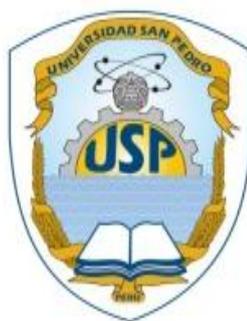


UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA ACADEMICA PROFESIONAL DE
DERECHO



La tenencia o custodia en nuestro ordenamiento jurídico peruano
TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TITULO
PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor

Sosa León, Kelin Yolanda

Asesor

Yengle Ruiz, Miguel Hernán

Huacho – Perú

2018

Palabras Claves:

Tema	La Tenencia o Custodia en Nuestro Ordenamiento Jurídico Peruano
Especialidad	Derecho Familia

Keywords:

text	The Tenure or Custody in our Peruvian Legal Order
Specialty	Family Law

Línea de Investigación: Derecho

DEDICATORIA

A mis padres por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, mi educación, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.

AGRADECIMIENTO

A Dios nuestro padre por la fortaleza del día a día A mi familia, por los saberes y valores inculcados A mis amigas (os) y a toda las personas que contribuyeron facilitándome la información requerida, en especial a mi linda madre por el apoyo incondicional brindado y la lucha constante por el bienestar reflejado en mi persona. A todos ellos mi agradecimiento.

Índice

Palabras Claves.....	i
Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
1 Resumen.....	4
2 Descripción del Problema.....	5
3 Marco Teórico	6
3.1 Instituciones Familiares.....	6
3.2 Tenencia de los niños y adolescentes.....	8
3.3 Etimología:.....	10
3.4 Definición: Tenencia:	11
3.5 La tenencia en el código de los niños y adolescentes	11
3.6 Aplicación del principio del interés superior del niño.	13
3.7 Clases de tenencia.	15
3.8 Características de la tenencia.	16
3.9 El derecho a cuidar y ser cuidado.	17
3.10 Existen criterios para el otorgamiento de la tenencia.	20
4 Análisis del problema.	23
5 Conclusiones.....	24
6 Recomendaciones.....	25
7 Bibliografía	26
8 Anexos	28

1 Resumen

La tenencia es uno de los derechos que les corresponde a los padres respecto a los hijos que hubieren reconocido, o que hayan sido procreados dentro del vínculo matrimonial; por lo tanto, la tenencia es una de las atribuciones de la patria potestad. Los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia en materia de derecho de familia, lo cual comprende el atender las demandas de tenencia y custodia, son los Juzgados de Familia. El tratamiento de la tenencia ha sido desarrollado en el Código del Niño y del Adolescente, en los artículos 81 al 87, en los cuales en resumen se ha dispuesto que en principio la tenencia se debe determinar por común acuerdo de los padres el cual puede tomarse directamente o por medio de un Centro de Conciliación Extrajudicial por medio de la suscripción del Acta de Conciliación; de no haber acuerdo o si este resultara perjudicial para los hijos el juez resolverá, pudiendo disponer la tenencia compartida.

El Juez puede variar la Tenencia con la asesoría del equipo multidisciplinario; la variación se realizara preferentemente de manera progresiva. La variación de la Tenencia se tramita como demanda nueva y después de transcurridos seis meses de la resolución originaria. La solicitud al Juez puede comprender tanto el pedido de Tenencia, así como el reconocimiento en caso ya la venga ejerciendo de hecho. En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta los siguiente criterios el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y para el que no obtenga la tenencia o custodia se le debe señalarse un régimen de

visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez otorgara la tenencia a quien mejor garantice el derecho del niño a mantener contacto con el otro padre o madre.

2 Descripción del Problema.

La posibilidad de la tenencia de un niño, niña o adolescente está dada en primer lugar a los padres, cuales estos sean capaces. Estos problemas que son constantes entre parejas ya sea de esposos o convivientes, se tiene que analizar si el progenitor capaz puede igualmente hacerse cargo del cuidado de aquellos hijos menores. Que el problema de la tenencia de los hijos menores de edad se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no conviven; así también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinar a cuál de los progenitores se ha entregar la tenencia de los hijos menores de edad.

En un juicio de tenencia de hijos, luego de producida la separación de hecho de los padres, aún sin mediar trámite de separación personal o de divorcio por algunas de las causales establecidas en nuestro código civil peruano, resulta aconsejable determinar quién va ejercer la tenencia de los hijos; para implementarlo judicialmente a través de una acción judicial de tenencia. En un juicio de divorcio o de separación de hecho, la determinación de la tenencia de los hijos puede ser solicitada en el juicio de separación de hecho o de divorcio por algunas de las causales.

En forma provisoria, desde antes de la demanda, pero también puede pedirse la tenencia definitiva, con acuerdo de partes o sin él. Este último supuesto puede ser requerido por uno de los

progenitores, otorgado por el Juez mediante una sentencia, esto mediante un trámite que no pueda o como también para no desproteger a los niños, donde prima el interés superior del niño el cual es un derecho constitucional reconocido a nivel mundial por todos los países.

CAPITULO I

LA TENENCIA O CUSTODIA EN LA LEGISLACION PERUANA

3 Marco Teórico

3.1 Instituciones Familiares

3.1.1 Instituciones Familiares en la Legislación Peruana

(Aguliar, 2012). Patria Potestad: La Patria Potestad resulta siendo la más importante dentro de todas las instituciones que se ubican en el Derecho de Familia, que posteriormente nos referiremos a cada una de ellas; deber derecho de todos los padres, de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, tal como lo consigna la Constitución de 1993 en su artículo 6, o el deber derecho de los padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores, como lo prescribe el artículo 418 del Código Civil, ahora bien, nos dice que tratándose de hijos matrimoniales, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, en igualdad de condiciones, mientras que si se trata de hijos extramatrimoniales, entonces el legislador alcanza al juzgador, elementos referenciales para otorgar la patria potestad a uno u otro, en el caso de que los padres no vivan juntos.

