemos:

1. Que, se ha considerado que el padre del menor no ha podido acreditar las reiteradas ausencias de la madre porque no se ofició a la empresa LAN a efectos de que informe sobre sus viajes, al haberse prescindido de tal medio probatorio; observándose al respecto que no se trata del único medio de prueba ofrecido para dilucidar dicho hecho, sino que se omitió efectuar el análisis sobre otros medios probatorios importantes, como la propia declaración de la madre del menor respecto a los viajes y la información contenida en un acta de constatación realizada en sede judicial que había sido admitida como medio de prueba de Haroldo Heikki Miranda Sosa. En efecto, en la sentencia de primera instancia no se valoró el dicho de la madre del menor sobre las alegadas ausencias, a pesar que su versión consta en su escrito de contestación a la demanda de reconocimiento de tenencia y alimentos presentada en su contra por Haroldo Heikki Miranda Sosa; el Juzgado tampoco

⁶ Décimo Tercer Considerando de la Sentencia de primera instancia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

valora el Acta de Constatación del veintiuno de julio de dos mil catorce en donde constan las declaraciones de dos profesoras del menor Haroldo Enrique Miranda Montenegro respecto a las ausencias y descuidos atribuidas a Marianella Yuni Montenegro Hurtado y, sobre la responsabilidad asignada por esta última a Johan Salas Montenegro *hermano materno del menor*.

2. Precisamente, en cuanto a la presencia del hermano materno del menor, Johan Salas Montenegro, a quien Haroldo Heikki Miranda Sosa cuestiona por ser la persona que quedaría a cargo de su menor hijo y quien, según asegura, sería una persona adicta a sustancias psicoactivas, en la sentencia de primera instancia se afirma que de la Constancia de Internamiento a fojas ciento setenta y tres, se apreciaría que dicha persona siguió el proceso de rehabilitación física, mental y espiritual por problemas de adicción a sustancias psicoactivas (alcohol y drogas); respecto a dicho documento cabe resaltar que se efectuó una evaluación incompleta respecto a ese medio probatorio que había sido expresamente rechazado conforme se observa del Acta de Audiencia Única correspondiente al día veintiséis de noviembre de dos mil catorce⁷, lo que evidentemente lo excluyó del debate procesal entre las partes respecto a su contenido y sus efectos para el hecho que se pretende probar, esto es, si efectivamente el indicado Johan Salas Montenegro había culminado, o no, los dos procesos de rehabilitación por adicción a sustancias psicoactivas a que estuvo sujeto. Independientemente de si este Colegiado concuerda, o no, con la decisión de rechazar por impertinente un medio probatorio destinado a acreditar que el menor se encontraba expuesto a peligro por haber sido dejado bajo responsabilidad de una persona que sería adicta a sustancias psicoactivas (drogas y alcohol), lo cierto es que, desde una óptica procesal, evaluar dicho documento a pesar de su rechazo expreso dispuesto durante la Audiencia Única, constituye una afectación del derecho a un debido proceso y a la

⁷ Según se puede observar de fojas 220, al momento de calificarse los medios probatorios ofrecidos por Haroldo Heikki Miranda Sosa en el Expediente acumulado número 1736-2014, se rechazó el medio probatorio número 2, consistente precisamente en la Constancia de Internamiento del joven Johan Salas Montenegro (ofrecido como medio probatorio a folios 177).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

defensa, puesto que como consecuencia de su rechazo por habersele considerado impertinente, la discusión respecto a dicho medio probatorio quedó excluida del proceso y no obstante aparece siendo merituado en la Sentencia. Por tanto, encontramos que sobre tal punto la motivación es aparente por sustentarse en el análisis de un medio probatorio que, por razones procesales –su rechazo expreso– no es idóneo para sustentar la decisión; y,

3. Asimismo, este Colegiado advierte que la Juez de primera instancia desvió la discusión respecto a la alegada exposición del menor a un peligro por haberse asignado responsabilidad en su cuidado, al menos parcialmente, a un hermano que sería adicto a sustancias psicotrópicas, puesto que descarta dicho riesgo indicando que el referido hermano ya no domicilia en el inmueble de la madre, cuando el cuestionamiento del padre no se centra en si el hermano en mención continúa viviendo, o no, en el hogar materno, sino específicamente respecto a que, en ausencia de la madre por razones laborales, se le habrían asignado responsabilidades que incumplía sobre el cuidado del menor y el riesgo de colocar a este último bajo su cuidado debido a la adicción a sustancias psicotrópicas que se le atribuye. También se observa que la alegada situación de riesgo habría sido desvirtuada porque el niño ha manifestado que desea vivir con ambos padres y hermanos, asumiendo en principio que un niño puede entender y decidir sobre el peligro al que pueda estar expuesto al ser dejado bajo el cuidado de una persona adicta y, sobretodo, sin identificar algún medio probatorio que permita observar que al menor siquiera se le haya preguntado específicamente respecto a la relación con su hermano Johan Salas Montenegro, observándose sobre este punto, que la motivación de la sentencia de primera instancia es aparente e insuficiente.

