

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE: UN ESTUDIO SOBRE SU REGULACIÓN
EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE TENENCIA**

Tesis para optar el Título de Abogadas, que presentan las

Bachilleras:

JULISSA CHÁVEZ GRANDA

JELENNIK ELENA CHEVARRÍA PINEDA

ASESORA:

MARCELA HUAITA ALEGRE

LIMA, 2018



*A Dios, a nuestras
madres, padres y
hermanas por su
apoyo incondicional.*

RESUMEN

Esta tesis busca comprobar: **(i)** si los criterios utilizados por los jueces de familia y magistrados del Poder Judicial para resolver los procesos de tenencia coinciden con la regulación legal y aplican el interés superior del menor de edad; y, **(ii)** si las resoluciones de vista y casaciones presentan deficiencias en desmedro de sus derechos. Como resultado del análisis crítico realizado a una muestra de dieciocho (18) resoluciones de vista y casaciones elegidas de manera aleatoria, se verifica que los jueces de familia y magistrados resuelven los procesos de tenencia utilizando criterios legales y extra-legales en los que no necesariamente se aplica el interés superior del niño. Para ello, se desarrolla la tesis en cuatro (4) capítulos, cada uno debidamente sustentado en el análisis de normativa, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera. En el primero se define y se explica el interés superior del niño y qué se entiende por “niño, niña y adolescente”. En el segundo, por un lado, se definen y se exponen las instituciones jurídicas de Derecho de Familia: patria potestad, tenencia y régimen de visitas; por otro lado, se desarrolla la propuesta del Comité de los Derechos del Niño para la aplicación del interés superior del niño y sus garantías procesales. En el tercero se efectúa un análisis de la muestra exponiendo los principales criterios utilizados por el sistema de justicia para resolver un proceso de tenencia y sus deficiencias. Finalmente, en el cuarto, se busca hacer efectiva la participación de un grupo de menores de edad a fin de conocer su definición sobre el interés superior del niño y los criterios que proponen para determinar la tenencia en un caso hipotético.

Palabras clave: interés superior del niño, desarrollo integral, patria potestad, tenencia y régimen de visitas.

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10

CAPÍTULO I

MARCO LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO

1.1. El interés superior del niño, niña y adolescente.....	13
1.1.1. En la regulación legal internacional.....	13
1.1.1.1. Orígenes.....	13
1.1.1.2. El corpus juris de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.....	22
1.1.1.3. La Convención de los Derechos del Niño.....	23
1.1.1.3.1. Relación con la Doctrina de la Protección Integral.....	25
1.1.1.3.2. Artículos de la CDN relacionados con la patria potestad, tenencia y régimen de visitas.....	29
1.1.1.3.3. Interés superior del niño, niña y adolescente en la CDN.....	31
1.1.1.3.4. Críticas de la inclusión del interés superior del niño, niña y adolescente en la CDN.....	33
1.1.2. En la regulación legal nacional.....	36
1.1.2.1. En la Constitución Política del Perú de 1993.....	36
1.1.2.2. En el Código de los Niños y Adolescentes de 1992.....	37
1.1.2.3. En el Código de los Niños y Adolescentes vigente.....	38
1.1.2.4. En el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021.....	40
1.1.2.5. En la Ley 30466: Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, niña y adolescente, y su reglamento.....	43
1.2. Aproximación a la definición del interés superior del niño, niña y adolescente....	46
1.2.1. Desde la doctrina internacional y nacional.....	46
1.2.2. Desde la jurisprudencia internacional.....	49
1.2.3. Desde la jurisprudencia nacional.....	50

1.2.4. Desde el Comité DN.....	54
1.3. ¿Qué se entiende por niño, niña y adolescente?.....	55
1.3.1. En la regulación legal internacional.....	55
1.3.2. En la regulación legal nacional.....	56

CAPITULO II

APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE TENENCIA

2.1. Desarrollo integral del niño, niña y adolescente.....	58
2.2. Participación del niño, niña y adolescente.....	60
2.3. Patria potestad, tenencia y régimen de visitas.....	67
2.3.1. Patria potestad.....	67
2.3.1.1. Antecedentes.....	67
2.3.1.2. Definición.....	68
2.3.1.3. Características.....	72
2.3.1.4. Derechos y deberes que nacen de la patria potestad.....	73
2.3.1.5. Titularidad y ejercicio.....	76
2.3.1.5.1. En los hijos matrimoniales.....	76
2.3.1.5.2. En los hijos extramatrimoniales.....	77
2.3.1.6. Sobre la extinción de la patria potestad.....	78
2.3.2. Tenencia.....	79
2.3.2.1. Definición.....	79
2.3.2.2. Derechos y deberes de la tenencia.....	82
2.3.2.3. Alcances de la tenencia.....	83
2.3.2.4. Formas para determinar la tenencia.....	83
2.3.2.5. Características de la tenencia.....	84
2.3.2.5.1. Es personalísima.....	84
2.3.2.5.2. Puede ser ejercida de manera conjunta, exclusiva o compartida.....	86
2.3.2.5.3. Es variable.....	90
2.3.2.5.4. Puede ser modificada.....	91
2.3.2.5.5. Escucha la opinión de los hijos.....	92
2.3.2.6. Criterios que el juez puede tomar en cuenta al momento de otorgar la tenencia.....	92
2.3.3. Régimen de visitas.....	94
2.3.3.1. Definición.....	94

2.3.3.2.	Titulares del derecho de visitas.....	97
2.4.	El desarrollo integral de los menores de edad y su relación con la patria potestad.....	98
2.5.	Aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente.....	105
2.5.1.	Elementos que deben tenerse en cuenta al momento de evaluar y determinar el interés superior del niño, niña y adolescente.....	108
2.5.1.1.	Opinión.....	109
2.5.1.2.	Identidad.....	112
2.5.1.3.	Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.....	113
2.5.1.4.	Cuidado, protección y seguridad.....	115
2.5.1.5.	Situación de vulnerabilidad.....	116
2.5.1.6.	Derecho a la salud.....	117
2.5.1.7.	Derecho a la educación.....	117
2.5.2.	Evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente.....	118
2.5.3.	Determinación del interés superior del niño, niña y adolescente.....	119
2.6.	Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño, niña y adolescente.....	121
2.6.1.	El derecho del niño a expresar su propia opinión.....	123
2.6.2.	La determinación de los hechos.....	125
2.6.3.	La percepción del tiempo.....	125
2.6.4.	Los profesionales cualificados.....	127
2.6.5.	La representación letrada.....	129
2.6.6.	La argumentación jurídica.....	130
2.6.7.	Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones.....	132
2.6.8.	La evaluación del impacto en los derechos del niño, niña y adolescente.....	133

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE UNA SELECCIÓN ALEATORIA DE RESOLUCIONES DE VISTA Y CASACIONES PERUANAS SOBRE PROCESOS DE TENENCIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

3.1.	Corte Superior de Justicia.....	145
3.1.1.	Criterios analizados para otorgar la tenencia.....	145

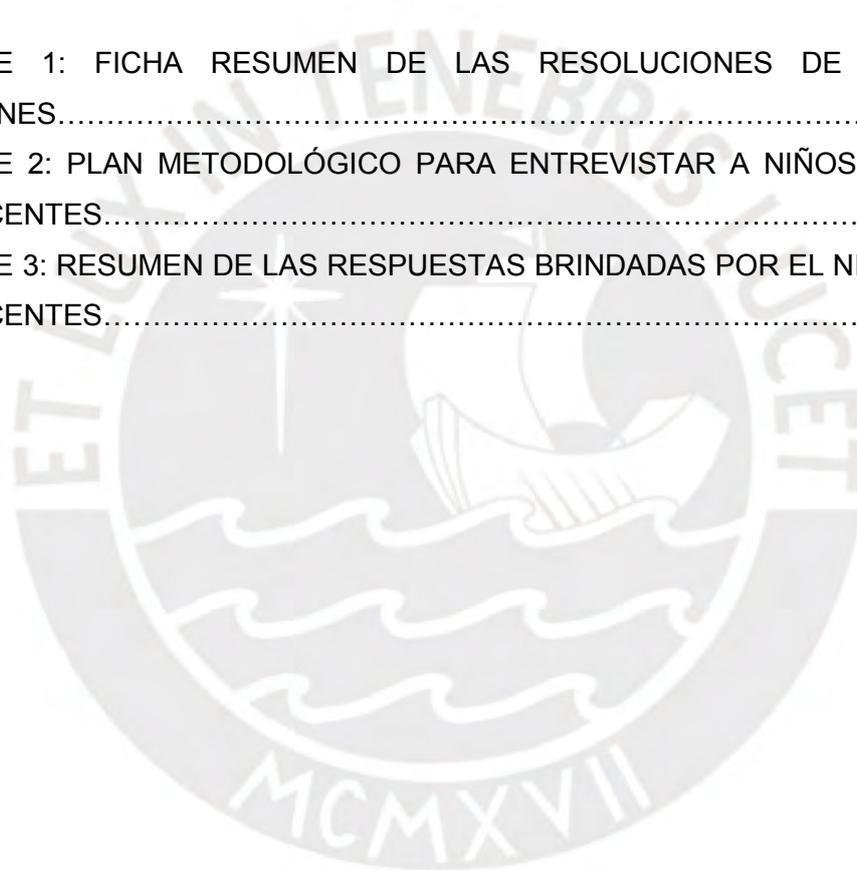
3.1.1.1.	Criterios legales.....	145
3.1.1.2.	Criterios extra-legales positivos.....	148
3.1.1.3.	Criterios extra-legales negativos.....	150
3.1.2.	Sobre el interés superior del niño, niña y adolescente.....	152
3.1.3.	Deficiencias encontradas.....	157
3.2.	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.....	158
3.2.1.	Criterios analizados para otorgar la tenencia.....	158
3.2.1.1.	Criterios legales.....	158
3.2.1.2.	Criterio extra-legal positivo.....	160
3.2.1.3.	Criterio extra-legal negativo.....	160
3.2.2.	Sobre el interés superior del niño, niña y adolescente.....	162
3.2.3.	Deficiencias encontradas.....	165
3.3.	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.....	166
3.3.1.	Criterios analizados para otorgar la tenencia.....	166
3.3.1.1.	Criterios legales.....	166
3.3.1.2.	Criterios extra-legales positivos.....	168
3.3.1.3.	Criterio extra-legal negativo.....	170
3.3.2.	Sobre el interés superior del niño, niña y adolescente.....	171
3.3.3.	Deficiencias encontradas.....	175

CAPÍTULO IV

PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE LOS MENORES DE EDAD: UN ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS

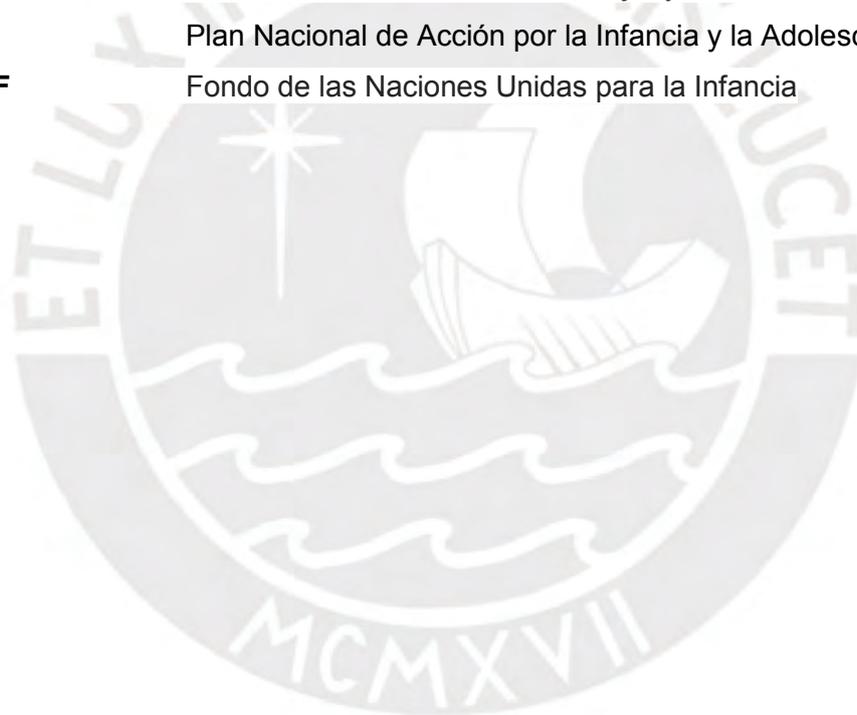
4.1.	¿Cuánto saben los menores de edad sobre su interés superior?.....	181
4.2.	¿Cómo resolverían los menores de edad un proceso judicial de tenencia?.....	184
4.2.1.	Primera pregunta: ¿Con cuál de los padres debería vivir Juan?.....	185
4.2.2.	Segunda pregunta: ¿Con cuál de los padres debería vivir María?.....	189
4.2.3.	Tercera pregunta: ¿Los niños deberían vivir con otro familiar? ¿Por qué?.....	193
4.2.4.	Cuarta pregunta: Si tuvieses la oportunidad de decidir ¿con quién o quiénes vivirían los niños? ¿Por qué?.....	197
4.2.4.1.	Los entrevistados eligen con quién deben vivir los hijos.....	197
4.2.4.2.	Los entrevistados no eligen con quién deben vivir los hijos.....	200

4.2.4.3. Los entrevistados se oponen a la separación de los padres.....	202
CONCLUSIONES.....	203
PROPUESTA	209
RECOMENDACIONES.....	212
BIBLIOGRAFÍA.....	213
APÉNDICE 1: FICHA RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES DE VISTA Y CASACIONES.....	230
APÉNDICE 2: PLAN METODOLÓGICO PARA ENTREVISTAR A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	285
APÉNDICE 3: RESUMEN DE LAS RESPUESTAS BRINDADAS POR EL NIÑO Y LOS ADOLESCENTES.....	287



ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNA	Código de los Niños y Adolescentes
Comité DN	Comité de los Derechos del Niño
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPP	Constitución Política del Perú
MIMP	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PROMUDEH	Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano
PNAIA	Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia



INTRODUCCIÓN

Cuando un padre y una madre deciden separarse de hecho o iniciar un proceso de separación de cuerpos o divorcio, con frecuencia surge una controversia en relación a la tenencia de los hijos y; por tanto, al régimen de visitas. Esta controversia se genera debido a que, como es natural, ambos pretenden obtener la tenencia de sus hijos.

Existen dos opciones: que logren un acuerdo respecto a la tenencia de sus hijos o que no. Para resolver esta controversia, tendrán que recurrir a la vía judicial, en donde el juez de familia analizará el caso en concreto, evaluará y determinará el interés superior del niño, a fin de hallar cuál de los padres se encuentra en la capacidad de brindarles un ambiente adecuado para su desarrollo integral y asegurar la satisfacción de sus derechos. Esta actividad debe ser realizada con la intervención de un equipo multidisciplinario especializado.

A partir de una primera revisión de resoluciones de vista y casaciones, se aprecia que, en muchas oportunidades, los jueces de familia y magistrados del Poder Judicial resuelven los procesos de tenencia utilizando criterios legales y extra-legales en los que no necesariamente se aplica el interés superior del niño. Dicha situación podría generar consecuencias negativas para los hijos.

También se observa que, en algunos casos, la decisión de los jueces de familia y magistrados sobre la tenencia se basa en un análisis deficiente de la situación en la que se encuentran los hijos debido a que su decisión se encuentra enfocada desde una visión “adultocéntrica”; y, en un estudio poco profundo de la normativa y doctrina sobre el interés superior del niño. Estos problemas generan la aplicación inadecuada de dicho concepto y la desprotección de los derechos de los hijos.

Por ello, en esta tesis se plantea que el análisis de los procesos judiciales de tenencia se realice desde una visión centrada en los niños, niñas y adolescentes, ya que un menor de edad seguro de sí mismo, empoderado, con la confianza de que sus opiniones serán tomadas en cuenta son factores que influirán en cómo ellos son concebidos en los procesos en los que se discute su tenencia.

Un sistema centrado en asegurar el bienestar de los menores de edad en los distintos aspectos de su vida (salud emocional y física, educación de calidad,

igualdad de oportunidades, entre otros) permitirá impulsar un cambio en la sociedad peruana. Sin embargo, a pesar de contar con normas que resaltan su importancia, el país se encuentra en un proceso lento de sensibilización a los jueces de familia y magistrados en temas de niñez y adolescencia, ya que todavía algunos no son conscientes de que sus decisiones impactan en la vida de los menores de edad. Esto se debe a que, voluntaria o involuntariamente, los tratan como seres débiles e incapaces de valerse por sí mismos.

Con el desarrollo de la tesis se busca: **(i)** analizar y verificar si los jueces de familia y magistrados resuelven los procesos de tenencia teniendo en cuenta el interés superior de los hijos, **(ii)** identificar los criterios utilizados por los jueces de familia y magistrados para otorgar su tenencia, **(iii)** detallar las deficiencias encontradas en la resolución de los procesos de tenencia a fin de que sean analizadas y resueltas a corto plazo, **(iv)** contrastar los hallazgos encontrados del análisis de las resoluciones de vista y casaciones con las expectativas de los menores de edad; y, **(v)** proponer un lineamiento que detalle el contenido mínimo de una resolución judicial de tenencia.

Las herramientas legales que permiten cumplir con los objetivos descritos se encuentran explicadas en el primer y segundo capítulo de la tesis. En el primero se define y se explica el interés superior del niño en base a la regulación legal, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional; y, se detalla qué se entiende por “niño, niña y adolescente” en la regulación internacional y nacional.

En el segundo capítulo, se señala qué se entiende por desarrollo integral del niño, niña y adolescente; se desarrolla la importancia de la participación efectiva de estos; se define y se expone las instituciones jurídicas de familia: patria potestad, tenencia y régimen de visitas; luego, se relaciona las atribuciones de la patria potestad con las características del desarrollo integral (físico, mental, moral, social y espiritual). También se describe la propuesta del Comité DN para la aplicación del interés superior del niño que implica su evaluación y determinación; y, las garantías procesales para velar por la observancia de dicho concepto.

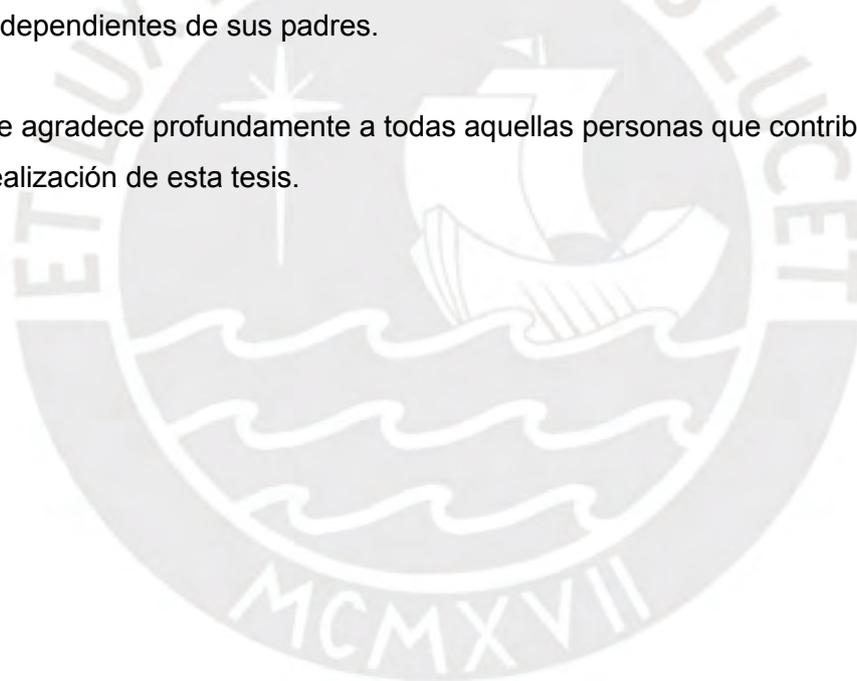
En el tercero se efectúa un análisis crítico de una muestra de dieciocho (18) resoluciones de vista y casaciones, elegidas de manera aleatoria, para verificar si los criterios legales y extra-legales que utilizan los jueces de familia y magistrados

para resolver los procesos de tenencia se encuentran alineados al interés superior de los hijos e identificar las deficiencias en dichas resoluciones y casaciones.

Teniendo en cuenta que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar sus opiniones y a que estas sean tomadas en cuenta, en el cuarto capítulo se busca hacer efectiva la participación de un grupo de menores de edad a fin de conocer su definición sobre el interés superior del niño y los criterios que proponen para determinar la tenencia en un caso hipotético.

Finalmente, después del análisis crítico de un grupo aleatorio de resoluciones de vista y casaciones, y su contraste con las opiniones de los menores de edad, se propone un lineamiento que detalla el contenido mínimo de una resolución judicial de tenencia con un enfoque basado en el resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al concebirlas como verdaderos sujetos de derecho independientes de sus padres.

Se agradece profundamente a todas aquellas personas que contribuyeron con la realización de esta tesis.



CAPÍTULO I: MARCO LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO

1.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE¹

El interés superior del niño, niña y adolescente se ha ido forjando a través de diversos textos internacionales emitidos por la OEA y la ONU, la jurisprudencia y la doctrina, que han servido de guía para regular este concepto en el ordenamiento jurídico nacional. Su introducción en el ámbito legal surgió por la necesidad de proporcionar a los menores de edad una protección especial para promover el goce efectivo de sus derechos.

1.1.1. En la regulación legal internacional

1.1.1.1. Orígenes

La protección que merecen los niños, niñas y adolescentes se fue perfilando con la sucesiva adopción de distintos textos internacionales. En un principio, se limitaban a declarar que era importante proteger sus derechos para que puedan desarrollarse en los diferentes aspectos de su vida. Como dicha protección no fue suficiente, ya que aún se consideraba a los menores de edad como seres incapaces y débiles, resultó necesario reconocer que son sujetos de derecho y que; por tanto, su interés superior debe ser tomado en cuenta al momento de tomar decisiones que los involucren.

Los antecedentes legales del “interés superior del niño” son:

- La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Sociedad de Naciones (antecesora de la ONU) en 1924.

Al término de la Primera Guerra Mundial, los niños, niñas y adolescentes pertenecían a un sector específico de la población propenso a sufrir menoscabos en su integridad física y mental, así como en su proyecto de

¹ La regulación internacional utiliza el término “niño” para referirse indistintamente a todas las personas menores de 18 años de edad. Sin embargo, en esta tesis se utiliza los términos “niños, niñas y adolescentes” por considerar que favorece el reconocimiento de cada uno de ellos y de sus diferencias. En esa línea, se utilizará indistintamente los términos “interés superior del niño, niña y adolescente”, “interés superior del menor de edad” o “interés superior del hijo”.

vida. Por ello, a través de este texto internacional se impuso a la sociedad el deber de asegurarles las mejores condiciones para su desarrollo.

En su párrafo introductorio se establece el deber de la humanidad de “[...] **dar al niño lo mejor de sí misma [...] por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia**” [el destacado es nuestro].

Asimismo, en su primer considerando se señala que “[...] al niño se le debe dar los medios necesarios para su **desarrollo normal, material y espiritual**” [el destacado es nuestro].

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1948.

Esta declaración, posterior a la Segunda Guerra Mundial, se fundamenta en los principios de libertad, igualdad, fraternidad, dignidad, justicia y paz.

En el numeral 2 de su artículo 25 se reconoce que: **(i)** el menor de edad **tiene derecho a recibir cuidados y asistencia especiales**; y, **(ii)** que los hijos² extramatrimoniales tienen el derecho a recibir igual protección social que los hijos matrimoniales.

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948, es el primer documento -en el continente americano- que reconoce la necesidad de dotar a los niños, niñas y adolescentes de una protección especial. Su artículo VII dispone que aquellos tienen derecho a que se les brinde protección, cuidados y ayuda especiales.

Si bien ninguno de los textos internacionales detallados hizo referencia expresa al interés superior del niño, niña y adolescente son importantes porque reconocen su derecho a recibir protección, cuidado y ayuda especial; y, se preocupan por asegurar su desarrollo.

² Dentro del término “hijo” se encuentra incluida la referencia a la “hija”.

- La primera mención a nivel internacional del interés superior del niño, niña y adolescente se produjo en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959.

La Asamblea General de la ONU aprobó este documento ante la necesidad de impulsar la protección de sus derechos alrededor del mundo. Su Preámbulo señala que aquellos requieren de una protección especial, incluida la legal; y, de cuidados especiales debido a su falta de madurez física y mental.

Considera que cada uno de ellos es titular del derecho a tener una infancia feliz y gozar de los derechos y libertades que enuncia; por ello, exhorta a los padres³, a la familia, a la sociedad y a las autoridades que reconozcan sus derechos y que luchen por su observancia.

Esta Declaración consagró diez principios básicos para la protección de los niños, niñas y adolescentes, de los cuales se destaca cuatro por estar relacionados con el tema de investigación de esta tesis:

- (i) **Principio I:** todo niño, niña y adolescente debe disfrutar de los derechos enunciados en la Declaración sin excepción, distinción o discriminación.
- (ii) **Principio II:** hace mención al interés superior del niño, niña y adolescente para indicar que el legislador debe tenerlo en cuenta cuando emita normas, pues de esta manera asegura que el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social del menor de edad se realice de una manera saludable y normal.
- (iii) **Principio VI:** para el pleno desarrollo de la personalidad de cada niño, niña y adolescente es necesario que se le brinde: amor y comprensión; un ambiente de afecto, de seguridad moral y material; y, la seguridad de que a su corta edad no será separado de su madre, salvo que exista una justificación para dicha medida.

³ Dentro del término “padre” se encuentra incluida la referencia a la “madre”.

(iv) Principio VII: señala el carácter de principio rector que ostenta el interés superior del niño, niña y adolescente al ser un concepto que debe ser valorado por quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966, en el numeral 4 de su artículo 23 afirma que un rol fundamental del Estado Parte es adoptar las medidas necesarias para que se asegure la igualdad de derechos de los padres y la división equitativa de las responsabilidades en el hogar, ya sea que se encuentren casados o divorciados.

Ese mismo artículo destaca la necesidad de que los Estados Parte adopten las disposiciones necesarias para asegurar la protección de los hijos en caso de la disolución del matrimonio de sus padres.

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966, cuyo numeral 3 de su artículo 10 establece el deber de los Estados Parte de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños, niñas y adolescentes para asegurar su normal desarrollo.

A través del artículo 12 del Pacto, los Estados Parte reconocen: **(i)** el derecho de toda persona -incluidos los niños, niñas y adolescentes- a disfrutar de un alto nivel de salud física y mental; y, **(ii)** su deber de tomar las medidas necesarias para asegurar la plena efectividad de este derecho, como impulsar el sano desarrollo de los menores de edad.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos por los Estados Americanos en 1969, en el numeral 4 de su artículo 17 resalta la importancia de que, en caso de disolución del matrimonio, los Estados Parte adopten ciertas disposiciones para asegurar la protección de los hijos, teniendo como base únicamente a sus intereses y conveniencias.

A diferencia de lo establecido en el numeral 4 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en esta Convención se hace mención expresa al interés de los hijos; y, su artículo 19 indica que todo menor de edad tiene derecho a que su familia, la sociedad y el Estado adopten ciertas medidas de protección que requiere debido a su condición en desarrollo.

Mediante la Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, la Corte IDH a solicitud de la CIDH interpretó los artículos 8⁴ y 25⁵ de esta

4 “Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

5 “Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Convención para determinar si las medidas especiales del artículo 19⁶ eran límites al arbitrio o discrecionalidad de los Estados con relación a los menores de edad. Esta opinión enfatizó que las medidas de protección a las que hace referencia el artículo 19 tienen que estar alineadas a la protección y la garantía de los derechos de los menores de edad cuando se encuentren en un proceso judicial.

También precisó que la regla no es separar a los menores de edad de sus padres por el solo hecho de que la autoridad considere que su familia no posee las condiciones necesarias para su educación y mantenimiento; y, sostuvo que dicha separación será válida solamente cuando exista un peligro justificado que atente contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

- La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1979, en su artículo 5. b) sostiene que el interés de los hijos es una consideración primordial que se debe tener en cuenta en todos los casos que los involucren. Así, señala que los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para:

Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que **el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos** [el destacado es nuestro].

Su artículo 16 dispone que los Estados Parte adoptarán medidas para: **(i)** eliminar la discriminación contra la mujer y asegurar la igualdad entre hombres y mujeres, quienes ostentan los mismos derechos y responsabilidades como padres; y, **(ii)** respetar a la tutela, custodia, adopción de sus hijos y demás instituciones relacionadas.

⁶ “Artículo 19. Derechos del Niño
Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

- El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, creado en 1980 en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en el primer párrafo de su Preámbulo indica que en los casos relacionados con la custodia de los hijos su interés será de importancia primordial.

Asimismo, el artículo 13 del Convenio plantea un escenario específico donde se debe decidir sobre la situación de un menor de edad: su restitución. Para ello, se debe tener en cuenta y evaluar: **(i)** su exposición al peligro; **(ii)** la opinión del niño, niña o adolescente que haya alcanzado cierta edad y madurez; y, **(iii)** la información sobre su situación social.

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de la ONU en 1985, en su sexto párrafo señala que todo niño, niña y adolescente “[...] requiere particular atención y asistencia para su desarrollo físico, mental y social, y necesita protección jurídica en condiciones de paz, libertad, dignidad y seguridad”.

Su ítem denominado “Orientaciones fundamentales” afirma que los Estados Parte serán los encargados de promover el bienestar de los menores de edad así como de sus familias.

- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) adoptado por la Asamblea General de la OEA en 1988.

Mediante los literales c. y d. del numeral 3 de su artículo 15, los Estados Parte se comprometen a brindar una adecuada protección al grupo familiar, en especial a los niños, niñas y adolescentes a través de: **(i)** la adopción de medidas que garanticen la maduración plena de sus capacidades física, intelectual y moral; y, **(ii)** la ejecución de programas dirigidos a la formación familiar para crear un ambiente adecuado en el cual los menores de edad desarrollen ciertos valores como la comprensión, la solidaridad, el respeto y la responsabilidad.

Asimismo, reconoce en su artículo 16 que la familia, la sociedad y el Estado deben brindar a los niños, niñas y adolescentes las medidas de protección que su condición exige.

- La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, mediante la Resolución 44/25 (A/RES/4425) de la Asamblea General de la ONU, entró en vigencia el 2 de setiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49. Es el instrumento más importante en la defensa de los derechos del niño, niña y adolescente pues tiene carácter obligatorio para los Estados Parte que lo han ratificado. El contenido de este tratado se desarrollará con mayor detalle en los siguientes apartados.
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad), adoptadas por la Asamblea General de la ONU en 1990, señalan en su numeral 3 que como los niños, niñas y adolescentes no son objetos de control deberán “[...] desempeñar una función activa y participativa en la sociedad”.

Por ello, su numeral 2 resalta la necesidad de que la sociedad procure “[...] un **desarrollo armonioso** de los adolescentes, y **respete y cultive su personalidad** a partir de la primera infancia” [el destacado es nuestro].

Su numeral 12 precisa que dicho desarrollo se logrará siempre que la sociedad y los gobiernos le brinden ayuda a la familia como la prestación de servicios adecuados, incluidas las guarderías para “[...] cuidar y **proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental**” [el destacado es nuestro].

Por último, su numeral 52 señala que es deber de los gobiernos emitir y aplicar leyes cuya función sea promover y proteger los derechos de los menores de edad y su bienestar.

De la revisión y análisis de los textos internacionales detallados se concluye lo siguiente:

- (i) Desde inicios del siglo XX se han emitido diversos textos internacionales que reconocen la necesidad de brindar una protección especial a los menores

de edad, debido a sus características propias, con la finalidad de que se desarrollen en todos los aspectos de su vida.

- (ii) El interés superior del niño, niña y adolescente fue recogido en diversos textos internacionales previa su incorporación en la CDN en 1989, la diferencia es que antes de ella su aplicación no era de observancia obligatoria.
- (iii) Es deber de los padres, la familia, la sociedad y el Estado asegurar el normal y saludable desarrollo de la personalidad de los menores de edad para que logren la plena maduración de sus capacidades.
- (iv) Ambos padres tienen los mismos derechos y responsabilidades frente a sus hijos; por ello, deberán procurarles protección y todos los medios necesarios, dentro de sus posibilidades, para desarrollarse.
- (v) Se reconoce el derecho del menor de edad a gozar de un ambiente adecuado para su saludable y normal desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social.
- (vi) Los menores de edad deberán ser protegidos ante la disolución del vínculo matrimonial de sus padres, para ello se tendrá en cuenta su interés y su conveniencia en todas las cuestiones relativas a la patria potestad, tenencia y régimen de visitas.
- (vii) Es obligación de los gobiernos brindar ayuda a las familias para cuidar y proteger a los menores de edad y asegurar su bienestar.

En resumen, los textos internacionales analizados coinciden, principalmente, en resaltar que los niños, niñas y adolescentes requieren:

- tener una infancia y adolescencia feliz y gozar de los derechos y libertades de todo ser humano;
- gozar de medidas de protección especiales por parte de su familia, la sociedad y el Estado;

- gozar de un ambiente adecuado para su normal desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social;
- gozar de un ambiente estable y positivo en el cual se desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad;
- disfrutar de amor y comprensión para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad;
- que se respete su interés superior como principio rector y consideración fundamental para la toma de decisiones que los involucren y afecten;
- que se promueva su bienestar;
- que se respete y valore sus opiniones; y,
- que se evalúe su situación particular.

1.1.1.2. El corpus juris de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Debido a las características específicas de los niños, niñas y adolescentes, se requirió un marco normativo propio. Dicho requerimiento ha sido reconocido por la Corte IDH al señalar que el corpus juris es el conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas y cuya función es garantizar sus derechos humanos (1999: 49-50 y 2014: 21).

El corpus juris de protección de los derechos de los menores de edad está conformado por la CADH, la CDN, por las decisiones adoptadas por otros órganos del Sistema de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, así como por las opiniones de las entidades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (CIDH 2008; 2011: 6; Corte IDH 1999: 50).

Entonces, para interpretar el contenido y el alcance de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es importante recurrir al conjunto de textos internacionales (tratados, resoluciones, declaraciones, decisiones y observaciones) adoptados por los órganos de derechos humanos internacionales: ONU y OEA.

Dicho corpus juris sirve para interpretar las distintas disposiciones de los textos internacionales en esta materia y fijar las obligaciones que los Estados Parte tienen respecto a los derechos de la niñez y la adolescencia (Corte IDH 2004b: 62-63 y 2011: 36).

Por ello, se habla de la existencia de un marco jurídico común en el ámbito internacional de los derechos humanos aplicable a los niños, niñas y adolescentes; y, de la interdependencia e integración que existe entre el Sistema Interamericano y el Sistema de las Naciones Unidas de Derechos Humanos.

1.1.1.3. La Convención de los Derechos del Niño

La CDN es el tratado internacional sobre derechos humanos que contiene un listado de derechos específicos sobre la niñez y la adolescencia, y posee mayor vocación de universalidad al haber sido ratificada por la mayoría de países del mundo, lo cual evidencia el amplio consenso internacional favorable a los principios y derechos que recoge.

Dicho tratado se caracteriza por tener fuerza vinculante sobre todos los Estados Parte que lo han ratificado y por ende les exige que su contenido sea aplicado en sus jurisdicciones y cuenta con el Comité de DN que supervisa el cumplimiento de sus obligaciones, tal como establece en su artículo 43⁷.

La CDN es considerada como un “[...] poderoso marco ético y jurídico ordenador que promueve una nueva visión de las relaciones jurídico-sociales de la infancia, al tiempo que es una fuente de inspiración para la transformación legal, política y cultural de la sociedad que apunta a construir países democráticos, integrados y desarrollados” (MIMP 2012: 31-32).

⁷ Según el artículo 43 de la CDN, para que se verifique el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Parte se estableció un Comité DN. Este Comité:

[...] es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales (MIMP: s/f).

El Perú firmó la CDN el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 3 de agosto de 1990, mediante la Resolución Legislativa 25278 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 4 de agosto de 1990, formando, desde ese momento, parte del ordenamiento jurídico peruano. La importancia de la ratificación de la CDN es tal que se ha visto reflejada en el PNAIA 2012-2021⁸:

La suscripción de la Convención por parte de la mayoría de países del mundo, significa que los Estados han asumido obligaciones y responsabilidades que son de cumplimiento obligatorio para todos los gobiernos y todas las personas. Este tratado de las Naciones Unidas es la primera ley internacional jurídicamente vinculante sobre los derechos de la niña, el niño y el adolescente; en sus 54 artículos están consignados los principales derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la infancia y adolescencia (MIMP 2012: 31-32).

El Perú, como Estado ratificante de la CDN, se comprometió a poner en práctica las disposiciones del tratado en su territorio. Por ello, se desarrolló un proceso de adecuación de su ordenamiento jurídico a dichas disposiciones y la inversión en recursos con el objetivo de sensibilizar a las autoridades y a las instituciones que protegen los derechos de los menores de edad.

Al ser la CDN un tratado internacional sobre los derechos humanos de los menores de edad⁹ no solo forma parte del ordenamiento jurídico peruano, sino

⁸ Es un documento elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, aprobado por el Decreto Supremo 001-2012-MIMP y elevado a rango de ley mediante la Ley 30362, publicada el 14 de noviembre de 2015. Su finalidad es **(i)** articular los esfuerzos de todas las instituciones públicas y privadas, de las organizaciones de la sociedad civil y de la cooperación internacional a favor de las niñas, niños y adolescentes; y, **(ii)** priorizar en la agenda pública, la atención a la niñez y la adolescencia, con una política de estado consistente, continua y eficaz que respete los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sobre todo en salud, educación, respeto dentro de la familia y en la comunidad.

⁹ En el Expediente 02132-2008-PA/TC se reafirma que la CDN es un tratado de derechos humanos.

que, de acuerdo a la interpretación de los artículos 3¹⁰, 55¹¹, 205¹² y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CPP¹³, detenta rango constitucional.

Así lo ha corroborado el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la CPP, en la sentencia recaída en los Expedientes acumulados 0025-2005-PI/TC, 0026-2005-PI/TC y 01665-2014-PHC/TC al señalar que dentro de las normas con rango constitucional se encuentran los tratados de derechos humanos como la CDN (2005a: FJ 26; 2015: FJ 22).

1.1.1.3.1. Relación con la Doctrina de la Protección Integral

Hasta finales del siglo XX se encontraba vigente la Doctrina de la Situación Irregular que consideraba a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección con necesidades que atender, ya que “no podían valerse por sí mismos al ser seres débiles e indefensos”.

Dicha concepción generaba en la sociedad un sentimiento de compasión hacia el menor de edad, el cual la llevaba a cubrir sus “necesidades” - entendidas como carencias - al guiarse por un deber moral, pues “[...] no se pensó en él como persona que tiene derechos propios, y que según su desarrollo evolutivo podía ser considerado como agente de su propio desarrollo” (Aguilar 1996: 440).

Aquella visión cambió con la CDN, inspirada en la Doctrina de la Protección Integral, que impulsó el pleno desenvolvimiento de las capacidades de los niños, niñas y adolescentes para una vida independiente en sociedad y reconoció su calidad de sujeto de derecho. De esta manera, tal como señala el profesor Aguilar, sus “necesidades” se convirtieron en derechos (1996: 449).

¹⁰ Precisa que “[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

¹¹ Establece que “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

¹² Señala que “[a]gotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

¹³ Prevé que “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

La Doctrina de la Protección Integral se basa en cinco pilares fundamentales: **(i)** el menor de edad es sujeto activo de derecho, **(ii)** el menor de edad es titular de derechos específicos, **(iii)** los asuntos que involucren al menor de edad deben tener en consideración su interés superior, **(iv)** el menor de edad tiene derecho a participar en los asuntos que lo afecten y a emitir su opinión; y, **(v)** el menor de edad ejerce sus derechos de manera progresiva.