Para que el juez otorgue la patria potestad, este debe tener en cuenta criterios referidos a brindar el cuidado integral de los hijos menores, resultando trascendental que ante toda decisión tomada por el juez a favor de los menores deba primar el Principio del Interés Superior del Niño o Adolescente recogido por el Código de los Niños y Adolescentes en su Título Preliminar, artículo IX. Por tanto podemos decir que la patria potestad se refiere al conjunto de derechos y deberes que derivan del ejercicio de la paternidad y corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la misma sobre sus hijos, asumiendo el reparto de funciones como lo es el cuidado, alimentación y crianza de los hijos, sin discriminación alguna. Y si

en caso existiera ausencia de uno de los padres, la patria potestad será asumida por uno solo.

Tenencia de Niños y Adolescentes: El Código de los Niños y Adolescentes, equipara la tenencia a la custodia; ante ello la tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o cree que es un error, pues la tenencia es un atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos, derecho que le es reconocido por ley a ambos padres y como resulta de una opinión unánime, ello implica el derecho a convivir con los hijos; ahora bien, ya en el ejercicio del derecho de tenencia surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos y que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos, por lo tanto la custodia vendría a ser un deber (acción de custodiar, persona que cuida a otra), en consecuencia no puede haber identificación entre ambos términos como si fueran sinónimos. Descripción con la que no concuerdo, ya que resulta implícito custodiar a un menor de edad al obtenerse la tenencia del mismo, sin entrar en una correlación o superposición de términos.

(Rosales, 2005). Que mientras los hijos son menores de edad los padres tienen una serie de deberes hacia ellos, para su protección y formación, y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos, llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

3.2 Tenencia de los niños y adolescentes

3.2.1 La Paternabilidad responsable y la Coparentabilidad como aspectos fundamentales

(Cuculiza, 2007). En la familia intacta a ambos progenitores les incumbe la responsabilidad del desarrollo psicosocial de los hijos y comparten en forma alterna la tenencia biparental, aspectos determinantes para concluir, que en la dinámica intrafamiliar se operacionaliza un modelo coparental del cual se encuentra determinado por la distribución de los roles y funciones de los padres hacia sus hijos, estando juntos o separados; en caso de la separación lo que resulta es que desvigorizan la presencia paterna y desperfilan el rol socio-afectivo generalmente del padre, que deviene en una figura ausente que emana señales de abandono a los hijos y la nueva atribución de su rol, adquiere el sentido de pagador, experimentado a la vez el actuar como un visitador eventual de sus propios hijos.

Entonces para evitar estas transiciones, surgen conceptos o aspectos que coadyuvan a mejorar las relaciones paterno-filial e intrafamiliares, y en una posible separación se llegue al consenso de que ambos padres son responsables del cuidado de sus hijos sin discriminación alguna, primando el interés del menor quien necesita la presencia de ambos progenitores para la realización de su persona. Señala que los vínculos personales y el contacto directo que un niño debe mantener con el padre o madre son un derecho protegido por nuestras leyes nacionales (Perú) y por normas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño. Todas estas reglamentaciones reiteran y ratifican, a la vez, el Principio del Interés Superior del Niño como aquel que toda autoridad debe considerar al adoptar una medida que involucra a un menor.

3.2.2 La Paternidad Responsable

El artículo seis de la Constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica el ejercicio efectivo de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad; dentro de esta se encuentra el derecho que tienen los padres de vivir con sus hijos, y a su vez el derecho de los hijos de vivir en una familia, sea esta: nuclear, monoparental, separada, reconstituida o ensamblada, entre otras, siempre y cuando le ofrezcan un ambiente sano apto para su desarrollo integral, según el interés superior del niño. Ocurre que muchas veces, luego del quiebre de la relación matrimonial o conyugal, los hijos pasan a ser parte de una familia en la cual deberá determinarse que solo uno de los progenitores residirá con los hijos, que en muchos casos suele ser la madre, en cuanto la mayoría de autores señalan que ello evitará confusiones en sus hábitos, costumbres y reglas de conducta, siendo estos autores algunos detractores de la Coparentabilidad o una posible tenencia compartida, sin tener fundamento alguno.

Coparentabilidad este concepto involucra que el padre y la madre son igualmente responsables de sus hijos, cada progenitor debe responder frente a las demandas y expectativas de los hijos de forma independiente o de forma conjunta, porque a su vez el concepto de "coparentalidad engloba al progenitor como un ser completo, capaz de ejercer su rol y el del otro, pero, cada uno conserva su personalidad.

3.2.3 La Tenencia del menor

(Beltran, 2009). La tenencia es una institución del derecho de familia, que tiene por finalidad, el determinar cuál de los padres estará al cuidado de los hijos en el caso de que exista una separación. Por lo que de acuerdo a las circunstancias, como particularmente señala puede ser definida como: Un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos de consuno y, por tanto ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones.

Por su parte, que la Tenencia de Menor, es definida como el trámite tendiente a obtener un reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo y procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de este. Es decir que se trata de una institución que tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.

3.3 Etimología:

(Española, 1997). Etimológicamente la palabra Tenencia, se deriva del verbo Tener. De acuerdo al Derecho Universal y a las normas jurídicas, la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra Tuición, y es así como los Diccionarios de la Real Academia de La Lengua Española, así como la Enciclopedia Omeba y otros autores que los enunciaré posteriormente, toman esta similitud en sus definiciones.