DÉCIMO SEGUNDO.- Otro argumento que tampoco ha sido suficientemente analizado conforme a los medios probatorios admitidos en el expediente, está

21

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

referido a la madre del menor, de quien el padre afirma ser una persona mitómana y violenta, y ha ofrecido como medio probatorio el expediente judicial correspondiente a un proceso de violencia familiar seguido por el Ministerio Público contra ambos progenitores²; las copias recabadas de dicho litigio obran en este expediente (folios 454 a 523) y contiene una serie de instrumentales (incluyendo manifestaciones, actas, pericias, certificaciones médicas, entre otros) que no han sido evaluadas por la juez de primera instancia, quien se ha limitado a señalar que se trata de un proceso que no cuenta con sentencia firme y que por tanto no se ha definido judicialmente la existencia de violencia familiar en ese caso o que la madre del menor sea una persona que tenga mal carácter o que sea mitómana o violenta, sin considerar los medios probatorios obrantes en dicho proceso, cuyo examen precisamente podrían servir para ayudar a dilucidar la presente controversia.

DÉCIMO TERCERO.- El padre recurrente también cuestiona que no se haya tenido en cuenta el dicho de su menor hijo en cuanto señala con quién quiere vivir, puesto que habría declarado por un lado por querer vivir con ambos progenitores y, posteriormente, con el padre, en tanto que se ha resuelto porque la tenencia sea ejercida solo por la madre, por ser la persona que supuestamente habría convivido más tiempo con el menor y la que mejor garantizaría que el niño mantenga contacto con el otro progenitor, argumento que no puede subsistir frente a los vicios en la motivación descritos, específicamente, en tanto inciden sobre la premisa referida al progenitor con quien el menor convivió más tiempo y sobre los riesgos en la tenencia otorgada, mientras no se esclarezca debidamente la violencia y descuidos atribuidos a la madre y la colocación bajo el cuidado de persona adicta a sustancias psicotrópicas.

² Medio Probatorio número 7 presentado en el escrito de contestación de demanda a fojas 560 y admitido durante la Audiencia Única, según se observa de fojas 120.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

DÉCIMO CUARTO.- La decisión adoptada en estos términos respecto al reconocimiento de tenencia a favor de la madre del menor, que se encuentra viciada por haber sido determinada con vulneración al derecho a una debida motivación de las resoluciones judiciales y con respeto a los derechos a la defensa y al debido proceso, incide sobre la regulación de la obligación alimentaria, la cual evidentemente será definida en razón de cuál es el padre al que se le reconozca la tenencia, incluso si es otorgada de manera compartida.

DÉCIMO QUINTO.- Cabe resaltar que un reclamo efectuado por el recurrente, desde que se emitió la sentencia de primera instancia, es que no se habrían valorado una serie de instrumentales referidas a la declaración del menor respecto sobre con qué padre desea vivir, a la conducta violenta de la madre y también sobre los actos de violencia que habría sufrido por parte de esta última y del hermano materno Johan Salas Montenegro; observándose al respecto que en efecto, concluida la etapa postulatoria, se han presentado en primera instancia una serie de instrumentales orientadas a acreditar tal situación, las cuales, en un primer momento, dieron lugar a la emisión de diversas resoluciones en las que se decretó que se tengan presentes en su oportunidad y en lo que fuere de ley⁹ y que se tengan presente al momento de resolver el fondo en lo que fuera de ley¹⁰, disponiendo en esos casos que se agreguen a los autos los anexos de los escritos respectivos. La emisión de resoluciones judiciales en tal sentido crea, como es lógico, la expectativa razonable en los justiciables de que llegado al momento de resolver los jueces que conocen su caso se pronuncien sobre dichos medios probatorios presentados y anexados al expediente vía decreto, y es que cuando las partes o terceros legitimados en un proceso acompañan instrumentales a sus escritos, resulta evidente que lo

⁹ Resolución número 21 del 04 de julio de 2016, a fojas 718.

¹⁰ Resolución número 37 del 24 de octubre de 2016 a fojas 801.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

hacen con la intención de acreditar sus afirmaciones y/o contradecir los argumentos de la parte contraria, y en tal sentido, correspondía que al ser presentados en el proceso, el juez los califique y determine si deben ser rechazados o si son incorporados al proceso, conforme lo prevé el artículo 429 del Código Procesal Civil, sujetándolos al contradictorio en caso se disponga su admisión. Una resolución que dispone tener presente el medio probatorio en cuanto al momento de resolver y que dispone que sea incorporado al expediente, constituye una decisión jurisdiccional que no rechaza el medio probatorio y tampoco lo admite expresamente, pero, como se ha indicado, sí genera expectativa legítima de la parte que lo presentó, de que en su oportunidad el órgano jurisdiccional se pronunciará teniendo en cuenta dichos medios probatorios, conforme ha ocurrido en el caso de autos, en donde el padre del menor, reclama que no se han tenido cuenta las instrumentales que presentó, lo que resulta lógico si el Juzgado no los valora y tampoco expone las razones por las cuales no los considera al momento de resolver. Bajo estas circunstancias, la sentencia que se emite contraviene abiertamente los derechos a un debido proceso, a la defensa y a la motivación, dada la falta de pronunciamiento sobre medios probatorios que, en su oportunidad, dispuso tener presente al momento de resolver y respecto a los cuales no se pronuncia para rechazarlos, admitirlos y/o valorarlos.