- (i) Primer pilar:** de los artículos 1, 2 y 4 de la CDN se desprende que el menor de edad es sujeto titular de derechos, sin ningún tipo de distinción, por su condición de ser humano. En ese sentido, tiene derecho al respeto de su dignidad y es un sujeto titular de derechos y obligaciones.

De la lectura de los artículos 12 (derecho de opinión), 13 (libertad de expresión), 14 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 15 (libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas); y, 17 (acceso a la información procedente de diversas fuentes nacionales e internacionales) se desprende que el niño, niña y adolescente es una persona titular de derechos fundamentales, libre, con intereses y opiniones propias que expresa en sociedad.

Por ello, se sostiene que el menor de edad, al formar parte de la sociedad, es un sujeto activo porque su conducta va a tener efectos en el entorno social en el que se desenvuelve, por ejemplo, en su familia, con amigos, compañeros de escuela, en su comunidad y en su propia vida (Barletta 2005: 25).

- (ii) Segundo pilar:** de los artículos 2 y 4 de la CDN y de su preámbulo se evidencia que los menores de edad son titulares de derechos específicos detallados en la CDN. Esta afirmación se justifica en sus características propias y en el requerimiento a que se atiendan sus derechos de manera efectiva para que puedan disfrutarlos.

Los derechos específicos son “[...] aquellos derechos que tienen su origen en la etapa de desarrollo y formación humana de la niña, niño y adolescente enfatizándose en el requerimiento de garantizar su desarrollo integral” (Barletta 2005: 25).

Por ello, la especificidad estará dirigida al mejoramiento y reforzamiento de las normas vinculadas con la niñez y la adolescencia en el ordenamiento jurídico peruano, así como a la adecuación de los códigos y normas especiales; un ejemplo de ello es el CNA (Valencia 1999: 98).

Entre los derechos específicos se encuentra el derecho del menor de edad a no ser separado de sus padres y el derecho a mantener contacto con ellos cuando opere una separación justificada.

(iii) Tercer pilar: el artículo 3 de la CDN precisa que el interés superior del menor de edad es una consideración primordial a tener en cuenta por las autoridades cuando tomen una decisión que los involucre. Para tal efecto, deberán respetar su derecho a ser consultado sobre las situaciones que le afecten; y, que sus opiniones sean escuchadas y valoradas.

(iv) Cuarto pilar: se sustenta en los artículos 12 y 23 de la CDN al indicar que los menores de edad deben participar y expresar su opinión en los asuntos que generen un impacto en su vida. El numeral 1 del artículo 12 impone la obligación a los Estados Parte de garantizar al niño, niña o adolescente, que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en los asuntos que le afecten. Su opinión se tomará en cuenta en función a su edad y madurez¹⁴.

Para lograrlo, el numeral 2 del mismo artículo precisa que en todo procedimiento judicial o administrativo que involucre un menor de edad se le debe dar la oportunidad de ser escuchado, directamente o por medio de un representante o de un especialista, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional¹⁵.

¹⁴ “Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”

¹⁵ “Artículo 12

(...)

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

No se trata únicamente de “oír” al menor de edad - de percibir los sonidos que pueda emitir a través del lenguaje¹⁶ -, sino de “escuchar” es decir prestar atención a lo que expresa¹⁷. Esto significa que su opinión no solo debe ser oída por la autoridad sino también tomada en cuenta al momento de decidir. Ello implica que previamente el niño, niña o adolescente haya sido informado de las características del asunto sobre el que se requiere su opinión.

Se transgrediría la finalidad del artículo 12 de la CDN si la autoridad se limita a oír las opiniones del menor de edad sin prestarle atención a sus inquietudes y tomarlas en consideración. En cambio, si la autoridad valora sus opiniones y las toma en cuenta al momento de decidir, no cabe duda que se está tratando al menor de edad como un verdadero sujeto de derecho.

También se transgrediría la finalidad del artículo 12 de la CDN si el menor de edad es obligado a opinar, pues este es un derecho que él debe elegir ejercer libre de cualquier intromisión.

El artículo 12 deberá ser analizado de manera conjunta con los artículos 3 y 5¹⁸ de la CDN cuando se deba tomar una decisión que involucre a un menor de edad¹⁹, pues su interés superior conlleva a que la autoridad lo valore en todas sus dimensiones y manifestaciones para comprender las circunstancias que lo rodean.

- (v) **Quinto pilar:** los artículos 5 y 14 de la CDN destacan el derecho del niño, niña y adolescente de ejercer sus derechos de manera progresiva en consonancia con la evolución de sus facultades y madurez.

¹⁶ Según la definición de la Real Academia Española en su página web.

¹⁷ Según la definición de la Real Academia Española en su página web.

¹⁸ “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

¹⁹ Este escenario se presenta cuando el juez de familia debe pronunciarse sobre la tenencia de un niño, niña o adolescente.

Como afirma el profesor Aguilar “[e]l niño evoluciona y en esta fase evolutiva, desarrolla sus capacidades cognoscitivas, su discernimiento se va acentuando: puede manifestarse, expresar sus opiniones” (1996: 440).

En los primeros años de vida, los menores de edad no han desarrollado ciertas facultades y capacidades para exigir la protección de sus derechos de manera personal; por ello, sus padres o tutores serán los llamados a representarlos para exigir esos derechos. Esta situación va cambiando, de manera progresiva, con la evolución de sus capacidades y su grado de madurez, pues va adquiriendo mayor autonomía personal con el paso del tiempo.

Haber reconocido al menor de edad como sujeto de derecho implica que se reconozca su capacidad de goce; sin embargo, no sucede así cuando se habla o se refiere a su capacidad de ejercicio, pues es “[...] paulatina, sus derechos van haciendo exigibles con el desarrollo de ciertas facultades y capacidades, de la misma manera, su condición ciudadana se va construyendo” (Barletta 2005: 28).

La Corte IDH se ha preocupado en diferenciar el carácter de sujeto de derecho de los niños, niñas y adolescentes con su falta de capacidad de ejercicio y ha sido enfática al señalar que la falta de dicha capacidad de ninguna manera implica que dejen de ser sujetos de derecho, pues ejercerán sus derechos de manera progresiva hasta que dicha capacidad se torne plena (2002: 57).

1.1.1.3.2. Artículos de la CDN relacionados con la patria potestad, tenencia y régimen de visitas

Los artículos 3 y 12 de la CDN deberán ser leídos de manera conjunta con los siguientes artículos de la CDN que tienen incidencia directa en la patria potestad, tenencia y régimen de visitas:

- (i) **Párrafos cuarto, quinto, sexto y décimo segundo del preámbulo:** señalan la importancia de que el menor de edad viva al lado de su familia, al ser este el medio natural para su crecimiento y bienestar; y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. En ese sentido, es una obligación de los

padres cuidar y brindar asistencia especial a sus hijos para lograr su pleno y armonioso desarrollo.

- (ii) **Artículo 4:** precisa que los Estados Parte tienen que adoptar, entre otras, medidas administrativas y legislativas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la CDN hasta el máximo de los recursos que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.
- (iii) **Artículo 5:** señala la obligación de los Estados Parte de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o de los miembros de la familia extensa o la comunidad.
- (iv) **Artículo 9:** señala que los Estados Parte deben velar para que el niño, niña y adolescente no sea separado de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes determinen que la separación es necesaria por su interés superior.

Dicha decisión deberá estar sujeta a revisión judicial y a las leyes y los procedimientos aplicables; y, podrá ser necesaria en ciertos casos particulares, por ejemplo, cuando los padres maltraten o descuiden a sus hijos.

El mismo artículo precisa que en cualquier procedimiento o proceso, las partes interesadas deberán tener la oportunidad de participar y opinar. Esta oportunidad también es aplicable, con mucha más razón y justificación, a los menores de edad.

Finalmente, dicho artículo menciona que cuando el niño, niña y adolescente esté separado de uno o de ambos padres, se deberá respetar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con aquel, de manera constante, salvo que sea contrario a su interés superior.

- (v) **Artículo 17:** indica que los Estados Parte deben velar para que cada niño, niña y adolescente pueda acceder a la información y material que tengan para **promover su bienestar social, espiritual y moral; y, su salud física y mental.**

(vi) **Artículo 18:** hace mención a que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la **crianza y el desarrollo del menor de edad**, siendo la preocupación fundamental su interés superior.

(vii) **Artículo 27:** Su numeral 1 reconoce el derecho de todo niño, niña y adolescente a tener un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

El numeral 2 señala que los padres y otras personas encargadas del menor de edad son responsables de proporcionarle, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo integral.

Se indica que el Estado Parte está obligado a adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los responsables del cuidado de la crianza del menor de edad (a los padres y a su familia) a dar efectividad a este derecho; y, de ser el caso, proporcionar asistencia material y programas de apoyo relacionadas, principalmente, con la nutrición, el vestuario y la vivienda, según el numeral 3 del artículo 27 de la CDN.

Este artículo establece parámetros que guían en la aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente, por dos razones: primero, evidencia que los menores de edad tienen derecho un nivel de vida adecuado que debe ser brindado por sus padres, las personas más cercanas a aquellos, con el pertinente apoyo del Estado Parte; y, segundo, hace explícito el derecho del menor de edad de desarrollarse en los planos físico, mental, espiritual, moral y social.

1.1.1.3.3. Interés superior del niño, niña y adolescente en la CDN

La CDN marcó un hito social y jurídico al resaltar la importancia del interés superior del niño, niña y adolescente en el primer párrafo de su artículo 3, el cual señala que “[...] en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Mediante la Observación General 14, el Comité DN ha desarrollado los alcances del contenido del párrafo 1 del artículo 3 de la CDN, al precisar que es deber del Estado Parte que en cualquier medida -actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos- y decisión en la que se encuentre involucrado, de manera directa o indirecta, un menor de edad, su interés superior sea una consideración primordial a atenderse (2013: 7 - 8).

Este deber atañe a las instituciones públicas y privadas de bienestar social, así como a los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los menores de edad o cuyas decisiones repercutan en los mismos y en la efectividad de sus derechos. También se precisa que la preocupación fundamental de los padres será el interés superior de sus hijos menores de edad (Comité DN 2013: 8-9).

La expresión *una consideración primordial a que se atenderá* está referida a que el interés superior del niño, niña y adolescente “[...] no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones” (Comité DN 2013: 10). Es decir, se deberá priorizar los derechos del menor de edad y tomar en cuenta su situación particular.

En efecto, *primordial* implica “[...] tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate” (Comité DN 2013: 11).

Cuando un juez de familia tenga que adoptar una decisión que afecte el presente y el futuro de un menor de edad, en primer lugar deberá identificar sus derechos, las circunstancias particulares que lo rodean y, luego, tomarlas en cuenta al momento de resolver el caso.

Sostener que el interés superior del niño, niña y adolescente es *una consideración primordial* no implica alegar una supuesta superioridad de sus derechos frente al de los demás. Esta interpretación no tomaría en cuenta que el menor de edad es miembro de una familia y de la sociedad y olvidaría su objetivo, que es reforzar

los derechos del niño, niña y adolescente para armonizarlos con los derechos de los involucrados en el caso en particular²⁰.

Así también lo ha afirmado la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

[...] debe tenerse en cuenta que la **calificación de “superior” en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar**, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia, dentro de una lógica de integración. En todo caso, **se busca destacar los derechos de la infancia, a menudo olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas**. Se trata de determinar la preeminencia de los derechos de la infancia en su confrontación con otros derechos que pudieran menoscabarlo o desvirtuarlo, o respecto de normas o disposiciones de las que pueda resultar tal situación (2011b: FJ 5) [el destacado es nuestro].

Es importante reforzar sus derechos e intereses porque su dependencia, falta de voz y, otras veces, falta de madurez acarrea que el menor de edad tenga menos posibilidades de defender sus propios intereses en comparación con los adultos. Por eso, se busca hacer explícito sus intereses y derechos para que no sean postergados, ya que “[s]i los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar” (Comité DN 2013: 10).

Lo anterior es crucial si se tiene en cuenta que el interés superior del niño, niña y adolescente será aplicado por un adulto, quien en todo momento debe analizar y tener presente sus particularidades cuando tome una decisión que lo involucre para no dejar desprotegidos sus derechos.

1.1.1.3.4. Críticas de la inclusión del interés superior del niño, niña y adolescente en la CDN

La inclusión del interés superior del menor de edad en la CDN ha generado críticas porque no lo definió ni estableció sus límites. Dicha ausencia fue considerada como un grave problema para su interpretación y delimitación.

²⁰ En atención a la particular situación de los niños, niñas y adolescentes se justifica objetiva y razonablemente otorgarles un trato diferente que no es per se discriminatorio; sino, por el contrario, sirve para permitir el cabal ejercicio de sus derechos y así lograr la efectiva igualdad ante la ley (Corte IDH 2002: 61; 2014: 25).

Se consideraba que existía el riesgo de que el interés superior del menor de edad se convierta en una directriz vaga y sujeta a múltiples interpretaciones. Dicha situación podía generar que las autoridades actúen dentro de un amplio margen de discrecionalidad, lo cual debilitaría la tutela efectiva de sus derechos que la propia CDN reconoce (Cillero 1999: 46; Freedman 2005).

La mayor crítica realizada al interés superior del menor de edad era considerarlo como un concepto indeterminado cuyos límites no se encontraban establecidos de manera exacta. Esta situación podía ocasionar que las autoridades no resolvieran los casos en los que se encontraban involucrados menores de edad, del modo que más les convenga a ellos, sino que se podrían basar en criterios personalísimos e indeterminados o con escasa fundamentación (López 2015: 52-53).

Es importante señalar qué se entiende por “concepto indeterminado” y analizar si, realmente, dicho término solo tiene implicancias negativas y se presta para la toma de decisiones arbitrarias.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela considera que los conceptos jurídicos indeterminados son “[...] aquellos cuyo enunciado resulta difícil de delimitar con precisión, pero que su aplicación no admite sino una sola solución justa y concreta, conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma” (Terán 2014: 15-16).

La profesora Terán considera que la indeterminación solamente se encuentra referida al “[...] enunciado general, a su determinación legal, y no al resultado de su aplicación, a la concreción fáctica” (2014: 16).

Por ello, el interés superior del niño, niña y adolescente es indeterminado solamente en su enunciado legal pero no en el resultado de su aplicación al caso en concreto, pues la autoridad siempre deberá tomar una solución justa que proteja los derechos del menor de edad. Para tal efecto, se verá obligada a seguir y respetar los parámetros que imponen la CDN y siempre tener en cuenta los derechos de los menores de edad reconocidos en dicho cuerpo legal.

En complemento, el autor García de Enterría considera que a pesar de que los conceptos jurídicos indeterminados no tienen límites completamente precisados en su enunciado, sí deben ser precisados cuando se procede a su aplicación (2011: 482). No cabe duda, entonces, que el contenido del interés superior del menor de edad no debe tener una enumeración cerrada de supuestos de hecho, pues existe el riesgo de que no se consideren ciertos supuestos que también podrían responder a dicho concepto.

El profesor Plácido indica que el interés superior del niño, niña y adolescente es un concepto complejo, flexible y adaptable; por ello, su contenido debe ser determinado, ajustado y definido según las individualidades del caso en particular, tales como el contexto, las necesidades personales y la situación concreta del menor de edad (2015: 165).

Así, también, lo ha señalado el Comité DN, a través de la Observación General 14, al considerar que el interés superior del menor de edad se caracteriza por ser flexible lo cual permite “[...] su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil” (2013: 10).

Lo antes mencionado se condice con el hecho de que el legislador, que no puede prever todos los supuestos que se presentan en la sociedad, recurre a menudo a conceptos indeterminados como técnica jurídica; por ejemplo, buen padre de familia, orden público o buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad (Terán 2014: 16).

Las críticas realizadas al interés superior del niño, niña y adolescente sirvieron para que sea objeto de estudio, de diversas interpretaciones en su definición y forma de aplicación, hasta que en el año 2013, el Comité DN emitió un documento denominado Observación General 14 que definió el interés superior del menor de edad y señaló los pasos para su aplicación.

1.1.2. En la regulación legal nacional

1.1.2.1. En la Constitución Política del Perú de 1993

El 26 de enero de 1990, el Perú firmó la CDN y el Congreso de la República la aprobó el 4 de agosto de 1990 mediante la Resolución Legislativa 25278, desde ese momento se integró como norma nacional al derecho peruano.

Así, el artículo 4 de la CPP obliga al Estado y a la comunidad a proteger al niño, niña y adolescente que se encuentre en situación de abandono. Este artículo contempla expresamente al principio de protección especial del menor de edad y, de manera implícita, al principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

Respecto al principio de protección especial del menor de edad, el Tribunal Constitucional ha señalado que se fundamenta en la situación en la que se encuentra “[...] es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar” (2005b: FJ 35).

Sobre el interés superior del niño, niña y adolescente, el Tribunal Constitucional considera que es un principio regulador internacional que se relaciona con el principio de especial protección; y, que se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4 de la CPP (2009: FJ 11).

Estos dos principios imponen al Estado peruano la obligación de adoptar todas las medidas y acciones necesarias que garanticen el desarrollo integral del niño, niña y adolescente, así también lo ha considerado la Defensoría del Pueblo (2011: 33).

Esta obligación atañe a todos los poderes del Estado incluido el Poder Judicial, cuya obligación es brindar una atención especial y prioritaria a los procesos judiciales en los que se encuentre inmerso un niño, niña o adolescente, según el Tribunal Constitucional:

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente **no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras**, por

lo que más allá del resultado del caso, **debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso**. Asimismo, tal atención deber *[sic]* ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales (2008a: FJ 5) [el destacado es nuestro].

Se considera que la protección especial y el interés superior del niño, niña y adolescente, establecido en el artículo 4 de la CPP, aplica para todos los menores de edad y no solo a los que se encuentran en estado de abandono y ha sido impuesta al Estado, a la sociedad y a la familia.

1.1.2.2. En el Código de los Niños y Adolescentes de 1992

En el Perú se promulgó el primer CNA el 24 de diciembre de 1992 mediante el Decreto Ley 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992 en el Diario Oficial “El Peruano” y entró en vigencia el 28 de junio de 1993.

El CNA derogó el Código de Menores de 1962 que todavía se regía bajo la Doctrina de la Situación Irregular que consideraba al niño, niña y adolescente como un objeto de protección. Dicho código señaló en su artículo II del Título Preliminar que el menor de edad es un sujeto de derecho, de libertades y que cuenta con una protección específica.

Entre los derechos reconocidos al menor de edad resalta el derecho a que su opinión sea escuchada en todos los asuntos en los que se encuentre involucrado y cuando se encuentre en condiciones de formarse una, tal como lo señala el artículo 11 del CNA. En específico, en su artículo 93 se indica que es deber del juez especializado escuchar la opinión del niño y tener en cuenta la opinión del adolescente.

Asimismo, en el artículo 25 se señala que es obligación del Estado garantizar el ejercicio de los derechos y libertades de los menores de edad a través de ciertas políticas públicas.

Finalmente, este código es importante porque en el artículo VIII de su Título Preliminar se incorporó el interés superior del niño, niña y adolescente que es uno

de los pilares de la Doctrina de la Protección Integral y que se encuentra regulado en la CDN. En tal artículo se indica que:

En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, **se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos** [el destacado es nuestro].

Gracias a la entrada en vigencia de este Código, el Perú incluyó dentro su regulación de derecho interno a la Doctrina de Protección Integral, normativa que con la entrada en vigencia del siguiente CNA fue mejorada.

1.1.2.3. En el Código de los Niños y Adolescentes vigente

El 21 de julio del año 2000, el Congreso de la República aprobó el segundo CNA mediante la Ley 27337, promulgada y publicada el 7 de agosto de 2000. Este código tuvo en cuenta el articulado de la CDN y el CNA derogado, por ejemplo, el reconocimiento de que el menor de edad es sujeto de derecho y protección, el derecho a que su opinión sea escuchada y tomada en cuenta (en caso de los adolescentes), la garantía del ejercicio de los derechos y libertades del menor de edad; y, el interés superior del niño, niña y adolescente.

El CNA contempló al interés superior del niño, niña y adolescente como un “principio” en el artículo IX de su Título Preliminar:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

El código actual se aproxima a entender al interés superior del niño, niña y adolescente como un principio rector al haberlo señalado expresamente a diferencia del código derogado en el que solamente se hace mención a dicho interés.

Son varios los artículos del CNA que contemplan al interés superior del menor de edad:

- **Artículo 45. b):** señala que una de las funciones específicas de la Defensoría del Niño y del Adolescente es “[i]ntervenir cuando se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos para hacer prevalecer el principio del interés superior”.
- **Artículo 78:** sobre la restitución de la patria potestad se establece que “[l]os padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente”.
- **Artículo 81:** con relación a la tenencia se precisa que:

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.
- **Artículo 88:** respecto al régimen de visitas se ha señalado que “[e]l Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”.
- **Artículo 90:** sobre la extensión del régimen de visitas menciona que “[e]l Régimen de Visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique”.

- **Artículo 118:** respecto a la adopción ha señalado que “[s]i ocurrieren circunstancias imprevistas que impidan culminar el trámite de adopción, la Oficina de Adopciones adoptará las medidas pertinentes teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño y del Adolescente”.

El interés superior del niño, niña y adolescente ha sido mencionado en varios artículos y para regular diferentes situaciones; sin embargo, el CNA no ha precisado los mecanismos efectivos que permitirán su aplicación en dichas situaciones.

El Comité DN mediante sus Observaciones Finales (Perú), de fecha 14 de marzo de 2006, celebró que se haya recogido el interés superior del menor de edad en el CNA. Sin embargo, en la recomendación 29 mostró su preocupación pues considera que es muy probable que en la práctica no pueda aplicarse plenamente; por ejemplo, al momento de asignar recursos a la administración de justicia²¹(2006: 6).

1.1.2.4. En el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021

El carácter vinculante de la CDN para los Estados Parte -que señala de manera expresa una serie de derechos específicos cuyo titular es el niño, niña y adolescente- tuvo como consecuencia que el Perú modifique su legislación y políticas públicas con la finalidad de que se incluyan los preceptos contemplados en la CDN.

En esta línea, se elaboraron cuatro PNAIA’s para los periodos 1992-1995, 1996-2000, 2002-2010 y 2012-2021:

- **PNAIA 1992-1995:** se implementó después de que se ratificó la CDN y se aprobó el primer CNA. Las líneas de acción de este Plan estaban orientadas hacia “[...] la infancia en riesgo y la adolescencia en conflicto con la ley,

²¹ El Estado Peruano mediante el Cuarto y Quinto Informe relativo a la CDN, de fecha octubre de 2013, no ha contestado de manera directa si se ha seguido la recomendación 29. Sobre la administración de justicia, en el fundamento 41 se señaló que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en el año 2009, aprobó que se realicen capacitaciones a los operadores de administración de justicia en temas de niñez y adolescencia.

poniendo de manifiesto la inercia institucional y los tiempos que requiere la transformación de las instituciones” (Alegre 2014: 18).

- **PNAIA 1996-2000:** su meta era el alivio de la pobreza a través de tres objetivos centrales: supervivencia, protección y desarrollo.
- **PNAIA 2002-2010:** elevado a rango de ley el 17 de marzo de 2005, es un “[...] documento marco de las acciones, programas y estrategias que deberán asumir y ejecutar los diferentes sectores e instituciones del Estado y la Sociedad Civil, para lograr el cumplimiento de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes peruanos [...]” (PROMUDEH 2002: 10).

A través de este Plan se incorporó la Doctrina de la Protección Integral, pues tiene como principios rectores: **(i)** la igualdad de oportunidades entre los niños, niñas y adolescentes-Principio 1; **(ii)** se considera al niño, niña y adolescente como sujetos de derecho-Principio 2; **(iii) el interés superior del niño, niña y adolescente-Principio 3;** **(iv)** el derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar-Principio 4; y, por último, **(v)** se considera a la familia como una institución fundamental que coadyuva al desarrollo humano de los niños, niñas y adolescentes-Principio 5.

Sobre el principio del interés superior del menor de edad se señaló que:

Todas las iniciativas del estado, la sociedad civil y las familias, deben priorizar en toda acción, aquellas que sean más beneficiosas para el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes. Constituir la mejor base posible para su vida presente y futura, fortalece a la sociedad y a la familia (PROMUDEH 2002: 16-17).

- **PNAIA 2012-2021:** aprobado mediante Decreto Supremo 001-2012-MIMP de fecha 14 de abril de 2012, desde el año 2015 fue elevado a rango de ley²², lo cual implica que su aplicación es obligatoria a nivel nacional.

²² Mediante el artículo 1 de la Ley 30362 se elevó a rango de ley al Decreto Supremo 001-2012-MIMP que aprueba el PNAIA 2012-2021.

Se define como un “[...] instrumento marco de política pública del Estado Peruano para articular y vincular las políticas que se elaboren en materia de infancia y adolescencia en el país [...]” (MIMP 2012: 9).

Con relación a los involucrados en su elaboración, aparte de la participación activa de las instituciones del Estado en sus tres niveles de gobierno y la sociedad civil, es el primer plan que involucró a los niños, niñas y adolescentes y recogió sus ideas y aportes.

La participación de los niños, niñas y adolescentes se pudo realizar gracias a la intervención de diversas organizaciones y grupos que se organizaron en talleres ad-hoc; y, a la colaboración de organizaciones de la sociedad civil, a través del uso de diversos instrumentos metodológicos dependiendo de la edad, entre otros elementos, de los menores de edad (MIMP 2012: 9, 20).

El PNAIA contempla seis principios que son denominados como su piedra angular y que se sustentan en valores universales a los que el Perú se ha adscrito: **(i)** el interés superior del niño, niña y adolescente, **(ii)** la igualdad de oportunidades, **(iii)** la niña y el niño como sujetos de derecho, **(iv)** la autodeterminación progresiva, **(v)** la participación; y, **(vi)** la familia como institución fundamental para el desarrollo de las personas.

Sobre el interés superior del niño, niña y adolescente menciona que:

La niña y el niño son sujetos plenos de derechos que deben ser **respetados por la familia, el Estado y la sociedad** y, en todas las decisiones de política pública el interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. Se trata de un **principio que obliga al Estado y a la sociedad a reconocer y garantizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes y otorga preeminencia al interés superior del niño por sobre otros intereses y consideraciones**” (MIMP 2012: 16) [el destacado y resaltado es nuestro].

Entonces se reafirma que:

- ✓ la condición de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho debe ser respetada por la familia, la sociedad y el Estado,
- ✓ en las decisiones de política pública debe primar el interés superior del niño, niña y adolescente cuando se regulen o implementen materias que les afecten,
- ✓ existe la obligación del Estado y de la sociedad de reconocer, garantizar y respetar los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y,
- ✓ se otorga preeminencia al interés superior del menor de edad por sobre otros intereses y consideraciones, lo cual no significa la exclusión de los derechos de las demás personas sino la priorización de la intervención en caso haya un niño, niña o adolescente de por medio (MIMP2012: 14).

1.1.2.5. En la Ley 30466: Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, niña y adolescente, y su reglamento

Hasta el año 2016 no se contaba en la legislación nacional con una ley especial que indique qué se entiende por el interés superior del niño, niña y adolescente, cómo se aplica en un caso en concreto y cuáles son las garantías procesales para su aplicación. A pesar de ello, las instituciones públicas y privadas han tomado en cuenta y aplicado dicho interés basándose en la CPP y el CNA.

El 17 de junio de 2016 se publicó la Ley 30466²³ “Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño” (Ley). De acuerdo a su artículo 1, el objeto de la Ley es establecer parámetros y garantías para que en los procedimientos y procesos en los que se encuentre inmerso un menor de edad se otorgue la consideración primordial a su interés superior.

²³ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 17 de junio de 2016.

Basándose en la Observación General 14 del Comité DN, la Ley en su artículo 2 ha definido al interés superior del menor de edad como un derecho, principio y una norma de procedimiento que le otorga “[...] el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”.

El artículo 3 de la Ley contempla los parámetros que se deberán tener en cuenta en los procesos y procedimientos administrativos para aplicar el interés superior del niño, niña y adolescente en un caso en concreto:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

El artículo 4 de la Ley enumera las garantías procesales a aplicarse para la consideración primordial del interés superior del niño, niña y adolescente, que serán descritas y explicadas en el Capítulo II. En el último párrafo de este artículo se ha señalado que cuando existan posibles conflictos entre el interés superior de un menor de edad o un grupo de estos o con terceras personas, serán resueltos caso por caso sopesando los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada.

Finalmente, con relación a la fundamentación de la decisión que tomen los organismos públicos, el artículo 5 señala que estos “[...] en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes”.

A modo de crítica, como en la legislación peruana se hace una diferencia entre el término niño y adolescente, hubiese sido mejor que en la Ley se haya contemplado

y señalado de manera expresa los términos “niño, niña y adolescente”, pues de esta manera se protegen los derechos de cada uno de ellos que se diferencian por su edad y sexo.

A pesar de que todos los menores de edad se caracterizan por encontrarse en una etapa de crecimiento existen diferencias objetivas entre ellos por razón, principalmente, de su edad y sexo; por ello, señalar de manera separada y expresa dichos términos asegura la protección específica de sus derechos.

Los parámetros señalados en el artículo 3 de la Ley no son prácticos para la aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente en un caso en concreto, son más bien criterios generales que deberá tener en cuenta el Estado peruano para dar pleno efecto a dicho interés.

La consideración primordial del interés superior del niño, niña y adolescente a la que hace referencia la Ley no solamente se logra a través del establecimiento de ciertos parámetros y garantías procesales, sino a través de la aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente en un caso concreto de la manera más objetiva posible. Los pasos para aplicarlo han sido establecidos en la Observación General 14 del Comité DN.

Sin embargo, a pesar de que dicha observación ha señalado los pasos para la aplicación del interés superior del menor de edad y que la Defensoría del Pueblo²⁴ sugirió su introducción en el Proyecto de Ley 2552/2013-CR que dio origen a la Ley, no se incluyó en la misma, lo cual evidencia la poca comprensión sobre la importancia de orientar a los operadores del derecho en la aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente.

De acuerdo a su Segunda Disposición Complementaria Final, esta Ley se tenía que reglamentar por el Poder Ejecutivo en un plazo de sesenta (60) días hábiles, es decir en diciembre de 2016. Sin embargo, dicho reglamento fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con demora, es decir el 1 de junio de 2018, consta de 34 artículos, dos disposiciones complementarias transitorias y dos disposiciones complementarias finales.

²⁴ A través de su Oficio 11-2014-DP contenido en el Dictamen de la Comisión de la Mujer y Familia.

El objeto del reglamento, de acuerdo a su artículo 1, es regular los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que se encuentre inmerso.

Este reglamento a diferencia de la Ley sí hace mención expresa a los términos “niño, niña y adolescente” teniendo como norte a los principios de autonomía progresiva, desarrollo progresivo, ciclo de vida, curso de vida, género y equidad (artículos 3 y 4).

Asimismo, el reglamento en su Título II detalla los pasos a seguir para aplicar el interés superior del niño, niña y adolescente en cada caso en concreto, como la evaluación y determinación de dicho interés (artículo 7).

Finalmente, el MIMP será el encargado de realizar el seguimiento y evaluación del cumplimiento de la Ley y su reglamento teniendo en cuenta su función rectora en el Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente, tal como se detalla en la primera disposición complementaria final.

1.2. Aproximación a la definición del interés superior del niño, niña y adolescente

1.2.1. Desde la doctrina

La profesora chilena Baeza define al interés superior del menor de edad como el “[...] conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad, y en general de sus derechos, que buscan su mayor bienestar” (2001: 356).

Asimismo, señala que dicho concepto implica que las instituciones públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas, entre otras, tienen la obligación de elegir alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del menor de edad tomando en cuenta, de manera primordial, su interés (2001: 356).

Por su parte, el profesor chileno Cillero indica que “[...] el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos” (2007: 248). Esta identificación del interés superior con los derechos del menor de edad evidencia que aquel busca reforzar ante los ojos de las instituciones públicas y privadas, así como de la

sociedad en general que los niños, niñas y adolescentes tienen derechos que deben ser respetados y promovidos. El reforzamiento de sus derechos sería un medio para lograr un fin: el bienestar del menor de edad, el cual no ha sido detallado en esta definición.

Por su parte, el profesor suizo Zermatten define de manera más elaborada al interés superior del menor de edad al precisar que:

[...] es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan *[sic]* físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos *[sic]* en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia (2003: 15).

En esta definición solamente se detalla el fin, que sería el bienestar del menor de edad, y se centra en los planos físico, psíquico y social, olvidándose de la importancia de los planos espiritual y moral.

A diferencia de las dos definiciones anteriores, la tercera no hace referencia expresa a la satisfacción de derechos pero incorpora la noción de bienestar en los planos físico, psíquico y social del niño, niña y adolescente.

En el Perú, para el profesor Aguilar el interés superior niño, niña y adolescente implica brindarle una atención prioritaria teniendo como norte siempre lo que más le convenga cuando se implementen medidas, acciones, decisiones y políticas (1996: 441).

Asimismo, dicho profesor considera que el interés superior del menor de edad implica:

[...] **poner en primer plano al niño y adolescente, cuando se delinien *[sic]* políticas, programas, acciones priorizando su atención.** El interés superior referido al infante y que debe contestar a la pregunta ¿qué es lo que más conviene al niño o adolescente? Debe guiar las políticas de su atención. Este interés superior lo referimos al plano político social, cultural y legal” (Aguilar 1996: 447) [el destacado es nuestro].

La profesora Barletta considera que el principio del interés superior del menor de edad consiste en:

[...] concebir el bienestar del niño como el fundamento de cualquier medida que se adopte con respecto a su persona, su finalidad es señalar la orientación que el Estado y sus agentes, así como la sociedad y toda institución u organización pública o privada deben considerar al momento de adoptar decisiones sobre el presente y futuro de la niña, el niño y el adolescente (2005: 26).

Mientras que el profesor Plácido ha seguido la línea marcada por Zermatten al señalar que se entiende al interés superior del menor de edad como un:

[...] instrumento adecuado para hacer efectiva la especial protección que se otorga a los niños, cuyo ámbito de aplicación se ha ido ampliando paulatinamente a partir de la supresión de abusos en el ámbito de las relaciones familiares hasta su consideración en la formulación de leyes y políticas relativas a la infancia. **El matiz es de talla: de una definición negativa: no hacer daño al niño; se ha llegado a una prescripción positiva: asegurarse del bien del niño** (2015: 138) [el destacado es nuestro].

Esta definición relaciona el interés superior del menor de edad con su bienestar tanto así que explicita que “[l]as palabras “interés” y “superior” usadas conjuntamente, ponen de relieve que lo que debe ser observado es el “bienestar” del niño [...]” (Plácido 2015: 138).

Tanto Zermatten (2003: 10) como Plácido (2015: 152) consideran que el bienestar es el estado ideal descrito en la CDN mientras que el interés superior es el instrumento jurídico concebido por la CDN para alcanzar ese estado.

Asegurar el bienestar del menor de edad implica buscar lo que mejor convenga para la realización de sus derechos, priorizando siempre su atención, es decir priorizar al menor de edad cuando se analiza un caso en el que se encuentre involucrado y considerar su situación concreta.

Los esfuerzos de definición citados plantean como la finalidad del interés superior del niño, niña y adolescente: contribuir a su bienestar y proteger sus derechos,

que debe orientar a las instituciones públicas y privadas encargadas de su aplicación a casos particulares.

1.2.2.Desde la jurisprudencia internacional

La Corte IDH en los Casos Atala Riffo y niñas vs. Chile y Fornerón e hija vs. Argentina considera que el interés superior del menor de edad se sustenta en el reconocimiento de su propia dignidad, en su valor como ser humano y en sus propias características. Citamos la primera:

En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (2012a: FJ 108)

La Corte IDH también ha señalado que el interés superior del menor de edad “[...] **implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos** deben ser considerados **como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño**” (2002: 86) [el destacado es nuestro].

Sobre el desarrollo de los menores de edad se ha precisado que es un “[...] concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social” (Corte IDH 2004a: 96; 2012b: 59).

Por ello, la calidad de vida, el afecto, la comprensión y la seguridad que se brinde a los niños, niñas y adolescentes son determinantes para impulsar la construcción de una personalidad saludable, aprovechar sus potencialidades, lograr la maduración de sus capacidades y la autorrealización en su entorno, a efectos de que puedan desenvolverse saludablemente en sociedad.

Procurar lo anterior, por parte de los padres, la familia, la sociedad y el Estado evita que se produzca cualquier daño irreparable a su proyecto de vida y que se preserve su identidad, sobre esto último se ha pronunciado la Corte IDH en el caso Reggiardo Tolosa (1993: 145 y 146).

En ese sentido, en el caso Fornerón e hija vs. Argentina, la Corte IDH considera importante que “[t]oda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”(2012c: FJ 48).

Respecto a la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los asuntos que los involucren, la Corte IDH señala que:

Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. **La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores**, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad (2005: 59) [el destacado es nuestro].

En resumen, cuando se toma en cuenta al interés superior de los menores de edad se garantiza el respeto y la satisfacción de sus derechos, ya que se considera al niño, niña o adolescente como un ser humano que tiene valor por sí mismo y que tiene derecho a desarrollarse, de manera plena, en todos los ámbitos de su vida.

1.2.3.Desde la jurisprudencia nacional

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República considera que el interés superior del menor de edad es un principio que “[...] significa que cualquier medida que se tome a nivel público o privado deberá contemplar en primer lugar el cuidado de que no dañe ni ponga en riesgo el cumplimiento de ningún derecho de niñas, niños y adolescentes” (2008: FJ: 5; 2012: FJ: 1).

En dicho pronunciamiento se evidencia una definición en negativo del interés superior, pues la Corte Suprema resalta que no se debe dañar ni poner en riesgo los derechos de los menores de edad, pero no considera en su definición la promoción, ni la satisfacción de dichos derechos para impulsar su desarrollo integral.

La importancia de esta última idea ha sido recogida en otro pronunciamiento de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema al precisar que debe entenderse al interés superior del menor de edad como la:

[...] plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la convención internacional sobre los derechos de los niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta (2011a: FJ 6).

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema considera al interés superior del niño, niña y adolescente como un principio rector, cuyos criterios a tener en cuenta en la aplicación de normas son su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos. Asimismo, sostiene que dicho principio:

[...] se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización. Siendo así, el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares [...] (2011b: FJ 5).

En otro pronunciamiento, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha precisado que las decisiones que se tomen respecto a los menores de edad deben dar prevalencia a lo espiritual, que implica el aspecto emocional, “[...] sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etcétera, que también influyen en los medios elegibles [...]” (2010: FJ 4).

También, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el interés superior del niño, niña y adolescente es un principio que debe entenderse como un:

[...] instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño tanto en el aspecto físico, como psíquico y social. Este principio impone una obligación en las

organizaciones públicas o privadas, orientadas a examinar el criterio de protección realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta; así como, debe servir como unidad de medida en caso de encontrarse en convergencia con otros intereses, como puede ser el referido a las situaciones de indefinición respecto del cobro de pensiones fijadas en determinada sentencia ante la inacción de quien se encuentra legitimado para exigir el cobro (2011c:FJ 6).

Por su parte, el Tribunal Constitucional considera que el fin y la forma de interpretación del interés superior del menor de edad es la satisfacción plena de sus derechos. Sobre su contenido considera que son:

[...] los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior". Una vez reconocido un amplio catálogo de derechos no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño (2008 FJ: 8).

Dicho Tribunal sostiene que el interés superior del menor de edad es un principio en virtud del cual “[...] las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social” (2009: FJ 11) [el destacado es nuestro].

Sobre el bienestar del menor de edad, este colegiado considera que ya no es un estado ideal tal como lo sostenían los autores Zermatten y Plácido sino más bien “[...] en virtud del artículo 4º de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado” (2009: FJ 7).