Según el Diccionario de Real Academia de Lengua Española: Tuición.- Es efecto y acción de guardar y defender: Guardar es cuidar y custodiar algo; tener cuidado de unas cosa y vigilancia sobre ella. Cuidar es asistir, guardar, conservar; por lo que podríamos decir que tuición es el cuidado, custodia, guarda que ejerce una persona sobre un menor.

3.4 Definición: Tenencia:

(Chunga, 2001). Nos da un concepto de tenencia desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo por extensión señala el código, la tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés.

3.5 La tenencia en el código de los niños y adolescentes

(Varsi y Paz, 2012). Identificada como el derecho y el deber de los progenitores de mantener una convivencia inmediata y relación directa con los hijos para su cuidado y crianza. Asimismo, y de forma recíproca, es el derecho del hijo convivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca, para así lograr su desarrollo integral. En ese sentido, la tenencia es un atributo derivado de la patria potestad, pero no es una facultad exclusiva de los progenitores, sino una facultad en función de lograr el desarrollo de la personalidad de los hijos. Además, quien goza de la patria potestad, está legitimado para ejercer la tenencia, aunque surjan casos especiales como la separación de cuerpos o divorcio, en que uno de los padres se queda con el cuidado inmediato del hijo.

El artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes establece que, cuando los progenitores están separados de hecho, la tenencia de los hijos se determina de común acuerdo o, a falta de este, es el juez especializado quien resuelve la disyuntiva, teniendo en cuenta el

informe del equipo multidisciplinario y el dictamen fiscal. En el primer caso, ambos progenitores tienen la voluntad de establecer un acuerdo sobre la tenencia, tomándose en cuenta la opinión de los hijos, con la finalidad de identificar y satisfacer las necesidades de estos. Esta relación trilateral entre el padre, la madre y el hijo permite que todos ellos puedan expresar sus intenciones y deseos de llevar a cabo la tenencia de forma plena y se mantenga una buena relación familiar. En el segundo caso, cuando hay discrepancia sobre la tenencia de los hijos o esta resulta perjudicial para ellos, es el juez especializado quien decidirá conferir la tenencia a uno u otro padre, pudiendo confirmar la continuación de la custodia a quien la tiene o despojársela para entregársela al otro, dictando las medidas necesarias que garanticen su cumplimiento. El artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes establece los criterios que deberá tomar en cuenta el juez al momento de resolver sobre la tenencia, priorizando sobre todo que, al padre a quien otorgue la custodia, es quien mejor garantice el derecho de sus hijos y permita el contacto con el otro progenitor.

Asimismo, el niño deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable. Cuando sea menor de tres años, este permanecerá con la madre por encontrarse en una etapa de lactancia. Los criterios fijados en este artículo no son de fatal cumplimiento para el magistrado, sino que constituyen elementos de juicio que deben relacionarse con el interés superior del niño a fin de resolver de la mejor manera la situación del menor de edad y no se prioricen los intereses particulares de los padres. El juez deberá resolver el proceso de tenencia después de revisar el informe del equipo multidisciplinario, que trabaja en el Poder Judicial y está comprendido por psicólogos y asistentes sociales. Ellos se encargan de complementar las investigaciones y pruebas necesarias para que el juez determine la tenencia y el régimen de visitas correspondiente.

El objetivo de asesoramiento al organismo judicial por parte de este equipo especializado consiste en evaluar la situación del niño o

la niña, las relaciones paterno y materno filiales, la idoneidad de establecer y/o modificar regímenes de comunicación, y la valoración de los entornos familiares. Del informe del psicólogo se desprende la situación emocional que vive el niño con cada uno de sus progenitores. Asimismo, se evalúa al padre y la madre para determinar cuál de ellos es el más idóneo para mantener bajo su cuidado al hijo. Y del informe de la asistencia social se brindará la información correspondiente al estado socioeconómico que desenvuelve el niño y el de sus padres. El artículo 138. ° del Código de los Niños y Adolescentes establece que el fiscal de Familia tiene por función principal velar por el respeto de los derechos del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales correspondientes.

3.6 Aplicación del principio del interés superior del niño.

(Sokolich, 2013). La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye un instrumento internacional vinculante para los Estados Partes respecto del tratamiento de la infancia. Dicho instrumento internacional, inspirado en la denominada “Doctrina de la Protección Integral”, reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales cuyo sustento se resume en cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten.

El Principio del Interés Superior del Niño, enunciado por el artículo 3º de la Convención y recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano, preconiza que todas las medidas concernientes a los “niños” a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como

suprema consideración su “interés superior”. En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres; sin embargo, cabe preguntarnos, ¿existen límites para la aplicación de dicho Principio?

Para absolver la inquietud, debemos resaltar, en primer término, que en la práctica judicial el Principio del Interés Superior del Niño es invocado y aplicado mayoritariamente por los operadores de justicia al momento de decidir o resolver una controversia en la cual se encuentra involucrado un niño, una niña o un adolescente.

(Cillero, 1998). Al respecto, expresa lo siguiente: “Generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico. Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme, en consecuencia permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.

Existen quienes lamentan que la Convención lo recogiera, porque amparados en el ‘interés superior’ se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra”. Como es de advertir, la reflexión alude a decisiones jurisdiccionales que sin mayor justificación y con la sola invocación del Principio del Interés Superior del Niño “resuelven” la litis, vulnerándose de esta forma la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva; la seguridad jurídica “es un principio consustancial al Estado

constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad”.