DÉCIMO SEXTO.- En el recurso de apelación planteado contra la sentencia de primera instancia (folios 852) el padre recurrente cuestionó, precisamente, la afectación de su derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso así como la debida motivación, invocando la afectación del artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú y del artículo 122 numerales 3 y 4 del Código Procesal Civil, cuestionando la errónea y viciada evaluación realizada por la *A-quo* sobre la equívoca identificación del progenitor que convivió más tiempo con menor, sobre la exposición al peligro en que fue colocado al

24

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

haberse asignado su cuidado a una persona adicta al consumo de drogas, sobre la conducta violenta y descuido atribuido a la madre, y sobre la no consideración de la opinión del menor a efectos de resolver la presente controversia. Así pues, se observa en el acápite II del recurso de apelación que Haroldo Heikki Miranda Sosa expresamente plantea los agravios que le produce la sentencia que apelaba señalando que: *«En principio se ha violado mi derecho a la tutela procesal efectiva y el debido proceso que garantiza el artículo 139 numeral 3 de la Constitución, al haberse expedido una resolución en contra del texto expreso y claro de los numerales 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, por su evidente falta de imparcialidad y por la incongruencia que existe entre la parte considerativa, la norma, los medios probatorios actuados y el fallo»*, para seguidamente describir en el acápite III del recurso de apelación, las afectaciones ya descritas.

DÉCIMO SÉTIMO.- En la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y cuatro que es materia de casación, cuyos fundamentos han sido reseñados en el acápite G) del Primer Considerando de la presente Sentencia, se ingresó a resolver directamente el fondo de la controversia, sin pronunciarse sobre los referidos agravios planteados por Haroldo Heikki Miranda Sosa y que giraban en torno a la denunciada afectación del derecho a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, conforme al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú e incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, por lo que en este caso, la omisión de pronunciamiento sobre las indicadas infracciones de carácter procesal, nos permiten observar la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales que contempla el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, y específicamente, sobre el Principio de Congruencia Procesal que comprende.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

DÉCIMO OCTAVO.- Siendo amparable la causal de infracción normativa procesal, por infracción del derecho al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales y al derecho a la defensa del impugnante, en aplicación del numeral 3 del penúltimo párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley número 29364, corresponderá declararse fundado el recurso de casación planteado, invalidando las sentencias viciadas y adoptando las medidas pertinentes para la renovación de los actos procesales viciados, ordenándose la emisión de nueva sentencia que no incurra en las infracciones observadas, siendo por esta razón que no procede ingresarse a analizar y resolver en esta sede, las causales de infracción normativa material por incidir sobre el fondo de la controversia.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del tercer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil:

4.1. Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **Haroldo Heikki Miranda Sosa** (folios 1132), en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y cuatro, de fecha treinta de marzo de dos mil diecisiete (folios 1116), expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, en **insubsistente** la sentencia apelada contenida en la Resolución número cuarenta y uno, de fecha trece de diciembre de dos mil dieciséis; **ORDENARON** que en su oportunidad se emita nueva sentencia en primera instancia de conformidad con los derechos al debido proceso, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la defensa.

4.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Marianella Yuni

26

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2040-2017

TACNA

RECONOCIMIENTO DE TENENCIA

Montenegro Hurtado contra Haroldo Heikki Miranda Sosa sobre Reconocimiento de Tenencia y otro; y los devolvieron. Ponente Señor Romero Díaz, Juez Supremo.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

ORDOÑEZ ALCÁNTARA

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CABALA

Anexo 2. Declaratoria de originalidad de autoría

Anexo 3. Reporte de informe de similitud

Reporte de Similitud Turnitin

● 13% de similitud general

Principales fuentes encontradas en las siguientes bases de datos:

- 11% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 4% Base de datos de trabajos entregados
- 5% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

FUENTES PRINCIPALES

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	repositorio.ucv.edu.pe Internet	2%
2	hdl.handle.net Internet	2%
3	repositorio.urp.edu.pe Internet	1%
4	Universidad Wiener on 2023-10-08 Submitted works	<1%
5	diposit.ub.edu Internet	<1%
6	Universidad Wiener on 2023-10-22 Submitted works	<1%
7	repositorio.upla.edu.pe Internet	<1%
8	repositorio.uwiener.edu.pe Internet	<1%