No puede equipararse el desarrollo del menor de edad con su bienestar, pues el primero se refiere a un proceso de cambio continuo que sucede en los diferentes aspectos de la vida del mismo (físico, mental, social, espiritual y moral), en cambio el bienestar está referido a un estado de realización máxima de estos aspectos.

Respecto al desarrollo del menor de edad, el Tribunal Constitucional precisa que debe darse de forma integral, saludable, normal y armónica en condiciones de libertad y respetando su dignidad (2009: FJ 6,7 y 11).

Considera en otro pronunciamiento que el principio interés superior del menor de edad constituye un:

[...] valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales (Tribunal Constitucional 2011: FJ 10).

Así, el interés superior es un valor especial que encuentra sustento y fuerza normativa en la dignidad de los menores de edad; por eso, corresponde que no solo el Estado y la sociedad sino también la familia, dentro de la cual se encuentra el padre y la madre, velen por la protección de sus derechos.

El Tribunal Constitucional sostiene que el interés superior del menor de edad es un “[...] principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa” (2010a: FJ 13).

Dicho Tribunal considera que el interés superior del niño, niña y adolescente es un principio que contiene un mandato de actuación garantista, pues exige a las instituciones privadas y públicas que en cualquier decisión que involucre a un menor de edad sea considerado como sujeto de derecho al que se le debe garantizar la satisfacción de sus derechos. Este mandato obliga que se brinde al menor de edad una atención especial y prioritaria en todos los asuntos en los que se encuentren involucrado (2015: FJ 16 y 17).

En resumen, el interés superior del menor de edad garantiza que se le brinde una atención especial y prioritaria para alcanzar su bienestar, proteger sus derechos y otorgarle un nivel de vida adecuado. Para tal efecto, las instituciones privadas y

públicas deben tomar en cuenta que es un sujeto de derecho y que, por tanto, sus derechos deberán ser satisfechos a fin de impulsar su desarrollo.

1.2.4. Desde el Comité DN

Como no existía un consenso sobre lo que era el interés superior del niño, niña y adolescente ni en la forma de su aplicación, el Comité DN, teniendo en cuenta a la doctrina y jurisprudencia, a través de la Observación General 14, ha precisado que dicho interés es un concepto triple al configurarse como un principio, un derecho y una norma de procedimiento (2013: 4):

- (i) Es un **principio jurídico interpretativo fundamental** pues cuando se está ante una disposición jurídica que admita más de una interpretación, se deberá elegir la interpretación que satisfaga el interés superior del niño, niña y adolescente bajo los parámetros de la CDN.
- (ii) Es un **derecho** en tanto el menor de edad tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y se tenga en cuenta al momento de sopesarlo con otros intereses para tomar una decisión que lo involucre. Ello significa que “[...] los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño” (Comité DN 2013: 11).
- (iii) Es una **norma de procedimiento**, puesto que una decisión o medida que afecte a un menor de edad debe incluir una estimación de sus posibles repercusiones positivas y negativas; y, deberá estar debidamente justificada. Se considera que este concepto representa, además, una forma de control judicial.

Esta tesis coincide con el concepto triple del interés superior del niño, niña y adolescente adoptado por el Comité DN, ya que expresa las formas en las que deberá ser tenido en cuenta por la autoridad al momento de resolver un caso en donde se encuentre involucrado un menor de edad.

Por tanto, el interés superior del niño niña y adolescente es un principio, un derecho y una norma de procedimiento que busca lograr su bienestar. Para tal efecto, es

imprescindible impulsar su desarrollo integral -plano físico, mental, espiritual, moral y social- mediante la satisfacción de sus derechos y el otorgamiento de un nivel de vida adecuado. Esto solamente se logrará si las instituciones públicas y privadas, el Estado, la sociedad y la familia consideran al niño, niña y adolescente como un verdadero sujeto de derecho y priorizan su atención cuando se tome una decisión que los involucre.

1.3. ¿Qué se entiende por niño, niña y adolescente?

1.3.1. En la regulación legal internacional

En el ámbito internacional de los Derechos Humanos se ha reconocido que el “niño” es un sujeto pleno de derecho que merece una protección especial por su particular situación para propiciar su desarrollo de manera integral.

A diferencia del Sistema de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no ha elaborado una definición normativa del niño.

En efecto, el artículo 1 de la CDN establece expresamente que “[...] se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Para la CDN el término “niño” no solo comprende a los niños y niñas sino también a los adolescentes menores de 18 años de edad.

En cambio, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la CADH se han limitado a establecer un ámbito de protección para el “niño” pero no definen los alcances de dicho término en edades.

Sin perjuicio de ello, conforme lo prevé el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁵, el Sistema Interamericano de Derechos

²⁵ “31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

Humanos ha aplicado el concepto establecido por el Sistema de las Naciones Unidas de Derechos Humanos en el artículo 1 de la CDN. Ello se corrobora con lo señalado por la Corte IDH sobre el término “niño” que abarca a los niños, niñas y adolescentes, es decir toda persona que no ha cumplido 18 años de edad (2002: 57).

1.3.2. En la regulación nacional

El ordenamiento peruano, en contraste con la CDN, diferencia al niño del adolescente. El artículo I del Título Preliminar del CNA señala que “[s]e considera **niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad**” [el destacado es nuestro].

En dicho artículo se determina, como una medida para proteger al menor de edad, una presunción *iuris tantum*: si existiera duda acerca de la edad de una persona se le considerará como niño o adolescente hasta que no se pruebe lo contrario.

Tal como lo señala la profesora Barletta, “[e]l fundamento jurídico de la diferenciación del niño (a) y adolescente se origina en el Principio de Progresividad, el cual consiste en el otorgamiento paulatino de derechos y obligaciones, según un criterio de edad (capacidad legal) y madurez (capacidad natural)” (2005: 24).

El artículo II del Título Preliminar de dicho código también reconoce a los niños, niñas y adolescentes que son “[...] sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma”.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:
- c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

Al respecto, el PANAIA 2012-2021 señala que:

“[...] las niñas y los niños no son considerados ni menores, ni incapaces ni carentes sino personas totales, seres humanos completos y respetados, poseedores de potencialidades a desarrollar y titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que les deben ser reconocidos por el solo hecho de existir” (MIMP 2012:16).

También precisa que los niños, niñas y adolescentes tienen “[...] el derecho a ser felices, a recibir amor, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y protección de sus familias, respeto de la sociedad y servicios de calidad por parte del Estado” (MIMP 2012: 13).

Se reconoce, además, que los niños, niñas y adolescentes tienen un papel activo en sus procesos de desarrollo, negándose así la supuesta pasividad que se había concebido en la Doctrina de la Situación Irregular (MIMP 2012: 13).

Así, los niños, niñas y adolescentes al ser sujetos de derecho ostentan derechos y deberes; entre sus derechos se halla la libertad de opinión referida a que aquellos que se encuentren en condiciones de formar su propio juicio tienen derecho a opinar en los asuntos que ellos elijan y los afecten.

Entonces, el ordenamiento jurídico peruano:

- diferencia el término niño y adolescente por edades;
- considera niño (término que incluye a las niñas) hasta los doce años de edad;
- considera adolescente a las personas desde los doce años hasta los dieciocho años de edad; y,
- reconoce que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho que cuentan con una protección especial.

CAPÍTULO II: APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE TENENCIA

2.1. Desarrollo integral del niño, niña y adolescente

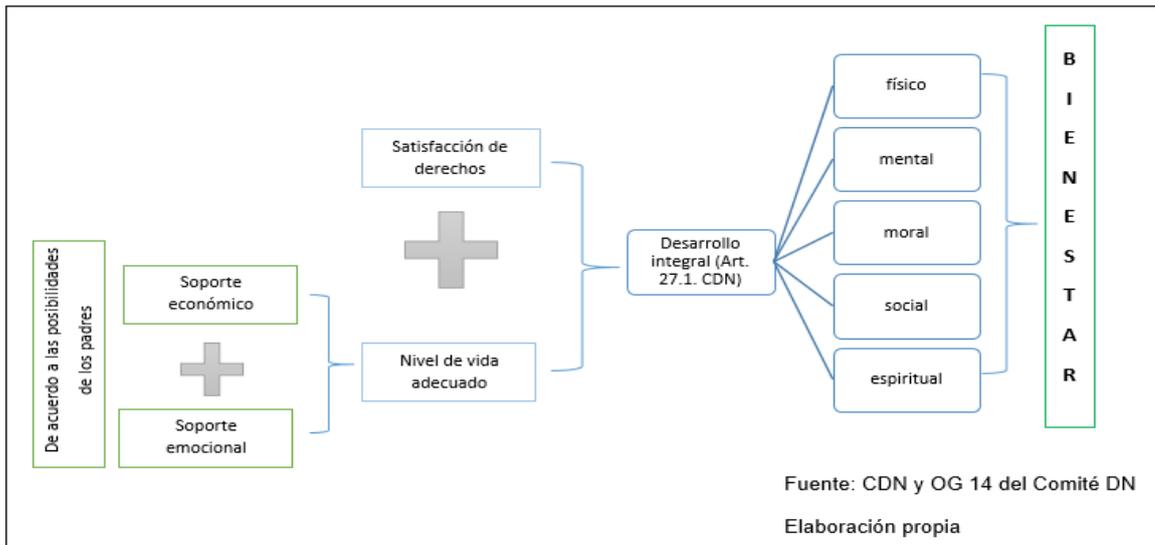
La satisfacción de los derechos de los menores de edad y el nivel de vida que sus padres les brindan, de acuerdo a sus posibilidades, son determinantes para su desarrollo integral y su bienestar; por ello, será fundamental conocer qué se entiende por dicho término y cuáles son los tipos de desarrollo recogidos en la CDN.

El desarrollo integral es definido como la “[...] atención y promoción de todas las áreas, dimensiones y ámbitos del ser humano en su conjunto y de forma globalizada” (Soler 2016: 23). Es decir, abarca aspectos físicos, mentales, sociales, morales y espirituales que alientan la maduración de las capacidades del ser humano y su mejor desenvolvimiento en la sociedad.

En específico, el desarrollo integral del menor de edad es un proceso de continuo cambio por el cual aprende a manejar y a controlar sus movimientos, sus pensamientos, su razonamiento, sus sentimientos y su relación con los demás. Por ello, involucra un proceso multidimensional que incluye cambios en todos los aspectos de la vida del niño, niña y adolescente (Torrealva 1999: 306).

Los tipos de desarrollo a los que se hace mención en esta tesis son los señalados en el numeral 1 del artículo 27 de la CDN: desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Estos deberán tenerse en cuenta, como mínimo, por los jueces de familia en cada decisión que tomen y al momento de evaluar y determinar el interés superior del niño, niña y adolescente en los procesos judiciales de tenencia.

A continuación se detalla un esquema que contiene los pasos a seguir para asegurar el desarrollo integral de un menor de edad:



La finalidad del desarrollo integral es que el menor de edad pueda desenvolverse, de manera plena, en todos los ámbitos de su vida; por ello, para garantizar dicho desarrollo en las decisiones judiciales es necesario: **(i)** conocer y tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes; y, **(ii)** determinar el mejor entorno familiar, social y educativo para ellos.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que para asegurar el desarrollo integral del menor de edad es vital que crezca junto a sus padres, a pesar de que se encuentren separados, ya que de esta manera podrá fortalecer sus lazos afectivos con aquellos:

[...] **el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres**, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia (2010b: FJ 6) [el destacado es nuestro].

Por ello, los primeros obligados a procurar el desarrollo integral del menor de edad son sus padres y para asegurar que se cumpla con dicha obligación, el Derecho lo ha regulado a través de las instituciones jurídicas de la patria potestad, la tenencia y el régimen de visitas.

2.2. Participación del niño, niña y adolescente

La participación de los menores de edad en los asuntos que tienen un impacto en los diferentes ámbitos de su vida presente y futura es un principio rector, un derecho y es parte del desarrollo integral de aquellos porque se encuentra relacionado con su madurez y la evolución de sus facultades. Ello se evidencia en diversos artículos de la CDN y obliga a que la familia, la sociedad y los Estados Parte valoren su opinión por ser también sujetos de derecho:

- El artículo 9 de la CDN indica que en los procesos en los que las autoridades determinen que la separación de los padres será necesaria por el interés superior de los hijos es imprescindible que se ofrezca a todas las partes interesadas la oportunidad de participar y de dar a conocer sus opiniones. Ejemplos de separación justificada: cuando los menores de edad sufren maltratos físicos y psicológicos por parte de sus padres, descuido por parte de ellos o cuando los padres viven separados y deba decidirse sobre la tenencia del hijo.
- El artículo 12 de la CDN resalta no solo el derecho de todo menor de edad, en condiciones de formarse un juicio, de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y su derecho de ser escuchado en los procedimientos judiciales o administrativos, sino también su derecho a que se tomen en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.
- El artículo 13 de la CDN señala que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a expresarse de manera informada, por lo que se le debe facilitar la búsqueda, recepción y difusión de informaciones e ideas de todo tipo, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el menor de edad.
- El artículo 23 de la CDN sostiene que los Estados Parte deben fomentar la participación activa en la comunidad de todos los niños, niñas y adolescentes, incluidos los impedidos mentales o físicos.
- El artículo 31 de la CDN reconoce que los menores de edad tienen el derecho de participar libremente en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento de cada Estado Parte.

Sobre la base de dichos artículos, se evidencia que la CDN impulsa el reconocimiento social y jurídico de un sujeto de derecho activo y participativo en todas las situaciones que influirán en su crecimiento, aprendizaje, desarrollo y proyecto de vida.

Así, la participación de los niños, niñas y adolescentes en la adopción de medidas y decisiones que afecten su vida es un término amplio que abarca sus derechos a: **(i)** ser informado²⁶ sobre el tema que va intervenir, **(ii)** expresar su opinión, **(iii)** ser escuchado; y, **(iv)** que se tomen en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

Cuando aquellos derechos se efectivizan, se evidencia: primero, su tratamiento como verdadero sujetos de derechos; y, segundo, se valora su participación en los asuntos que los involucran y que tienen impacto en su vida presente y futura.

El Comité DN en su Observación General 12 pone especial énfasis en el artículo 12 de la CDN al señalar que no solo introduce un derecho en sí mismo sino también un principio que se vincula con los otros principios recogidos en la CDN (2009: 5 y 18).

La Corte IDH ha precisado los cuatro principios rectores de la CDN que inspiran todo sistema de protección integral: **(i)** no discriminación, **(ii)** interés superior del menor de edad, **(iii)** respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y **(iv)** respeto a la opinión del menor de edad en todo procedimiento que lo afecte para que se garantice su participación (2014: 25).

La interrelación entre aquellos principios facilita la participación de los menores de edad ante la autoridad judicial, la cual debe tener en cuenta sus condiciones particulares²⁷ y su interés superior, como evidencia la Corte IDH:

²⁶ El derecho a recibir información es vital a efectos de escuchar la opinión del menor de edad, pues se le debe informar sobre “[...] los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias [...] las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones” (Comité DN 2009: 10).

²⁷ La Corte IDH resalta la importancia de tener en cuenta la opinión de los menores de edad: Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años [...]. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio (2002: 75).

[...] los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá **tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste**, según corresponda, en la determinación de sus derechos (2012d: 74) [el destacado es nuestro].

En esa línea, en el ámbito nacional el PANAIA 2012-2021 evidencia que uno de sus principios rectores es la participación, la cual implica que:

Las niñas, niños y adolescentes tienen una voz que debe ser escuchada por la familia, el Estado y la sociedad. Tienen derecho a ser informados y sus opiniones han de ser tomadas en cuenta en función de su edad y estado de madurez. Las niñas, niños y adolescentes deben participar en los asuntos y decisiones que les conciernen y esta participación debe ser promovida por la familia, la sociedad y el Estado en sus diferentes niveles de gobierno (MIMP 2012: 16).

Asimismo, resalta que la participación de los niñas, niños y adolescentes “[...] implica el ejercicio del derecho a ser informado, emitir opinión, ser escuchado, organizarse e incidir en las decisiones que se toman en temas que le involucran o interesan, teniendo en cuenta siempre los principios de no discriminación, la autodeterminación progresiva y el interés superior del niño” (MIMP 2012: 31). Ello evidencia que la interdependencia entre los derechos y principios a favor de los menores de edad también ha sido resaltada en el ámbito nacional.

Regresando a la Observación General 12, el Comité DN ha precisado que el artículo 12 de la CDN en la práctica “[...] se ha conceptualizado en sentido amplio como ‘participación’, aunque este término no aparece propiamente en el texto del artículo 12” (2009: 5). Asimismo, señala que el término participación es utilizado para describir el intercambio de información y diálogos entre los menores de edad y los adultos sobre la base del respeto mutuo (2009: 5), y se configura como un proceso con las siguientes características (2009: 31-33):

- Transparente e informativo: brindar información completa, accesible y apropiada a su edad y detallar el alcance, propósito y repercusión de su participación.

- Voluntario: no se puede obligar a los menores de edad a expresar su opinión en contra de su voluntad y se les debe informar que su participación puede concluir en el momento que ellos decidan.
- Respetuoso: tratar sus opiniones con respeto.
- Pertinente: los temas en los que participan deben tener relación con en sus vidas y permitirles recurrir a sus conocimientos, aptitudes y capacidad.
- Adaptado: el ambiente y el método debe adaptarse a su capacidad.
- Incluyente: evitar la discriminación entre los menores de edad.
- Apoyado en la formación: los encargados de guiar la participación deben tener conocimientos y preparación.
- Seguro y atento al riesgo: reducir a un mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa derivada de su participación.
- Responsable: asumir el compromiso de seguimiento y evaluación de sus opiniones.

El diálogo entre los menores de edad y los adultos no solo buscará hacer efectivo el derecho de los primeros a expresarse de manera informada y ser escuchados sino también su derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en los asuntos que los afecten, de acuerdo con su edad y madurez. Al respecto, la Corte IDH ha indicado que el artículo 12 de la CDN:

[...] no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino **el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño.** No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño **tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio**, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso (Corte IDH 2012d: 74) [el destacado es nuestro].

La familia, el Estado y la sociedad deben alentar y promover la participación de los niños, niñas y adolescentes, en forma individual o colectiva, en los temas con repercusión en

su vida porque **(i)** su participación es un instrumento para estimular su personalidad, la evolución de sus facultades y la promoción de su desarrollo saludable (Comité DN 2009: 20 y 24); y, **(ii)** sus opiniones pueden aportar perspectivas y experiencias útiles y complementarias a la visión adulta (Comité DN 2009: 7).

Importa precisar que el Comité DN, en su Observación General 12, evidencia que el artículo 12 de la CDN no ha determinado una edad límite para que el niño, niña y adolescente exprese su opinión en los asuntos que los involucren y se tenga en cuenta dicha opinión; por ello, exhorta a los Estados Parte a no introducir en sus leyes o prácticas dicha limitación dado que se restringiría ese derecho (2009: 8, 9, 13 y 16).

La redacción del artículo 9 del CNA coincide con la recomendación del Comité DN al no introducir una restricción vinculada con la edad, a efectos de que todo niño, niña y adolescente peruano pueda expresar sus opiniones y que sean tomadas en cuenta:

Artículo 9.- A la libertad de opinión.-

El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

Ello se complementa con lo establecido en el Acuerdo 3 del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 1997, emitido por los Magistrados de familia, que contiene los criterios generales que el juez deberá tener en cuenta para valorar la declaración del niño y niña y la opinión del adolescente, poniendo énfasis en las condiciones particulares de cada uno de ellos:

- La edad (requisito legal)
- El grado de madurez (requisito de legal)
- El entorno psicosocial
- El tiempo de permanencia con los padres
- La libertad e influencia de padres y de quienes conforman su entorno
- Reconocimiento y valores (consistencia de las versiones)
- Grado de instrucción
- Estado de salud física y mental
- Medio familiar estado emocional al momento de la entrevista
- Carácter espontáneo o programado de la declaración (Poder Judicial: 1997).

Sin embargo, lo señalado en los tres párrafos anteriores se contradice con lo establecido en el artículo 85 del CNA, con relación a la tenencia y respecto al valor de la opinión de los menores de edad en un proceso judicial, al indicar que “[e]l juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”. Dicha redacción establece una restricción arbitraria del artículo 12 de la CDN únicamente en función a la edad de aquellos; así los menores de edad hasta los 12 años de edad solo van a ser escuchados en los procesos judiciales mientras que los mayores serán escuchados y su opinión será tomada en cuenta. Esta conclusión impuesta por el CNA hace una diferenciación de los menores de edad de manera injustificada.

Por ello, sería recomendable que el artículo 85 del CNA adecúe su contenido según la disposición contenida en el artículo 12 de la CDN, dado que el Comité DN recomienda a los Estados Parte a “[r]evisar y retirar las declaraciones restrictivas y las reservas respecto del artículo 12” (2009: 15). Se propone modificar la redacción del artículo 85 del CNA de la siguiente manera: *“El juez especializado debe escuchar y tomar en cuenta la opinión de los menores de edad, de acuerdo a su edad y madurez, siempre que no vulnere su interés superior”*.

La recomendación del Comité DN (de eliminar cualquier restricción) se fundamenta en que los menores de edad pueden formarse opiniones desde muy pequeños que son expresadas a través de la palabra, el dibujo, el juego, las expresiones faciales y corporales, que demuestran que es capaz de comprender, elegir y tener preferencias. Por ello, es fundamental la participación de un equipo multidisciplinario en los procesos judiciales de tenencia que pueda verbalizar dicha opinión. En ese sentido, no es correcto suponer que el menor de edad es incapaz de expresar sus propias opiniones y mucho menos exigirle que acredite que posee esa capacidad (2009: 9).

En los procesos judiciales de tenencia, por sus características especiales (ambos padres desean obtener la tenencia de los hijos), el juez y su equipo multidisciplinario deben asegurarse que el menor de edad pueda expresarse de forma libre, según su edad y madurez, y sin la influencia negativa de alguno de sus padres.

Al respecto, el Comité DN a través de su Observación General 12 ha interpretado a qué refiere el numeral 1 del artículo 12 de la CDN cuando señala que *“el niño, niña y adolescente tiene derecho de expresar su opinión libremente”*. Precisa que la palabra “libremente” tiene doble significado: **(i)** el menor de edad opina sin coerción y decide si expresa sus opiniones o no; y, **(ii)** la opinión del menor de edad no ha sido producto de

la manipulación o influencia de terceras personas (2009: 10). Asimismo, requiere de un entorno adecuado²⁸ (en el que se sienta respetado y seguro) que les permita ejercer su derecho a ser escuchado (Comité DN 2009: 7, 8 y 10).

Por otro lado, no solo se debe tener en cuenta la edad del niño, niña y adolescente sino también su madurez, dado que la edad no es factor determinante para establecer la importancia de sus opiniones. Esto se debe a que los niveles de comprensión no están necesariamente relacionados con aquella.

En efecto, la madurez hace referencia a la capacidad del menor de edad de comprender y evaluar las consecuencias de una cuestión determinada; y, se define como la “[...] capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente” (Comité DN 2009: 11). Por eso, para determinar la madurez de cada menor de edad es preciso que el equipo multidisciplinario lo entreviste para que conozca y analice sus opiniones.

Los elementos que ayudan a que el menor de edad se forme una opinión propia son la experiencia, la cultura, el entorno, la información, el nivel de apoyo que reciben de sus padres y las expectativas que estos últimos puedan expresar y cuanto más estímulo reciba será mayor su capacidad para ejercer sus derechos y contraer obligaciones (Comité DN 2009: 11; UNICEF 2005: 10).

Por ello, para determinar la suficiente madurez de juicio se tendrá en cuenta su autonomía progresiva que dependerá no solo de los elementos mencionados en el párrafo anterior sino también de la evolución de sus facultades, dirección y orientación.

El Comité DN sanciona que las autoridades se limiten a escuchar al menor de edad, no tengan debidamente en cuenta sus opiniones, permitan su manipulación por parte de los adultos y se les exponga al riesgo de salir perjudicados por su participación (2009: 31-33)

²⁸ El Comité DN indica en su Observación General 12 que:

No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas (2009: 12).

Asimismo, el Comité DN resalta que es obligación de los Estados Parte invertir en eliminar las barreras que limitan la participación de los menores de edad, en especial, los prejuicios que cuestionan su capacidad²⁹ (2009: 33).

No debe olvidarse que la práctica incorrecta de este derecho por parte de los jueces de familia o del equipo multidisciplinario puede ocasionar consecuencias negativas en los menores de edad. Por ejemplo, preguntarle directamente con cuál de sus padres desea vivir puede generarle una situación de temor e incomodidad, pues podría sentir que si elige a uno de sus padres está traicionado al otro y que ya no va a ser amado.

Por ello, los jueces de familia y su equipo multidisciplinario deberán encontrarse debidamente capacitados para tratar con los menores de edad, brindarles información adecuada sobre la finalidad de su participación, escucharlos en un entorno que corresponda con su edad (ambientes con juguetes, crayolas, entre otros) y tener en cuenta su opinión en la decisión que adopten.

2.3. Patria potestad, tenencia y régimen de visitas

2.3.1. Patria potestad

2.3.1.1. Antecedentes

Una de las instituciones más importantes del Derecho de Familia es la patria potestad que involucra el estudio de los derechos y deberes recíprocos que existen exclusivamente entre padres e hijos.

Los padres desde los orígenes de la humanidad han cuidado, alimentado, protegido, educado, guiado y brindado amor y comprensión a sus hijos,

²⁹ El Comité DN indica en su Observación General 12 que:

La inversión en la realización del derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta es una obligación clara e inmediata de los Estados partes en virtud de la Convención. Es un derecho de todos los niños, sin discriminación alguna. El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace **necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten**. Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos en que los niños puedan potenciar y demostrar su capacidad. Exige además un compromiso para destinar recursos e impartir capacitación (2009: 33) [el destacado es nuestro].

quienes por circunstancias naturales no pueden hacerlo por sí mismos. Este deber de cuidado impuesto por la naturaleza ha sido regulado por el Derecho y se conoce como patria potestad.

El profesor Aguilar confirma que la patria potestad es una creación de la naturaleza que se encuentra regulada a través de normas que se encargan de declarar y regular los derechos y deberes de los padres para con sus hijos. Así, señala que:

La ley no ha creado la patria potestad, la cual ya existía cuando el Estado comienza a emitir sus leyes. Desde que existe familia, entendiéndose esta como el conjunto de personas unidas por vínculos de sangre, ya las relaciones propias de la institución se daban, es así que **sin que nadie se lo demande el padre y madre cuidan a sus hijos, los alimentan, los educan, e igualmente los hijos por naturaleza respetan y obedecen a sus padres, por que [sic] la patria potestad conlleva implícitamente una autoridad moral, y porque es necesario que exista esta autoridad para que los padres puedan cumplir el fin de ayudar a los hijos a desarrollarse** (2008: 405) [el destacado es nuestro].

De ello se desprende que la patria potestad es una consecuencia de la filiación, pues para que exista la primera debe haberse establecido una relación entre padres e hijos ya sean biológicos o adoptivos. Entonces, la patria potestad es una institución de carácter familiar que tiene como base de su existencia al parentesco y al estado de necesidad natural en el que se encuentran los hijos menores de edad.

Esta afirmación es compartida por el profesor Varsi al señalar que esta institución es la “[...] *conditio sine qua non* de la relación paterno-filial; se deriva de ella, a tal punto que el término “filiación” implica, de por sí, patria potestad, ya que esta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que **más que un derecho sea una consecuencia de la filiación** (2014: 56) [el destacado es nuestro].

2.3.1.2. Definición

La definición de la patria potestad ha evolucionado de acuerdo con la concepción jurídica del menor de edad que se adopta en un determinado

momento y que se recoge en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Durante el siglo XIX, se sostuvo que la patria potestad era un conjunto de derechos de los padres respecto de sus hijos y sus bienes, de esta consideración se desprende que los padres tenían poder absoluto sobre aquellos al imperar la Doctrina de la Situación Irregular. Por ejemplo, el artículo 284 del CC peruano de 1852 definía a la patria potestad como la autoridad que las leyes les reconocían a los padres sobre sus hijos y sus bienes.

De la misma manera, el artículo 264 del Código Civil originario de Argentina, que entró en vigencia el 1 de enero de 1871, definía a la patria potestad como un “[...] conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados” (Zannoni 1998: 685).

A mediados del siglo XX se consideró a dicha institución como un conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos y sus bienes, enfatizándose los deberes sobre los derechos pues se buscó establecer límites al poder absoluto que la ley había conferido a los padres.

Así, el profesor Cornejo definió a la patria potestad como “[...] el derecho y el deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores [...]” (1987:180). Esta definición se encuentra establecida en los Códigos Civiles peruanos de 1936 y 1984 en su artículo 418.

Asimismo, el jurista Borda sostuvo que la patria potestad “[...] implica no sólo derechos sino también deberes; y más aún, que lo que importa primordialmente es la protección de los menores de edad. La legislación moderna, a la inversa de la antigua, ha puesto el acento sobre los deberes y no sobre los derechos de los padres” (1973: 342).

Por su parte, el Poder Judicial Peruano en su Glosario de Términos indica que la patria potestad es un deber y un derecho que los padres comparten por igual; y, es la “[...] capacidad legal que asiste a ambos padres para velar

por la salud, educación, bienestar, moral, residencia, mantenimiento y respeto de los hijos” (Poder Judicial s/f).

Bermúdez coincide con los autores mencionados al sostener que esta institución es un conjunto de derechos y deberes de los padres sobre sus hijos y sus bienes; y, que tiene como finalidad la protección y formación integral de los menores de edad (2011:86).

Finalmente, se sostiene que la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes mutuos entre padres e hijos, cuya finalidad es que los últimos logren su desarrollo integral. Así, el profesor Arias-Schreiber señala que en la actualidad la patria potestad implica una:

[...] relación de familia horizontal (padre = hijo) en la que tanto uno como otro tienen derechos de los que gozan y deberes que han de cumplir. Se toma en cuenta los intereses del hijo por sobre las atribuciones del padre. Su finalidad es permitir que los padres busquen y logren el desarrollo integral de sus hijos (2001: 138).

Esta definición también es compartida por el profesor Varsi (2012:291). En esa línea, la profesora Barletta indica que la patria potestad debe ser entendida como “[...] el conjunto de derechos y deberes que otorgados a los hijos(as) generan deberes y facultades en los padres, es decir, la relevancia estará dada en el cumplimiento del rol que tiene todo progenitor, de brindar los cuidados y las atenciones necesarias para favorecer el desarrollo integral de sus hijos(as), que garantice sus potencialidades como persona” (2002:426).

Por su parte, el profesor Plácido resalta que la patria potestad se ejerce en beneficio de los hijos al indicar que “[...] es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndola como institución establecida en beneficio de éstos (2003:92).

Al respecto, los profesores Bossert y Zannoni indican que el deber de los padres no se limita a la “[...] satisfacción de las necesidades materiales, sino que alcanza al cumplimiento de deberes de índole espiritual, como es el

cuidado y formación ética y espiritual del hijo, asegurar su educación, de acuerdo con sus posibilidades, el cuidado implica evitar para ellos riesgos y peligros de índole material, psíquica o espiritual [...] (1996: 529).

Corroborar lo anterior el profesor Aguilar al entender a la patria potestad como una “[...] institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos” (2008: 305).

Los autores citados evidencian que: **(i)** existen derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos; **(ii)** el sujeto principal de la relación es el menor de edad; **(iii)** la finalidad de la institución es alcanzar el desarrollo integral de los hijos; y, **(iv)** los padres tienen el deber de velar por los intereses económicos y espirituales (emocionales) de sus hijos.

Vincular la patria potestad con la Doctrina de la Protección Integral implica reconocer que los menores de edad tienen derechos y deberes en todas las esferas en las que se desenvuelven al ser sujetos de derechos. Por ello, por su especial condición en desarrollo: **(i)** la patria potestad se debe entender en interés de los hijos y no de los padres; **(ii)** el contenido de esta institución debe ser llenado con los derechos y deberes de los hijos en el ámbito familiar (Barletta 2002: 423); y que, **(iii)** su principal objetivo es buscar el cumplimiento y exigencia de los derechos de los hijos.

La patria potestad es una institución que ha cambiado con el paso del tiempo, en un primer momento se concentraba exclusivamente en la esfera jurídica de los padres, pero ahora se centra en los derechos y deberes de los hijos, a fin de hacer evidente que se necesita impulsar su desarrollo integral.

Por ello, dos autores consideran que su denominación también debería ser adecuada a la realidad actual para ser coherentes con la Doctrina de la Protección Integral. Así, la profesora Barletta considera que dicha denominación denota un “[...] significado patriarcal excesivo y abusivo, que se le atribuyó en sus orígenes, y por no permitir una regulación sistemática adecuada” (2002: 423). Esta opinión también es compartida por el profesor Aguilar quien señala que la concepción de lo que se entendía por patria

potestad ha cambiado con el pasar de los años, y que; por tanto, no responde a lo que ahora se entiende por dicha institución (2016: 392).

Sin embargo, en esta tesis se considera que lo más urgente y necesario no es el simple cambio de la denominación, sino que se modifique el contenido de esta institución jurídica del Derecho de Familia que se encuentra regulada en el artículo 418 del CC vigente y se adecue a la Doctrina de la Protección Integral que resalta los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos. La finalidad de esta modificación es que los operadores de justicia, la sociedad, la familia y en específico los padres interioricen y sean conscientes de que esta institución está enfocada hacia la protección de los derechos de los hijos menores de edad.

Debido a que el artículo 418 del CC ha enfocado a la patria potestad desde los derechos y deberes de los padres, los jueces de familia y magistrados se centran en aquellos para resolver los procesos de tenencia en desmedro de los hijos que son invisibilizados y no tomados en cuenta.

Las tesisistas proponen que el artículo 418 del CC sea modificado a lo siguiente: *“La patria potestad es una relación recíproca entre padres e hijos en la que coexisten deberes y derechos mutuos. Aquellos que corresponden a los padres deberán ser ejercidos en beneficio de sus hijos menores de edad para asegurar su desarrollo integral”*.

2.3.1.3. Características

Los profesores Arias-Schreiber, Plácido y Varsi (2001: 140; 2003: 92; 2012: 295) consideran que la patria potestad se caracteriza por:

- regularse por normas de orden público, es decir, resulta nulo cualquier pacto o convenio o acuerdo que impida su ejercicio o modifique su normativa,
- ser una relación jurídica plural de familia, pues no es un derecho-deber exclusivo de los padres sino también de los hijos,
- darse entre personas vinculadas por el parentesco,

- tener un fin tuitivo, ya que busca la defensa de los derechos del hijo y de su patrimonio,
- ser intrasmisible porque la patria potestad no puede ser objeto de cesión,
- ser imprescriptible,
- ser temporal porque puede extinguirse o suspenderse,
- ser irrenunciable, ya que ni el padre, ni el hijo podrán acordar que los efectos que se derivan de la patria potestad puedan limitarse,
- ser indisponible, es decir, no se encuentra contemplado dentro del comercio jurídico; y,
- ser relativa porque no es una facultad absoluta de los padres ni los hijos, pues está al control de la ley.

2.3.1.4. Derechos y deberes que nacen de la patria potestad

Debido a la importancia de la patria potestad y a que involucra el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, el legislador ha optado por un tratamiento que no solo quede en el ámbito privado de las familias sino que involucre al Estado y a la comunidad, esto se aprecia en el artículo 4 de la CPP que se encuentra relacionado con el artículo 18³⁰ de la CDN.

Asimismo, el artículo 6 de la CPP precisa, de manera general, los derechos y deberes de los padres para con sus hijos y viceversa: “[e]s deber de los

³⁰ “Artículo 18 CDN

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.”

padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.

Las tesoristas consideran, al igual que el profesor Aguilar, que el artículo 6 de la CPP regula el contenido de la patria potestad al describirla como un deber-derecho, esto es, como si fueran las dos caras de una misma moneda. Así, precisa que “[...] si el padre tiene el deber de educar a sus hijos, los hijos tienen el derecho a ser educados, y si los hijos tienen el deber de respetar a sus padres, éstos tienen el derecho de ser respetados por sus hijos, y si ello no ocurriera se atentaría contra los mismos fines de la patria potestad [...]” (2016: 415).

Por su parte, el CC en su artículo 418 ha señalado que los padres tienen “[...] el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”³¹.

El artículo 423 del CC ha enumerado una serie de deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, por ejemplo: tener, según el caso, en su compañía a sus hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos, administrar y usufructuar sus bienes.

Después de la entrada en vigencia del segundo CNA, el artículo 423 del CC fue modificado por el artículo 74 que contempla una serie de atributos relacionados a los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- velar por el desarrollo integral de los hijos,
- proveer su sostenimiento y educación,
- dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes,
- tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos,

³¹ A diferencia del CC, el CNA no ha definido a la patria potestad.

- representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil,
- recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención; y,
- administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran, entre otros.

Debido a que la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, conviene señalar los deberes de los hijos en el ámbito familiar que se encuentran en el artículo 24 del CNA:

- respetar y obedecer a sus padres o a los responsables de su cuidado, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes,
- estudiar satisfactoriamente,
- cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad,
- prestar su colaboración en el hogar, de acuerdo a su edad;
- respetar la propiedad pública y privada,
- cuidar su salud personal,
- no consumir sustancias psicotrópicas; y,
- respetar las ideas y los derechos de los demás, así como las creencias religiosas distintas de las suyas.

2.3.1.5. Titularidad y ejercicio

A pesar de que el CC y el CNA no han diferenciado la titularidad del ejercicio de la patria potestad, es importante realizar esta diferencia para analizar de manera adecuada dicha institución jurídica.

El profesor Aguilar las distingue al señalar que la titularidad se encuentra referida a “[...] quien goza legítimamente de un derecho declarado o reconocido, esta titularidad requiere la concurrencia de dos elementos, uno de origen natural dada por la procreación y el otro con esencia jurídica [...]” (2016: 416). Con relación al ejercicio, señala que es la “[...] posibilidad de obrar un derecho [...]” (2016: 416).

La titularidad de la patria potestad se atribuye a ambos padres de acuerdo al artículo 418 del CC, disposición que encuentra su justificación en el artículo 2.2³² de la CPP sobre igualdad ante la ley, así como el artículo 18³³ de la CDN.

Sin embargo, el ejercicio de la patria potestad dependerá de diferentes circunstancias; por ejemplo, si el hijo ha nacido dentro de una relación matrimonial o extramatrimonial.

2.3.1.5.1. En los hijos matrimoniales

Si se trata de padres que se encuentran casados, el artículo 419³⁴ del CC dispone que ambos son titulares de la patria potestad y la ejercen conjuntamente. En caso exista algún tipo de disentimiento, el juez será quien resuelva dicha controversia.

³² “2.2 A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

³³ “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que **ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.** Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” [el énfasis es nuestro].

³⁴ El ejercicio conjunto de la patria potestad se encuentra regulado en el artículo 419 del CC: “[...] la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo”.

Los problemas se presentan en los supuestos de separación de cuerpos, invalidez del matrimonio y divorcio. Según el artículo 420³⁵ del CC, en estos supuestos se establece una suerte de suspensión temporal de la patria potestad al cónyuge que da origen a la separación.

El profesor Aguilar no está de acuerdo con la solución planteada por el CC porque considera que no se puede castigar al cónyuge con la suspensión del ejercicio de la patria potestad por haber sido el “responsable” de la separación, dado que se trata de dos relaciones totalmente distintas: una es la relación entre cónyuges y la otra es una relación de filiación (2016: 420).

En dicho cabe preguntarse, ¿Qué sucede cuando el padre o la madre “responsable” de la separación tiene una buena relación con sus hijos? ¿Igualmente se le va a suspender la patria potestad? Esta disposición sanciona al padre o madre “responsable” de la ruptura del vínculo matrimonial y al hijo, a quien se le priva de la presencia de su padre o madre, vulnerándose de esta manera sus derechos.

Por ello, las decisiones que tome el juez respecto a la patria potestad no deben estar basadas en los motivos que sustentaron la separación de los padres, sino que debe prestar especial atención a lo que beneficie al hijo, pues tiene derecho de mantener una relación personal y cercana con ambos padres (Barletta 2002: 429).