En relación con el tema, (Miranda, 2006), sostiene que los problemas surgidos en relación al Principio del Interés Superior del Niño derivan de su calidad de concepto jurídico indeterminado e indefinido por la propia Convención; así sostiene que “la decisión sobre lo que en cada caso se ajusta al interés del menor se deja al arbitrio judicial; no obstante, el juez no se encuentra ante un concepto vacío, sino que a la luz de la anterior conceptualización, el contenido de las resoluciones judiciales debe consistir en asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los menores, quienes por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismos, para ello el juez deberá valorar el conjunto de circunstancias concurrentes, entre las que debe mencionarse la propia edad y circunstancias personales del menor familiares, sociales; el interés del menor actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, especialmente el interés de los progenitores. En estos casos, el conflicto deberá resolverse siempre primando el interés del menor”.

3.7 Clases de tenencia.

3.7.1 Tenencia Provisional.

(Davila, 2018). La tenencia provisional es la facultad que tiene el padre que no tiene la custodia del menor de recurrir al Juez para solicitarle la tenencia provisional. Esto normalmente ocurre cuando el menor corre algún peligro en su integridad física o psicológica.

Si uno de los padres tiene la custodia de hecho entonces no podrá solicitar la tenencia provisional. Sin embargo, este padre o madre que tiene la tenencia provisional podrá solicitar la tenencia.

3.7.2 Tenencia de Hecho.

La tenencia de hecho puede ser:

1. Porque existe un acuerdo entre los padres sin recurrir a ningún tercero. En este caso los padres tomaron la decisión de tener la tenencia del menor ya sea por un acuerdo expreso o tácito.
2. Por decisión unilateral de uno de los padres.

3.7.3 Tenencia definitiva por una decisión judicial o por un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada.

La tenencia definitiva se debe a un proceso judicial o un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada como los Centros de Conciliación o las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades.

3.7.4 Variación de la tenencia.

El Art. 82 del Código del Niño y Adolescente establece que si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no produzca daño o trastorno. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

3.8 Características de la tenencia.

La Doctora (Perez, 1990), menciona que: “Para entender de mejor manera el alcance de la tenencia es menester conocer sus características.

1. **Carácter Personalísimo o Intuitu Personae:** Este derecho puede ser reclamado única y exclusivamente por los titulares del mismo, y singularmente puede ejercer se sobre la persona del menor.
2. **Derecho restringido:** Puede ejercerse únicamente frente a los menores de edad, quienes por su simple condición necesitan cuidados especiales, esta institución proteccional no puede extenderse a mayores de edad.
3. **Divisible:** La tenencia compartida, a la que se puede llegar por acuerdo de los padres, le da el carácter de divisibilidad a la tenencia, el menor compartirá el tiempo con ambos padres.
4. **Transmisible:** Efectivamente, la custodia sí es trasmisible por convenio entre las personas que deben ejercerla e incluso se puede delegar a personas distintas. "

Según lo que menciona una de las características puede ser transmisible, es decir a criterio de ella puede transmitirse incluso a personas distintas que no sean necesariamente los progenitores.

3.9 El derecho a cuidar y ser cuidado: La coparentalidad o tenencia compartida.

(Placido, 2008). Es una tendencia, en estos días, que los padres, rompiendo con los esquemas tradicionales, deciden asumir un papel de equidad en el cuidado de sus hijos. El "Día de los Padres" para ellos y sus hijos no es una vez al año porque, en una custodia compartida, se trata de muchos días por todo el año. La coparentalidad, más conocida como tenencia o custodia compartida, está siendo reclamada con más frecuencia por padres más interesados en ocupar espacios tradicionalmente adjudicados y reservados a las madres. Se comprueba que ha aumentado la

cantidad de padres que tienen mayor interés en involucrarse, en dedicarles más tiempo a sus hijos, pero que todavía prevalecen en las instancias judiciales que la custodia se otorga a sólo uno de los progenitores, mayormente a las madres. Es más, en caso de una separación entre los padres la coparentalidad debería ser el estado ideal, pero en la práctica es muy difícil que papá y mamá lleguen a ponerse de acuerdo sobre todos los asuntos relativos a la crianza.

Cuando se logra, los acuerdos van desde que los hijos pasen unos días a la semana con la madre y los otros con el padre hasta compartir los períodos de vacaciones por igual, los gastos de escuela, ropa y actividades recreativas, evitando los limitados períodos de visitas en fines de semana alternados. Sin embargo, en nuestros tribunales especializados se sostiene que tales acuerdos son perjudiciales a los intereses de los hijos. Hay padres y madres bien responsables. Eso no tiene que ver con género. Se está frente a la democratización en las relaciones sociales, la estructura (de la familia) se está moviendo más hacia una relación de androginia en la que se borran las diferencias entre la masculinidad y la femineidad. Estos cambios son el resultado de unos procesos paulatinos que comenzaron cuando la mujer comenzó a integrarse con fuerza en el mundo del trabajo, obligando a los hombres a aceptar que ellos también tienen las responsabilidades de la crianza de los hijos.

En nuestro sistema jurídico, el concepto de tenencia se define como la custodia física de un menor, mientras que la patria potestad se refiere al poder del padre o la madre para tomar las decisiones importantes en la vida de un hijo o una hija. Cuando el padre y la madre conviven la patria potestad es compartida, pero cuando hay separación el tribunal tiene que hacer una determinación sobre a quién otorga la tenencia. Sin embargo, es tiempo de que el estado de derecho se ajuste a los nuevos modelos, de lo contrario se perpetúan unos roles basados en la desigualdad. Eso es lo que ha ocurrido con la dación de la Ley 29269.

Algún día, las personas con cierta curiosidad sociológica o histórica se preguntarán como ha sido posible que, durante decenios, las sociedad más avanzadas hayan llegado a admitir que la separación de padre e hijo tras el divorcio -es decir, la semi-orfandad artificial del niño pueda resultar beneficiosa para el desarrollo del menor. Una abrumadora cantidad de estudios han coincidido en que los niños que mantienen un contacto regular con ambos progenitores tras el divorcio muestran mejores niveles de adaptación social y rendimiento académico que los niños criados en hogares monoparentales, y han puesto de manifiesto las imborrables y negativas huellas de la ausencia del padre durante la infancia y la adolescencia. En cambio, los estudios sobre niños en situaciones de convivencia alterna con ambos padres no han permitido constatar trastornos significativos asociados al cambio de domicilio.

Es evidente que el interés superior del niño, piedra angular en cualquier régimen de divorcio o tenencia, requiere el contacto frecuente y continuo del niño con ambos padres tras la separación de éstos. No es honesto afirmar que el interés superior del niño resulte bien servido por un régimen de divorcio, concebido como un cuadrilátero de boxeo en el que, durante los años más delicados de su vida, el menor es testigo de un pugilato sin tregua entre sus padres. Recuérdese que en la Convención sobre los Derechos del Niño se postula que: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” artículo 9, numeral 3.

En el momento en que una pareja con hijos se separa, caben dos posibilidades:

Reconocer a uno de los padres más derechos que al otro y, con ello, crear las condiciones para toda clase de abusos y

hostilidades (como en el caso de nuestro vigente régimen de separación y divorcio); o.

- a) Reconocer exactamente los mismos derechos a ambos padres, lo que automáticamente restará interés a cualquier planteamiento contencioso.

En el segundo supuesto, ninguna de las partes tendrá motivos especiales para entablar costosos y traumáticos procesos judiciales, la tenencia perderá todo el valor que actualmente tiene como arma de máxima eficacia frente al ex cónyuge, los hijos dejarán de ser hipotéticos rehenes en manos del progenitor custodio y los términos de la separación se basarán exclusivamente en el bienestar del menor.

En definitiva, tanto la negativa experiencia de nuestra legislación sobre divorcio como los estudios realizados en diversos países, demuestran que el interés del niño es incompatible con el actual sistema de tenencia exclusiva y requiere cambios legales profundos, como ocurre con la Ley 29269, que dejen paso a nuevas fórmulas de compartición de la responsabilidad parental.

3.10 Existen criterios para el otorgamiento de la tenencia.

(Charito, 2011). Estos son los criterios:

1. La elección requiere de un minucioso balance de las características de ambos progenitores en relación con las necesidades básicas del menor y principalmente en función del interés superior del niño.
2. No basta considerar las características positivas y negativas de aquel padre al cual se le otorga, sino también las de aquel a quien no se la concede.
3. No se trata de elegir al padre ideal, sino de optar entre el padre o la madre de un menor cuyas virtudes y falencias habrán de evaluarse, y

sólo ante una situación extremo se recurrirá a otorgar la tenencia a un tercero.

4. Como regla general, se desaconseja otorgar la tenencia a todo padre que comparativamente al otro, no tenga las condiciones dignas necesarias para la educación del menor.
5. Aquí tiene incidencia la edad del menor, en la medida en que ésta hace variar sus necesidades.
6. La idea es siempre tratar de que el menor goce de las mejores posibilidades a sus alcances para el desarrollo de su infancia y formación integral para su adolescencia: tranquilidad, tiempo y espacio para juego, dedicación, atención, buena alimentación, escolaridad, disciplina, y general, espacio para la creatividad y el equilibrado desenvolvimiento afectivo; recibiendo seguridad y buenos modelos para identificarse.
7. En relación al concubinato de quien pretenda la tenencia, la existencia de una nueva pareja no resulta en sí misma una circunstancia que deba pesar negativamente en la decisión. Lo que debe analizarse es la influencia benéfica, negativa o neutra que el nuevo cónyuge tenga sobre el menor y la configuración total del núcleo conviviente en el cual haya de insertarse el menor.
8. Comparar lo mejor: En el otorgamiento de la tenencia de un menor se trata de encontrar aquél aspecto de los progenitores que comparativamente al otro ofrece una mayor garantía para el desenvolvimiento del menor. Lo decidido es siempre susceptible de revisión cuando se produzca un cambio de circunstancias que así lo aconseje.
9. El espacio físico como condicionante: la posibilidad de brindarles mayores comodidades materiales no puede ser esgrimida como

calificante de la idoneidad de uno de ellos para hacerse cargo de los menores.

10. El criterio económico: Ambos progenitores están obligados a contribuir al mantenimiento de sus hijos y aquel que tiene mayores medios económicos deberá hacerlo en mayor medida con independencia de cuál de ellos sea el que ejerza la tenencia.
11. Cuando hay hermanos: La conveniencia de no separar a los hermanos se sustenta en la idea de mantenerse unido lo que queda de la familia. Sin embargo, la cercanía de los domicilios de ambos progenitores disminuye la importancia de que los hermanos vivan juntos, puesto que las posibilidades de contacto se incrementan.
12. La opinión del menor: Adquiere importancia cuando por edad y madurez pueda ser considerada como personal y auténtica.
13. La edad del menor: Es dable presumir que a mayor edad se adquiere mayor capacidad de objetividad y discernimiento en la opinión emitida.
14. Las relaciones del menor con la nueva familia del progenitor: Si el rechazo que el entorno del progenitor muestra hacia el menor es muy marcado, resultará procedente tomar en cuenta su opinión, aunque se trate de un niño de corta edad. Es importante que el menor permanezca con la madre durante sus primeros años de vida, en los que recibe lo que podría llamarse la primera educación que está prácticamente a cargo del progenitor con el que convive.
15. Normatividad Jurídica de la tenencia: En cuanto a la postulación del proceso, la demanda siendo un acto procesal eminentemente formal en virtud del principio dispositivo, debe reunir ciertas formalidades que la ley expresamente establece, es decir, debe reunir requisitos de fondo y de forma. se ventila en Proceso Único, del que se ocupa el Capítulo II del Código del Niño y Adolescente (art.164º al 182º), recogiendo parte de las

disposiciones contenidas en el Título I, Sección cuarta, Libro Primero del Código Procesal Civil y del Capítulo X, art.300º al 304º, Título VII, Sección Tercera del Código adjetivo.