2.3.1.5.2. En los hijos extramatrimoniales

Si se trata de hijos extramatrimoniales, el artículo 421 del CC señala que la patria potestad se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido de manera voluntaria o a través de una declaración judicial.

Cuando el reconocimiento se realiza a través de una declaración judicial, el profesor Aguilar considera que no es lo más conveniente para el hijo que se conceda el ejercicio de la patria potestad al padre que no lo reconoció

³⁵ “Artículo 420.- En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.”

voluntariamente, pues, en principio, se entendería que no tiene un interés de contribuir a su desarrollo integral (2016: 421).

El juez de familia tendrá que evaluar cada caso en concreto para emitir un pronunciamiento, pues puede ser que el padre que no quiso reconocer a su hijo en un principio, luego haya creado una sólida relación paterna filial. En ese caso, podría permitírsele el ejercicio de la patria potestad en beneficio del hijo.

Cabe precisar que en todas las situaciones en las que uno de los padres ejerce la patria potestad, el artículo 422³⁶ del CC y el artículo 88 del CNA han desarrollado la figura del derecho de visitas, cuyos titulares son el padre y el hijo. Ello con la finalidad de promover el acercamiento entre estos y para evitar que los lazos se resquebrajen.

En resumen, la patria potestad es una institución importante del Derecho de Familia cuyo enfoque ha cambiado a lo largo del tiempo. En un principio se concentraba exclusivamente en la esfera jurídica de los padres, pero ahora se centra en la protección de los derechos y deberes de los hijos, quienes son los sujetos centrales de la patria potestad, a fin de lograr su desarrollo normal y saludable.

2.3.1.6. Sobre la extinción de la patria potestad

El artículo 77 del CNA contempla los supuestos de extinción de la patria potestad: por muerte de los padres o del hijo, porque el hijo adquiere la mayoría de edad, por declaración judicial de desprotección familiar, porque alguno de los padres ha sido condenado por delito doloso cometido en agravio de su hijo o en su perjuicio³⁷, porque alguno de los padres ha reincidido en las causales de suspensión de la patria potestad señaladas en

³⁶ “Artículo 422.- En todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias”.

³⁷ También se contempla la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 125, 148-A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183-B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

los incisos c), d), e) y f) del artículo 75³⁸ del CNA; y, por el cese de la incapacidad de hijo³⁹.

Debe tenerse en cuenta que la suspensión o extinción de la patria potestad deberá determinarse teniendo como base al interés superior del niño, niña y adolescente, solo así se resguardarán sus derechos (Corte Superior de Justicia de Lima 2011: FJ 3.1.).

2.3.2. Tenencia

La institución de la patria potestad contiene derechos y deberes que existen entre los padres y los hijos. Uno de ellos es la tenencia que implica el derecho del hijo a vivir con sus padres, así como de éstos a vivir con su hijo.

2.3.2.1. Definición

El profesor Varsi sostiene que la tenencia es un atributo derivado de la patria potestad y es una “[...] forma de convivencia inmediata de padre/hijo. [...] el derecho del hijo de vivir con el padre que mejor condiciones de vida le ofrezca. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral” (2012: 304). Asimismo, señala que la tenencia es una relación directa de permanencia entre uno de los padres y el hijo, y opera siempre que exista una separación de cuerpos o divorcio.

³⁸ “Artículo 75.- Suspensión de la Patria Potestad.-
La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:
a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;
b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
e) Por maltratarlos física o mentalmente;
f) Por negarse a prestarles alimentos;
g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282 y 340 de Código Civil.
h) Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por delito en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 125, 148-A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173- A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183-B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.
i) Por declaración de desprotección familiar provisional de un niño o adolescente”.

³⁹ Conforme al artículo 46 del CC.

Por su parte, la autora Canales sostiene que la tenencia es una “[...] institución, un elemento componente de la patria potestad que implica aquel derecho-deber que recae generalmente en uno o ambos padres, de que el menor de edad permanezca físicamente bajo su custodia, su tutela y su protección” (2014a: 101).

Sería errado sostener que la tenencia se enfoca únicamente en los padres, pues los hijos también tienen el derecho de permanecer con uno o ambos, dependiendo de quién impulse su desarrollo.

Al respecto, el profesor Aguilar sostiene que la tenencia “[...] tiene que verse desde dos vertientes, una la de los padres, como derecho de ellos de vivir con sus hijos, y la segunda referida a los hijos, como derechos de ellos de vivir con ambos padres [...]” (2009: 193).

También, Canales considera que la importancia de la tenencia radica en que la forma en que sea determinada influirá, de manera positiva o negativa, en el desarrollo del menor de edad; por ello, dicha determinación deberá buscar su beneficio en virtud al principio del interés superior del niño, niña y adolescente (2014a: 101).

En esa línea, la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima sostiene que la tenencia es una:

[...] institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el 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 al negarle la tenencia a uno de los padres ella le corresponde al otro (2010a: FJ 3).

El profesor Aguilar define a la tenencia como el atributo, la facultad o el derecho de los padres a vivir con sus hijos y viceversa; y, considera que es uno de los:

[...] derechos más importantes que confiere esta institución [la patria potestad], que se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos, esta relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos, y

el cumplimiento de los deberes y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo, estas relaciones personales entre padres e hijos constituye la base para que opere la patria potestad (2016: 432).

Finalmente, la profesora Fernández al citar a Rabadán señala que la tenencia:

[...] se refiere a aquellas facultades de la patria potestad que están relacionadas con el cuidado directo de los hijos, y para cuya realización necesitan la convivencia del progenitor con el niño o niña; por ello, la tenencia será ostentada por el progenitor que convive con los hijos y este será el encargado de tomar las decisiones inmediatas y no trascendentales de la vida diaria del niño, referentes a la disciplina, actividades escolares, visita a los amigos, etcétera (2013: 225).

En resumen, la tenencia es un atributo de la patria potestad que implica la convivencia de uno o ambos padres con su hijo, a fin de que se impulse su desarrollo integral y en la medida que no se afecte su bienestar. Es necesario considerar que el padre que obtenga la tenencia decidirá sobre la vida cotidiana de su hijo, pero en las trascendentales se deberá tomar en cuenta la opinión del otro padre, siempre que sea titular de la patria potestad.

Sobre la denominación, el profesor Aguilar opina que la tenencia hace referencia a “pertenencia” que es útil en el plano de las cosas pero no para representar la relación que existe entre padres e hijos, que se concretiza en la convivencia y todo lo que ello implica (2009: 192).

De la misma manera, la Real Academia Española define el término tenencia en su uso común como una “ocupación y posesión actual y corporal de algo”⁴⁰.

Este término, que no es propio del Derecho de Familia, genera diversas dificultades cuando se utiliza en el plano legal, pues coadyuva a que los padres –de manera inconsciente– consideren a sus hijos como “objetos” y no como sujetos de derecho. Situación que debe ser evitada en virtud de lo defendido por la Doctrina de la Protección Integral.

⁴⁰ Según la definición de la Real Academia Española.

Si bien es cierto la denominación otorgada a la tenencia ha sido superada por el cambio de concepción de los menores de edad (de objetos propiedad de los padres a sujetos de derechos), lo trascendental es que se introduzca una definición en el CNA que evidencie que esta institución tiene como finalidad lograr el bienestar de los hijos, ya que no se trata solamente del derecho de los padres de tener la compañía de sus hijos, sino también que estos últimos crezcan en compañía de sus padres y que conviva con el que impulsa su desarrollo integral.

En ese sentido, las tesis consideran que es necesario agregar al artículo 81 del CNA como primer párrafo una definición sobre la tenencia basada en el enfoque de la Doctrina de la Protección Integral: “Artículo 81.- Tenencia.- es el derecho del hijo a convivir con el padre que impulsa su desarrollo integral y en la medida que no se afecte su bienestar, así como de dicho padre de vivir con su hijo”.

2.3.2.2. Derechos y deberes de la tenencia

En el literal e) del artículo 74 del CNA y en el numeral 5 del artículo 423 del CC se señala que uno de los derechos y deberes de los padres que ejerce la patria potestad es tener a sus hijos en su compañía y de acudir a la autoridad en caso sea necesario para que los recupere. Este es el fundamento de la institución jurídica de la tenencia.

El artículo 8 del CNA señala que todo niño, niña y adolescente tiene “[...] derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia [...]” y que los padres tienen el deber de hacer que sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

La separación de padres e hijos solamente procede en caso exista alguna circunstancia que lo justifique; por ejemplo, cuando uno de los padres haya sido condenado por haber cometido un delito doloso en agravio de sus hijos, que se encuentra contemplado en el literal d) del artículo 77 del CNA.

Ello tiene su fundamento en el numeral 1 del artículo 9 de la CDN que dispone que los Estados Parte deben resguardar que el menor de edad no

sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos salvo que, por decisión judicial, se determine que dicha separación es necesaria y se encuentre respaldada en su interés superior.

En ese mismo numeral se señalan los supuestos de separación necesarios entre padres e hijos: **(i)** cuando el “niño” es objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres; y, **(ii)** cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del menor de edad.

2.3.2.3. Alcances de la tenencia

En principio, la tenencia es un derecho de la patria potestad y al serlo no podría extenderse ni otorgarse a terceros, en este último caso la figura adecuada será de tutor. Teniendo ello en cuenta, entonces, los sujetos de esta relación serán los padres y los hijos menores de edad.

2.3.2.4. Formas para determinar la tenencia

Sobre el otorgamiento de la tenencia, el artículo 81 del CNA ha establecido que la tenencia puede ser determinada de dos formas: por acuerdo de los padres o por declaración judicial (en caso de desacuerdo o cuando el acuerdo sea perjudicial para el hijo):

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Respecto a la primera forma, en principio, la norma dispone que la tenencia sea determinada en el seno de la familia es decir en la toma de la decisión deben intervenir ambos padres teniendo en cuenta la opinión de los hijos. La razón de ello es que los padres son los que mejor conocen las posibilidades con las que cuentan a fin de vivir al lado de sus hijos, para satisfacer sus necesidades y así poder asegurar su desarrollo integral.

Respecto a la segunda forma, en caso no exista un común acuerdo entre los padres, o en caso el acuerdo tomado sea perjudicial para los hijos, será función del juez determinar a quién le otorgará la tenencia. Dependiendo del caso en concreto, el juez de familia puede escoger entre otorgar la tenencia exclusiva de los hijos a un padre o compartida, siempre que salvaguarde su interés superior.

2.3.2.5. Características de la tenencia

2.3.2.5.1. Es personalísima

Doctrinariamente, los únicos llamados a ejercer la tenencia son los padres, esto debido a que aquella es un derecho de la patria potestad y al serlo no puede extenderse ni otorgarse a terceros. Sin embargo, la afirmación realizada es válida en la teoría, pues en la práctica judicial se ha evidenciado que la tenencia de un menor de edad puede ser otorgada a sus abuelos en casos excepcionales.

En el supuesto que los abuelos hayan demandado la tenencia de sus nietos, una opción es que se declare improcedente la demanda porque la figura adecuada es solicitar que se les declare tutores del menor de edad. No obstante, se considera que en aplicación al interés superior de los hijos y al tiempo que podría tomar redirigir la demanda al camino correcto, cuya duración podría afectar al menor de edad, se declara procedente la demanda interpuesta.

Esta medida podría deberse a que, en muchas oportunidades, los abuelos han sido mal asesorados y demandaban la tenencia de sus nietos y los jueces de familia al verse en un caso de estos, para evitar que se inicie otro proceso, admitían a trámite la demanda e interpretaban los artículos del CNA para otorgarles la tenencia siempre que sea conveniente para el menor de edad.

Por ejemplo, a través de la Casación 4881-2009-Amazonas, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, declaró fundados los recursos de casación interpuestos por los abuelos maternos y el

Ministerio Público; y, en consecuencia nula la resolución de vista que revocó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda de tenencia y tutela interpuesta por los abuelos, ya que con ellos convivió la niña desde los 7 meses, cuando su madre se suicidó. La Corte Suprema sustentó su decisión en el interés superior de la niña y ponderó las condiciones de sus abuelos y la de su padre, a efectos de determinar a quién le iba a otorgar la tenencia.

Así, señaló que del informe social se concluía que las condiciones sociales, morales y económicas de los abuelos de la menor de edad eran óptimas para el crecimiento y desarrollo que todo niño merece. En cambio, el padre de la niña no reunía las condiciones adecuadas para exigir su tenencia, ya que no contaba con un ambiente adecuado pues vivía en un cuarto pequeño, no tenía baño propio, se alimentaba en una pensión y no tenía un domicilio fijo ya que era policía y cada cierto tiempo lo cambiaban de un lugar a otro.

Mediante el Pleno Jurisdiccional Distrital en materia de Familia emitido por la Corte Superior de Justicia de Lima Este, de fecha 17 de noviembre de 2017, se acordó que “[...] excepcionalmente, los abuelos sí tienen legitimidad e interés para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, debiendo admitirse la demanda en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del Título del Código Civil y el Principio del Interés Superior del Niño” (2017:5). Esto debido a que dependiendo del juzgado habían dos opciones: declarar improcedente la demanda o declararla procedente y pronunciarse sobre el fondo.

La justificación para esta medida es que de acuerdo con el:

“[...] artículo VI del título preliminar del Código Civil, para ejercitar o contestar una acción, es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley; por lo que, teniendo en cuenta que ante el hecho de determinar la guarda y cuidado de los niños, los abuelos como miembros de la familia están legitimados moralmente para poder accionar la tenencia; toda

vez, que el artículo 89⁴¹ del Código de los Niños y Adolescente no lo prohíbe; es más, lo advierte al señalar que: “cuando resulte perjudicial para él (niño, niña) la tenencia la resolverá el Juez Especializado”, por lo que resulta evidente que, en aplicación del interés superior del niño, los abuelos están facultados para acciona la custodia de sus nietos” [Corte Superior de Justicia de Lima Este 2017:4].

En el Pleno Jurisdiccional Distrital no se ha detallado cuáles son los supuestos considerados como excepcionales por los que se admitirá que los abuelos tengan legitimidad e interés para interponer una demanda de tenencia. Las tesis consideran que lo señalado en dicho pleno debe entenderse en el contexto que uno de los padres haya muerto.

En efecto, cuando los abuelos demanden la tenencia y uno de los padres haya fallecido, de manera excepcional, debería admitirse a trámite la demanda. En este caso, los abuelos tendrían interés moral en tener bajo su cuidado a sus nietos.

Luego de haber admitido a trámite la demanda, el juez de familia podrá otorgar la tenencia a los abuelos cuando se haya acreditado durante el proceso que el padre sobreviviente no es el adecuado para tener bajo su cuidado a su hijo, de acuerdo a su interés superior, mientras que los abuelos sí.

2.3.2.5.2. Puede ser ejercida de manera conjunta, exclusiva o compartida

- **Tenencia conjunta:** cuando ambos padres ejercen la tenencia porque viven juntos.
- **Tenencia otorgada a uno de los padres:** va a ser otorgada al padre que ejerce, de manera exclusiva, la patria potestad.

⁴¹ Ha habido un error al mencionar al artículo 89 referido al régimen de visitas, lo correcto era hacer mención al artículo 81 CNA.

- **La tenencia compartida:** implica que el hijo va a vivir durante un periodo determinado con cada uno de sus padres y tiene como presupuesto que ellos, a pesar de estar separados, tienen una relación de colaboración y coordinación constante en beneficio de su hijo, pues ello garantiza que compartan de forma armoniosa el cuidado y los gastos de su hijo, entre otras responsabilidades que aseguren su bienestar (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 2015: FJ 9).

El 17 de octubre del 2008 se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Ley 29269, que modificó el artículo 81 del CNA e incorporó la figura de la tenencia compartida, mediante la cual se señala que en el supuesto que los padres se encuentren separados de hecho y no acuerden la tenencia de sus hijos, entonces, el juez especializado será el competente para resolver dicha controversia y podrá otorgar la tenencia a uno de los padres o a los dos, dependiendo de la circunstancias del caso. Ello significa que los hijos vivirán en dos hogares tanto en el de la madre como en el del padre por periodos determinados.

La única referencia en la normativa respecto a la tenencia compartida está en artículo 81 del CNA, en dicho artículo el legislador ha omitido señalar qué implica la tenencia compartida y qué elementos se deben tener en cuenta al momento de otorgarla.

La profesora Zuta (2011), citando las ideas de Gerard Poussin y Anne Lamy, sostiene que los aspectos que el juez debe tener en cuenta para otorgar la tenencia compartida son **(i)** la edad del menor de edad, **(ii)** la adaptación a dos hogares, **(iii)** el dinero, **(iv)** el empleo de los padres; y, **(v)** la evaluación psicológica. Teniendo en cuenta lo señalado por Zuta se ha desarrollado el siguiente cuadro:

Aspectos a tomar en cuenta	Justificación
Edad del menor de edad	<p>Bebés: se recomienda que viva en un único lugar, pero que se introduzca una alternancia de convivencia de manera paulatina, ya que es necesario que mantenga vínculos regulares con ambos padres.</p> <p>Niños y niñas en primaria: el ritmo de una semana o media semana en casa de cada uno de los padres.</p> <p>Adolescentes: los ritmos de quince días en casa de cada uno de los padres.</p>
Adaptación a dos hogares	<p>Toma tiempo y suele ser más difícil cuando uno de los padres tiene una nueva pareja. Los padres deberán tener una vivienda adecuada y ambos hogares deberán estar cerca, para evitar inconvenientes al llevarlos a la escuela, talleres, actividades deportivas, visita de amistades, entre otros. Esta adaptación debe ser verificada y evidenciada a través del informe social que garantice que el niño o la niña puedan tener un espacio adecuado en ambos hogares.</p>
Dinero	<p>Exige esfuerzos económicos, se requieren dos hogares (padre y madre), que deben tener un espacio apropiado para el hijo.</p>
Empleo de los padres	<p>El trabajo de los padres no debe implicar viajes continuos u horarios difíciles de conciliar con los tiempos de los hijos.</p>
Evaluación psicológica	<p>Debe ser realizada a ambos padres para garantizar el desarrollo saludable y normal de los hijos.</p>

Por su parte, el profesor Aguilar considera que la tenencia compartida es un concepto que la propia ley no ha llenado; por tanto, será necesario que el juez tome en cuenta los siguientes aspectos para concederla (2009: 196-197):

- ✓ La tenencia es un derecho de los niños, niñas y adolescentes antes que un derecho de los padres.
- ✓ El derecho de ambos padres de tomar las decisiones que involucren a sus hijos.
- ✓ La distribución equitativa de funciones entre ambos padres de acuerdo a sus recursos, posibilidades, características personales, responsabilidades y deberes de ambos frente a sus hijos.
- ✓ El interés superior del niño, niña y adolescente debe ser preferido por los jueces sobre los demás derechos de los padres y de la familia⁴².
- ✓ El ejercicio equitativo del derecho-deber de cada uno de los padres para asegurar su participación en la crianza, formación, protección y educación del menor de edad.
- ✓ Tener en cuenta la opinión del menor de edad, ya que por su edad, su visión de los hechos,

⁴² Fernández sostiene que:

Frente a la separación de los padres debemos tener en cuenta que no es el niño el único miembro de la familia que se ve afectado por tal situación. Por ello, en la determinación de la tenencia debe reconocerse la existencia de más de un interés que puede ser dotado de valor, como el del padre, la madre y los hermanos. Entonces, **si los legisladores y aplicadores de justicia son conscientes de tal situación, podrán dictarse sentencias que velen por la armonía de todos los miembros de la familia, lo cual será beneficioso para los niños y niñas** (2013: 237) [el destacado es nuestro].

indicaciones y deseos, puede ser un referente importante para el juez.

- ✓ Que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de comunicarse con sus padres en cualquier situación sin que exista interferencia en ello.

2.3.2.5.3. Es variable

Después que se haya otorgado la tenencia de los hijos a uno de los padres o a ambos, debido a circunstancias justificadas mediante un proceso judicial, se puede solicitar la variación o modificación de la tenencia, dependiendo del caso en concreto.

Con relación a la variación de la tenencia, el padre que no tiene la tenencia de sus hijos puede solicitar su variación siempre que justifique su solicitud con razones o circunstancias debidamente comprobadas en un proceso judicial, esto de acuerdo al artículo 82⁴³ del CNA.

En el supuesto que la solicitud de variación de tenencia se justifique, el juez con la asesoría de un equipo multidisciplinario podrá ordenar la variación de la tenencia de manera progresiva, para que no se produzca ningún tipo de daño o trastorno al niño, niña y adolescente. Este camino es el que generalmente se sigue, pues el menor de edad ha vivido con el otro padre y, durante dicha convivencia, generalmente crea un vínculo fuerte y de estabilidad.

Sin perjuicio de ello, el artículo 82 del CNA en aras de proteger al niño, niña y adolescente y cuando su integridad se encuentre en peligro,

⁴³ “Artículo 82.- Variación de la Tenencia.-
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 le produzca daño o trastorno.
Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato”.

establece que “[...] el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato”.

Otro supuesto que legitima la solicitud de variación de la tenencia es el incumplimiento del régimen de visitas que se encuentra en el artículo 91⁴⁴ del CNA. En este artículo se indica que la resistencia al cumplimiento del régimen de visitas que se haya establecido después de un proceso judicial, podrá originar la variación de la tenencia, que debe ser iniciada como nueva acción ante el mismo juez que la otorgó.

El último supuesto que justifica la variación de la tenencia es la restitución de la patria potestad. El CNA señala en su artículo 78 que “[l]os padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva”. En dicho artículo se señala que el juez será el encargado de evaluar, teniendo en cuenta el interés superior del menor de edad, si es conveniente dicha restitución.

2.3.2.5.4. Puede ser modificada

De acuerdo al artículo 86⁴⁵ del CNA, al igual que para la solicitud de variación de la tenencia, en este supuesto también será necesario que el padre acredite que se debe a razones o circunstancias debidamente comprobadas.

Esta solicitud será tramitada como nueva acción, es decir, a través de un nuevo proceso judicial y deberá interponerse después de los 6 meses de emitidas la resolución originaria, salvo que la integridad el niño, niña o adolescente se encuentre en peligro.

⁴⁴ “Artículo 91.- El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso”.

⁴⁵ “Artículo 86.- Modificación de resoluciones.-
La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción.
Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente.

2.3.2.5.5. Escucha la opinión de los hijos

Para determinar a quién se le otorgará la tenencia, el juez deberá escuchar la opinión del niño y niña; y, tomar en cuenta la opinión del adolescente, de acuerdo con el artículo 85 del CNA.

Ello implica que el juez valorará su opinión y motivará, es decir, explicará las razones por las cuales dicha opinión influye o no en la determinación de la tenencia.

2.3.2.6. Criterios que el juez puede tomar en cuenta al momento de otorgar la tenencia

La decisión del juez de otorgar la tenencia a uno de los padres o a ambos, muchas veces, se torna difícil no solo por las situaciones especiales de cada caso en concreto sino por la carga emocional que existirá entre ambos padres. Precisamente, por ese motivo, el legislador ha regulado diversos criterios que el juez podrá tomar en cuenta al momento de determinar la tenencia. Esos criterios se encuentran en el artículo 84 del CNA:

- a) El hijo deberá permanecer con el padre con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas

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

Lo que se busca con el primer criterio es evitar separar al menor de edad del padre con el que ha creado un vínculo afectivo fuerte por el hecho de haber convivido más tiempo, ya que lo contrario podría generarle perjuicios emocionales. El legislador ha sido precavido pues, a la misma vez, enfatiza que el tiempo por sí solo no será determinante para la decisión, sino que será necesario analizar si dicha decisión resulta favorable para el menor de edad y siempre que le genere estabilidad.

Respecto al segundo criterio, hasta hace poco se tenía bien marcada la idea de que la madre era la persona más adecuada para cuidar a un hijo y que, solamente, el padre era el proveedor de los bienes que servirán para sostener al menor de edad. Sin embargo, estos argumentos no serán suficientes si es que dicha situación (que el menor de tres años de edad viva con su madre) no resulta favorable para el menor de edad; por ejemplo, si la madre es violenta con su hijo, padece de alguna enfermedad mental, entre otros. Por ello, para que el literal b) del artículo 84 sea acorde a la Doctrina de la Protección Integral deberá ser leído en concordancia con el artículo 81 y el artículo IX del Título Preliminar del CNA, relacionados al interés superior de los hijos. Esta es la única manera de asegurar que la decisión garantice la satisfacción de los derechos del menor de edad.

El literal c) no es un criterio sino un derecho tanto del padre – a quien no se le otorgó la tenencia- así como del hijo de mantener contacto con éste para reforzar su vínculo paterno o materno filial.

El último párrafo de artículo 84 del CNA es un último criterio importante a considerar, pues determina que el juez va tener como prioridad para otorgar la tenencia, al padre que garantice el derecho de sus hijos a mantener contacto con el otro padre. Este criterio es esencial pues evita que el padre a quien se le ha otorgado la tenencia del hijo realice todo tipo de actos que podrían impedir que el hijo pueda crear vínculos afectivos con el otro.

Sobre este criterio, el juez tiene que examinar hasta los pequeños gestos que tienen los padres durante las audiencias o los comentarios que realizan respecto del otro o en los escritos judiciales que presentan.

También, es necesario que el equipo multidisciplinario, al momento de evaluar a los padres, pueda identificar ciertas actitudes de las que se podría desprender que no garantizarán el derecho de sus hijos a crear vínculos con el otro padre.

Finalmente, se puede verificar esta situación a través de las evaluaciones y entrevistas realizadas a los menores de edad. Este criterio tiene que ser analizado pues de ello depende que el derecho del menor de edad relacionarse con su padre y crear vínculos afectivos pueda ser efectivo.

2.3.3. Régimen de visitas

2.3.3.1. Definición

El profesor Varsi sostiene que el régimen de visitas asegura el desarrollo afectivo, emocional y físico del hijo al permitirle el contacto y comunicación, de manera permanente, con el padre al que no se le otorgó la tenencia; y, que “[j]urídicamente, visitar implica estar, compartir, supervisar, responsabilizarse; por lo tanto, resulta más conveniente referirnos de manera integral al régimen de comunicación y de visitas” (2012: 311).

La autora Canales define al régimen de visitas como el derecho del “[...] padre que no vive con su hijo a estar con él así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente [...]” (2014b: 36), esto con la finalidad de lograr el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Así, el régimen de visitas “[...] se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente” (Canales 2014b: 36).

En esa línea, el profesor Aguilar señala que el derecho de visitas “[...] no solo debe contemplarse como un derecho del padre, sino también como un deber, y consecuentemente como un derecho del menor” (2016: 434).

Finalmente, la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia ha señalado que:

[...] siendo la finalidad del régimen de visitas afianzar los lazos paterno filiales a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor de edad, y siendo que en el presente caos *[sic]* no se advierte causal que manifieste que de la cercamiento *[sic]* entre el padre y su hijo resulte perjudicial para este último; destacándose que **la visita no es solamente un derecho de los padres, sino también –y principalmente- de los hijos, que requieren de la imagen paterna para un desarrollo saludable** (2010: FJ 8) [el destacado es nuestro].

Sobre su denominación, la Real Academia Española ha definido al término régimen como un “conjunto de características regulares o habituales en el desarrollo de algo”⁴⁶. También, ha definido al término visitas como “ir a ver a alguien en el lugar en que se halla”⁴⁷. Así, en su concepción más básica se podría entender que el régimen de visitas es ver a alguien, en el lugar en donde se encuentre, cada determinado tiempo.

Sin embargo, para el Derecho de Familia este término implica más que solo visitar al hijo de manera periódica; sino que es crear un vínculo afectivo entre ambos que debe incluir el “[...] derecho a mantener correspondencia con el menor, la convivencia por lapsos de tiempo, o periodos vacacionales” (Aguilar 2016: 434).

Lo anterior ha sido considerado en la decisión de un juez de primera instancia de la Sexta Sala Civil de Personas y Familia de la provincia de Salta en Argentina que determinó que un padre complementa su régimen de visitas a través del uso de la tecnología: chat de videoconferencia o de WhatsApp. Esto debido a que dicho padre pretendía encontrarse con su hijo una vez al mes o cada tres meses, debido a su horario de trabajo y a que no podía coincidir con el cronograma determinado para las visitas. Sin embargo, el juez propuso el uso de la tecnología para que el vínculo de comunicación entre ambos se mantenga y así dicho menor de edad no sienta la ausencia de su padre (La Ley: 2015).

En la regulación nacional se ha considerado expresamente al régimen de visitas como un derecho de los padres de visitar a sus hijos. Así, el artículo 422 del CC contempla que “[e]n todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias”.

Se critica el hecho que el artículo 422 del CC únicamente se refiera al derecho de los padres cuando los hijos son lo que deben mantener contacto con sus padres para no afectar su normal desarrollo. Esto se sustenta en lo

⁴⁶ Según la definición de la Real Academia Española.

⁴⁷ Según la definición de la Real Academia Española.

dispuesto en el numeral 1⁴⁸ del artículo 8 de la CDN: el menor de edad tiene derecho a preservar relaciones con sus familiares y cada Estado Parte se ha comprometido a respetar dicho derecho.

El profesor Aguilar realiza otra crítica, que puede extenderse al artículo 422 del CC, al señalar que se podría entender que el régimen de visitas solamente se encuentra regulado para los padres que no ejercen la patria potestad. Se pregunta, entonces, qué sucede con el padre o madre que, ejerciendo la patria potestad, no tiene la tenencia; por ejemplo, en el supuesto de separación convencional, ambos padres ejercen la patria potestad pero solo uno de ellos goza de la tenencia. El profesor considera que lo más aconsejable es que se haya fijado el régimen de visitas a favor del padre o madre que no ejerce la tenencia (2016: 434-435). Por ello, las tesis consideran que dicho artículo debería ser modificado a lo siguiente:

“Artículo 422.- En todo caso, los hijos así como el padre que no ejerza su tenencia, tienen derecho a mantener y fortalecer las relaciones personales y de comunicación entre ellos”.

En esa misma línea, el artículo 88 del CNA establece que los padres que no ejercen la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, pero como requisito previo deberán acreditar que cumplen con su obligación alimentaria o, en todo caso, la imposibilidad de cumplimiento de dicha obligación. Para que este artículo sea acorde con la Doctrina de la Protección Integral, en esta tesis se considera necesario que contenga un primer párrafo adicional y sea modificado a lo siguiente:

“Artículo 88.- Las visitas.-

El régimen de visitas es el derecho del hijo a mantener contacto y comunicación con el padre que no ejerce su tenencia a fin de fortalecer el vínculo paterno filial entre ellos.

Asimismo, los padres que no ejerzan la tenencia tienen derecho a mantener contacto y comunicación con sus hijos, para lo cual deberán acreditar con

⁴⁸ “Artículo 8.- 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”

prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria [...]”.

2.3.3.2. Titulares del derecho de visitas

En virtud de la Doctrina de la Protección Integral, en el régimen de visitas intervienen las siguientes partes:

- **Visitados:** los hijos
- **Visitantes:** los padres que no ejercen la tenencia de los hijos, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y, los terceros interesados.

El artículo 88 del CNA regula el supuesto en el que uno de los padres ha fallecido, se encuentra fuera del lugar de domicilio o se desconozca su paradero, entonces los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre podrán solicitar el régimen de visitas. El juez podrá otorgar este régimen respetando el acuerdo de los padres y en atención al interés superior del menor de edad, y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

El régimen de visitas -que es determinado por el juez- se puede extender a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y, a terceros siempre que así lo justifique el interés superior del niño, niña y adolescente, esto de acuerdo al artículo 90 del CNA.

En síntesis, el régimen de visitas se fundamenta en el derecho del niño, niña o adolescente a tener una relación constante con el padre que no vive a fin de lograr su desarrollo integral. Asimismo, es un derecho de dicho padre a relacionarse con su hijo, que puede extender a terceras personas. Los titulares de dicho derecho son los padres que no gozan de la tenencia de los hijos, los hijos y los terceros interesados.

2.4. El desarrollo integral de los menores de edad y su relación con la patria potestad

Dado que en la legislación nacional no se determinó qué se debe entender por “desarrollo integral” del niño, niña y adolescente, se ha elaborado un cuadro resumen con los tipos de desarrollo a los que se refiere el numeral 1 del artículo 27 de la CDN - físico, mental, moral, social y espiritual- que son dotados de contenido y vinculados con las instituciones jurídicas antes desarrolladas, desde dos perspectivas: la psicología (Hurlock, Soler y Newman) y el derecho (Barletta).



Desarrollo	¿Qué es?	Etapa	¿Qué se espera?	Atributos de la patria potestad	Análisis en el proceso judicial de tenencia
Físico	Proceso por el cual el menor de edad experimenta cambios físicos que influyen en su conducta y demás aspectos de su vida.	Niñez	<ul style="list-style-type: none"> *Crecimiento de su cuerpo. *Desarrollo de sus capacidades sensoriales (sonidos, olores, colores, formas, y tacto), perceptuales y motrices: caminar, correr y comprensión de su entorno, entre otras. *Identifica las partes de su cuerpo. (Barletta 2005: 21; RPP 2018) 	<ul style="list-style-type: none"> *Velar por su desarrollo integral. *Proveer su sostenimiento *Tener la compañía de sus padres 	El juez debe otorgar la tenencia al padre que pueda brindarle al menor de edad un ambiente adecuado y estimulante, una buena alimentación; y, preocuparse por su salud para que su desarrollo sea el esperado e influya de manera positiva en su conducta.
		Adolescencia	<ul style="list-style-type: none"> *Desarrollo sexual y de su capacidad de reproducción. *Reajuste de la imagen de su cuerpo (Barletta 2005: 21) 		
Mental	Proceso por el cual el menor de edad desarrolla habilidades y destrezas cognitivas, aprende a pensar y a comprender el	Niñez	<ul style="list-style-type: none"> *Muestra interés por conocer el mundo que lo rodea y se ajusta a dicho ambiente. *Reconoce su individualidad y la de las demás personas. 	<ul style="list-style-type: none"> *Velar por su desarrollo integral. 	El juez debe otorgar la tenencia al padre que le brinde al menor de edad un ambiente que cuente con un buen clima emocional donde haya atención y amor

	<p>mundo que lo rodea; aprende a tratar con los demás y desarrolla sentimientos hacia sí mismo y los otros.</p>		<ul style="list-style-type: none"> *Desarrolla funciones intelectuales como la memoria y el razonamiento. *Su lenguaje, escritura, su capacidad numérica y su capacidad para leer avanza. *Entiende que las letras representan sonidos que forman palabras. *Comprende cómo funciona una conversación. *Gestiona sus emociones (sorpresa, alegría, tristeza y cariño). (Hurlock 1985: 23, 31-32, 38; RPP 2018) 	<ul style="list-style-type: none"> *Proveer su sostenimiento y educación *Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes. 	<p>para que se sienta amado seguro y protegido; y, que motive su interés por el aprendizaje y se le otorgue oportunidades de aprendizaje.</p>
		<p>Adolescencia</p>	<ul style="list-style-type: none"> *Trata de controlar el ambiente que lo rodea y desea ser independiente. *Reconoce y acepta sus fortalezas y debilidades. *Desarrolla sus habilidades críticas y creativas de pensamiento. * Define su identidad y autoestima. (Hurlock 1985: 23 y 38; RPP 2018) 	<ul style="list-style-type: none"> *Tener la compañía de sus padres. 	

Moral	Proceso por el cual el menor de edad comprende e interioriza las normas y sanciones establecidas por su grupo social. De esta manera, podrá discernir las acciones aceptadas de las que no, las acciones justas de las injustas, así realizará las acciones positivas y evitará las negativas (Newman 1983:292).	Niñez	<p><u>*Moral heterónoma:</u> aún no construye su propio código moral y su comportamiento depende del actuar y juicios de personas cercanas.</p> <p>*Ante una situación solo tiene dos respuestas: bien o mal.</p> <p>*Juzga por las consecuencias que las acciones tienen y no por la intención que se tuvo para actuar.</p> <p>*Comienza a aceptar y comprender normas en los juegos.</p> <p>(Soler 2016: 138 y 142; RPP 2018)</p>	<p>*Velar por su desarrollo integral.</p> <p>*Proveer su educación</p> <p>*Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.</p>	El juez debe otorgar la tenencia al padre que pueda brindarle al menor de edad un ambiente que le permita aprender e interiorizar el código moral de su grupo social; y, crear uno propio. Esto le permitirá ser aceptado por su grupo y desarrollarse en los diferentes ámbitos de su vida.
		Adolescencia	<p><u>*Moral autónoma:</u> interioriza las reglas y adecúa su conducta conforme a éstas, lo cual le permite ser autónomo a nivel moral, formarse un propio código moral y tomar decisiones de acuerdo a dicho código.</p> <p>*Desarrolla una visión crítica de los valores de la sociedad y de las</p>	<p>*Tener la compañía de sus padres.</p> <p>*Recibir ayuda de ellos</p>	

			<p>personas, las contrasta con su ideal y diferencia los correctos de los que no.</p> <p>(Soler 2016: 142; Barletta 2005:23)</p>	<p>atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención.</p>	
Social	<p>Proceso por el cual el menor de edad interactúa y se relaciona con su padres, familiares y terceras personas en diferentes contextos de su vida para que interiorice los valores y costumbres de su grupo social</p> <p>(Soler 2016: 89-91).</p>	Niñez	<p>*Explora su entorno físico para establecer vínculos afectivos con sus padres, familiares cercanos, niños de su misma edad, compañeros de aula, profesores entre otros.</p> <p>*Aprende las pautas y normas básicas para su comportamiento en sociedad.</p> <p>*Expresa sus opiniones y hacer preguntas complejas.</p> <p>(Barletta 2005: 22; Soler 2016:91; RPP 2018)</p>	<p>*Velar por su desarrollo integral.</p> <p>*Proveer su educación</p> <p>*Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.</p>	<p>El juez debe otorgar la tenencia al padre que le brinde al menor de edad un ambiente adecuado en el que aprenda las pautas y normas básicas para que se adapte socialmente; y, se forje una autoestima suficiente que le permita interactuar con los demás de forma saludable y empática.</p>
		Adolescencia	<p>*Son más independientes.</p> <p>*Su interacción con diferentes grupos sociales, el establecimiento de vínculos afectivos con sus</p>		

			<p>contemporáneos y cultivar amistades les permitirá desarrollar empatía hacia los otros.</p> <p>(Barletta 2005:22-23)</p>	<p>*Tener la compañía de sus padres.</p> <p>*Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención</p>	
Espiritual	<p>Proceso por el cual el menor de edad establece una conexión y se compromete con un ser que considera divino o un ser que se encuentra más allá del mundo material.</p>	Niñez	<p>*La espiritualidad será la que los padres, familiares cercanos o la escuela le puedan enseñar.</p>	<p>*Velar por su desarrollo integral.</p>	<p>El juez debe otorgar la tenencia al padre que le brinde al menor de edad un ambiente en el cual se respete sus derechos fundamentales y su decisión de creer o no en un ser divino.</p>
		Adolescencia	<p>*Puede decidir y elegir, de manera independiente, sobre su espiritualidad y religión.</p>	<p>*Proveer su educación</p> <p>*Dirigir su proceso educativo</p>	

				*Tener la compañía de sus padres.	
--	--	--	--	--	--



Cada una de las expresiones del desarrollo integral detalladas son determinantes para la formación del menor de edad como un ser humano global; por ello, es necesario brindarle un ambiente feliz, sano, seguro, estable, comprensivo, armónico y lleno de amor; que motive el progreso de sus potencialidades y capacidades. No cabe duda que el juez de familia debe estar atento a las expresiones del desarrollo integral al momento de decidir a cuál de los padres va a otorgar la tenencia del menor de edad y no solo a su capacidad económica y su género.