Cambios legislativos, críticas y vacíos legales: Los cambios han sido positivos, particularmente en lo que compete a las instituciones familiares, sin embargo, en el ámbito de la tenencia, se argumenta que en lugar de Juez especializado, debería hablarse de Juez de Familia (art.81 del CNA) quienes deben tener la potestad de variar de oficio la tenencia del niño o adolescente artículo 82. En lo concerniente a los hijos extramatrimoniales, se sugiere que el padre que solicita la tenencia debería acreditar indubitadamente el reconocimiento de filiación (art.83) como así lo sugiere el C.C.; además que resulta ilógico limitar los pedidos de tenencia provisional artículo 87 a los niños menores de 3 años, toda vez que la situación de peligro físico o moral puede afectar a niños de mayor edad y adolescentes. Otra crítica se dirige al art.88 donde el término patria potestad no es el adecuado, sino más bien el de tenencia, porque el régimen de visitas procede para el padre o madre que no tiene la tenencia de su menor hijo y no está referido necesariamente al que no ejerce la patria potestad.

4 Análisis del problema.

La tenencia es un derecho recíproco de los padres e hijos sobre la quien debe tener la custodia del menor; ahora bien, el tema de la tenencia, y su regulación para dilucidar el tema vía conciliación o pronunciamiento judicial, sólo se va a presentar cuando los padres ya no vivan juntos, pues si aún lo estuvieran haciendo, entonces la tenencia es compartida entre ambos padres en igualdad de condiciones.

El Código de los Niños y Adolescentes regula en el Capítulo II del Título I del Libro Tercero todo lo concerniente a la tenencia de los hijos respecto de los padres desavenidos que ya no viven juntos, así el artículo 81 artículos siguientes, que como ya lo hemos dejado establecido ha

sido modificado por la Ley 29269 para incorporar también el concepto de la tenencia compartida en casos de padres desavenidos que ya no viven juntos, pues bien, se pone en el caso de los padres que están separados de hecho, entonces la tenencia se determinará de común acuerdo entre ellos tomando el parecer del hijo y de no existir acuerdo, que es lo más corriente, entonces el juez decidirá teniendo en cuenta lo siguiente, el hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable,

Los padres, acuerdo que si no viene como fórmula conciliatoria seguida ante un centro de conciliación, no tendría fuerza ejecutiva, pero si este consenso se da a través de un centro de conciliación entonces, si tiene fuerza de sentencia, pues como es sabido, los acuerdos conciliatorios se homologan a las sentencias judiciales. Puede ocurrir que no haya acuerdo, o existiendo éste, pero no como producto de una conciliación, entonces el padre o madre se niegue a cumplirlo, derivando el problema a la vía conciliatoria, y si aquí tampoco hay acuerdo, estaremos entonces en la vía judicial a fin de que el juez de familia resuelva a quien concede la tenencia, la misma que con la modificación reciente puede ser incluso una tenencia compartida.

5 Conclusiones

- La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho , en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar esto es, teniendo como norte el interés superior del niño resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.
- Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir

acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

- Cuando los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinara de común acuerdo con ellos y en caso de no existir acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente tomando en consideración que se debe escuchar la opinión del niño.
- Las normas sobre tenencia y custodia deben ser entendidas como reglas flexibles que se adecúan a lo que lo favorece al menor y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia, se debe salvaguardar el interés superior del niño, niña o adolescente.

6 Recomendaciones

- Para asuntos de familia no existe la cosa juzgada, por tanto, siempre es factible revisar los casos en razón del interés superior del niño. En el proceso de tenencia no hay plazos para solicitarlas, no caducan y es posible volver a iniciarlas, es un proceso muy flexible en razón de la tutela del menor y su mejor situación material.
- La ventaja de solicitar la tenencia provisional es justamente la celeridad con la que el juez debe resolver, esto es, en veinticuatro horas. El requisito es que el padre o madre no tengan la custodia. La interpretación de la norma es que el padre no tenga la custodia por que el otro la tiene por resolución judicial. La tenencia provisional sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia judicial.
- Los padres no pueden esperar que ocurran circunstancias que pongan en peligro al menor para accionar ante la ley. Es mejor que

los padres soliciten la tenencia para que se les reconozca el derecho, y de esta forma conciliar a favor del menor, para que esta no sufra por los desacuerdos de sus progenitores.

- En caso de que el padre o madre, tenga la custodia por resolución de un proceso judicial, no puede pedir la tenencia provisional, simplemente porque ya tiene la tenencia, y bastará con la resolución que lo ampare reclamar el derecho que le corresponde ante la autoridad correspondiente.

7 Bibliografía

- Aguliar. (2012). La Tenencia es Atributo Exclusivo de la Patria Potestad o También puede extenderse a otros Parientes. *Dialogo con la Jurisprudencia*, 28.
- Beltran. (2009). El Mejor Padre son Ambos. *Boletín de la Familia*, 60.
- Charito. (24 de Setiembre de 2011). *Patria Potestad y Tenencia*. Obtenido de Patria Potestad y Tenencia: <https://elblogdecharitodr.blogspot.com>
- Chunga. (2001). *Derecho de Menores*. Lima: Primera Edición.
- Cillero. (1998). *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Bogotá: Temis- Depalma.
- Cuculiza. (2007). Ley de Tenencia Compartida. *Debate de la Comisión de la Mujer*, 1-19.
- Davila. (20 de Octubre de 2018). *Regimen de Visitas y Tenencia de Hijos*. Obtenido de Regimen de Visitas y Tenencia de Hijos: <http://resultadolega.com/regimen-de-visitas-tenencia-de-hijos.com>
- Española, R. A. (Sabado de Octubre de 1997). *La Tenencia*. Obtenido de La Tenencia: <http://Derecho/1997/Tenencia.com>
- Miranda. (2006). *La Convención Frente al Menor*. Barcelona: Bosch.
- Perez. (1990). *Derecho de Familia*. Mexico: Institutos de Investigaciones Jurídicas.