El Estado y la comunidad deben coadyuvar a que los padres sean capaces de:

- motivar y guiar el aprendizaje de sus hijos con amor, cariño y comprensión,
- prepararlos para los cambios que afrontarán sus cuerpos y su conducta a medida que pasa el tiempo, para aliviar sus tensiones y estrés que podrían ocasionar su aislamiento y baja autoestima,
- generar oportunidades de aprendizaje y espacios para estimular a sus hijos,
- estar abiertos a aprender y guiar a sus hijos en los momentos oportunos y difíciles,
- estar preparados para conocer las situaciones que podrían generar un riesgo para sus hijos, entenderlas y tener la capacidad de solucionarlas; y,
- buscar la felicidad de sus hijos a través del buen trato familiar, su adaptación a la sociedad y el alcance de sus metas.

2.5. Aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente

Con la aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente en los procesos de tenencia se garantiza que ejerzan sus derechos de manera plena y logren su desarrollo integral. Para que dicha garantía se haga efectiva es necesario que en cada caso en concreto el juez de familia evalúe y determine su interés superior antes de que tome una decisión que lo involucre.

La evaluación y la determinación son dos etapas interdependientes que se aplicarán de manera consecutiva y, necesariamente, en ese orden por el juez de familia⁴⁹. El Comité DN ha señalado los pasos a seguir:

- a) En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;
- b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho (2013: 12).

Aquellos pasos guían la evaluación y la determinación del interés superior del menor de edad, pues el análisis de los elementos que realice el juez de familia deberá ser lo más profundo posible y deberá abarcar los aspectos más importantes de la vida del menor de edad. De esta manera, su decisión asegurará el “[...] mejor porvenir para el niño o donde se tengan cubiertas necesidades básicas tales como las afectivas, las físico-biológicas, las cognitivas, las emocionales y las sociales” (López 2015: 55).

Entonces, una correcta aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente, en un proceso judicial de tenencia requiere que el juez de familia realice un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se podrían afectar con su decisión, así como un estudio detallado de las circunstancias particulares que rodean al menor de edad. Esto será el presupuesto para que la decisión que se tome asegure la máxima satisfacción de sus derechos.

Los objetivos de la aplicación del interés superior del menor de edad son dos: por un lado, asegurar que pueda disfrutar sus derechos reconocidos por la CDN de manera plena y efectiva; y, por otro lado, que logre su desarrollo integral en los planos físico, mental, social, espiritual y moral para promover su dignidad humana. Así también lo ha señalado el Comité DN en los fundamentos 4 y 5 de su Observación General 14 del Comité DN.

⁴⁹ El Comité DN se refiere a “autoridad o responsable de tomar una decisión que involucre a un menor de edad”, este trabajo de investigación se referirá específicamente al juez de familia, al ser el responsable de emitir las sentencias en los procesos judiciales de tenencia.

Para alcanzar dichos objetivos en un proceso judicial de tenencia es necesario que los jueces de familia apliquen el interés superior del menor de edad y tengan en cuenta ciertas garantías procesales que aseguren la observancia de dicho interés. Su adecuada aplicación tiene como consecuencia directa la satisfacción de sus derechos y su desarrollo integral, lo que garantiza su calidad de vida y evita cualquier daño irreparable a su proyecto de vida, tal como lo ha señalado la Corte IDH en el Caso “Reggiardo Tolosa” de 1993 (FJ 5).

Los objetivos mencionados son el presupuesto para alcanzar el estado de bienestar del niño, niña y adolescente descrito por la CDN, el cual implica que se resguarden sus principales necesidades materiales, físicas, educativas, emocionales; y, de afecto y seguridad (Comité DN 2013:16) para impulsar el pleno desenvolvimiento de sus potencialidades y de su personalidad a fin de que se relacione, de la mejor manera posible, en sociedad.

Para una mejor ilustración se presenta un gráfico que muestra los pasos para la aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente:



2.5.1.Elementos que deben tenerse en cuenta al momento de evaluar y determinar el interés superior del niño, niña y adolescente

En la Observación General 14, el Comité DN ha elaborado una lista de elementos guía que la autoridad responsable de decidir sobre la situación del menor de edad –como los jueces de familia– deberá tener en cuenta al momento de evaluar y determinar su interés superior independientemente del caso a analizar. Estos elementos no tienen una jerarquía, por tanto, son igual de importantes en la medida que sean pertinentes para la situación que se trate y serán llenados de contenido con los hechos particulares de cada caso en concreto.

Dicha lista de elementos no es cerrada sino que es posible tomar en consideración otros elementos de acuerdo a las circunstancias específicas de cada menor de edad; por ejemplo, en caso el Estado tenga que tomar una decisión en materia de familia podrían añadir otros elementos dependiendo de su tradición jurídica, siempre que dicho elemento no sea contrario a los derechos que consagra la CDN o que tengan un efecto negativo (Comité DN 2013: 13).

Se entiende de los considerandos 49 y 52 de la Observación General 14 del Comité DN que los elementos propuestos por este Comité deberán estar presentes al momento de la evaluación y la determinación del interés superior del menor de edad.

La única precisión es que la evaluación de su interés superior estará enfocada en la búsqueda de los antecedentes que rodean al caso en particular y la determinación de dicho interés se enfocará en la ponderación de esos antecedentes (Rivas 2015:63).

El cuadro señala los elementos que guiarán al juez de familia para evaluar y determinar el interés superior del menor de edad:

Elementos	CDN	Legislación nacional
Opinión del menor de edad	Artículo 12	Artículos 9 y 85 CNA Artículo 9.1. Reglamento de la Ley 30466
Identidad del menor de edad	Artículo 8.1, 8.2. y 29.c.	Artículo 6 CNA Artículo 9.2. Reglamento de la Ley 30466
Preservación del entorno familiar y mantenimiento de relaciones	Artículo 8.1.	Artículo 8 y 84 CNA Artículo 9.3. Reglamento de la Ley 30466
Cuidado, protección y seguridad del menor de edad	Artículo 3.2.	Artículo 25 CNA Artículo 9.4. Reglamento de la Ley 30466
Situación de vulnerabilidad del menor de edad	Preámbulo	Artículo 4 y 23 CNA Artículo 9.5. Reglamento de la Ley 30466
Derecho a la salud	Artículo 24	Artículo 21 CNA Título III, Capítulo I Reglamento de la Ley 30466
Derecho a la educación	Artículo 28	Artículo 14 CNA Título III, Capítulo II Reglamento de la Ley 30466

2.5.1.1. La opinión del niño, niña y adolescente

El Comité DN ha sido enfático al señalar que solo si se toma en cuenta la opinión del menor de edad se estará respetando la posibilidad de que participe en la evaluación y la determinación de su interés superior (2013:13-14).

Por ello, en los procesos judiciales de tenencia, el llamado a escuchar al menor de edad y a tomar en cuenta su opinión será el juez de familia, opinión que podrá conocer a través de una entrevista directa o del informe emitido por el equipo multidisciplinario, dependerá de cada caso en concreto.

Las opiniones y percepciones expresadas por el menor de edad deben ser tomadas en cuenta de manera seria y no solamente como insumos superficiales o como parte de un proceso judicial, ello implica que sean recogidas, sistematizadas y analizadas por la autoridad llamada a decidir (UNICEF 2014: 168) y por el equipo multidisciplinario, al momento de tomar una decisión que involucre y afecte a un menor de edad.

En esta línea, el Comité DN en su Observación General 14, precisa que

54. El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes razonables⁵⁰ y prestar de apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior (2013: 13).

El numeral 1 del artículo 12 de la CDN ha contemplado la obligación de los Estados Parte de garantizar⁵¹ el derecho de cada menor de edad de

⁵⁰ Véase la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 2: "Por 'ajustes razonables' se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar [...] el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás personas, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

⁵¹ El Comité DN señala que "[...] los Estados partes tienen la obligación irrestricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan

expresar sus opiniones libremente y que sean tomadas en cuenta, de acuerdo a su edad y madurez. Por ello, el Comité DN en su Observación General 12 ha instado a los Estados Parte a que:

[...] presten especial atención al derecho de la niña a ser escuchada, recibir apoyo, si lo necesita, para expresar su opinión y para que esta se tenga debidamente en cuenta, dado que los estereotipos de género y los valores patriarcales perjudican e imponen graves limitaciones a las niñas en el disfrute del derecho enunciado en el artículo 12 (2009: 20).

Para garantizar que el niño, niña y adolescente exprese sus opiniones libremente es importante la actuación del equipo multidisciplinario en los procesos judiciales de tenencia a efectos de que detecte si existe algún elemento que obstaculice la efectividad de dicho derecho.

Un ejemplo claro de ello es el Síndrome de Alienación Parental (SAP) que es el “[...] resultado de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del padre o de la madre víctima de alineación” (Fernández 2017: 224).

Usualmente se ha identificado al SAP como el rechazo que muestra un menor de edad respecto de uno de sus padres y que ha sido causado por la influencia negativa del otro padre. Es importante mencionar que el SAP está referido estrictamente al rechazo injustificado que muestra el menor de edad como consecuencia de la manipulación de la que ha sido víctima, y será el equipo multidisciplinario el encargado de verificar si se presenta este supuesto en un caso en concreto.

Sin embargo, el rechazo de un hijo hacia uno de sus padres también puede ser justificado; por ejemplo, si el hijo ha presenciado el maltrato físico y psicológico hacia el otro padre, si ha sido víctima de violencia psicológica y

mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones” (2009: 9).

física por el padre al que rechaza, si es una reacción que es consecuencia del divorcio de sus padres o si el padre rechazado no muestra preocupación por el hijo, entre otros supuestos que deben ser analizados. En estos casos no se puede hablar de la existencia del SAP.

2.5.1.2. La identidad del niño, niña y adolescente

El artículo 8 de la CDN señala que es una obligación de los Estados Parte respetar el derecho del menor de edad a preservar su identidad; por ello, dicho derecho deberá ser respetado y tomado en cuenta al momento de evaluar y determinar el interés superior.

La identidad comprende características como “[...] el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad” (Comité DN 2013: 14).

Como los menores de edad no son un grupo homogéneo, la diversidad deberá tomarse en cuenta al evaluar y determinar su interés superior sin dejar de lado que la identidad se encuentra en constante evolución a lo largo de su desarrollo (Comité DN 2013:14; Alegre 2014:22). Por ello, corresponde al juez de familia y a su equipo multidisciplinario tener en cuenta el contexto específico en el que se desarrolla el menor de edad.

Un aspecto importante a considerar en un escenario de separación de los padres o de divorcio es la identidad religiosa y cultural. De acuerdo al numeral 3 del artículo 20 de la CDN, el Estado Parte deberá prestar atención a la conveniencia de la continuidad en la educación del menor de edad y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, siempre que no contravenga los derechos que garantiza la CDN.

No obstante, si estos valores y prácticas religiosas y culturales son incompatibles con los derechos garantizados por la CDN, se concluirá que no responden al interés superior del menor de edad; y, por tanto, no serán tomados en cuenta al resolver el caso en concreto.

Así, “[...] la identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención” (Comité DN 2013:14).

Respecto a este punto, a través de la jurisprudencia española se ha planteado la prohibición de discriminar al padre debido a sus convicciones religiosas como es el caso de los Testigos de Jehová y se ha instaurado medidas para evitar que las creencias de los padres afecten el desarrollo de los hijos (Ortega 2002:97-98).

De la misma manera, un tribunal británico ha considerado que, en principio, el hecho de que el padre sea Testigo de Jehová no perjudica el interés superior de su hijo, siempre que muestre una actitud adecuada y garantice que podrá recibir una transfusión de sangre cuando lo necesite y se relacione con parientes que no compartan dicha creencia religiosa (Ortega 2002:97-98).

2.5.1.3. La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares

La conservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones personales del menor de edad son aspectos trascendentales que los jueces de familia deben tener en cuenta al momento de realizar la evaluación y determinación del interés superior del niño, niña y adolescente.

El Comité DN enfatiza la importancia de preservar la conservación familiar y prevenir su separación, ya que el interés superior del menor de edad será más fácil de satisfacer si permanece con su familia, siempre que sea en su beneficio.

Esto se fundamenta en que los padres tienen la “[...] responsabilidad conjunta de la crianza del niño y son los responsables principales de la educación y desarrollo del mismo. El rol de la familia es fundamental para el

proceso de socialización y para la relación con el entorno externo“(Constanza 2013: 2).

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que el menor de edad “[...] tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros [...]” (2009: FJ 15).

Por ello, la Corte IDH en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, sostiene que la “[...] convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal” (2012c: FJ 47). La Corte IDH en este pronunciamiento entiende que los jueces deben priorizar que los menores se mantengan en su núcleo familiar, es decir, convivan con sus padres.

Cuando los padres se separan y tienen hijos de por medio, la nueva familia estará conformada por los hermanos por lo que se debe procurar que se mantengan juntos. Se ha demostrado que la cercanía de los hermanos en momentos difíciles como es el divorcio o la separación de los padres es beneficioso para aquellos, pues en esas circunstancias los hermanos se brindan apoyo emocional, el contacto entre ellos ayuda a prevenir los problemas de adaptación y están más preparados para superar los rechazos (Shaffer 2000: 575). En caso el juez de familia no pueda decidir en este sentido, es importante que disponga las medidas necesarias para que el vínculo entre hermanos se conserve y se fortalezca. En la medida de lo posible, se deberá procurar conservar unidos a los hermanos teniendo en cuenta sus opiniones, pues podrán protegerse, cuidarse y consolarse mutuamente en tiempos difíciles (divorcio de sus padres).

El Comité DN es enfático al señalar que los motivos económicos como la pobreza material o las condiciones directamente relacionadas con ésta y la discapacidad del menor de edad o de alguno de los padres no será justificación para que se separe al menor de edad de aquellos, a menos que con dicha medida se evite el abandono del niño, niña y adolescente o si su seguridad se encuentra en riesgo⁵² (2013:14).

Asimismo, cuando un juez de familia deba decidir sobre la tenencia de un niño, niña y adolescente, se le exigirá que evalúe las relaciones que tiene con su entorno: abuelos, tíos, primos, con la escuela, entre otros; y, la capacidad de los padres del menor de edad de garantizar que dichas relaciones se mantengan. En ese caso, tendrán que velar porque el menor de edad mantenga una relación fluida con ambos padres, su familia extensa (abuelos, tíos, primos, entre otros) y personas con las que tenga un vínculo personal estrecha a través del establecimiento de un régimen de visitas, siempre que sea acorde con su interés superior.

Para que se adopten decisiones respecto a la regularidad y duración de las visitas y otras formas de contacto se deberá tener presente la calidad de relación que existe entre dicha persona y el menor de edad y si es necesario que se conserve.

2.5.1.4. El cuidado, protección y seguridad del niño, niña y adolescente

Es una obligación de los Estados Parte asegurarle al menor de edad la protección y el cuidado necesarios para garantizar su bienestar, así lo ha establecido el artículo 3 numeral 2 de la CDN; por ello, en un proceso judicial de tenencia, el juez de familia deberá tener en cuenta estos aspectos al momento de evaluar y determinar su interés superior.

⁵² Como una medida previa que garantiza la preservación del entorno familiar se señala la obligación del Estado Parte de generar las condiciones necesarias que faculden a ambos padres del menor de edad a cumplir con sus “[...] responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño” (Comité DN 2013:14).

El Comité DN considera importante analizar el cuidado y la protección del niño, niña y adolescente en un sentido amplio que implica protegerlo de los daños que podrían ocasionarle sus padres o terceros; y, garantizarle su bienestar y desarrollo (2013: 16). En este caso, es necesario que el juez de familia analice no solo a los padres sino también a los integrantes de la familia extensa y a terceros cercanos, pues el comportamiento de ellos influirá en el desarrollo integral del menor de edad.

Además, al momento de realizar la evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente, se debe tener en cuenta su seguridad que es entendida como el “[...] derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (art. 19), el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes⁵³, así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación [...]” (Comité DN 2013: 16).

Finalmente, el Comité DN considera que se debe tomar en cuenta el principio de precaución que exige valorar los posibles riesgos, daños futuros y las consecuencias que la decisión puede tener sobre la seguridad del menor de edad (2013: 16). De esta manera, se asegura su bienestar.

2.5.1.5. La situación de vulnerabilidad del niño, niña y adolescente

Según el Comité DN, las situaciones de vulnerabilidad del niño, niña y adolescente están referidas, entre otros supuestos, a que tenga alguna discapacidad, pertenezca a un grupo minoritario, sea migrante, refugiado o solicitante de asilo, viva en la calle o sea víctima de malos tratos. En estos casos, el objetivo de la determinación de su interés superior no solo implica el pleno disfrute de sus derechos consagrados en la CDN sino en otras normas de derechos humanos (2013: 13, 16-17).

⁵³ Observación General 13 del Comité DN (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

Por ello, el juez de familia debe tomar en cuenta que el interés superior del niño, niña y adolescente será diferente en cada tipo o grado de vulnerabilidad en la que se encuentre, pues cada realidad es única; por tanto, es necesario que sea consciente de ello.

2.5.1.6. El derecho a la salud del niño, niña y adolescente

Proteger la salud de los menores de edad es importante porque es la base para que se desarrollen de manera integral; por ello, es responsabilidad del Estado y de la familia asegurarles una buena salud física y mental.

Por su parte, el Comité DN considera que la obligación de los Estados es asegurar que los menores de edad “[...] tengan acceso a información adecuada que sea esencial para su salud y desarrollo a fin de que puedan elegir comportamientos de salud adecuados” (2013: 17).

La interrelación entre el derecho a la salud de los menores de edad y su interés superior es tratada en el fundamento 78 de la Observación General 14 del Comité DN en dos casos específicos: **(i)** deberá evaluarse dicho interés antes de tomar una decisión cuando los menores de edad con trastornos psicosociales requieran de hospitalización o internamiento en un centro médico, en este caso su opinión deberá tomarse en cuenta; y, **(ii)** los menores de edad con posibilidades de tratamiento de su enfermedad serán informados de las ventajas y desventajas, pues la decisión debe respetar su interés superior y su opinión en función de su edad y madurez expresado a través de su consentimiento.

2.5.1.7. El derecho a la educación del niño, niña y adolescente

Las decisiones relacionadas con un menor de edad deben respetar su interés superior respecto a su educación, pues es importante que reciba por parte del Estado una educación gratuita y de calidad. Por ello, para promover una educación de calidad, el Comité DN recomienda que los Estados Parte: **(i)** cuenten con docentes y otros profesionales relacionados con la

educación, debidamente capacitados; y, **(ii)** brinden a los menores de edad un entorno propicio para su aprendizaje (2013: 17).

Asimismo, es obligación de la familia de los menores de edad, específicamente de los padres inscribirlos en la escuela; y, e impulsar su desarrollo integral a través de otras actividades.

2.5.2. Evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente

A pesar de que no ha sido precisado por el Comité DN, la evaluación implica que se analicen todos los elementos que rodean a un menor de edad para comprender su situación de una manera completa. Este paso es fundamental porque permite contar con las herramientas suficientes para luego determinar el interés superior del niño, niña y adolescente.

La evaluación es una actividad que realizará el juez de familia teniendo en cuenta las circunstancias específicas en las que cada menor de edad se encuentra y consiste en “[...] valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño” (Comité DN 2013: 12).

Los elementos están referidos a las circunstancias específicas que se encuentran circunscritas a las características de cada menor de edad como “[...] la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño [...]” (Comité DN 2013: 12).

Por ejemplo, en un proceso judicial de tenencia, el juez de familia deberá evaluar la edad y el sexo de los hijos, si conviven con ambos padres, con uno de ellos o con ninguno; la calidad de relación que existe entre el menor de edad y sus padres, así como la relación que existe entre el menor de edad, sus hermanos y su familia; entre otros.

Para la evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente es necesario que se realicen: **(i)** entrevistas al menor de edad involucrado para conocer su opinión; **(ii)** entrevistas a sus padres y cuidadores; **(iii)** entrevistas a sus familiares cercanos; y, **(iv)** visitas al hogar del menor de edad para conocer la situación en la que vive y a la residencia de sus padres, muchas de estas actividades serán realizadas por el equipo multidisciplinario.

El Comité DN ha sido enfático al señalar que cuando los elementos de la evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente entren en conflicto al momento que se analice el caso y las circunstancias, tendrán que ser ponderados para que se determine una solución que atienda mejor a su interés superior; dicha ponderación se realizará teniendo en cuenta que el objetivo del interés superior es garantizar el disfrute pleno de sus derechos y su desarrollo integral⁵⁴. Por ejemplo, si la preservación del entorno familiar choca con la necesidad de proteger al menor de edad del riesgo que sea violentado o maltratado por sus padres (2013: 18).

En ese sentido, la búsqueda del equilibrio entre los elementos que ayudarán a evaluar el interés superior del menor de edad debe realizarse con el mayor cuidado posible y responsabilidad, ya que la decisión a la que arribe el juez de familia tendrá efectos innegables en la vida del menor de edad involucrado en un proceso judicial de tenencia.

2.5.3. Determinación del interés superior del niño, niña y adolescente

Se entiende por determinación del interés superior del menor de edad a un proceso estructurado y con las garantías procesales que se realiza teniendo como base la evaluación de dicho interés. La determinación empieza con el análisis de las circunstancias particulares que rodean al menor de edad, para luego ponderar

⁵⁴ Es acertado que el Comité DN no haya regulado los pasos a seguir en la ponderación de elementos, pues así permite que cada Estado pueda regularlo de manera interna y de acuerdo a su realidad y características propias, siempre bajo las directrices de la CDN. Lo primero que se debe hacer es intentar armonizar los derechos en conflicto, en caso persista esta situación se deberá aplicar el test de proporcionalidad, en el caso peruano.

qué elementos se van a utilizar o no, la finalidad primordial será proteger al menor de edad (Comité DN 2013: 12-13).

La característica diferencial de la evaluación y la determinación es que en la segunda se procede a seleccionar los elementos, previamente evaluados, que van a ser determinantes para que el juez de familia pueda tomar una decisión en la que se involucre a un menor de edad en particular.

En esa línea, la Corte IDH en el Caso Fornerón e hija vs. Argentina precisa que la determinación de dicho interés deberá estar enfocada en analizar la situación particular del menor de edad y proteger los derechos del menor de edad. Así, señala que:

En primer lugar, el Estado debe partir de la realización de un análisis casuístico, lo cual implica que las necesidades e intereses actuales de la niña deben ser determinados mediante el análisis calificado de personas especializadas que consideren diversos factores individualizados, como su madurez o las experiencias vividas hasta el presente. Segundo, el Estado debe garantizar efectivamente el derecho de la niña a ser escuchada en el procedimiento correspondiente, debiendo determinar previamente la metodología y el medio más adecuado para que pueda expresar su opinión conforme a su edad y madurez. En tercer lugar, el Estado debe asegurar efectivamente diversas condiciones y garantías de debido proceso al llevar a cabo el procedimiento para determinar el régimen de relacionamiento más adecuado entre el señor Fornerón y la niña (2012c: FJ 151).

Adicionalmente, en los procesos de tenencia de menores de edad, la Corte IDH en los casos Atala Riffo y niñas vs. Chile y Fornerón e hija vs. Argentina, sostiene que para la determinación del interés superior del niño, niña y adolescente se deberá evaluar el comportamiento de los padres y las consecuencias que éste genera en el desarrollo de sus hijos, se cita el segundo caso:

[...] la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las

especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (2012c: 19).

Asimismo, la CIDH ha precisado que la determinación del interés superior debe sustentarse en un análisis razonado y justificarse en la protección de los derechos del menor de edad. Para tal efecto, debe acreditarse la existencia de un procedimiento y la documentación relevante y pertinente para el caso en particular (2013: 72).

2.6. Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño, niña y adolescente

Como en un proceso judicial de tenencia el juez de familia tomará una decisión que va a impactar en la vida presente y futura de un menor de edad es necesario que se encuentre garantizada la observancia de su derecho a que su interés superior sea una consideración primordial.

Para ello, los Estados Parte deben establecer y aplicar salvaguardias procesales diseñadas y adaptadas a la condición del niño, niña y adolescente para evaluar y determinar su interés superior. Este deber se sustenta en su dignidad, en su protección personal y en el efectivo goce y vigencia de todos sus derechos que le permiten su desarrollo integral.

En este contexto, la Corte IDH ha señalado que es indispensable: **(i)** reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a las diferentes situaciones en las que se encuentran las personas –incluido el niño, niña y adolescente– que participan en un proceso judicial; y, **(ii)** asegurar la adopción de medidas específicas tomando en cuenta las condiciones especiales de las personas para que gocen efectivamente de sus derechos y garantías (2002: 73).

Por ello, los Estados Parte deben asegurar que los procesos judiciales sean accesibles, apropiados y comprensibles para los menores de edad, rápidos, tramitados diligentemente y estar adaptados y centrados en sus necesidades y sus derechos con

el fin de garantizar su derecho a comprender y a participar en dichos procesos (CIDH 2013: 99; CIDH 2009:12).

Para que el juez de familia realice una adecuada evaluación y determinación del interés superior del menor de edad, es necesario que observe las siguientes garantías procesales durante todo el proceso judicial. Estas garantías también han sido recogidas en la Ley 30466 “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño” y su reglamento:

Garantías procesales	CDN	Legislación nacional
Derecho a expresar su opinión	Artículo 12	Artículos 9, 85 CNA Artículo 4.1. Ley 30466 Artículo 12.1. Reglamento de la Ley 30466
Determinación de los hechos	Artículo 40	Artículo 51 CPC Artículos 144 ⁵⁵ , 190, 216 CNA Artículo 4.2. Ley 30466 Artículo 12.2. Reglamento de la Ley 30466
Percepción del tiempo	Artículo 37	Artículo 87 CNA Artículo 4.3. Ley 30466 Artículo 12.3. Reglamento de la Ley 30466
Profesionales cualificados	-	Artículo X CNA Artículo 4.4. Ley 30466 Artículo 12.4. Reglamento de la Ley 30466
Representación letrada	Artículos 14 y 40	Artículo 146 CNA Artículo 4.5. Ley 30466 Artículo 12.5. Reglamento de la Ley 30466
Argumentación jurídica	-	Artículo 121 CPC Artículos 82, 86 CNA

⁵⁵ Competencia fiscal

		Artículo 4.6 Ley 30466 Artículo 12.6. Reglamento de la Ley 30466
Mecanismos para revisar las decisiones	-	Artículos 176, 364, 384 CPC Artículos 82, 86 CNA Artículo 4.7. Ley 30466 Artículo 12.7. Reglamento de la Ley 30466
Evaluación del impacto de los derechos	Artículos 19, 32, 39	Artículo 25 CNA Artículo 4.8. Ley 30466 Artículo 12.8. Reglamento de la Ley 30466

2.6.1. El derecho del niño, niña y adolescente a expresar su propia opinión

El Comité DN señala la importancia de la comunicación con el niño, niña y adolescente para que su participación sea provechosa y para determinar su interés superior; y, hace énfasis en informarle sobre las implicancias y soluciones del proceso en el que participa. Asimismo, considera que si la opinión del menor de edad se expresa a través de un representante se le exigirá que transmita sus opiniones tal cual han sido expresadas, que sea consciente de que representa solamente sus intereses; y, que tenga experiencia en el trabajo con niños, niñas y adolescentes (2009:12-13; 2013: 19).

Esta garantía procesal implica que se le brinde a dicho menor de edad un entorno y ambiente adecuados para que se exprese con total libertad y sin temores. Por ello, es necesario que los:

[...] elementos vinculados a la solemnidad y formalidades de los procedimientos que podrían resultar intimidatorios para el niño, como las salas del tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados, el lenguaje, entre otros elementos, deberán ser tomados en consideración a los efectos de hacer el ambiente lo más conductivo posible para el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos (CIDH 2013: 109).

En esa línea, la Corte IDH en el caso Fornerón e hija vs. Argentina, ha señalado que para determinar el interés superior del menor de edad, el Estado debe garantizar: **(i)** que acceda a la información necesaria para formarse un juicio propio, **(ii)** que se le proporcione un ambiente adecuado para que exprese sus opiniones de forma libre, conforme a su edad y madurez; y, **(iii)** que los jueces puedan acceder a la información trascendental del caso en concreto (2012c: FJ 152).

El Comité DN ha señalado cinco medidas para que se garantice la observancia del derecho del menor de edad a ser escuchado: **(i)** preparación, **(ii)** audiencia, **(iii)** evaluación de su capacidad, **(iv)** información sobre la consideración otorgada a sus opiniones y de los resultados; y, por último, **(v)** posibilidad de presentar quejas, vías de recurso y desagravio (2009:12-14):

- **Preparación:** es una obligación de los responsables de escuchar al menor de edad cerciorarse de que ha sido informado sobre su derecho a expresar o no sus opiniones en cualquier proceso o procedimiento (se le explicará de manera clara y concisa cómo, cuándo, dónde va a expresar sus opiniones y quiénes participarán); y, que puede expresarlas de manera directa o a través de un representante. En la medida de lo posible, se escuchará al menor de edad de manera directa.
- **Audiencia:** el contexto debe ser adecuado e inspirar confianza al menor de edad, pues de esta manera podrá estar seguro de que el responsable de la audiencia está presto a escucharlo y que va a tomar en cuenta sus opiniones.

Es recomendable que se realice a través de una conversación con el menor de edad (se evite realizar un examen unilateral) y, de ser posible, que sea escuchado en condiciones de confidencialidad y no en una audiencia pública.

- **Evaluación de la capacidad del menor de edad:** si después de un análisis realizado al menor de edad por parte del equipo multidisciplinario se

determina que se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio e independiente, entonces su opinión será tomada en cuenta.

Por ello, para que se evalúe su capacidad es necesario que cada Estado Parte se preocupe por tener un equipo multidisciplinario y las condiciones necesarias para que puedan realizar su trabajo de manera adecuada.

- **Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del menor de edad (comunicación de los resultados):** es necesario informarle sobre el resultado del proceso y cómo es que su opinión fue tomada en consideración. Dicha comunicación será una garantía de que se ha tomado en serio las opiniones que ha vertido y que puede tomar acciones al respecto.
- **Posibilidad de presentar quejas, vías de recurso y desagravio:** en caso el responsable no tome en cuenta la opinión del menor de edad en su decisión en la que estaba involucrado.

2.6.2. La determinación de los hechos

Los hechos y la información pertinente de cada caso deberán obtenerse a través de profesionales capacitados para reunir dichos elementos; y, luego analizados y verificados para que el juez de familia pueda evaluar el interés superior del niño, niña y adolescente.

La vía para que estos profesionales obtengan dicha información será a través de entrevistas realizadas al menor de edad, a personas cercanas, a testigos de ciertos incidentes, a personas que se encuentren en contacto diario con dicho menor, entre otros (Comité DN 2013: 19).

2.6.3. La percepción del tiempo

El tiempo es un factor importante que se debe tener en cuenta en todo proceso judicial en el que se encuentre involucrado un menor de edad, ya que no percibe

el paso del tiempo de la misma manera que los adultos. En ese sentido, es importante que el sistema judicial y sus integrantes (el juez, el equipo multidisciplinario, los fiscales, entre otros) prioricen dichos procesos para que se resuelvan en el menor tiempo posible, de esta manera se protege su interés superior; y, se evita causarle daños adversos (Comité DN 2013: 20).

Asimismo, se debe tener en cuenta que el “[...] momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión” (Comité DN 2013: 20).

La Corte IDH, en el Caso Fornerón e hija vs. Argentina, es enfática al señalar que el derecho de acceso a la justicia implica que se determinen los derechos del justiciable en un plazo razonable, de lo contrario se estaría violando las garantías judiciales, esta preocupación será mayor cuando se trata de menores de edad. Por ello, para valorar y determinar la razonabilidad del plazo en esos casos, se debe tener en cuenta la complejidad del asunto; la actividad procesal del interesado; la conducta de las autoridades judiciales; y, la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Así, concluye que como los procesos judiciales de tenencia y régimen de visitas no son inusuales para los Estados, será responsabilidad de las autoridades judiciales agilizarlos y, en todo caso, impulsarlos de oficio. En estos casos no será una justificación válida que se alegue la falta de personal o que existe una sobrecarga de casos por resolver (2012c: 24 - 26).

Por ello, no será suficiente que se haga referencia a los plazos de los procesos judiciales o procedimientos en una norma determinada, sino que los Estados inviertan en brindarles a los trabajadores oficinas con una infraestructura adecuada, capacitarlos de manera periódica, contratar el personal suficiente con salarios adecuados y les brinden los materiales de trabajo suficientes para que cumplan con sus labores.

Finalmente, el cumplimiento de los plazos establecidos en una norma para se tramiten los procesos y se resuelvan, de ninguna manera admite la posibilidad de no respetar las demás garantías procesales como el derecho del menor de edad a ser escuchado ni mucho menos que la decisión final no tenga en cuenta los informes emitidos por los equipos multidisciplinarios.

2.6.4. Los profesionales cualificados

El Comité DN considera que las características propias y necesidades de cada niño, niña y adolescente podrán ser analizadas y evaluadas, de forma adecuada y objetiva, por profesionales especializados y expertos en el desarrollo del menor de edad y en el ámbito social. En la medida de lo posible sugiere que en la evaluación de su interés superior participe un equipo multidisciplinario, pues las consecuencias de cada solución que se plantee tienen que ser analizadas desde diferentes puntos de vista: el derecho, la psicología, la salud, entre otros (2013: 20).

Se recomienda que como mínimo los miembros del equipo multidisciplinario sean: **(i)** psicólogos infantiles para que estudien los comportamientos de los niños, niñas y adolescentes desde sus características cognitivas, motores, lingüísticos, perceptivos, emocionales y sociales; **(ii)** psicoterapeutas para que determinen, evalúen y generen los cambios necesarios para el mejor desarrollo de su personalidad; y, **(iii)** trabajadores sociales para que describan los aspectos socioeconómicos en el que se desenvuelve el menor de edad y su familia (López 2015: 66).

Dentro de este equipo de profesionales se encuentran los jueces de familia que deberán ser especialistas en asuntos de niñez y adolescencia y estar debidamente capacitados, de esta manera contarán con los conocimientos y las habilidades necesarias para tomar una decisión adecuada.

Como bien señala la Corte IDH, si los jueces de familia no cuentan con la capacitación suficiente sobre el interés superior del menor de edad y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos, no tendría

sentido disponer de protecciones y garantías judiciales para los niños, niñas y adolescentes, pues no sabrán cómo aplicarlas en un caso concreto (2002: 68).

En ese sentido, la CIDH también considera importante que se capacite a las autoridades administrativas y judiciales en lo relativo al derecho del menor de edad a ser escuchado, así como la presencia de personal especializado que pueda prestar el apoyo necesario al menor de edad para la adecuada comprensión de todos los aspectos derivados de su participación en el proceso, y de ese modo garantizar adecuadamente su derecho a ser escuchado (2013: 109).

El apoyo y soporte de profesionales expertos en menores de edad se traduce en una determinación correcta de los hechos del caso en específico y del entorno social y familiar que los rodea, dado que su evaluación involucra mantener entrevistas con personas cercanas al menor de edad, que estén en contacto con él o testigos de determinados incidentes.

Por ello, la evaluación realizada por los profesionales será sobre: **(i)** las circunstancias y condiciones que envuelven al menor de edad y a su familia; **(ii)** el efecto que tienen las circunstancias que rodean al menor de edad en su bienestar y sus derechos; y, **(iii)** los factores de riesgo y de protección para el menor de edad, deberá “[...] conducirse en base a criterios técnicos y objetivos pre-establecidos en la normativa, a fin de poder determinar de modo razonado y justificado la necesidad de la medida y la idoneidad de su contenido” (CIDH 2013: 67, 76 y 86).

La participación de dichos especialistas será necesaria para que se conozca la situación de los menores de edad (los riesgos a los que se encuentra expuesto y los que pueden sobrevenir; la relación con su familia, su situación social, económica, afectiva, entre otros) y para que se analicen las ventajas y desventajas de las posibles soluciones del caso concreto, con la finalidad de que el juez de familia pueda determinar lo más beneficioso para el menor de edad.

En un proceso judicial de tenencia, el juez ordenará que el menor de edad así como sus padres sean evaluados por un equipo multidisciplinario que se

encuentra conformado por médicos, asistentes sociales y psicólogos, tal como lo señala el artículo 149 del CNA.

De acuerdo a los artículos 150 y 175 del CNA, cada especialista que conforma este equipo tendrá la obligación de emitir un informe con su opinión sobre la situación específica del menor de edad y otros aspectos relacionados al caso, cuando el juez así lo solicite. Estos informes son sumamente importante pues permiten al juez conocer de cerca los hechos del caso y la situación concreta, y serán tomados en cuenta por para emitir la sentencia respetando y asegurando los derechos del menor de edad involucrado.

El presupuesto para emitir una decisión acorde con los derechos del menor de edad es que las personas involucradas se encuentren debidamente capacitadas en temas de niñez y adolescencia. Para tal efecto, es necesario que se fortalezca e invierta los planes de capacitación de carácter integral y sistemáticos con énfasis en esta materia.

2.6.5. La representación letrada

Durante el desarrollo de un proceso judicial cada parte defenderá sus derechos a través de un abogado, con mucha más razón el niño, niña y adolescente se debe encontrar en la posibilidad de defender su opinión y sus derechos; por ello, es necesario que cuente con su propia representación letrada.

El Comité DN señala que el niño, niña y adolescente va a necesitar de una representación letrada cuando su interés se evalúe y determine en un proceso judicial o administrativo, en caso exista un conflicto entre las partes al momento de determinar su interés superior necesitará además de un curador o representante de su opinión (2013: 20).

No obstante, en el Perú, los menores de edad no son parte en los procesos judiciales de tenencia por lo que no necesitará de representación letrada. Sin perjuicio de ello, es necesario que los abogados de las partes que pretenden su

tenencia actúen conforme a los preceptos legales y éticos que se le exige su profesión.

Ello implica que eviten, en la medida de lo posible, realizar acciones innecesarias que dilaten el proceso en perjuicio del menor de edad. Asimismo, una obligación adicional es explicarle a su cliente que los procesos de tenencia no son una guerra entre los padres y que el “trofeo” es el menor de edad, sino que a través de dicho proceso la decisión que tome el juez deba asegurar su desarrollo integral.

2.6.6. La argumentación jurídica

Esta garantía está referida a la obligación que tiene la autoridad de exponer los motivos que sustentan su decisión en un caso concreto, de esta manera podrá demostrar que ha respetado el derecho del menor de edad a que su interés sea evaluado y que dicho interés fue una consideración primordial. En ese sentido, todas sus decisiones deberán estar motivadas, justificadas y explicadas (Comité DN 2013: 20).

La Corte IDH ha enfatizado que toda decisión que afecte al menor de edad deberá estar “[...] motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad” (2002: 78).

En caso la decisión difiera de la opinión expresada por el menor de edad, deberá señalarse con claridad por qué se tomó esa decisión. De la misma manera, si esa decisión no atiende a su interés superior, deberá explicarse qué otras consideraciones prevalecieron sobre dicho interés y los motivos por los cuales esas consideraciones tuvieron más peso (Comité DN 2013: 20-21).

La argumentación jurídica realizada por el juez de familia es sumamente importante para entender por qué tomó una decisión, conocer las razones por las cuales dicha decisión es la más adecuada para el menor de edad y verificar que se basa en el interés superior del niño, niña y adolescente.

Por ello, se le debe exigir que incluya, de manera explícita, en su motivación lo siguiente (Comité DN 2013: 20):

- (i) las circunstancias de hecho que se encuentren relacionadas con la situación específica del menor de edad,
- (ii) los elementos que ha considerado para realizar la evaluación del interés superior del menor de edad,
- (iii) el contenido que le ha otorgado a los elementos que ha considerado para realizar la evaluación del interés superior del menor de edad; y,
- (iv) cómo ha ponderado los elementos para determinar el interés superior del menor de edad.

No se trata de que el juez de familia solamente haga referencia al interés superior del niño, niña y adolescente sino que señale las razones que sustentan su decisión y explique cómo asegura su desarrollo integral, haciendo referencia a las circunstancias concretas en las que vive y a la información detallada en los informes realizados por el equipo multidisciplinario.