Placido. (2008). *El Derecho a Cuidar y Ser Cuidado*. Lima: apuntes Juridicos.

Rosales. (2005). Custodia Compartida. *III Ciclo de Conferencias sobre Temas Actuales* (págs. 1-21). Granada: Canaletas.

Sokolich. (2013). *La Aplicacion del Principio del Interes Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano*. Lima: Unife.

Varsi y Paz. (2012). casuistica del Síndrome de Alineacion. *Dialogo con la Jurisprudencia*, 105.

8 Anexos

1.- Caso práctico ex. 1252-2015

Anexo 1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1252-2015 LIMA NORTE

Lima, cuatro de mayo de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil doscientos cincuenta y dos - dos mil quince, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación correspondiente, emite la presente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho, contra la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos setenta y dos, de fecha seis de enero de dos mil catorce, que declaró infundada la demanda interpuesta y fija el régimen de visitas a favor de Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes, respecto a su menor hijo Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas; y la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro es quien debe tener al menor, disponiendo que el demandante le entregue al menor dentro del tercer día de notificado con la sentencia; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas sesenta del presente cuadernillo, de fecha trece de julio de dos mil quince, ha estimado procedente el recurso de casación referido por las

causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material. El recurrente denuncia: A) Indebida aplicación de los artículos 418 y 423 inciso 5 del Código Civil: Señala que si bien el artículo 418 del Código Civil define la patria potestad como el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, lo que es distinto a la pretensión demandada que es el derecho a la tenencia y custodia del menor, el Ad quem no ha tomado en cuenta la opinión del menor expresada en la audiencia complementaria de fecha diez de julio de dos mil trece; B) Interpretación errónea del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes: Norma que regula la tenencia del niño y del adolescente, puesto que la Sala Superior no ha considerado el extremo de la citada norma en cuanto dispone que se determine la tenencia tomando en consideración el parecer del menor, por cuanto, a lo largo de la declaración de éste, ha hecho alusión, de que quiere quedarse bajo la custodia de su padre. Ello se debe a que, como se encuentra acreditado en autos, la madre abandonó a su menor hijo para irse a vivir con una tercera persona, hecho que no ha sido desacreditado a lo largo del proceso; C) Infracción normativa del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú: Alega que la sentencia de vista ha perjudicado su derecho en beneficio de la demandada, máxime si ella no apeló la sentencia. La doctrina nacional e internacional es unánime al prescribir que no se puede reformar la sentencia de manera peyorativa para la única parte apelante, es decir, el Ad quem ha incurrido en reformatius in peius, la Sala Superior sólo pudo reformar la sentencia a favor del recurrente y no en contra como ha ocurrido en el presente caso, al haber concedido la tenencia de su menor hijo a la parte demandada. De la simple lectura del proceso se puede constatar que la demandada se limitó a solicitar la tenencia compartida, por ende, al otorgársele la tenencia total de su menor hijo, el recurrente alega encontrarse frente a un fallo extra petita, pues la sentencia rebasa el marco de la demanda en términos cualitativos, es decir, se pronuncia otorgando pretensiones que no han sido materia de la demanda, esto es, cuando se otorgan conceptos o derechos que no forman

parte del petitorio de la misma y menos, se fijó como punto controvertido la tenencia a favor de la parte contraria. El fundamento central para sancionar el fallo extra petita en nuestro sistema procesal radica en que constituye éste una infracción al debido proceso contemplado en la norma antes citada.

CONSIDERANDO: PRIMERO.- Previamente a la absolución del recurso de casación sub examine es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se advierte que a fojas diecisiete Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes interpone demanda contra Olga Sayas Toro solicitando que se le otorgue la tenencia y custodia del menor hijo de ambos Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas. Como fundamentos de su demanda sostiene que contrajo matrimonio con la demandada el dieciocho de noviembre de dos mil, ante la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho, procreando al menor Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas, quien se encuentra viviendo con el demandante; con

fecha uno de noviembre de dos mil doce, su esposa (demandada) hizo abandono de hogar, puesto que se involucró sentimentalmente con otra persona, dejando al menor en su poder, motivo por el cual el recurrente se encarga de su cuidado, sin que la madre tenga participación alguna. Existe incertidumbre respecto a la tenencia del menor, ya que la demandada podría arrebatárselo, lo que pondría en peligro su integridad física y psicológica. Que, por existir discrepancia y falta de acuerdo en cuanto a cuál de los padres debe ejercer la tenencia del menor es que interpone la demanda con el fin de que el juzgado determine el mejor derecho de uno de los progenitores.

SEGUNDO.- Tramitada la demanda según su naturaleza, el A quo, mediante sentencia de fojas doscientos setenta y dos, de fecha seis de enero de dos mil catorce, declara infundada la demanda; fija a favor del demandante un régimen de visitas, el cual deberá efectuarse los días martes y jueves desde las cuatro de la tarde hasta las seis de la noche, en el hogar materno sin

externamiento; y el primer sábado de cada mes con externamiento del hogar materno, debiendo recoger a su menor hijo a las diez de la mañana y retornarlo al día siguiente (domingo) al hogar materno a las seis de la tarde; asimismo, el tercer sábado de cada mes con externamiento del hogar materno, debiendo recoger a su menor hijo a las diez de la mañana y retornarlo al hogar materno al día siguiente (domingo) a las seis de la tarde. Como fundamentos de su decisión sostiene que si bien ambos progenitores no se encuentran incapacitados para ejercer la tenencia del menor; sin embargo, siendo relevante crear seguridad al menor, así como brindarle un hogar en el cual no se le manifieste la negatividad del progenitor ausente, sino por el contrario, coadyuvar al mejoramiento de las relaciones parentales; siendo ello así, estando a que de las pruebas se desprende que el menor estaría siendo influenciado en forma negativa contra la progenitora, corresponde cambiar el ambiente del mismo, y que si bien el demandante señala que la demandada mantiene una relación con una tercera persona con conductas negativas, sin embargo, del informe social no se advierte que dicha persona conviva con la demandada; más aún, la accionada ha señalado en su declaración de parte estar arrepentida de dicha relación, reclamando sólo a su hijo.

TERCERO.- Apelada la mencionada sentencia, la Sala Revisora, mediante sentencia de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, la confirma y, además, la integra declarando que la demandada Olga Sayas Toro sea quien tenga al menor Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas; en consecuencia, dispone que el demandante entregue al mismo dentro del tercer día de notificado con la sentencia; bajo apercibimiento de ejecución forzada. Como sustento de su decisión manifiesta que en virtud a los informes sociales practicados en las viviendas, tanto del demandante como de la demandada, así como también por los informes psicológicos practicados en ambos y en el menor, concuerdan con la Juez de la causa en el sentido que las conductas de aquéllos no

constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del menor, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos. De manera singular, se descarta que la demandada haya tenido -o tenga- conducta negativa para el menor. La denuncia policial de “abandono de hogar” interpuesta por el demandante queda enervada con las denuncias y actuaciones policiales y judiciales interpuestas en su contra por la demandada. Éstas revelan que la agredió físicamente en repetidas ocasiones, dando lugar a su retiro del hogar conyugal. Para definir la controversia, si bien se debe tomar en cuenta la opinión del niño, como dispone la ley, en el caso de autos ello no debe ser determinante, por cuanto, en la audiencia respectiva el menor ha señalado “(...) mi papá me ha dicho que diga que me quiero quedar con él (...)”, lo que refleja que -dada su capacidad limitada de discernimiento- ha sido influenciado por su padre (demandante). En tal contexto, en aplicación del principio del interés superior del niño invocado, al no existir una situación negativa para que la demandada tenga a su menor hijo, y aún cuando ella no ha formulado reconvencción en ese sentido, pero que al contestar la demanda ha expresado dicho interés, lo que ha sido sometido al contradictorio, en aplicación del principio de flexibilización del principio de congruencia en asuntos de derecho de familia establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Tercer Pleno Casatorio Civil, integrando la sentencia por omisión, se debe decidir porque la tenencia del menor sea ejercida por la demandada. El ejercicio de ese derecho debe ser facilitando el contacto físico y moral permanente del menor con su padre, conforme al régimen de visitas establecido en la apelada.

CUARTO.- Conforme se ha anotado precedentemente, el recurso de casación ha sido declarado procedente por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material, debiendo absolverse, en primer lugar, las denuncias de carácter procesal, de modo que si se declara fundado el recurso por esta causal deberá verificarse

el reenvío, no teniendo objeto, en tal caso, el pronunciamiento respecto a la causal sustantiva.

QUINTO.- En tal sentido, en su denuncia de carácter procesal contenida en el apartado C) el recurrente alega que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, por cuanto la sentencia de vista contiene un fallo extra petita. Al respecto, debe indicarse que estaremos ante un fallo de tal cualidad cuando el órgano jurisdiccional otorga un derecho que no había sido solicitado en la demanda. En el caso sub examine, el demandante Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes solicitó en su demanda que se le otorgue la tenencia y custodia de su menor hijo Jesús Leal Tadeo Cáceres Sayas, a fin de ejercerla en forma exclusiva. Luego, efectuado el emplazamiento de ley a la demandada, ésta en su escrito de fojas ochenta y uno, no reconvino solicitando ser ella quien ejerza la tenencia exclusiva; sin embargo, manifestó que ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo con el demandante, se dictara un régimen de tenencia compartida. Por consiguiente, se aprecia que, efectivamente, el Ad quem ha emitido un fallo extra petita, al otorgar a la demandada la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso.

SEXTO.- Sobre el particular debe anotarse que la tenencia compartida es factible jurídicamente, en atención a lo previsto por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; más aún, si se tiene en cuenta que el propio Ad quem ha determinado en la recurrida que las conductas de ambos padres del menor no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del mismo, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él, y éste anhela vivir con ambos.

SÉTIMO.- En consecuencia, se verifica la denuncia de vulneración del derecho al debido proceso del recurrente, en los términos antes descritos, lo

cual conlleva la nulidad de la sentencia recurrida, en atención a lo dispuesto por el artículo 396, inciso 1 del Código Procesal Civil, correspondiendo al Ad quem renovar el acto procesal viciado, es decir, emitir nueva sentencia, de conformidad con las consideraciones previamente vertidas. Cabe agregar que, en atención a lo establecido en el considerando cuarto de la presente resolución carece de objeto pronunciarse sobre la denuncia de contenido material.

Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes a fojas trescientos sesenta y ocho; por consiguiente, CASARON, la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno, de fecha catorce de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; en consecuencia, NULA la misma; ORDENARON a la Sala Superior de su procedencia emita nueva sentencia, con arreglo a ley, y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes contra Olga Sayas Toro, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.

S.S. MENDOZA RAMÍREZ
ROMERO DÍAZ
CABELLO MATAMALA
MIRANDA MOLINA
YAYA ZUMAETA.