Asimismo, será indispensable que explique “[...] la “adecuación o relación de causalidad” entre las decisiones adoptadas y la mención al interés superior del niño” (CIDH 2013: 73); y, defina de “[...] manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño” (Corte IDH 2012a: 43).

Finalmente, el interés superior del menor de edad no puede alegarse para intentar justificar decisiones que discriminan⁵⁶ a uno de los padres en beneficio del otro y que están basadas en presunciones, estereotipos y prejuicios. Así, no es factible que las decisiones judiciales sobre el otorgamiento de tenencia discriminen por

⁵⁶ La Corte IDH en el Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile considera que “[u]na determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño” (2012a: 39).

pobreza, discapacidad, por razones de orientación sexual⁵⁷, estado civil⁵⁸, ni por la forma en que una familia está conformada (familia monoparental)⁵⁹. La Corte IDH en el Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile opina en ese sentido y señala que:

[...] al ser, en abstracto, el «interés superior del niño» un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona (Corte IDH 2012a: 39).

Por ello, no es adecuado que los jueces de familia fundamenten su decisión en dichas consideraciones discriminatorias sin haberse realizado, previamente, un análisis que acredite que alguna de ellas pueda ocasionar un riesgo o daño real sobre los menores de edad.

2.6.7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones

El Comité DN considera que es necesario que se establezca en los ordenamientos jurídicos de cada Estado Parte los mecanismos necesarios para que se revisen las decisiones que involucran al menor de edad, cuando se considera que dicha decisión no se ajusta a la evaluación y determinación de su interés superior. Por ello, es importante que se informe al menor de edad o a su representante jurídico los mecanismos a los que podrá tener acceso (2013: 21).

⁵⁷ La Corte IDH en el Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile ha señalado que “[...] un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un «daño» válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad (2012a: 42).

⁵⁸ La Corte IDH en el Caso Fornerón e hija vs. Argentina ha señalado que “[...] el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia” (2012c: FJ 99).

⁵⁹ La Corte IDH en el Caso Fornerón e hija vs. Argentina ha señalado que “[...] no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas (2012c: FJ 98).

2.6.8. La evaluación del impacto en los derechos del niño, niña y adolescente

En toda decisión tomada en la que se encuentre involucrado un menor de edad se debe procurar que el impacto sea, en la medida de lo posible, positivo y atienda a su interés superior, ya que influirá en su vida. De esta manera se previene que la decisión le ocasione un daño irreparable.

Por ello, debe existir una evaluación permanente del impacto de las medidas en los derechos de los menores de edad, es decir el juez de familia tendrá la obligación de evaluar sus decisiones teniendo en cuenta dos momentos: el presente y el futuro.

Esa evaluación del impacto en la vida del menor de edad se encuentra relacionada con la predictibilidad de la decisión que tome la autoridad, ya que este último concepto, como señala el autor López, consiste en “[...] tratar de predecir la situación o condición futura de los niños, niñas y adolescentes, en cada caso concreto, por lo que en toda decisión judicial o administrativa se deberá valorar las condiciones futuras que sopesarán sobre ellos y ellas” (2015: 65).

En esa línea, el autor Zermatten indica que resulta imprescindible conectar el concepto de interés superior del menor de edad con el concepto de predictibilidad, ya que esta última es:

[...] la toma de conciencia del interés superior del niño no solamente en el momento en el que la decisión debe ser tomada, sino también en la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas. Esto parece particularmente importante en un dominio, la infancia, donde las situaciones por definición evolucionan rápidamente y donde parece ciertamente necesario actuar en el momento, aunque preservando, tanto como sea posible, el porvenir (2003: 14).

A modo de resumen, conviene recordar que:

1. Los desarrollos descritos en el numeral 1 del artículo 27 de la CDN deberán tenerse en cuenta, como mínimo, por los jueces de familia en cada decisión que tomen, y al momento de evaluar y determinar el interés superior del niño, niña y adolescente en los procesos judiciales de tenencia.

2. La finalidad del desarrollo integral es que el menor de edad pueda desenvolverse, de manera plena, en todos los ámbitos de su vida; por ello, para garantizar dicho desarrollo en las decisiones judiciales es necesario: **(i)** conocer y tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes; y, **(ii)** determinar el mejor entorno familiar, social y educativo para estos.
3. La patria potestad, la tenencia y el régimen de visitas tienen como finalidad asegurar el desarrollo integral de los menores de edad.
4. La aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente garantiza que ejerzan sus derechos de manera plena y logren su desarrollo integral. Para que dicha garantía se haga efectiva es necesario que en cada caso en concreto el juez de familia evalúe y determine su interés superior antes de que tome una decisión que lo involucre: por ejemplo, decida sobre su tenencia.
5. La evaluación y determinación del interés superior del niño, niña y adolescente dependen del previo análisis de los elementos que rodean al caso en concreto. Estos elementos son: opinión del menor de edad, su identidad, preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, su derecho a la salud; y, a la educación.
6. La característica diferencial de la evaluación y la determinación es que en la segunda se procede a seleccionar los elementos, previamente evaluados, que van a ser determinantes para que el juez de familia pueda tomar una decisión en la que se involucre a un menor de edad en particular.
7. Las garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño, niña y adolescente son salvaguardias procesales diseñadas y adaptadas a su condición para evaluar y determinar su interés superior. Este deber se sustenta en su dignidad, en su protección personal y en el efectivo goce y vigencia de todos sus derechos que le permiten su desarrollo integral,

y debe estar presente durante toda la tramitación del proceso judicial de tenencia.



CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE UNA SELECCIÓN ALEATORIA DE RESOLUCIONES DE VISTA Y CASACIONES PERUANAS SOBRE PROCESOS DE TENENCIA

Se ha seleccionado aleatoriamente un grupo de resoluciones de vista y casaciones con la finalidad de conocer: (i) los criterios que utilizan los jueces de familia y los magistrados del Poder Judicial para resolver un proceso de tenencia, tomando en consideración el interés superior del menor de edad; y, (ii) las deficiencias que se evidencian en su análisis.

Para realizar dicho análisis, se ha tomado una muestra de dieciocho (18) resoluciones de vista y casaciones: ocho (8) resoluciones de vista emitidas por la Corte Superior de Justicia de Lima, de Arequipa y del Santa; cuatro (4) casaciones emitidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República; y, seis (6) casaciones emitidas por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que son detalladas a continuación:

Nº	Órgano resolutor	Año de emisión	Expediente
1	Corte Superior de Justicia de Lima	1997	1517-1997
2	Corte Superior de Justicia de Arequipa	2008	663-2005
3	Corte Superior de Justicia de Lima	2010	1381-2009
4	Corte Superior de Justicia de Lima	2010	1432-2009
5	Corte Superior de Justicia de Lima	2010	1398-2009
6	Corte Superior de Justicia de Lima	2011	327-2010
7	Corte Superior de Justicia del Santa	2013	12-2013
8	Corte Superior de Justicia del Santa	2013	27-2013
9		2008	1006-2007
10	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	2010	5200-2009
11		2011	1074-2011
12		2011	1612-2011
13		2002	3147-2001
14	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	2011	4881-2009
15		2011	2067-2010
16		2012	1821-2011

17		2012	4555-2011
18		2013	3619-2012

Las fuentes de información identificadas para la selección de las resoluciones de vista y las casaciones emitidas por el Poder Judicial son las siguientes:

- (i) los Boletines de Jurisprudencia⁶⁰ y Sentencias en Casación⁶¹ contenidas en la página web del Diario Oficial “El Peruano”⁶², cuya versión electrónica es de acceso gratuito.
- (ii) las Ejecutorias Relevantes⁶³ que se encuentran en la Jurisprudencia Sistematizada de la página web del Poder Judicial⁶⁴, cuyo acceso es gratuito para todos los ciudadanos.
- (iii) los buscadores de jurisprudencia como Diálogo con la Jurisprudencia⁶⁵ y Juriscivil⁶⁶, cuyo acceso está sujeto a una suscripción y a un pago periódico.

⁶⁰ Para información se puede acceder a esta página: <http://diariooficial.elperuano.pe/Jurisprudencia>

⁶¹ Para información se puede acceder a esta página: <http://diariooficial.elperuano.pe/Casaciones>

⁶² El Diario Oficial “El Peruano” tiene como función principal la publicación de leyes, actos, gastos y nombramientos que realiza el Estado. Asimismo, acompañados a este diario se publican, de manera periódica, Boletines de Jurisprudencia y Sentencias en Casación (EMPRESA PERUANA DE SERVICIOS EDITORIALES S.A.: s/f y CIUDADANOS AL DIA: 2004)

⁶³ Para información se puede acceder a esta página: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cijjuris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_resoluciones_relevantes/as_Familia/as_Tenencia_y_Custodia_de_Menor/

⁶⁴ El artículo 114 del Decreto Supremo 017-93-JUS, de fecha 28 de mayo de 1993, “Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, estableció dentro de las funciones del Centro de Investigaciones Judiciales “[...] el registro sistemático de las ejecutorias supremas que se produzcan a partir del 1º de Enero de 1992 y el movimiento estadístico del servicio judicial en Salas y Juzgados de toda la República”. En virtud de este mandato, los abogados del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial tienen la función de seleccionar y sistematizar las resoluciones emitidas por el Poder Judicial más importantes y ordenarlas por materia para su posterior publicación con fines académicos (JURISPRUDENCIA NACIONAL SISTEMATIZADA: s/f y PODER JUDICIAL DEL PERÚ: S/F).

⁶⁵ Para información se puede acceder a esta página: <http://www.dialogoconlaJurisprudencia.com/dialogo-gaceta/dj.php>

⁶⁶ Para información se puede acceder a esta página: <http://www.juriscivil.com/>

Dialogo con la jurisprudencia es una de las herramientas informáticas más importantes en la difusión de sentencias y resoluciones relevantes emitidas por diversos tribunales desde el año 1995. En dicha página web se encuentran resoluciones seleccionadas, sistematizadas y comentadas por especialistas en diversas materias (GACETA JURÍDICA: s/f).

Juriscivil.com es una herramienta informática, que se encuentra en funcionamiento desde abril del 2000, y contiene jurisprudencia en las materias civil, procesal civil y comercial de la Corte Suprema de Justicia de la República. Su objetivo es ayudar a los abogados y a las áreas legales de empresas a encontrar jurisprudencia con facilidad porque se encuentra completa, ordenada y contiene un resumen (JURISCIVIL.COM: s/f).

El periodo de búsqueda de las resoluciones de vista y casaciones se realizó entre enero y marzo de 2016, cubriéndose un período de 18 años: 1997-2015. El objetivo de las tesis era conocer cómo a través del tiempo los jueces de familia y los magistrados del Poder Judicial han resuelto los procesos de tenencia; por ello, se buscó jurisprudencia emitida entre 1995 y 2000 dentro del periodo en el que estuvo vigente el primer CNA; y, luego, entre agosto de 2000 hasta 2015 dentro del periodo de vigencia del CNA actual.

Durante el proceso de selección de las fuentes de información identificadas se presentaron algunas dificultades:

- (i) Boletines de Jurisprudencia y Sentencias en Casación de la página web del Diario Oficial “El Peruano”:

La información contenida en dicha página web no fue tomada en cuenta porque los boletines de jurisprudencia publicados no estaban relacionados con el tema de investigación y las casaciones no estaban ordenadas por materia, lo que no permitió una búsqueda eficiente.

- (ii) Ejecutorias Relevantes que se encuentran en la Jurisprudencia Sistematizada de la página web del Poder Judicial:

A la fecha de la revisión se obtuvo dos (2) casaciones relacionadas a tenencia e interés superior del menor de edad, lo que se consideró insuficiente por ser un número pequeño.

(iii) Buscadores de jurisprudencia como Juriscivil y Diálogo con la Jurisprudencia

Esta fue la principal fuente que se utilizó para la búsqueda y selección de resoluciones de vista y casaciones porque permitió visualizar la jurisprudencia en materia civil familiar, específicamente, en tenencia e interés superior del menor de edad de forma ordenada y completa.

- Juriscivil: tiene dos (2) formas de búsqueda de jurisprudencia: por buscador de palabras; y, por número de artículo del CNA y el CC, cada uno contiene varias resoluciones de vista y casaciones relacionadas.
- Diálogo con la Jurisprudencia: se puede utilizar el buscador de palabra como “tenencia” e “interés superior del niño”.

De la búsqueda en las fuentes de información se obtuvo en total cuarenta (40) resoluciones de vista y casaciones que hacían referencia a los términos “tenencia” e “interés superior del niño”. Para hacer una selección más exhaustiva se utilizaron los siguientes criterios:

- (i)** solamente se seleccionaron las resoluciones de vista y casaciones que resolvieron procesos de tenencia,
- (ii)** no se tomó en cuenta la jurisprudencia relacionada únicamente con patria potestad, régimen de visitas y violencia familiar; y,
- (iii)** no se tomó en cuenta el órgano emisor porque se realizó una elección aleatoria.

Finalmente, se obtuvo un grupo de dieciocho (18) resoluciones de vista y casaciones emitidas por el Poder Judicial que son analizadas de manera crítica en este capítulo.

Órgano emisor	Criterios legales	Criterios extra-legales positivos	Criterios extra-legales negativos
Corte Superior de Justicia	31	13	1
Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	6	1	1
Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	16	6	1
Grado de frecuencia de los criterios utilizados			

Como resultado del análisis, se ha comprobado que los jueces de familia y los magistrados del Poder Judicial resuelven los procesos de tenencia basándose en criterios legales y criterios extra-legales positivos y negativos, calificaciones otorgadas teniendo como base la protección de los derechos del menor de edad. En esta tesis se entiende como criterio extra-legal positivo al utilizado a favor de la protección de los derechos de los menores de edad, pero que no están contenidos en ninguna disposición legal de manera explícita. En cambio, el criterio extra-legal negativo no se encuentra contenido en ninguna disposición legal de manera explícita, no garantiza el desarrollo integral, ni favorece a la protección los derechos de los menores de edad. En el siguiente cuadro se muestran los siguientes resultados:

Del cuadro anterior se evidencia que:

1. Un factor común en las resoluciones de vista y las casaciones es que contienen diversos criterios. En efecto, para resolver los procesos de tenencia, las Cortes Superiores y la Corte Suprema no solo han tomado en cuenta un criterio sino que aplicaron varios a la vez para tener una visión completa del caso en particular.
2. Los criterios legales son utilizados con mayor grado de frecuencia por las Cortes Superiores y la Corte Suprema, lo cual evidencia su apego a la aplicación de la normativa vigente.
3. El segundo grupo de criterios utilizados con mayor grado de frecuencia por las Cortes Superiores y la Corte Suprema son los extra-legales positivos, lo cual

evidencia que no solo aplican las normas legales sino que también toman en cuenta otros factores que favorecen la protección de los derechos de los menores de edad y, para lograr dicho fin, a veces, esos factores no coinciden con lo señalado en la norma legal.

De ello se desprende que algunos jueces de familia y magistrados se encuentran sensibilizados con los temas de niñez y adolescencia y conocen la Doctrina de la Protección Integral, por ello, reconocen que los menores de edad son sujetos de derechos independientes de sus padres y que su atención es prioritaria en la resolución de los procesos de tenencia.

4. Los criterios utilizados con menor grado de frecuencia por las Cortes Superiores y la Corte Suprema son los extra-legales negativos, lo cual evidencia que la minoría de jueces de familia y magistrados aún tiene arraigada la concepción de la Doctrina de la Situación Irregular y, por tanto, consideran al menor de edad como un objeto. Asimismo, se evidencia que sus prejuicios influyen en la resolución de los procesos de tenencia.

El hallazgo más significativo en el análisis de las resoluciones de vista y las casaciones son los criterios extra-legales positivos utilizados en gran medida por los jueces de familia y los magistrados del Poder Judicial. Siendo los más importantes para las tesis los detallados en el siguiente cuadro:

“Principales criterios extra-legales positivos”

Criterio extra-legal positivo	Corte Superior de Justicia	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia	Grado de frecuencia de los criterios utilizados
Hermanos del mismo sexo y edad cercana deben desarrollarse juntos	1	0	0	1

Comparación de la situación de los padres	1	0	1	2
Se toma en cuenta la opinión de niños y niñas	2	0	0	2
Padre que mantenga a su hijo en buen estado de salud y brinde cuidados adecuados para su edad	0	1	1	2

Del cuadro anterior se evidencia que:

1. La Corte Superior muestra preocupación por incentivar y proteger el vínculo entre hermanos, pues ello influye en su normal desarrollo.
2. La Corte Superior y la Corte Suprema ven necesario que se analice la condición en la que se encuentran los padres (social y psicológica), a efectos de tener indicios de quien es el más adecuado para obtener la tenencia.
3. La Corte Superior y la Corte Suprema se preocupan en verificar si la opinión de los niños y las niñas se ha tomado en cuenta por las instancias anteriores, a pesar de lo establecido en el artículo 85 del CNA.
4. La Corte Suprema evidencia que el estado en el que se encuentra el hijo y la calidad de los cuidados que recibe por parte de su padre con el que convive son importantes para definir su tenencia.

Asimismo, los principales criterios extra-legales negativos encontrados en las resoluciones de vista y casaciones analizadas son los siguientes:

Criterio extra-legal negativo	Corte Superior de Justicia	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia	Grado de frecuencia de los criterios utilizados
Se otorga la tenencia de la hija a su madre, por ser del mismo género y por su corta edad	1	0	0	1
Se otorga la tenencia de la hija a la madre, si se encuentra próxima a la adolescencia y por ser del mismo género	0	1	0	1
Si la madre fallece y los abuelos maternos solicitan la tenencia de su nieto, se le otorga la tenencia del hijo al padre sobreviviente y no a los abuelos, sin tomar en cuenta su interés superior	0	0	1	1

Así, de las dieciocho (18) resoluciones de vista y casaciones analizadas se verificó que los jueces de familia y magistrados del Poder Judicial aplican diferentes criterios para resolver los procesos de tenencia: legales y extra-legales (positivos y negativos).

Sobre la aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente, si bien algunas decisiones adoptadas por los jueces de familia y los magistrados del Poder Judicial pueden resultar convenientes para los hijos, es necesario analizar la forma en cómo se aplicó el interés superior en cada caso en concreto. Si no se exige a los operadores de justicia aplicar, de manera adecuada, dicho interés superior, enfocándose en los derechos de los menores de edad, no se podrá asegurar que la decisión resguarde verdaderamente sus derechos.

Órgano emisor	Hace mención al interés superior del niño	Aplica el interés superior del niño
Corte Superior de Justicia	7	5
Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	4	3
Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	6	5

Luego, de un análisis crítico de cada resolución de vista y casación que resuelve un proceso de tenencia en particular, se ha verificado preocupantes deficiencias en desmedro de los derechos de los menores de edad, que serán detalladas en este capítulo. Hacer evidente estas deficiencias es de especial relevancia porque van en contra de las principales instituciones jurídicas que han sido materia de estudio en esta tesis.

Para efectos prácticos, se comentará, a través de cuadros resúmenes, los hallazgos obtenidos de la muestra, la cual ha sido clasificada por el tipo de órgano resolutor en cada proceso judicial resuelto, y cuyo análisis crítico se encuentra detallado en el Apéndice 1 de esta tesis. Como cada caso tiene sus especificidades, se han extraído las ideas generales para agruparlas:

- (i) los criterios utilizados en las resoluciones de vista y casaciones para resolver los procesos de tenencia,
- (ii) la aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente; y,
- (iii) las deficiencias detectadas en las resoluciones de vista y casaciones

3.1. Corte Superior de Justicia

3.1.1. Criterios analizados para otorgar la tenencia

3.1.1.1. Criterios legales

En las ocho (8) resoluciones de vista emitidas por la Corte Superior de Justicia de Lima, de Arequipa y del Santa se desprende que su decisión se fundamenta: **(i)** en el numeral 1 del artículo 3 de la CDN, cuyo alcance ha sido interpretado en la Observación General 14 del Comité DN, que en la fecha de las resoluciones aún no había sido publicada, por lo que podrían ser calificadas como visionarias, **(ii)** en los criterios señalados en los artículos 84 y 85 del CNA; y, **(iii)** en el criterio de la edad de los hijos señalado en el artículo 340 del CC.

Los criterios legales utilizados con mayor frecuencia para resolver los procesos de tenencia son: **(i)** la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones familiares, contemplados en la Observación General 14 del Comité DN; y, **(ii)** el literal a) del artículo 84 del CNA referido al mayor tiempo de convivencia entre padre e hijo siempre que le sea favorable al último.

Respecto al primer criterio, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares detallado en el Capítulo II en el punto antes mencionado, se evidencia que para las Cortes Superiores es sumamente importante conservar y fortalecer los vínculos familiares, pues ello ayuda a que el hijo se desarrolle de manera saludable y normal en un ambiente estable.

Respecto al segundo criterio, se evidencia que las cortes superiores valoran de sobremanera los vínculos establecidos entre padres e hijos reflejado en el tiempo de convivencia entre ambos, pues la separación podría generar a los hijos perjuicios emocionales, tal como se ha señalado en el Capítulo II en el punto 2.5.1.3.

A continuación se detallan los criterios legales aplicados en cada resolución de vista analizada, identificando el número de Expediente y el número de veces que fueron utilizados:

Criterios legales		Expediente	Grado de frecuencia
CDN Artículo 3.1 OG 14	Opinión del menor de edad ⁶⁷	1517-1997 ^{68 69} (dos hermanos: uno de 3 años y el otro no se especifica)	6
		1381-2009 ⁷⁰ (6 años)	
		1432-2009 (11 años)	
		1398-2009 (6 años)	
		327-2010 ⁷¹ (no se especifica edad)	
		27-2013 ⁷² (4 años)	

⁶⁷ Este criterio comprende dos posibilidades: (i) que se haya escuchado al menor de edad; y, (ii) que se haya escuchado y tomado en cuenta su opinión, de acuerdo con su edad y madurez. Dicha opinión no se va expresar solo a través de la palabra sino también a través de otras expresiones como el dibujo o los temores de los menores de edad.

⁶⁸ Se escuchó y tomó en cuenta la opinión del hermano mayor, cuya edad no se especifica; y, no se detalla si se escuchó la opinión del hermano menor de tres (3) años.

⁶⁹ Esta resolución de vista se emitió bajo la vigencia del primer CNA, cuyo artículo 93 establecía lo siguiente "El Juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente".

⁷⁰ Se escuchó y tomó en cuenta la opinión de la niña.

⁷¹ Se escuchó y tomó en cuenta la opinión de un menor de edad, cuya edad no se especifica.

⁷² Se escuchó la opinión de la niña.

	Preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones familiares	1517-1997	7	
		663-2005		
		1381-2009		
		1432-2009		
		1398-2009		
		327-2010		
		12-2013		
	Cuidado, protección y seguridad del menor de edad	1381-2009	1	
CNA	Artículo 84 a): mayor tiempo de convivencia, siempre que sea favorable al menor de edad	663-2005	7	
		1381-2009		
		1432-2009		
		1398-2009		
		327-2010		
		12-2013		
			27-2013	
	Artículo 84 c): establecimiento del régimen de visitas para el padre que no obtiene la tenencia	663-2005	5	
		1381-2009		
		1432-2009		
1398-2009				
	Último párrafo artículo 84: se priorizará al padre que garantice el contacto con el otro	327-2010		
		1398-2009	2	
		12-2013		
	Artículo 85: se escucha la opinión del niño o niña y se	1398-2009 ⁷³	2	

⁷³ Se escuchó la opinión de la niña de seis (6) años, pero no se tomó en cuenta como motivo determinante para la decisión del juez de familia.

	toma en cuenta la del adolescente	27-2013 (4 años)	
CC	Artículo 340 CC: los hijos varones desde los 7 años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad e hijos menores de 7 años al cuidado de la madre	12-2013	1

3.1.1.2. Criterios extra-legales positivos

Los jueces de familia no solo aplican los criterios legales antes mencionados sino también toman en cuenta otros criterios para resolver los procesos de tenencia como los criterios extra-legales positivos.

En las ocho (8) resoluciones de vista emitidas por la Corte Superior de Justicia de Lima, de Arequipa y del Santa, se utilizaron criterios extra-legales positivos que se detallan a continuación, identificando el número de expediente y el número de veces que fueron utilizados:

Criterios extra- legales positivos	Expediente	Grado de frecuencia
Se establece un régimen de visitas para el padre que no obtiene tenencia, a pesar de no haberla solicitado	1517-1997 ⁷⁴	1

⁷⁴ El primer CNA no contemplaba en su artículo 92, referido a los criterios para otorgar la tenencia, ni en otro articulado un criterio que hiciera referencia a otorgar un régimen de visitas para el padre que no obtuviera la tenencia. Actualmente, este criterio se encuentra contenido en el artículo 84 c) del CNA vigente, aunque no señale expresamente que debe ser concedido a pesar de no haber sido solicitado.

Hermanos del mismo sexo y edad cercana deben desarrollarse juntos	1517-1997	1
Comparación de la situación económica y psicológica de los padres	663-2005	1
Cuidado del hijo personalmente	1381-2009	1
Se toma en cuenta opinión de una niña y un niño ⁷⁵	1381-2009 (6 años)	2
	1432-2009 (11 años)	
Padre que brinde estabilidad al hijo y se preocupe por su bienestar y seguridad	1381-2009 1398-2009 327-2010 12-2013	4
De manera excepcional, los abuelos con hogar constituido serán preferidos	1432-2009	1
No se prefiere al padre que aleje de manera violenta a su hijo del otro padre	1398-2009	1
Se analiza la conducta del padre respecto al otro y a su hijo, antes y durante el proceso	12-2013	1

Uno (1) de los criterios utilizados con mayor frecuencia, a pesar de no estar recogido en la normativa peruana, es que el padre que brinde estabilidad al hijo y se preocupe por su bienestar y seguridad, se encuentra en una posición ventajosa para obtener su tenencia.

⁷⁵ A pesar de que el artículo 85 del CNA señala que en los procesos de tenencia se escucha la opinión de los niños y niñas y se toma en cuenta la de los adolescentes, en estas resoluciones de vista no solo se escuchó la opinión una niña y un niño sino también se tomó en cuenta sus opiniones para la resolución del caso.

Este criterio es positivo porque garantiza el desarrollo integral de los hijos al evidenciar que el cuidado que deben tener los padres hacia estos implica que sean diligentes, se preocupen por ellos, los mantengan en buen estado de salud física y mental, y adecuada higiene. Ello muestra la preocupación y el amor que les tienen. No solo es necesario que el padre pretenda la tenencia sino, también, que demuestre con hechos concretos que es la persona más adecuada para cuidar a sus hijos de la mejor manera posible.

Otro criterio que llama la atención es que la Corte Superior tomó en cuenta la opinión de una niña de 6 años de edad (Expediente 1381-2009) para resolver su tenencia, lo cual, no es acorde con lo señalado en el artículo 85 del CNA, pero avala lo dispuesto en la Observación General 14 que resalta la importancia de tener en cuenta la opinión del menor de edad de acuerdo a su edad y madurez. En este caso, la niña había evidenciado su temor a la conducta de su padre a través de su declaración y su informe psicológico, que fueron valorados para la toma de decisión.

3.1.1.3. Criterios extra-legales negativos

Los jueces de familia no solo aplican los criterios extra-legales positivos mencionados anteriormente sino que, también, toman en cuenta otros criterios extra-legales denominados negativos para resolver los procesos de tenencia.

De las ocho (8) resoluciones de vista emitidas, en una (1) de ellas la Corte Superior de Justicia del Santa aplicó un (1) criterio subjetivo cargado de prejuicios a favor de la figura materna y en perjuicio de la figura paterna para sustentar su decisión. En efecto, en la resolución de vista del Expediente 27-2013 se otorgó la tenencia de la hija a su madre, por ser del mismo género.

La Corte Superior antes mencionada, al igual que el juez de primera instancia, consideró adecuado otorgarle al padre la tenencia de su hijo de 11 años pues ha demostrado un interés y deseo de brindarles a él y a su

hija las mejores oportunidades. Sin embargo, a pesar de que el padre tiene el deseo de darles lo mejor a sus hijos y puede otorgarle las mismas oportunidades que tiene su hijo a su hija, la tenencia de esta última es otorgada a la madre pues: **(i)** la niña señala que la extraña, **(ii)** el vínculo con su madre no se ha visto interrumpido durante los 4 años de edad, **(iii)** la madre y la niña son del mismo género, por ello la primera va a influir en la personalidad de la niña, situación que es importante durante los primeros años de vida de la misma; y, **(iv)** la niña sentirá más comodidad conversando con su madre sobre las interrogantes que pueda tener sobre su género.

Sobre esto último señala que:

Sobre B.R.S.R., de cuatro años de edad, se tiene, que si bien el padre podría otorgarle igual oportunidades que a su hermanito, por la edad que tiene, es necesario que ella se encuentre bajo el cuidado y protección de su madre, [...] , se debe tener en cuenta que la madre por ser del mismo género influenciará en la personalidad de la niña, que es decisiva durante los primeros años de su vida; brindándole también mayor comodidad a la niña, con respecto a las interrogantes que esta pueda hacerle sobre su género (FJ 8).

Los argumentos extra-legales negativos están contenidos en los numerales **(iii)** y **(iv)** antes señalados porque denotan una inclinación hacia la figura materna por razones de género, siendo un prejuicio considerar que la madre es la persona más adecuada para cuidar a su hija por el solo hecho de ser mujer. Este argumento no debe ser generalizado porque vulnera el derecho de los padres a la igualdad consagrado en la CPP y la CDN.

No se puede aceptar este tipo de consideraciones, ya que no garantizan el desarrollo integral ni resguardan los derechos de la niña. Además, existe un riesgo de que se tomen esas consideraciones como las más importantes y el juzgador olvide o no tome en cuenta los criterios objetivos establecidos en la norma para determinar la tenencia.

En el Expediente 27-2013 no se puede determinar qué criterio fue el determinante para que el juez tome su decisión, ese es el riesgo al que se hace mención. De acuerdo con lo desarrollado en esta tesis, se considera que no era necesario basarse en un criterio subjetivo, ya que existían criterios legales suficientes para tomar la misma decisión que se encuentran detallados en los puntos **(i)** y **(ii)** antes señalados.

3.1.2. Sobre el interés superior del niño, niña y adolescente

De las ocho (8) resoluciones de vista emitidas por la Corte Superior de Justicia de Lima, de Arequipa y del Santa, en siete (7) se hace mención al interés superior del niño, niña y adolescente, como se muestra en el siguiente cuadro:

“Hace mención al interés superior del menor de edad”

Sí	No
1517-1997	
1381-2009	
1432-2009	
1398-2009	663-2005
327-2010	
12-2013	
27-2013	
7	1

En principio, mencionar el interés superior del niño, niña y adolescente en una resolución de vista parecería positivo; sin embargo, dicha mención no implica que los jueces de familia lo hayan aplicado para resolver un caso en concreto.

De acuerdo a la propuesta desarrollada en esta tesis, los objetivos de la aplicación de este interés superior son: **(i)** asegurar que el menor de edad pueda disfrutar sus derechos reconocidos por la CDN; y, **(ii)** lograr su desarrollo integral⁷⁶,

⁷⁶ La finalidad del desarrollo integral es que el menor de edad pueda desenvolverse en todos los ámbitos de su vida; por ello, para garantizar dicho desarrollo en las decisiones

teniendo como base la información detallada en los informes realizados por el equipo multidisciplinario en el marco de un proceso judicial de tenencia.

La propuesta anterior, que coincide en parte con lo desarrollado por el Comité DN en la Observación General 14; no resulta exigible a las resoluciones de vista analizadas dado que fueron emitidas en un momento anterior.

Por ello, en el análisis realizado a las resoluciones de vista, lo mínimo indispensable que se exigió a las cortes superiores para aplicar el interés superior de los menores de edad de manera adecuada es que se hayan preocupado por: **(i)** verificar si el juez de primera instancia ha escuchado la opinión del niño y niña, y ha tomado en cuenta la opinión del adolescente (en caso no se haya tomado en cuenta su opinión deberá verificar el porqué); y, **(ii)** escuchar la opinión del niño y niña, y tomar en cuenta la opinión del adolescente, cuando no encuentre dicho análisis en la resolución de primera instancia.

En atención a lo anterior, se verificó que de las siete (7) resoluciones de vista, en cinco (5) se aplicó el interés superior del menor de edad para resolver el caso en particular, como se muestra en el siguiente cuadro:

“Aplica el interés superior del menor de edad”

Sí	No
1517-1997	
1381-2009	12-2013
1398-2009	27-2013
1432-2009	
327-2010	
5	2

A continuación se detallan las razones por las que en esta tesis se considera que en las cinco (5) resoluciones de vista se aplicó el interés superior del menor de edad:

judiciales es necesario: **(i)** conocer y tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes; y, **(ii)** determinar el mejor entorno familiar, social y educativo para éstos.

Expediente	Justificación
1517-1997	<ul style="list-style-type: none"> - se escuchó y se tomó en cuenta la opinión del hijo mayor (no se especificó edad). - se preservó el entorno familiar (se conservó juntos a los hermanos) y se mantuvo las relaciones familiares (se estableció un régimen de visitas para la madre a pesar de que no fue solicitado). - derecho a la salud (se ordenó que las visitas de la madre sean acompañadas de un terapeuta). - se otorgó la tenencia de los dos hijos al padre que había mostrado preocupación e interés en su desarrollo y los mantenía unidos.
1381-2009	<ul style="list-style-type: none"> - se escuchó y se tomó en cuenta la opinión de la niña de 6 años. - se preservó el entorno familiar (porque vivió toda su vida con su madre) y se mantuvo las relaciones familiares (la niña se sintió identificada con la familia materna y se otorgó un régimen de visitas para el padre). - cuidado y protección de la seguridad de la niña (se evitó que la niña conviva con su padre quien era inestable psicológicamente y a quien le tenía miedo por alejarla de su madre intempestivamente). - se otorgó la tenencia a la madre porque mostró preocupación por el bienestar de su hija, era una persona calmada; en cambio el padre era una persona impulsiva, celosa que no podía otorgarle un hogar seguro.

1398-2009	<ul style="list-style-type: none"> - se escuchó pero no se tomó en cuenta la opinión de la niña de 6 años porque el padre había influido de manera negativa. - se preservó el entorno familiar (porque vivió mayor tiempo con su madre). - cuidado y protección de la seguridad de la niña (para evitar que el padre vuelva a llevarse a la niña a su hogar en contra de la voluntad de la madre). - se otorgó la tenencia a la madre porque la niña convivió mayor tiempo con ella y existía un riesgo de que si se le otorgaba la tenencia al padre, éste impidiera cualquier contacto con aquella, lo cual afectaría el desarrollo normal y saludable de la niña.
327-2010	<ul style="list-style-type: none"> - se escuchó y se tomó en cuenta la opinión del niño (no se especificó edad). - se preservó el entorno familiar (se otorgó la tenencia al padre porque convivió un mayor tiempo con el niño) y se mantuvo las relaciones familiares (se otorgó un régimen de visitas para la madre). - se otorgó la tenencia al padre porque demostró ser responsable y preocupado por el bienestar y el desarrollo integral de su hijo, pues le brindó un cuidado adecuado, nunca lo maltrató y compartía tiempo con él en su casa.
1432-2009	<ul style="list-style-type: none"> - se escuchó y tomó en cuenta la opinión del niño de 11 años (se sintió identificado con su familia materna y sus abuelos). - se preservó el entorno familiar (se otorgó la tenencia a los abuelos porque convivieron un mayor tiempo con el niño) y se mantuvo

	<p>las relaciones familiares (se otorgó un régimen de visitas bien detallado para el padre).</p> <ul style="list-style-type: none"> - cuidado y protección de la seguridad del niño. - derecho a la salud (se prefirió a los abuelos porque le brindan estabilidad emocional). - derecho a la educación. - se otorgó la tenencia a los abuelos maternos del niño porque a través de sus cuidados trataron de perpetuar su desarrollo favorable.
--	---

En tres (3) resoluciones de vista no se aplicó el interés superior del niño, niña y adolescente: **(i)** en la primera y segunda resolución no se consideró al menor de edad como un sujeto de derecho independiente que tiene derecho a expresar su opinión en los casos en los que se vea involucrado, el análisis se centró en la capacidad psicológica y económica de los padres, olvidándose de que la tenencia gira alrededor de los menores de edad; y, **(ii)** en la tercera resolución no existe certeza de que se haya priorizado los criterios objetivos (derechos de los menores de edad) sobre los criterios subjetivos (prejuicios por el sexo de unos de los padres) al resolver el caso.

“No se aplica el interés superior del menor de edad”

Expediente	Justificación
663-2005-Arequipa	<ul style="list-style-type: none"> - no verificó si se había escuchado a los niños - no escuchó la opinión de los niños
12-2013- del Santa	<ul style="list-style-type: none"> - no verificó si se había escuchado a la niña. - no escuchó la opinión de la niña
27-2013- del Santa	<ul style="list-style-type: none"> - no verificó si se había escuchado a la niña. - no hay certeza de que se haya priorizado los criterios objetivos sobre los criterios subjetivos al resolver; tampoco se preocupó por verificar si con

	la decisión se preserva el mantenimiento de las relaciones familiares.
--	--

3.1.3. Deficiencias encontradas

De las ocho (8) resoluciones de vista emitidas por la Corte Superior de Justicia de Lima, de Arequipa y del Santa, seis (6) presentan deficiencias.

“Presentan deficiencias”

Sí	No
1517-1997	
663-2005	
1432-2009	1381-2009
1398-2009	327-2010
12-2013	
27-2013	
6	2

A continuación se describen las seis (6) deficiencias detectadas por las tesis:

Deficiencias	Expediente	Total
No detalló las razones por las que se considera que no es conveniente para los hijos otorgarle la tenencia al otro padre	1517-1997	1
No analizó el tipo de relación que tenían los hermanos antes y durante el proceso	1517-1997 27-2013	2
No consideró a los hijos como sujetos de derecho independientes que tienen actividades académicas y extraacadémicas propias de su edad	1517-1997 663-2005 1432-2009 12-2013	4

No centró su análisis en las características personales del hijo	663-2005 1432-2009 12-2013	3
No varió la tenencia de manera progresiva, a pesar de los temores del hijo	1398-2009	1

3.2. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

3.2.1. Criterios analizados para otorgar la tenencia

3.2.1.1. Criterios legales

En las cuatro (4) casaciones emitidas por la Sala Civil Transitoria se desprende que su decisión se fundamenta: **(i)** en el numeral 1 del artículo 3 de la CDN, cuyo alcance ha sido interpretado en la Observación General 14 del Comité DN, que en la fecha de las casaciones aún no había sido adoptada, por lo que podrían ser calificadas como visionarias; y, **(ii)** en el criterio señalado en el literal c) del artículo 84 del CNA.

Los criterios utilizados con mayor frecuencia para pronunciarse sobre los procesos de tenencia son: **(i)** la opinión del menor de edad, contenida en la Observación General 14 del Comité DN; y, **(ii)** la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones familiares, contemplada en la Observación General 14 del Comité DN.

Esto evidencia que la Sala Civil Transitoria se preocupa por verificar si en la resolución de vista se conoció y se valoró la opinión de los menores de edad para resolver el caso. Asimismo, dicha sala no solo valora los vínculos establecidos entre padres e hijos reforzados a través del tiempo sino también que esa convivencia no haya afectado su estado de salud físico y mental.

Respecto a este último punto, como se ha detallado en el Capítulo II, es sumamente importante la conservación de los vínculos familiares fortalecidos con el tiempo pues con esta medida se evita la separación injustificada del menor de edad y alguno de sus padres. Esto ayuda a que el hijo se desarrolle de manera saludable y normal en un ambiente estable

A continuación, se detallan los criterios legales aplicados en cada casación analizada, identificando el número de expediente y el número de veces que fueron utilizados:

Criterios legales		Casación	Grado de frecuencia
CDN Artículo 3.1 OG 14	Opinión del menor de edad ⁷⁷	1006-2007 (8 años)	2
		5200-2009 (no se especifica edad)	
	Preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones familiares	5200-2009 1074-2011	2
	Cuidado, protección y seguridad del menor de edad	1074-2011	1
CNA	Artículo 84 c): establecimiento régimen de visitas para el padre que no obtiene la tenencia	1074-2011	1

⁷⁷ Este criterio comprende dos posibilidades, que la Sala Civil Transitoria verifique, de acuerdo al pedido casatorio, que el *ad quem* haya: (i) escuchado al menor de edad; o, (ii) escuchado y tomado en cuenta su opinión, de acuerdo con su edad y madurez.

3.2.1.2. Criterio extra-legal positivo

Los magistrados no solo aplican los criterios legales antes mencionados sino también toman en cuenta otros criterios para resolver los procesos de tenencia como los extra-legales positivos.

De las cuatro (4) casaciones emitidas por la Sala Civil Transitoria, en una (1) de ellas (Casación 5200-2009) se utilizó como criterio, a pesar de no estar recogido en la normativa peruana, que al padre que mantenga a su hija en buen estado de salud, adecuado orden e higiene en su apariencia personal y vestir, se le otorgará su tenencia.

Este criterio es positivo porque garantiza el desarrollo integral de la niña al evidenciar que el cuidado que deben tener los padres hacia sus hijos implica que sean diligentes, se preocupen por ellos, los mantengan en buen estado de salud física y mental, y adecuado orden de higiene. Ello muestra la preocupación y el amor que tiene el padre por su hija. No solo es necesario que el padre pretenda la tenencia sino, también, que demuestre con hechos concretos que es la persona más adecuada para cumplir con dicho deber de la mejor manera posible.

3.2.1.3. Criterio extra-legal negativo

Los magistrados no solo aplican los criterios extra-legales positivos mencionados en el punto anterior sino que, también, toman en cuenta otros criterios extra-legales denominados negativos para resolver los procesos de tenencia.

De las cuatro (4) casaciones emitidas por la Sala Civil Transitoria, en una (1) de ellas se aplicó un criterio subjetivo cargado de prejuicios a favor de la figura materna y en perjuicio de la figura paterna. En efecto, en la

Casación 1612-2011⁷⁸ se señaló que si la hija está próxima a la adolescencia, se otorgará la tenencia a la madre por ser del mismo sexo.

En este caso, la Sala Civil Transitoria omitió verificar si la Corte Superior fundamentó las razones por las cuales consideró que la madre de la menor de edad podía procurarle un desarrollo integral que le permita despertar todas sus potencialidades. Es preocupante que dicha Sala siga la línea de la Corte Superior e ignore la opinión de la menor de edad para justificar la decisión de aquella. Por ello, es evidente que el análisis realizado no se centró en la situación particular de la hija, entre otros. En el fundamento jurídico 7 se señala que:

Respecto a lo alegado por el recurrente en el punto **b)** del fundamento anterior, igual que la argumentación anterior, la misma se dirige a cuestionar el sentido crítico de la decisión impugnada, discrepando de la apreciación relativa a que siendo la demandante de sexo femenino se le confíe a ella la tenencia de su menor hija; empero, este aspecto resulta parcial, por cuanto al resolver la controversia, la Sala Superior no solo ha reparado en el hecho puntual antes descrito, sino que ha tenido en cuenta que encontrándose dicha menor próxima a entrar a la etapa de adolescencia lo más razonable es que se desarrolle al lado de su señora madre sin soslayar el contacto con su señor padre; las demás alegaciones constituyen articulaciones de defensa que no corresponde efectuarlas en casación.

Se podría pensar que en un país como el Perú, en donde hay tantos casos de abuso sexual por parte de los padres hacia sus hijas, la decisión de la Sala Suprema fue acertada. Sin embargo, este temor no puede ser generalizado por el solo hecho de que se presente en la sociedad como un problema, más aun si, dentro de un proceso judicial de tenencia, ambos padres son evaluados por el equipo multidisciplinario a fin de determinar qué padre reúne las características propias para proteger los derechos de sus hijos e impulsar su desarrollo.

⁷⁸ En la Casación no se especifica la edad de la hija pero por lo descrito en ella se podría entender que está próxima a la adolescencia.

En el caso concreto no se ha evidenciado la existencia de un riesgo objetivo para la adolescente al quedarse con su padre, es más ella ha manifestado su deseo de vivir con él. Adoptar una decisión como la tomada por la Sala Civil Transitoria permite generalizar el prejuicio de que el padre por ser hombre es propenso a abusar de sus hijas y por eso nunca va a ser adecuado para que se le otorgue la tenencia. Esta es la concepción errónea que favorece a la madre y vulnera el derecho a la igualdad entre padres contemplado en el numeral 2.2 de la CPP y 18 de la CDN.

3.2.2. Sobre el interés superior del niño, niña y adolescente

Las cuatro (4) casaciones emitidas por la Sala Civil Transitoria hacen mención al interés superior del niño, niña y adolescente.

“Hace mención al interés superior del menor de edad”

Sí	No
1006-2007	
5200-2009	0
1074-2011	
1612-2011	
4	0

En principio, mencionar el interés superior del niño, niña y adolescente en una casación parecería positivo; sin embargo, dicha mención no implica que los magistrados lo hayan aplicado para pronunciarse sobre un caso en concreto.

De acuerdo a la propuesta desarrollada en la tesis, los objetivos de la aplicación de este interés superior son: **(i)** asegurar que el menor de edad pueda disfrutar sus derechos reconocidos por la CDN; y, **(ii)** lograr su desarrollo integral⁷⁹,

⁷⁹ La finalidad del desarrollo integral es que el menor de edad pueda desenvolverse, de manera plena, en todos los ámbitos de su vida; por ello, para garantizar dicho desarrollo en las casaciones es necesario que dependiendo del pedido casatorio se verifique si el ad quem ha: **(i)** conocido y tenido en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes; y, **(ii)** determinado el mejor entorno familiar, social y educativo para éstos.

teniendo como base la información detallada en los informes realizados por el equipo multidisciplinario.

La propuesta anterior, que coincide en parte con lo desarrollado por el Comité DN en la Observación General 14, no resulta exigible a las casaciones analizadas dado que fueron emitidas en un momento anterior.

Por ello, en el análisis realizado a las casaciones, lo mínimo indispensable que se exigió a la Sala Civil Transitoria para aplicar el interés superior de los menores de edad de manera adecuada es que se haya preocupado por verificar si el juez de segunda instancia ha conocido la opinión del niño y niña, y ha tomado en cuenta la opinión del adolescente (en caso no se haya tomado en cuenta su opinión deberá verificar el porqué).

En atención a lo anterior, se verificó que de las cuatro (4) casaciones, solo tres (3) aplicaron el interés superior del menor de edad para resolver el caso en particular, lo cual deriva en el resguardo de sus derechos y garantiza que el hijo se desarrolle de forma integral, como se muestra en el siguiente cuadro:

“Aplica el interés superior del menor de edad”

Sí	No
1006-2007	
5200-2009	1612-2011
1074-2011	
3	1

A continuación se detallan las razones por las que en esta tesis se considera que en las tres (3) casaciones se aplicó el interés superior del menor de edad:

Casación	Justificación
1006-2007	<ul style="list-style-type: none"> - se escuchó la opinión de la niña de 8 años. - derecho a la salud emocional. - la Sala Civil Transitoria ordenó al juez de primera instancia que evalúe y valore los medios probatorios

	<p>del caso para que conozca la situación particular de la niña y su opinión, con la finalidad de determinar el mejor entorno para ella.</p>
5200-2009	<ul style="list-style-type: none"> - se escuchó la opinión de la niña (no se especifica su edad) - se preservó el entorno familiar (se otorgó la tenencia al padre con quien convivía). - derecho a la salud. - verificó que la Corte Superior escuchó la opinión de la niña (quien manifestó su deseo de seguir viviendo con su padre) y determinó el mejor entorno para ella (se otorgó la tenencia a su padre quien la mantiene en buen estado de salud, higiene en su apariencia personal y vestir).
1074-2011	<ul style="list-style-type: none"> - se preservó el entorno familiar (se otorgó la tenencia al padre) y el mantenimiento de las relaciones familiares (se otorgó régimen de visitas a favor de la madre). - derecho a la salud. - derecho al cuidado, protección y seguridad (estaba en riesgo la integridad física y psicológica de la niña al convivir al lado de su madre). - se verificó que la Corte Superior varió la tenencia de la niña a favor del padre, antes de los 6 meses de emitida la resolución originaria, porque se encontraba en peligro su integridad, de esta manera se determinó el mejor entorno para la niña.

De las cuatro (4) casaciones, solo una (1) no aplicó el interés superior del menor de edad para resolver el caso en particular, pues en la Casación 1612-2011 se declaró improcedente el recurso y se confirmó la resolución de segunda instancia que otorgó la tenencia de la adolescente a la madre en base a criterios subjetivos (por ser del mismo sexo que su hija que está próxima a la adolescencia) en vez

de criterios objetivos (derechos de la hija: como escuchar su opinión y tomarla en cuenta).

3.2.3. Deficiencias encontradas

De las cuatro (4) casaciones emitidas por la Sala Civil Transitoria, dos (2) presentan deficiencias.

“Presentan deficiencias”

Sí	No
1006-2007-Lima 1612-2011-Lima	5200-2009-Arequipa 1074-2011-Lima
2	2

A continuación se describen cinco (5) deficiencias detectadas por las tesis:

Deficiencias	Casación	Total
No tomó en cuenta que las opiniones de los hijos pueden variar en el tiempo	1006-2007-Lima (8 años)	1
No detalló las razones por las que se considera que no fue conveniente para los hijos otorgarle la tenencia al otro padre	1612-2011-Lima	1
No consideró a los hijos como sujetos de derecho independientes que tienen actividades académicas y extracadémicas propias de su edad	1612-2011-Lima	1

No centró su análisis en las características de la hija	1612-2011-Lima	1
---	----------------	---

3.3. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

3.3.1. Criterios analizados para otorgar la tenencia

3.3.1.1. Criterios legales

En las seis (6) casaciones emitidas por la Sala Civil Permanente se desprende que su decisión se fundamenta: **(i)** en el numeral 1 del artículo 3 de la CDN, cuyo alcance ha sido interpretado en la Observación General 14 del Comité DN, que en la fecha de las casaciones aún no había sido adoptada, por lo que podrían ser calificadas como visionarias; y, **(ii)** en el literal a) del artículo 84 del CNA.

Los criterios utilizados con mayor frecuencia para pronunciarse los procesos de tenencia son: **(i)** la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones familiares, **(ii)** el cuidado, protección y seguridad del menor de edad, ambos contenidos en la Observación General 14 del Comité DN; y, **(iii)** el literal a) del artículo 84 del CNA referido al mayor tiempo de convivencia entre padre e hijo siempre que sea favorable al último.

Sobre la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares detallado en el Capítulo II en el punto 2.1.5.3, se evidencia que para la Sala Civil Permanente es sumamente importante la conservación de los vínculos familiares fortalecidos con el tiempo pues con esta medida se evita la separación injustificada del menor de edad y alguno de sus padres. Esto ayuda a que el hijo se desarrolle de manera saludable y normal en un ambiente estable.

Sobre el cuidado, protección y seguridad del menor de edad, como se ha detallado en el Capítulo II en el punto 2.5.1.4, se revela que para la Sala Civil Permanente implica protegerlo de los daños que podrían ocasionarle sus padres o terceros; y, garantizarle su bienestar y desarrollo.

Finalmente, sobre el tercer criterio, se evidencia que la Sala Civil Permanente valora de sobremanera los vínculos establecidos entre padres e hijos reflejado en el tiempo de convivencia entre estos, siempre que le sea favorable a los últimos.

A continuación se detallan los criterios legales aplicados en cada casación analizada, identificando el número de expediente y el número de veces que fueron utilizados:

Criterios legales		Casación	Grado de frecuencia
CDN Artículo 3.1 OG 14	Opinión del menor de edad ⁸⁰	2067-2010 (no se especifica edades)	3
		4555-2011 (no se especifica edad)	
		1821-2011 (niño de 4 años)	
	Preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones familiares	4881-2009	5
		2067-2010	
		1821-2011	
4555-2011			
		3619-2012,	

⁸⁰ Este criterio comprende dos posibilidades, que la Sala Civil Permanente verifique, de acuerdo al pedido casatorio, que el *ad quem* haya: (i) escuchado al menor de edad; y, (ii) escuchado y tomado en cuenta su opinión, de acuerdo con su edad y madurez.

	Cuidado, protección y seguridad del menor de edad	2067-2010	3
		1821-2011	
		3619-2012	
CNA	Artículo 84 a): mayor tiempo de convivencia, siempre que le sea favorable	4881-2009	3
		1821-2011	
		3619-2012	
	Último párrafo artículo 84: se priorizará al padre que garantice el contacto con el otro padre	2067-2010	2
		1821-2011	

3.3.1.2. Criterios extra-legales positivos

Los magistrados no solo aplican los criterios legales antes mencionados sino también toman en cuenta otros criterios para resolver los procesos de tenencia como los extra-legales positivos. Se trata de criterios que son utilizados para la protección de los derechos de los menores de edad, pero que no están contenidos en ninguna disposición legal de manera explícita.

En las seis (6) casaciones emitidas por la Corte Suprema, se utilizaron los siguientes criterios:

Criterios extra-legales positivos	Casación	Grado de frecuencia
Comparación económica y social de los padres	4881-2009	1
Padre que tenga un hogar constituido y permanente	4881-2009	1

Padre que mantenga a la niña en buen estado de salud y le brinde los cuidados adecuados para su edad	4881-2009	1
Si el padre causa el Síndrome de Alienación Parental, el otro obtendrá la tenencia	2067-2010	1
Cuando los hijos presenten el Síndrome de Alienación Parental sus opiniones se escuchan, pero se toman con reserva	2067-2010	1
Escuchar la opinión del niño para se analice junto con los demás medios probatorios ofrecidos en el caso	4555-2011	1

Uno (1) de los criterios más llamativos es que el padre que mantenga a su hija en buen estado de salud y le brinde los cuidados adecuados para su edad, podrá obtener su tenencia. Este criterio es positivo porque garantiza el desarrollo integral de la niña al evidenciar que el cuidado que deben tener los padres hacia sus hijos implica que sean diligentes, se preocupen por ellos, los mantengan en buen estado de salud física y mental y adecuado orden de higiene. Ello muestra la preocupación y el amor que tiene el padre por su hija. No solo es necesario que el padre pretenda la tenencia sino, también, que demuestre con hechos concretos que es la persona más adecuada para cumplir con dicho deber de la mejor manera posible.

Otro criterio interesante es que la Sala Civil Permanente haya ordenado a la Corte Superior que tome en cuenta la opinión de un niño para resolver

su tenencia, lo cual, a todas luces contradice lo señalado en el artículo 85 del CNA, pero avala lo dispuesto en la Observación General 14 del Comité DN. Específicamente, sostiene que no se tuvo en cuenta la declaración del menor de edad quien manifestó, de manera reiterada, su voluntad de vivir con su padre y su tía paterna. A pesar de su corta edad, la Sala Civil Permanente consideró que su declaración debe tomarse en cuenta y valorarse junto al informe psicológico realizado al niño, el Acta de Conciliación celebrado entre los padres, el informe social realizado a la madre (ya que aparte de realizar las labores de su hogar, estudia la secundaria en el turno de la noche, se dedica a las labores agrícolas y a cuidar a su hija, la Sala se pregunta a cuidado de quién dejará al niño para cumplir todas sus labores).

3.3.1.3. Criterio extra-legal negativo

Los magistrados no solo aplican los criterios extra-legales positivos mencionados en el punto anterior sino que, también, toman en cuenta otros criterios extra-legales denominados negativos para resolver los procesos de tenencia.

De las seis (6) casaciones emitidas por la Sala Civil Permanente, en una (1) de ellas, la Casación 3147-2001, se sostiene que si la madre fallece y los abuelos maternos solicitan la tenencia de su nieto, se le otorgará la tenencia del hijo al padre sobreviviente y no a los abuelos, sin tomar en cuenta su interés superior.

Tal como se ha mencionado en el Capítulo II de esta tesis, en caso los abuelos demanden la tenencia de su nieto y uno de los padres haya fallecido, de manera excepcional, se le otorgará la tenencia a los abuelos cuando el padre sobreviviente no sea adecuado para tener bajo su cuidado a su hijo, de acuerdo a su interés superior, mientras que los abuelos sí.

Por ello, el criterio mencionado en la Casación 3147-2001 es totalmente injustificado pues no se puede partir del hecho de que el padre

sobreviviente, siempre, sea la persona más adecuada para cuidar de su hijo. En caso exista otras personas como los abuelos quienes pretendan tener bajo su cuidado a su nieto, se deberá determinar el caso particular teniendo en cuenta su interés superior.

3.3.2. Sobre el interés superior del niño, niña y adolescente

Las seis (6) casaciones emitidas por la Sala Civil Permanente hacen mención al interés superior del niño, niña y adolescente.

“Hace mención al interés superior del menor de edad”

Sí	No
3147-2001	
4881-2009	
2067-2010	0
1821-2011	
4555-2011	
3619-2012	
6	0

En principio, mencionar el interés superior del niño, niña y adolescente en una casación parecería positivo; sin embargo, dicha mención no implica que los magistrados lo hayan aplicado para pronunciarse sobre un caso en concreto.

De acuerdo a la propuesta desarrollada en esta tesis, los objetivos de la aplicación de este interés superior son: **(i)** asegurar que el menor de edad pueda disfrutar sus derechos reconocidos por la CDN de manera plena y efectiva; y, **(ii)** lograr su desarrollo integral⁸¹, teniendo como base la información detallada en los informes realizados por el equipo multidisciplinario.

⁸¹ La finalidad del desarrollo integral es que el menor de edad pueda desenvolverse, de manera plena, en todos los ámbitos de su vida; por ello, para garantizar dicho desarrollo en las casaciones es necesario que dependiendo del pedido casatorio se verifique si el ad quem ha: **(i)** conocido y tenido en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes; y, **(ii)** determinado el mejor entorno familiar, social y educativo para éstos.

La propuesta anterior, que coincide en parte con lo desarrollado por el Comité DN en la Observación General 14 del 29 de mayo de 2013; no resulta exigible a las casaciones analizadas dado que fueron emitidas en un momento anterior.

Por ello, en el análisis realizado a las casaciones, lo mínimo indispensable que se exigió a la Sala Civil Permanente para aplicar el interés superior de los menores de edad de manera adecuada es que se haya preocupado por verificar si el juez de segunda instancia ha conocido la opinión del niño y niña, y ha tomado en cuenta la opinión del adolescente (en caso no se haya tomado en cuenta su opinión deberá verificar el porqué).

En atención a lo anterior, se verificó que de las seis (6) casaciones, cinco (5) aplicaron el interés superior del menor de edad para resolver el caso en particular, lo cual deriva en el resguardo de sus derechos y garantiza que el hijo se desarrolle de forma integral, como se muestra en el siguiente cuadro:

“Aplica el interés superior del menor de edad”

Sí	No
4881-2009	
2067-2010	
1821-2011	3147-2001
4555-2011	
3619-2012	
5	1

A continuación se detallan las razones por las que en esta tesis se considera que en las cinco (5) resoluciones de vista se aplicó el interés superior del menor de edad:

Casación	Justificación
4881-2009	- se preservó el entorno familiar (permanece con los abuelos maternos con quienes vivió más tiempo).

	<ul style="list-style-type: none"> - derecho a la salud (sus abuelos maternos la mantienen bien de salud y le brindan los cuidados adecuados para su edad).
2067-2010	<ul style="list-style-type: none"> - se verificó que la Corte Superior escuchó a los niños pero no tomó en cuenta sus opiniones porque se encuentran influenciados por el Síndrome de Alienación Parental. - preservación del entorno familiar (los hijos tienen derecho a no ser separados de su madre y a mantener relaciones personales y contacto directo adecuado con ella). - derecho a la salud psicológica. - cuidado, protección y seguridad (se evitó que convivan con el padre que los maltrata). - la madre estaba en la capacidad de proporcionar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de los niños.
1821-2011	<ul style="list-style-type: none"> - se verificó que la Corte Superior escuchó y tomó en cuenta la opinión del niño de 4 años. - preservación del entorno familiar (la tenencia de los hijos le corresponde al padre con quien han vivido más tiempo) y mantenimiento de relaciones familiares (régimen de visitas abierto). - cuidado, protección y seguridad (sin contar con autorización judicial y estando por resolverse el proceso de tenencia, la madre viajó en compañía de sus hijos a los Estados Unidos, lo que evidencia un acto de temeridad y mala fe). - derecho a la salud psicológica.
4555-2011	<ul style="list-style-type: none"> - se verificó que la Corte Superior no escuchó al niño, por lo que ordenó al juzgado escuchar su opinión (a pesar de ser muy pequeño quien señaló que quiere vivir con su padre y su tía paterna, opinión que se analizará junto con los demás medios probatorios

	<p>ofrecidos en el caso) y el informe psicológico realizado al mismo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - preservación del entorno familiar (la tenencia del hijo le corresponde al padre con quien han vivido más tiempo) y mantenimiento de relaciones familiares (se debe tomar en cuenta la distancia que existe entre los hogares de la madre y del padre para que se pueda efectivizar el régimen de visitas y la facilidad que tendrá el niño para socializar con la nueva familia de su madre).
3619-2012	<ul style="list-style-type: none"> - preservación del entorno familiar (la tenencia del hijo le corresponde a la madre con quien ha vivido más tiempo). Verificó que la madre es afectiva, cálida y atenta con su hijo y se preocupa por su desarrollo emocional y bienestar. - cuidado, protección y seguridad (el padre muestra una actitud temeraria al desprender a su menor hijo del hogar donde ha vivido desde que nació que es el materno y con mentiras).

De las seis (6) casaciones, solo una (1) no aplicó el interés superior del menor de edad para resolver el caso en particular, en la Casación 3147-2001, se declaró infundado el recurso de casación y se confirmó la resolución de vista que otorgó la tenencia del hijo a su padre y no a los abuelos maternos, sin haber verificado que el padre podía brindarle el mejor entorno familiar, social y educativo a su hijo. Asimismo, consideró que la opinión del menor de edad era referencial sin haber hecho mención a su edad.

La Sala Civil Permanente justificó que se resguardaron los derechos del niño y se aplicó su interés superior de manera adecuada en la resolución de vista, únicamente, porque se incluyó en la fundamentación y porque se otorgó la tenencia del niño a su padre biológico. Estos argumentos no son suficientes para sostener la aplicación debida del artículo IX del Título Preliminar del

CNA y resulta equivocado porque analizar que se aplicó de manera correcta dicho interés implica que se verifique que la Corte Superior analizó la situación específica el menor de edad, es decir su entorno, lo cual no ocurrió en el caso.

3.3.3. Deficiencias encontradas

De las seis (6) casaciones emitidas por la Sala Civil Permanente, tres (3) presentan deficiencias.

“Presentan deficiencias”

Sí	No
3147-2001-Lima	4881-2009-
1821-2011-Lima	Amazonas
3619-2012-Lima	4555-2011-Tacna
Norte	2067-2010-Lima
3	3

A continuación se describen tres (3) deficiencias detectadas por las tesis:

Deficiencias	Casación	Total
No consideró a los hijos como sujetos de derecho independientes que tienen actividades académicas y extraacadémicas propias de su edad	3147-2001-Lima 3619-2012-Lima Norte	2
No centró su análisis en las características personales del hijo	3147-2001-Lima 3619-2012-Lima Norte	2
No verificó si el régimen de visitas	1821-2011-Lima	1

abierto era en interés superior de los hijos		
--	--	--



CAPÍTULO IV: PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE LOS MENORES DE EDAD: UN ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS

En el Capítulo I se ha indicado que el interés superior del niño, niña y adolescente es concebido como un derecho, principio y norma de procedimiento que busca lograr su bienestar. Siendo imprescindible impulsar su desarrollo integral (planos físico, mental, moral, social y espiritual) mediante la satisfacción de sus derechos y el otorgamiento de un nivel de vida adecuado.

Lo anterior solo se logrará si las instituciones públicas y privadas, el Estado, la sociedad y la familia consideran a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho y priorizan su atención cuando se encuentren en una situación que los involucren.

No cabe duda que los menores de edad tienen opiniones e intereses propios que deben ser tomados en cuenta cuando se tomen decisiones que los afecten. Ello se ha evidenciado en algunas resoluciones de vista y casaciones analizadas en el Capítulo III, en las que los jueces de familia y los magistrados resaltan la importancia de conocer y valorar sus opiniones en un proceso judicial de tenencia.

Resulta congruente con lo expuesto en la tesis que en este capítulo se haga efectiva la participación de los menores de edad al darles una “voz” para conocer y tomar en cuenta su definición sobre su interés superior y los criterios que proponen para determinar la tenencia en un caso hipotético. Esto debido a que la participación de los menores de edad en los asuntos que tienen un impacto en los diferentes ámbitos de su vida es un principio relacionado directamente con el interés superior del niño y forma parte de su

desarrollo integral al encontrarse relacionado con su madurez y la evolución de sus facultades. Ello se concretizó a través de entrevistas realizadas por las tesis a un grupo de menores de edad.

El contacto entre las tesis y los menores de edad se realizó a través de entrevistas personales durante los meses de marzo y abril de 2017. Los entrevistados⁸² reunían las siguientes condiciones:

- Encontrarse en un rango de edad entre diez (10) y diecisiete (17) años. A diferencia de la restricción que contempla el artículo 85 del CNA, en el Capítulo II se sostiene que las opiniones de los menores de edad deben escucharse y tomarse en cuenta en los aspectos en los que se vean involucrados teniendo como referencia su edad y madurez, y no solo la primera.
- Vivir en la ciudad de Lima Metropolitana al ser más accesible porque es el lugar en el que viven las tesis.
- Pertener a los niveles socioeconómicos B y C⁸³ para que se obtenga una muestra homogénea en términos de su acceso a la educación y por ser los sectores que abarcan la mayor cantidad de personas de la sociedad limeña.

Para la identificación de los niños, niñas y adolescentes a ser entrevistados se acudió a amistades que tenían hijos menores de edad entre el rango antes mencionado,

⁸² Se utiliza la palabra entrevistados o menores de edad para aludir en general “al niño, las adolescentes y los adolescentes” que cuyas opiniones se analizan en este capítulo y que tuvieron contacto con las tesis.

⁸³ Para mayor información ver el siguiente enlace: http://cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr_poblacion_peru_2017.pdf

considerándose un número mínimo de quince (15) y un máximo de veinte (20) entrevistas.

Se contactó a los padres de los menores de edad para solicitar su consentimiento y entrevistar a sus hijos, ellos accedieron a través de la firma de un Acta de Consentimiento que se encuentra en poder de las tesisistas por la reserva de confidencialidad. El consentimiento de los menores de edad se obtuvo de forma verbal antes de realizar cada entrevista.

Las entrevistas se realizaron a un total de dieciocho (18) menores de edad entre once (11) y dieciséis (16) años: doce (12) adolescentes del sexo femenino, cinco (5) adolescentes del sexo masculino y un (1) niño. El grupo de menores de edad identificado estudiaba en colegios particulares de los distritos de Comas, Cercado de Lima y San Miguel.

En el Apéndice 2 se adjunta el Plan Metodológico que se aplicó para entrevistar a los niños, niñas y adolescentes. Las respuestas de los entrevistados se concretizaron de manera escrita y se encuentran en poder de las tesisistas por confidencialidad.

Las expectativas de las tesisistas al momento de realizar las entrevistas fueron: **(i)** recoger lo que los niños, niñas y adolescentes entienden sobre su interés superior; y, **(ii)** conocer los criterios que ellos utilizarían para resolver un proceso judicial de tenencia a través de un caso hipotético. Estas dos expectativas permitirían identificar si su posición se encuentra acorde con la Doctrina de la Protección Integral y si coincide con los criterios que utilizan los jueces de familia y magistrados detallados en el Capítulo III.

Entre marzo y abril de 2017, las tesoristas realizaron las entrevistas a los dieciocho (18) menores de edad de la siguiente manera: **(i)** se les informó los datos generales de la tesis y que el objetivo era identificar su conocimiento actual sobre su interés superior y la tenencia; **(ii)** se preguntó a los menores de edad si deseaban ser entrevistados; **(iii)** se les entregó un cuestionario sobre su interés superior y un caso hipotético sobre la tenencia; y, luego, **(iv)** se realizó una breve explicación sobre el significado del interés superior del menor de edad, la patria potestad, la tenencia y el régimen de visitas.

Las entrevistas tuvieron dos momentos principales: en el primero, se les preguntó si previamente habían escuchado sobre su interés superior y cómo lo definirían, para hallar coincidencia o no con lo desarrollado en el Capítulo I; en el segundo, se les pidió que analicen un caso hipotético de tenencia para verificar si su razonamiento coincidía con el de los jueces de familia y magistrados para resolver los procesos de tenencia señalados en el Capítulo III.

De las entrevistas realizadas a los menores de edad se halló lo siguiente:

1. Los entrevistados consideran que su interés superior implica que sean priorizados y que se satisfagan sus derechos. Señalan que uno de los derechos más importantes es su derecho a opinar y sostienen que sus opiniones deben ser tomadas en cuenta. La finalidad es que desarrollen sus capacidades de forma plena, tengan una mejor calidad de vida y logren su bienestar, analizando sus circunstancias particulares.
2. Los entrevistados se conciben como sujetos independientes de sus padres que no deben verse afectados por la decisión de ellos de separarse, por lo que, en el

marco de un proceso de tenencia, se debe buscar lo mejor para los niños, niñas y adolescentes, tan es así que uno de los entrevistados propone que los padres vivan en la misma casa pero en pisos distintos para que los hijos puedan crecer de forma saludable al lado de ambos.

3. Los principales criterios que utilizarían los entrevistados para resolver los procesos de tenencia son: **(i)** escuchar y tomar en cuenta la opinión de los hijos (lo que difiere de lo establecido en el artículo 85 del CNA); y, **(ii)** verificar la capacidad de los padres para brindar los mejores cuidados a sus hijos.

Se detallarán los resultados de las entrevistas en los siguientes párrafos:

4.1 ¿Cuánto saben los menores de edad sobre su interés superior?

Se preguntó a los entrevistados si previamente (en un contexto educativo o familiar) recibieron información o escucharon sobre el interés superior del menor de edad. De ese grupo, siete (7) dijeron que **sí**, mientras que once (11) dijeron que **no**.

Es preocupante que más de la mitad de los entrevistados no haya escuchado previamente sobre el interés superior del niño, niña y adolescente, lo que cuestiona el rol que cumple la sociedad (profesores, padres, entre otros) como garantes de sus derechos. Se evidencia una falta de interés en brindarles información sobre sus derechos y su protección; y, a su vez, se evidencia la necesidad de impulsar su conocimiento al respecto para que tengan las armas suficientes para defenderse ante cualquier situación que los vulnere.

A pesar de que la mayoría de los entrevistados no tenían conocimiento previo sobre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, lograron, en la medida de sus posibilidades, señalar qué creían que significaba dicho interés superior. El detalle de sus respuestas se encuentra en el Apéndice 3.

Gratamente, la mayoría de los entrevistados elaboraron definiciones sobre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Así, consideraron que el interés superior implica que sus opiniones sean escuchadas y tomadas en cuenta por los adultos, pues busca que sus derechos se cumplan y sean respetados para que desarrollen sus capacidades, tengan una mejor calidad de vida y así logren su bienestar. Se citan las definiciones más interesantes:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	14	“Es un principio que busca que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se cumplan. También se toma en cuenta las circunstancias familiares”
2		16	“Creo que es el bienestar del niño, niña y adolescente, es encontrar un lugar donde están seguros y puedan desarrollar todas sus capacidades”

Asimismo, sostienen que para lograr lo anterior es necesario que la atención de los menores de edad sea priorizada por los adultos, teniendo en cuenta siempre sus circunstancias familiares cuando exista una situación que los involucre. Por ejemplo, un adolescente afirma que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica “tomar como prioridad a los menores [de edad]”.

La definición que los entrevistados han elaborado sobre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes coincide totalmente con lo desarrollado por las tesis en el Capítulo I.

Llama la atención que la mitad de los entrevistados, nueve (9), enfatizan que su interés superior se vincula con sus derechos, en especial con su derecho a expresar una opinión y que, luego, sea tomada en cuenta por ser importante. Una muestra de ello se cita a continuación:

Nº	Sexo	Edad	Significado
1	Femenino	16	"[Q]ue ahora dan más importancia a lo que pensamos y decimos"
2			"[E]s la opinión del chico y sus decisiones que él quiere"
3		13	"Que también se debe tomar en cuenta las opiniones que tienen los niños y adolescentes porque también es importante"
4	Masculino	13	"Que todos los niños tienen derecho a opinar y darse una expresión de lo que quieren decir"

Esto demuestra no solo que su respuesta coincide con lo desarrollado en el Capítulo II sobre la participación de los menores edad, sino también que se consideran seres humanos importantes por su propia dignidad; por eso, cuando los jueces de familia y magistrados del Poder Judicial deban decidir sobre ellos tendrán que escuchar y valorar su opinión, sin considerar el límite de la edad tal como lo dispone el artículo 85 del CNA (solo se tendrá en cuenta la opinión de los adolescentes).

La posición de los entrevistados difiere de la posición que defiende la mayoría de jueces de familia y magistrados del Poder Judicial evidenciada en el Capítulo III,

que por aplicar, de manera literal, el artículo 85 del CNA no han tenido en cuenta la opinión expresada por los niños y niñas.

En resumen, los entrevistados consideran que su interés superior implica que en los temas en los que se encuentren involucrados, su atención sea priorizada así como sus derechos, en específico, resaltan la importancia de que sus opiniones sean escuchadas y tomadas en cuenta. Asimismo, sostienen que el respeto de sus derechos asegura su desarrollo integral y bienestar. Estas consideraciones concuerdan con lo señalado por la doctrina: Aguilar, Baeza y Zermatten; el Tribunal Constitucional (2015: FJ 16 y 17), la CDN; y, el Comité DN en la Observación General 14, explicadas en el Capítulo I de esta tesis.

Complementando lo anterior, los entrevistados consideran que su interés superior garantiza la satisfacción de sus derechos. Esta apreciación coincide con lo señalado por la doctrina por el autor Cillero, la Corte IDH (2005: 59), la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2011 a: FJ 6) y el Tribunal Constitucional (2008: FJ 8).

4.2 ¿Cómo resolverían los menores de edad un proceso judicial de tenencia?

En las entrevistas se planteó un caso hipotético: una pareja de esposos decide separarse después de varios meses de conversaciones y cada uno de ellos quiere vivir con sus dos hijos: Juan un niño de 11 años y María una niña de 8 años. Se realizaron cuatro (4) preguntas, las tres (3) primeras cerradas, es decir, los menores de edad entrevistados tuvieron que elegir entre una u otra opción (si los hijos deberían vivir con la madre, el padre u otro familiar); en cambio, la cuarta

abierta, es decir, pudieron decidir libremente su respuesta (no se condicionó a través de una opción a escoger).

La finalidad de las primeras tres (3) preguntas era contextualizar el caso a los menores de edad entrevistados y realizar un análisis de cómo reaccionan cuando tienen que elegir entre una y otra opción; y, la finalidad de la cuarta pregunta es conocer los criterios que los entrevistados utilizarían para resolver los procesos de tenencia.

4.2.1 Primera pregunta: ¿Con cuál de los padres debería vivir Juan?

En esta pregunta cerrada los entrevistados debían elegir entre la madre o el padre para que viva con Juan luego de la separación. De un total de dieciocho (18) entrevistados, nueve (9) consideran que Juan debería vivir con su padre, tres (3) con su madre, tres (3) sostienen que Juan debería decidir con quién vivir, tres (3) indican que Juan debería vivir con ambos padres. El detalle de sus respuestas se encuentra en el Apéndice 3.

A pesar de que la mayoría de los entrevistados, doce (12), eligió a uno de los padres para que viva con Juan, resulta interesante que seis (6) no hayan optado por una u otra opción y hayan priorizado a Juan al señalar que él debería decidir con quién vivir o que debería vivir con ambos padres.

En efecto, tres (3) adolescentes sostienen que para otorgar la tenencia de Juan a su madre o su padre se debe tomar en cuenta su opinión para que así se sienta más cómodo. En especial una (1) de las entrevistadas considera que ambos

padres tienen la obligación de responsabilizarse de Juan a pesar de que él tome la decisión de vivir con uno de ellos. Se citan las respuestas señaladas por las entrevistadas:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	15	“Creo que se puede preguntar al niño con cual [sic] de los dos quiera estar y el padre puede responsabilizarse [sic] por él, al igual que la madre. Ya que el divorcio no significa que ya no es su responsabilidad el niño”
2		14	“Normalmente la custodia es dada a la madre, yo opino que deberían [sic] tomar la opinion [sic]de Juan y basarse en ella”
3			“Yo pienso que Juan debería decidir, porque así se sentirá más cómodo”

De las respuestas se aprecia que las entrevistadas consideran que la opinión de los niños, niñas y adolescentes son igual de importantes por lo que debe ser tomada en cuenta cuando se decida sobre un asunto que los involucre. Ellas señalan que la opinión de Juan, a pesar de ser un niño pues tiene 11 años, debe ser tomada en cuenta al momento de decidir sobre su tenencia, lo que claramente no es acorde con la redacción del artículo 85 de la CNA, pues esta norma dispone que solo se debe tener en cuenta la opinión de los adolescentes.

Tres (3) adolescentes sostienen que debe otorgarse la tenencia compartida de Juan a sus padres. Una (1) de ellas propone que se otorgue la tenencia compartida a los padres. Sostiene que Juan debería vivir con sus padres por turnos, ya que de esta manera puede compartir un tiempo con cada uno de ellos y no ser separado de su hermana.

El objetivo de la adolescente es que Juan mantenga y fortalezca el vínculo con sus padres y con su hermana, lo cual coincide con uno de los elementos que se

debe evaluar para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente detallado en el Capítulo II: la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares. Dos (2) adolescentes del sexo masculino proponen que se otorgue la tenencia compartida a los padres, el régimen puede ser semanal o mensual, es más uno de ellos de ellos justifica su opinión en que, de esta manera, se podría evitar las discusiones entre los padres.

A continuación se aprecian las respuestas brindadas por los entrevistados:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	14	“Deberían [sic] conversar bien el asunto. Yo creo que deberían [sic] turnarse, porque así [sic] los dos lo tienen un tiempo cada uno y no lo separan de su hermano”
2	Masculino	16	“Que si ya no tenían ganas de seguir estuvo bien que se hayan separado, para que no afecten a sus hijos; Juan debería de ver a su mamá una semana y a su papa [sic] otra; para que no hayan [sic] discusiones”
3		13	“Opino que Juan pueden [sic] vivir con los dos padres turnandose [sic], puede ser 1 mes....”

Las respuestas antes citadas demuestran que los adolescentes se encuentran preocupados por asegurar el crecimiento de Juan al lado de ambos padres, figuras que son importantes para su normal desarrollo. Además de que Juan viva con sus padres por temporadas, una de las adolescentes sostiene que Juan debe vivir al lado de su hermana María y no ser separado de ella. Esta última consideración busca fortalecer el vínculo entre hermanos, tal como se procuró en la resolución de vista del Expediente 1517-1997 analizada en el Capítulo III.

Siguiendo con el análisis de lo señalado por los entrevistados, la mitad de ellos, nueve (9), considera que luego de la separación Juan debería vivir con su padre.

Esto muestra cierta inclinación a favor del padre por ser del mismo sexo que su hijo al igual que consideran algunos jueces de familia y magistrados del Poder Judicial que resolvieron los procesos de tenencia analizados en el Capítulo III; por ejemplo, en la resolución de vista del Expediente 27-2013 y en la Casación 1612-2011 se otorgó la tenencia de la hija a su madre por ser del mismo sexo.

Las razones que sustentan la posición de los entrevistados son que el padre: **(i)** al ser del mismo sexo que el hijo podrían entenderse mejor al compartir las mismas ideas y gustos por las cosas, **(ii)** puede aconsejarlo, **(iii)** podrá enseñarle mejor sobre los hombres; y, **(iv)** podrá absolver las preguntas de Juan porque ya pasó por esas etapas, en cambio la madre no sabe por ser mujer.

Llama la atención que, a pesar de elegir que Juan viva con su padre, algunos entrevistados precisen que los hijos no son meros objetos que dependen de la voluntad de sus padres al considerándolos como sujetos de derecho, por lo que plantean el establecimiento de un régimen de visitas para la madre. Así, una adolescente de dieciséis (16) años señala expresamente “[q]ue no es la forma de solucionar un problemas [sic] ya que los hijos no son un objeto para estar haciendo lo que quieres. Creo que mejor que Juan se que [sic] con su papa porque tendrán un mejor lazo pero con visita para ver a su madre”.

Por último, la minoría de las entrevistados, tres (3), considera que luego de la separación Juan debería vivir con su madre porque: **(i)** ella podría conocer todo lo referido a su hijo, **(ii)** Juan puede sentir más confianza al lado de ella, y, **(iii)** ella le dedicaría mucho más tiempo a su hijo, ya que usualmente el padre le dedica mayor tiempo a su trabajo.

De las respuestas expuestas se aprecia que los entrevistados consideran que las madres solamente conocen los aspectos relacionados con sus hijas pero no con sus hijos y todavía tienen arraigado el prejuicio de que las madres se dedican principalmente al cuidado de sus hijos y a su hogar, mientras que los padres al trabajo. Esta forma de pensar evidencia criterios subjetivos que no deberían prevalecer sobre los criterios objetivos para resolver los procesos de tenencia.

4.2.2 Segunda pregunta: ¿Con cuál de los padres debería vivir María?

En esta pregunta cerrada los entrevistados debían elegir entre la madre o el padre para que viva con María luego de la separación. De un total de dieciocho (18) entrevistados, once (11) sostienen que María debería vivir con su madre, una (1) con su padre, dos (2) indican que los hermanos no deben ser separados a fin de fortalecer su vínculo, una (1) sostiene que María debería decidir con quién vivir; y, tres (3) consideran que María debería vivir con ambos padres. El detalle de sus respuestas se encuentra en el Apéndice 3.

A pesar de que la mayoría de los entrevistados, doce (12), eligió a uno de los padres para que viva con María, resulta interesante que seis (6) no hayan optado por una u otra opción y hayan priorizado a María al señalar que ella no debería ser separada de su hermano, que debería decidir con quién vivir o que debería vivir con ambos padres.

En efecto, dos (2) adolescentes sostienen que se decida la tenencia de María teniendo en cuenta el vínculo con su hermano para evitar que se sienta sola. Se citan las respuestas señaladas por los entrevistados:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	"[A] donde [sic] su hermano, por que [sic] deben estar juntos"
2	Masculino	13	"Que María deveria [sic] quedarse donde su hermano donde decida ir porque ellos seguramente estarian [sic] muy unidos y no seria [sic] bueno para maria [sic] alejarse de su hermano porque se sentiria [sic] sola"

Como se aprecia, para los entrevistados es importante que ambos hermanos vivan juntos y fortalezcan su vínculo, lo cual coincide con uno de los elementos que se debe evaluar para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente detallado en el Capítulo II: la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares. Asimismo, esta consideración fue tomada en cuenta en la resolución de vista del Expediente 1517-1997 analizada en el Capítulo III.

Una (1) entrevistada sostiene que para otorgar la tenencia de María a su madre o su padre se debe tomar en cuenta su opinión y señala que ambos padres no deben desatenderse de las responsabilidades para con su hija, a pesar de la separación. Así, la adolescente de quince (15) años señala lo siguiente: "[c]reo que puede ser la decisión de María, y tambien [sic] ambos padres con o sin divorcio deben hacerse cargo de ella, porque es su responsabilidad".

De esta respuesta, se aprecia que la adolescente considera que la opinión de los niños, niñas y adolescentes son igual de importantes por lo que debe ser tomada en cuenta cuando se decida sobre un asunto que los involucre.

Ella sostiene que la opinión de María, a pesar de ser una niña de 8 años, debe ser tomada en cuenta al momento de decidir sobre su tenencia, lo que claramente no coincide con lo señalado en el artículo 85 de la CNA, pues esta norma dispone que solo se debe tener en cuenta la opinión de los adolescentes.

Otros tres (3) adolescentes proponen que se otorgue la tenencia compartida a los padres, ya que de esta manera María puede compartir un tiempo con cada uno de ellos:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	14	“Deberian [sic] conversar bien el asunto, Deberian [sic] turnarse, asi [sic] lo pueden tener un tiempo cada uno, y tampoco separan a los hermanos”
2	Masculino	16	“Deberia [sic] seguir la misma rutina de Juan, ir con su papá una semana y la otra con su mamá”
3		13	“Yo opino que María tambien [sic] pueden [sic] vivir con los dos padres turnadose [sic] que el papá tiene 1 mes con los hijos y la mamá 1 mes con los hijos y así sucesivamente”

El objetivo de los tres (3) adolescentes es que María mantenga y fortalezca el vínculo con sus padres, una propuesta muy interesante es la señalada por una adolescente de 14 (catorce) años quien considera importante que María no sea separada de su hermano, lo cual procura la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares para su normal y saludable desarrollo como se ha indicado en el Capítulo II.

Siguiendo con el análisis de lo señalado por los entrevistados, la mayoría de ellos, once (11), considera que luego de la separación María debería vivir con su madre.

Esto muestra cierta inclinación a favor de la madre que es del mismo sexo que la hija, al igual de lo considerado por algunos jueces de familia y magistrados del Poder Judicial que resolvieron los procesos de tenencia analizados en el Capítulo III; por ejemplo, en la resolución de vista del Expediente 27-2013 y en la Casación 1612-2011.

Las razones que sustentan la posición de los entrevistados son que la madre: **(i)** es del mismo sexo que María se pueden entender mejor, **(ii)** sabe todo sobre las mujeres, **(iii)** es un poco más cariñosa, **(iv)** ya pasó por las situaciones por las que María va a pasar, **(v)** podría entenderla en los procesos de su vida y en sus dudas, **(vi)** conoce más sobre los gustos de sus hijas (comida favorita, entre otros), puede peinarla y vestirla, **(vii)** María por su edad necesita del cuidado maternal, **(viii)** tendrían mucho en común, **(ix)** la niña es más sensible; y, **(x)** la niña tendría una mejor comunicación con su madre.

De las respuestas se aprecia que los entrevistados consideran que las madres conocen, principalmente, los aspectos relacionados con sus hijas y todavía tienen arraigado el prejuicio de que las madres se dedican al cuidado de los hijos. Esta forma de pensar evidencia criterios subjetivos que no deberían prevalecer sobre los criterios objetivos para resolver los procesos de tenencia.

Llama la atención que, a pesar de elegir que María viva con su madre, una (1) entrevistada precise que los hijos no son meros objetos que dependen de la voluntad de sus padres al considerarlos como sujetos de derecho, por lo que plantea el establecimiento de un régimen de visitas para el padre. Así, dicha adolescente de dieciséis (16) años señala expresamente “Que esta [sic] mal la

forma como estan [sic] haciendo el divorcio. opino [sic] que sería mejor que viva con su [madre] porque las dos tendrían [sic] mucho en común pero siempre y cuando visite a su padre”.

Por último, la minoría de los entrevistados, una (1), considera que luego de la separación María debería vivir con su padre, la finalidad es que este le dedique más tiempo para que así pueda conocer mejor a su hija.

4.2.3 Tercera pregunta: ¿Los niños deberían vivir con otro familiar? ¿Por qué?

En esta pregunta los entrevistados debían señalar si luego de la separación Juan y María podrían vivir con un familiar distinto a sus padres. De un total de dieciocho (18) entrevistados, doce (12) consideran que Juan y María no deben vivir con otros familiares, dos (2) sostienen que sí pueden vivir con otros familiares; mientras que cuatro (4) sostienen que ello dependerá, de la decisión de los hermanos, de si los padres pueden cuidar a sus hijos o de si el lugar donde viven con sus padres no es el adecuado. El detalle de sus respuestas se encuentra en el Apéndice 3.

Resulta interesante que la mayoría de los entrevistados, doce (12), se oponga a la separación de los hijos y padres, evidenciando la importancia que le otorgan al contacto permanente entre ellos y a los vínculos que se generan en el núcleo familiar, los cuales deben ser mantenidos y fortalecidos a través del tiempo para lograr un desarrollo saludable y normal de la personalidad y las capacidades de los hijos.

Las razones para que los entrevistados sostengan que **no** es factible que María y Juan vivan con otros familiares son: **(i)** los padres tienen el deber de cuidar a sus hijos, independientemente de su situación como pareja, **(ii)** los padres están vivos, **(iii)** ninguna persona va a amar a sus hijos más que los padres, **(iv)** los hijos extrañarían a sus padres y podrían sentirse mal, **(v)** la separación de los hijos y sus padres puede provocar daños irreparables a los primeros; y, **(vi)** existe un riesgo de que terceros los puedan maltratar. Las respuestas más interesantes se detallan a continuación:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“No porque nadie los va a amar mejor que sus padres, no sentirán [sic] el calor de hogar de compartir tiempo con tu familia”
2		14	“[N]o, porque ellos son sus padres y ellos deben cuidarlos, al [sic] menos que tengan un problema serio y no puedan convivir”
3			“No, porque le estarían haciendo un daño a la familia o hijos al separarlos de sus padres. Los niños no estarían tan de acuerdo con la decisión”
4		13	“No, porque aunque estén separados o haya terminado la relación, siguen teniendo el rol de padres”
5	Masculino	13	“No, Por que [sic] no serían lo mismo, pueden extrañar a sus padres para ellos sería algo difícil, de vivir sin sus padres”
6		11	“No porqué los tratarían [sic] mal y eso es maltrato pero en caso si ellos no quieren vivir con ellos por alguna rason [sic] se irían [sic] con algun [sic] familiar sería lo mejo [sic]”

Como se aprecia, las respuestas señaladas por los entrevistados giran alrededor de los hijos, pues buscan siempre su bienestar, comodidad y evitan posibles maltratos de terceros, quienes entienden que no les van a brindar el mismo amor y protección que sus padres. También resaltan el rol de los padres y sus obligaciones, como se evidencia en las definiciones de patria potestad y tenencia

desarrolladas en el Capítulo II que son instituciones orientadas a procurar el desarrollo integral de los hijos.

Por otro lado, la minoría de entrevistados, dos (2) adolescentes, considera que sí es factible que María y Juan vivan con otros familiares, las justificaciones son: **(i)** si los padres no tienen estabilidad emocional y hasta que se recuperen; y, **(ii)** los hijos tendrán la oportunidad de manifestar sus sentimientos con muchas más personas.

De las respuestas brindadas se evidencia que los entrevistados consideran factible la separación entre padres e hijos como una solución temporal hasta que los padres recuperen su estabilidad y estén en la capacidad de cuidar a sus hijos adecuadamente. Así, de nuevo se aprecia su preocupación por buscar lo mejor para los hijos, lo cual muestra su valor como seres humanos que merecen un ambiente seguro y saludable para vivir y crecer.

Por último, llama la atención que cuatro (4) entrevistadas hayan omitido responder a la pregunta realizada y hayan priorizado a los hijos al condicionar su respuesta respecto a si procedería o no que vivan con otros familiares. En efecto, las adolescentes consideran que dependerá del caso en concreto y de: **(i)** la opinión de los hijos, **(ii)** del lugar donde viven con los padres, si es adecuado o no; y, **(iii)** si los padres no pueden cuidar de ellos.

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	15	“Dependiendo, por que [sic] si los niños no quieren estar con ninguno de sus padres o por la presión [sic] se sienten mal, pueden vivir con otro familiar”
2		14	“Depende de los niños creo yo”
3		13	“Depende, porque si en lugar donde vivían con sus padres Juan y María no era el adecuado, sería mejor que vivan con un familiar muy cercano a ellos”
4		12	“Pues depende si los padres no pueden cuidar de ellos”

Las respuestas anteriores demuestran que las adolescentes valoran de sobremanera la opinión de los hijos a fin de determinar con quién vivirán luego de la separación de sus padres y difieren de la posición que defiende la mayoría de jueces de familia y magistrados evidenciada en el Capítulo III, que por aplicar literalmente el artículo 85 del CNA, no tienen en cuenta la opinión expresada por los niños y niñas.

También, evidencian su preocupación de que el lugar donde vivan los hijos sea propicio para su desarrollo y que los padres puedan cuidar de ellos adecuadamente, lo cual resalta la importancia de buscar y asegurarles un ambiente saludable para su crecimiento.

Finalmente, sus respuestas evidencian la situación vulnerable en la que se pueden encontrar los hijos al tener la presión de elegir con qué padre vivir, por lo que, para evitar esa decisión y decepcionar a uno de sus padres, preferirían vivir con otro familiar.

4.2.4 Cuarta pregunta: Si tuvieses la oportunidad de decidir ¿con quién o quiénes vivirían los niños? ¿Por qué?

En esta pregunta abierta los entrevistados debían sustentar con quién o quiénes deberían vivir Juan y María luego de la separación de sus padres. De un total de dieciocho (18) entrevistados, ocho (8) consideran que la elección de con quién o quiénes van a vivir Juan y María depende de su opinión y la capacidad de los padres respecto a los cuidados que pueden brindar a sus hijos, cinco (5) otorgarían la tenencia compartida a los padres, una (1) sostiene que los hijos deberían vivir con la madre, otra (1) con su padre; mientras una (1) considera que podrían vivir con terceras personas; y, dos (2) se oponen a la separación de los padres. El detalle de sus respuestas se encuentra en el Apéndice 3. A continuación se puede verificar la información mencionada de manera esquemática:

Eligen con quién deben vivir los hijos				No eligen con quién deben vivir los hijos		En contra de la separación de los padres
Madre	Padre	Ambos padres	Con terceros	Depende		
				Capacidad de los padres	Opinión de los hijos	
1	1	5	1	2	6	2

4.2.4.1 Los entrevistados eligen con quién deben vivir los hijos

Como se aprecia del cuadro, casi la mitad de los entrevistados, en total ocho (8), responden a la pregunta realizada y eligen a la persona o personas que deberían vivir con María y Juan luego de la separación de sus padres (por ejemplo: con su madre, su padre, ambos y un tercero al núcleo familiar).

Así, una (1) adolescente de catorce (14) años indica que Juan y María deberían vivir con su madre al expresar que “[y]o creo que sería mejor con la mamá, porque a esa edad todavía deben seguir con ella, para que compartan momentos juntos, pero el papá puede ir a visitarlos”.

Para justificar su respuesta la entrevistada adopta como criterio las edades de los hijos: Juan 11 años y María 8 años. Debido a ello sostiene que deberían vivir con su madre para que compartan tiempo juntos. Dado que el padre no va convivir con sus hijos, la entrevistada propone establecer un régimen de visitas. La última consideración expuesta por la adolescente concuerda con el literal c) del artículo 84 del CNA.

Es interesante que la adolescente considere que los hijos de 11 y 8 años todavía son “pequeños” para que vivan con su padre, evidenciando una visión sesgada de que solo las madres pueden brindar cuidados adecuados a sus hijos pequeños. Esta forma de pensar contiene un criterio subjetivo cargado de prejuicios a favor de la figura materna y en perjuicio de la figura paterna, también utilizado por algunos jueces de familia como se detalló en el Capítulo III de esta tesis.

Cinco (5) entrevistados consideran que Juan y María deberían vivir con ambos padres. Para justificar que se otorgue la tenencia compartida a los padres los entrevistados adoptan como criterios: **(i)** evitar posibles traumas a los hijos por estar separados de sus padres, **(ii)** mantener el contacto permanente entre padres e hijos y fortalecer las relaciones familiares de

cariño en el núcleo familiar; y, (iii) cumplir el rol de padres. Esta propuesta coincide con lo señalado en el último párrafo del artículo 81 del CNA que dispone la tenencia compartida, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior de los hijos. Las respuestas dadas se detallan a continuación:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“Con sus dos padres porque sus hijos también [sic] son importantes y su bienestar. Si ellos están [sic] separados podría [sic] generar un tipo de trauma en los niños. si vivieran juntos cada padre podría [sic] vivir en un piso diferente”
2			“Vivirían [sic] con los dos el padre y la madre, o sea una custodia compartida y así conocerían a sus padres más y los seguirán [sic] amando”
3		13	“Con ambos padres, porque a pesar de que su relación se haya acabado, jamás perderán el rol y tarea de ser padres”
4	Masculino	13	“Padres, Por qué [sic] con ellos tienen más confianza con quien [sic] hablar y se [sic] cariñoso”
5		12	“[C]on sus padres, porque es mejor para los niños porque los pueden ayudar en sus problemas y su [sic] tareas”

Llama la atención que (1) una de las adolescentes haya propuesto como solución para evitar que se genere traumas en los hijos que ambos padres vivan en la misma casa pero en pisos separados. Esto último evidencia que la tendencia es que los menores de edad cada día son conscientes de que son sujetos de derechos y buscan su propio bienestar.

Por otro lado, una (1) de las adolescentes de trece (13) años considera que María y Juan podrían vivir con terceras personas (sus padrinos o un familiar cercano) que entenderían la situación que están pasando por la separación de sus padres y podrían aconsejarlos. El comentario evidencia su

preocupación por evitar posibles traumas en los hijos y la necesidad de apoyo por parte de personas cercanas.

Por último, una (1) adolescente de dieciséis (16) años, identificándose con Juan y María, señala que ella preferiría vivir con su padre y optar por un régimen de visitas a favor de su madre durante los fines de semana. Esto evidencia que el padre también puede hacerse cargo de sus hijos, independientemente de sus edades, lo cual no es acorde algunas resoluciones de vista y casaciones, analizadas en el Capítulo III, donde se otorga la tenencia a las madres en razón de prejuicios a su favor y en contra de los padres.

4.2.4.2 Los entrevistados no eligen con quién deben vivir los hijos

Casi la mitad de los entrevistados, ocho (8), no responden a la pregunta realizada dado que consideran que la elección de con quién o quiénes van a vivir Juan y María depende de su opinión y la capacidad de los padres respecto a los cuidados que pueden brindar a sus hijos.

Por un lado, seis (6) entrevistados adoptan como criterio para otorgar la tenencia que se escuche las opiniones de Juan y María y que sean tomadas en cuenta, pues podrían responder quién es la persona más importante para ellos que les brinda confianza, cariño, aprecio y amor, por lo que, de esta manera, se sentirían más cómodos.

Este criterio se aleja de lo establecido en el artículo 85 del CNA porque no distingue entre la niñez y adolescencia para que sus opiniones sean tomadas en cuenta por el juez en un proceso de tenencia. Por el contrario, se encuentra alineado con lo establecido el Comité DN en su Observación General 14 (2013: 13) y detallado en el Capítulo II. Una muestra de las respuestas de los entrevistados se detalla en el siguiente cuadro:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	"[L]es preguntaría con quien se sienten más cómodos"
2		14	"[T]omaria la opinion [sic] de los niños y me basaria [sic] en ellos"
3			"Vivirían con quien [sic] ellos decidan vivir, porque asi [sic] se sentirán más cómodos, pero no quita el derecho de que el padre o la madre puedan pasar tiempo con ellos"
4	Masculino	15	"Con la persona o familiar más importante para ellos como si fuera mamá y papá con el familiar que más confianza, cariño, aprecio y amor"

Por otro lado, dos (2) adolescentes proponen un criterio interesante a tener en cuenta al momento de otorgar la tenencia que es elegir al padre más capacitado para cuidar a sus hijos. En efecto, indican que se debe verificar la capacidad de los padres para resguardar los derechos de sus hijos, por ejemplo, si alguno de ellos los maltrata, entonces se le otorgará la tenencia al otro padre. A continuación se detallan dichas respuestas:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	12	"Dependiendo si quien [sic] esta [sic] mas [sic] capacitado para hacer o poder cuidar de los niños"
2	Masculino	16	"Si uno de los padres maltratara a sus hijos deberian [sic] de irse ya sea con la mamá o el papá"

Como se aprecia, el criterio de la capacidad de los padres está alineado con los objetivos del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ya que el padre más capacitado tendrá mejores herramientas para impulsar su desarrollo integral, tal como se ha descrito en los Capítulos I y II de esta tesis.

4.2.4.3 Los entrevistados se oponen a la separación de los padres

La minoría de los entrevistados, dos (2), no responden a la pregunta realizada al no indicar con quién o quiénes deberían vivir María y Juan luego de la separación de sus padres, ya que para ambos la separación de los padres no es una opción a considerar por generar daños en la vida de los hijos, por lo que se debe evitar. A continuación se encuentran las respuestas de los entrevistados:

N ^o	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	11	“Yo digo que los padres no deberían separarse, y eso ambo [sic] pueden tener una linda vida”
2		13	“Yo creo que deverian [sic] vivir con padre y madre porque no seria [sic] bueno para los niños ver como los padres se separan y desequilibran la familia, les daría [sic] un mal concepto a los niños sobre la vida”

Como se aprecia, los entrevistados no están de acuerdo con la idea de que los padres de Juan y María se separen para evitar que se genere traumas en los hijos. Esto evidencia que la tendencia es que los menores de edad se sienten verdaderos sujetos de derechos al buscar siempre su bienestar (aunque a veces eso signifique un perjuicio para las otras personas).

CONCLUSIONES

1. Desde la Doctrina de la Protección Integral debe enfocarse al interés superior del niño, niña y adolescente como un principio, un derecho y una norma de procedimiento que busca lograr su bienestar. Para tal efecto, es imprescindible impulsar su desarrollo integral mediante la satisfacción de sus derechos y el otorgamiento de un nivel de vida adecuado.
2. El desarrollo integral que implica (planos físico, mental, espiritual, moral y social descritos en el numeral 1 del artículo 27 de la CDN) deberán tenerse en cuenta, como mínimo, por los jueces de familia y magistrados del Poder Judicial en cada decisión que tomen y al momento de evaluar y determinar el interés superior del menor de edad en los procesos judiciales de tenencia.
3. El desarrollo integral del menor de edad debe realizarse de manera saludable, normal y armónica en condiciones de libertad y respetando su dignidad, para que logre su bienestar. Su finalidad es que el menor de edad se desenvuelva en todos los ámbitos de su vida; por ello, para garantizar dicho desarrollo es necesario: **(i)** escuchar, conocer y tomar en consideración la opinión de los niños, niñas y adolescentes; y, **(ii)** determinar el mejor entorno, principalmente, en el ámbito familiar, social y educativo.
4. Los primeros obligados a procurar el desarrollo integral del menor de edad son sus padres y para asegurar que cumplan con dicha obligación el Derecho de Familia ha regulado las instituciones jurídicas de la patria potestad, la tenencia y el régimen de visitas, las cuales actualmente recogen una visión “adultocéntrica”. Sin embargo, para que la regulación se encuentre adecuada a la Doctrina de la Protección Integral se propone que los siguientes artículos sean modificados desde la perspectiva de los niños, niñas y adolescentes, tal como se propone a continuación:
 - 4.1. El artículo 418 del CC: *“La patria potestad es una relación recíproca entre padres e hijos en la que coexisten deberes y derechos mutuos. Aquellos*

que corresponden a los padres deberán ser ejercidos en beneficio de sus hijos menores de edad para asegurar su desarrollo integral”.

- 4.2. Es necesario que se agregue al artículo 81 del CNA como primer párrafo una definición sobre la tenencia: *“Artículo 81.- Tenencia.- es el derecho del hijo a convivir con el padre que impulsa su desarrollo integral y en la medida que no se afecte su bienestar, así como de dicho padre de vivir con su hijo”.*
- 4.3. El artículo 422 del CC: *“En todo caso, los hijos así como el padre que no ejerza su tenencia, tienen derecho a mantener y fortalecer las relaciones personales y de comunicación entre ellos”.*
- 4.4. Por último, el artículo 88 del CNA podría contener un primer párrafo adicional y ser modificado a lo siguiente: *“Artículo 88.- Las visitas.-El régimen de visitas es el derecho del hijo a mantener contacto y comunicación con el padre que no ejerce su tenencia a fin de fortalecer el vínculo paterno filial entre ellos. Asimismo, los padres que no ejerzan la tenencia tienen derecho a mantener contacto y comunicación con sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria [...]”.*
5. En línea con la Doctrina de la Protección Integral también se propone modificar la redacción del artículo 85 del CNA, como se muestra a continuación: *“El juez especializado debe escuchar y tomar en cuenta la opinión de los menores de edad, de acuerdo a su edad y madurez, siempre que no vulnere su interés superior”.*
6. Los criterios señalados en el artículo 84 del CNA para determinar la tenencia de un hijo deben ser interpretados conjuntamente con lo dispuesto en el artículo IX de su Título Preliminar (interés superior del niño), el 81 (tenencia) y 85 (opinión del menor de edad), ya que todo criterio debe ser leído bajo la luz del interés superior del niño, niña y adolescente. Esta es la única manera de satisfacer sus derechos y asegurar su desarrollo integral y bienestar.

7. El último párrafo del artículo 84 del CNA (se preferirá al padre que facilite el contacto con el otro progenitor) debe ser entendido como un criterio más que el juez de familia analizará para otorgar la tenencia de un menor de edad. Mientras que el literal c) de dicho artículo (para el padre que no obtenga la tenencia se le otorgará un régimen de visitas) no es un criterio sino que, por el contrario, una consecuencia de otorgar la tenencia exclusiva a uno de los padres.
8. La aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente garantiza que ejerzan sus derechos y logren su desarrollo integral. Para ello es necesario que en cada caso en concreto el juez de familia evalúe y determine su interés superior antes de que tome una decisión que lo involucre: por ejemplo, decida sobre su tenencia.
9. En los procesos judiciales de tenencia aplicar el interés superior del menor de edad implica escuchar su opinión y tomarla en cuenta, para ello es importante contar con un equipo multidisciplinario que tenga los conocimientos necesarios para colaborar con el juez de familia en la decisión respecto de cuál padre es el más adecuado para obtener la tenencia.
10. Luego de analizar la muestra de dieciocho (18) resoluciones de vista y casaciones, emitidas durante los años 1997 y 2013, se ha comprobado que los jueces de familia y los magistrados del Poder Judicial resuelven los procesos de tenencia basándose en criterios legales y criterios extra-legales positivos, calificaciones otorgadas teniendo como base la protección de sus derechos. Asimismo, no solo han tomado en cuenta un criterio sino que aplicaron varios a la vez para tener una visión completa del caso en particular.
11. En algunas resoluciones de vista y casaciones de la muestra analizada se evidencia que los jueces de familia y magistrados del Poder Judicial resuelven los procesos de tenencia realizando una aplicación sistemática del articulado del CNA y la CDN para satisfacer el interés superior de los menores de edad.

12. Si bien es cierto en algunas resoluciones de vista y casaciones de la muestra analizada los jueces de familia y magistrados utilizan con mayor grado de frecuencia los criterios legales para resolver un proceso de tenencia, en algunas oportunidades se basan en criterios extra-legales positivos, evidenciando que no solo aplican las normas legales sino que también toman en cuenta otros factores que favorecen a la protección de los derechos de los menores de edad; y, para lograr dicho fin, a veces, esos factores no coinciden con lo señalado en la normativa vigente.
13. El hallazgo más significativo en el análisis de las resoluciones de vista y las casaciones de la muestra analizada son los criterios extra-legales positivos utilizados en gran medida por los jueces de familia y los magistrados del Poder Judicial. Los criterios identificados más importantes para determinar la tenencia son: **(i)** la preocupación por incentivar y proteger el vínculo entre hermanos, pues ello influye en su normal desarrollo; **(ii)** la condición en la que se encuentran los padres (social y psicológica), a efectos de tener indicios de quien es el más adecuado para obtener la tenencia; **(iii)** verificar si la opinión de los niños y las niñas se ha tomado en cuenta por las instancias anteriores, a pesar de lo establecido en el artículo 85 del CNA; y, **(iv)** el estado en el que se encuentra el hijo y la calidad de los cuidados que recibe por parte del padre con el que convive.
14. Con menor grado de frecuencia en algunas resoluciones de vista y casaciones de la muestra analizada se verifica que los jueces de familia y magistrados utilizan criterios extra-legales negativos, lo cual evidencia que la minoría aún tiene arraigada la concepción de la Doctrina de la Situación Irregular y, por tanto, consideran al menor de edad como un objeto. Asimismo, se evidencia que sus prejuicios influyen en la resolución de los procesos de tenencia.
15. Los criterios extra-legales negativos que se identificaron son los siguientes: **(i)** se otorgó la tenencia de la hija a su madre, por ser del mismo género y por su corta edad, **(ii)** se otorgó la tenencia de la hija a la madre por encontrarse próxima a la adolescencia y por ser del mismo género; y, **(iii)** si la madre fallece y los abuelos maternos solicitan la tenencia de su nieto, se otorgará la tenencia del hijo al padre sobreviviente y no a los abuelos, sin tomar en cuenta su interés superior.

16. De un análisis crítico de cada resolución de vista y casación de la muestra se ha verificado preocupantes deficiencias en desmedro de los derechos de los menores de edad, pues aunque la mayoría de jueces de familia y magistrados hace mención al interés superior del niño, niña y adolescente no lo ha aplicado para resolver la tenencia. Esta aplicación debería apuntar a: **(i)** asegurar que el menor de edad pueda disfrutar sus derechos reconocidos por la CDN; y, **(ii)** lograr su desarrollo integral.
17. Las principales deficiencias encontradas en las resoluciones de vista y casaciones de la muestra son las siguientes: **(i)** no se detallaron las razones por las que se considera que no es conveniente para los hijos otorgarle la tenencia al otro padre, **(ii)** no se analizó el tipo de relación que tenían los hermanos antes y durante el proceso, **(iii)** no se consideró a los hijos como sujetos de derecho independientes que tienen actividades académicas y extracurriculares propias de su edad, **(iv)** no se centró su análisis en las características personales del hijo, **(v)** no se varió la tenencia de manera progresiva a pesar de los temores del hijo; y, **(vi)** no se verificó si el régimen de visitas abierto procuraba el interés superior de los hijos.
18. Después del análisis de la muestra, se identificaron los siguientes problemas: la falta de sensibilización de los jueces de familia y magistrados sobre los temas de niñez y adolescencia; y, la ausencia de un enfoque multidisciplinario en estos temas. Por ello, se propone como solución la capacitación continua de los operadores de justicia para la defensa de los derechos de los menores de edad.
19. De las entrevistas realizadas a dieciocho (18) menores de edad entre marzo y abril de 2017 se identificó que estos: **(i)** consideran que su interés superior implica que sean priorizados y que se satisfagan sus derechos, **(ii)** señalan que uno de los derechos más importantes es su derecho a opinar y sostienen que sus opiniones deben ser tomadas en cuenta para que desarrollen sus capacidades, tengan una mejor calidad de vida y logren su bienestar; y, **(iii)** se conciben como sujetos independientes de sus padres que no deben verse afectados por la decisión de ellos de separarse.

20. Los principales criterios que utilizarían los entrevistados para resolver los procesos de tenencia son: **(i)** escuchar y tomar en cuenta la opinión de los hijos (lo que difiere de lo establecido en el artículo 85 el CNA); y, **(ii)** verificar la capacidad de los padres para brindar los mejores cuidados a sus hijos.



PROPUESTA

En base a estas conclusiones se propone que las resoluciones judiciales en las que se resuelva un proceso de tenencia contengan como mínimo la siguiente información para que la decisión se sustente en la aplicación del interés superior del menor de edad:

A. Identificación de los hechos del caso debidamente acreditados en el proceso

A.1. Información enfocada en el menor de edad: Informe psicológico y social (mínimo indispensable)

- su sexo
- su edad
- su grado de madurez
- sus actividades académicas y extraacadémicas
- sus preferencias y temores
- su salud física y psicológica
- sus hermanos y sus edades
- quién lo cuidó la mayor cantidad de tiempo y en qué lugar lo hizo
- con cuál de los padres vivió antes de la separación de estos y su lugar de residencia
- con cuál de los padres vivió después de la separación de estos y su lugar de residencia
- con cuál de los padres vivió durante la tramitación del proceso y su lugar de residencia
- si los padres cumplen con su obligación alimentaria

A.2. Información enfocada en los padres: su capacidad para satisfacer los derechos de sus hijos y asegurar su bienestar:

	Madre	Padre
Aspecto social – Informe social <ul style="list-style-type: none"> - analizar su situación económica: cumplimiento de obligaciones alimentarias - analizar el cuidado que el padre o madre le se brinda a sus hijos - determinar el tiempo que el hijo convive con sus padres 		
Aspecto psicológico – Informe psicológico <ul style="list-style-type: none"> - analizar el estado mental y emocional de los padres - identificar si el padre o madre ha causado el Síndrome de Alienación Parental en sus hijos 		

B. Aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente

B.1. Evaluación del interés superior del niño, niña y adolescente

Llenar de contenido los elementos señalados en la Observación General 14, teniendo en cuenta los hechos del caso y armonizarlos:

- a. Opinión del menor de edad
- b. Identidad del menor de edad
- c. Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones
- d. Cuidado, protección y seguridad del menor de edad
- e. Situación de vulnerabilidad del menor de edad
- f. Derecho a la salud del menor de edad
- g. Derecho a la educación del menor de edad

B.2. Determinación del interés superior del niño, niña y adolescente

- a. Seleccionar los elementos esenciales para determinar el interés superior del menor de edad
- b. Analizar la comparación realizada entre las situaciones de los padres no por ser ellos el centro del proceso sino para identificar al padre que mejor se acople a satisfacer los derechos de sus hijos
- c. El juez de familia tiene que señalar en sus considerandos que su decisión favorece al desarrollo integral del menor de edad, explicando el impacto que va tener en el ámbito moral, social, físico, mental y espiritual.
- d. El juez de familia tiene que explicar en sus considerandos que su decisión asegura la satisfacción de los derechos del menor de edad a corto, mediano y largo plazo.
- e. El juez de familia debe evaluar el impacto que tendrá su decisión en la vida del menor de edad.
- f. El juez de familia tiene que determinar si resulta conveniente para el menor de edad recibir las visitas del padre o madre que no ejerza la tenencia.

RECOMENDACIONES

Debido a la falta de tiempo, recursos y barreras burocráticas no fue posible entrevistar a especialistas en la protección de los derechos de los menores de edad; por ello, sería interesante que investigaciones futuras se enfoquen a entrevistar a profesores de derecho de familia de la Pontificia Universidad Católica del Perú y otras universidades; a los representantes de Cometa, UNICEF, Save the Children, Aldeas SOS, INABIF; y, del Instituto de Familia de la UNIFÉ; para que se profundice en el estudio de la aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente.

Asimismo, sería interesante que investigaciones futuras entrevisten a una cantidad mayor de niños, niñas y adolescentes sobre la aplicación de su interés superior en los casos de tenencia, para que se filme un video con sus opiniones, el cual servirá para sensibilizar a los jueces de familia, magistrados, a la sociedad y a los padres.

Finalmente, sería interesante que investigaciones futuras analicen la aplicación del interés superior del menor de edad en los casos de tenencia en expedientes judiciales completos y no solo se basen en resoluciones de vista y casaciones, con la finalidad de que puedan tener una visión completa de cómo se desarrolla un proceso judicial en estos casos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo

- 2008 “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Santiago de Chile, año 6, número 1, pp. 223-247. Consulta: 11 de junio de 2017.
http://www.edumargen.org/docs/curso42-1/unid01/apunte03_01.pdf

AGUILAR LLANOS, Benjamín

- 1996 “¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes?” *Revista de Derecho PUCP*, número 50, pp. 433-453. Consulta: 11 de junio de 2017.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/5939/5948>
- 2008 *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Ediciones Legales.
- 2009 “La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida”. *Derecho & Sociedad*. Año 20, número 32, pp. 191-197.
- 2016 *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Lex & Iuris.

ALEGRE, Silvina y otros

- 2014 “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”. *05 Cuaderno del Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina*. s/l, pp. 1-30. Consulta: 4 de abril de 2017.
http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf

ARIAS-SCHREIBER, Max

- 2001 *Exégesis del código civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

- 1948 *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Consulta: 2 de mayo de 2017.
<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- 1959 *Declaración Universal de los Derechos del Niño*. Consulta: 4 de mayo de 2017.
<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
- 1966 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Consulta: 2 de mayo de 2017.
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- 1966 *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Consulta: 6 de mayo de 2017.
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- 1979 *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*. Consulta: 10 de mayo de 2017.
<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- 1985 *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*. Consulta: 11 de mayo de 2017.
<https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>
- 1989 *Convención sobre los Derechos del Niño*. Consulta: 10 de mayo de 2017.
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- 1990 *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad)*. Consulta: 10 de mayo de 2017.
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PreventionOfJuvenileDelinquency.aspx>

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

1988 *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Consulta: 10 de mayo de 2017.

<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

BAEZA, Gloria

2001 “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho / Facultad de Derecho*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 28, No. 2, 2001, pp. 355-362.
<https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14905/000334708.pdf?sequence=1>

BARLETTA, María Consuelo

2002 “Los efectos jurídicos de la separación judicial y divorcio por causal en la patria potestad”. *Derecho PUCP*. Lima, 2002, número 55, pp. 419-435.

2005 *Lineamientos para la promoción social de la niñez y la adolescencia desde un enfoque interdisciplinario*. Lima: Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas. Gerencia de Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas.

BERMÚDEZ, Manuel

2011 *La constitucionalización del derecho de familia*. Lima, Ediciones Caballero Bustamante.

BORDA, Guillermo

1973 *Tratado de derecho civil argentino: Familia*. Dos volúmenes. Quinta edición. Buenos Aires: Perrot.

BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI

1996 *Manual de derecho de familia*. Cuarta edición. Buenos Aires: Astrea.

CANALES, Claudia

2014a “Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de tenencia”. En ABANTO, Manuel (coordinador). *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica, pp.101-115.

2014b *Patria potestad y tenencia: nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Lima: Gaceta Jurídica.

CILLERO, Miguel

1999 “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”. *Justicia y Derechos del Niño*. Santiago de Chile, número 1, pp. 45-62. Consulta: 26 de mayo de 2017.

https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf

2007 “La Responsabilidad Penal de Adolescentes y el Interés Superior del Niño”. En: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Justicia y Derechos del Niño Número 9*. Santiago de Chile: s/e, pp. 243 – 249. Consulta: 26 de mayo de 2017
https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1980 *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Consulta: 10 de mayo de 2017.
<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS ESTADOS AMERICANOS

1969 *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. Consulta: 6 de mayo de 2017.
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

1993 Constitución Política del Perú., Lima, Perú. 29 de diciembre de 1993

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

- 2000 *Ley 27337. Código de los niños y adolescentes. Lima, 21 de julio.*
http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- 2015 *Dictamen recaído en la Observación a la Autógrafa del Proyecto de Ley 2552/2013-CR, que propone la ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración del interés superior el niño.* Comisión de la Mujer y Familia, Periodo Anual de Sesiones 2014-2015. Consulta: 17 de julio de 2017.
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf/PorLeyes/EAEDB0291B8F2F2705257BC90055F452?opendocument>
- 2016 *Ley 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.* Lima, 17 de junio. Consulta: 17 de junio de 2016.
<http://legis.pe/wp-content/uploads/2016/06/Nueva-Ley-N%C2%BA-30466-fija-par%C3%A1metros-para-garantizar-el-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

- 2008 *La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos.* OEA/Ser.L/V/II.133: 29 de octubre de 2008. Consulta: 7 de abril de 2017.
<https://cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2indice.sp.htm>
- 2009 *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes.* OEA/Ser.L/V/II.135: 5 de agosto de 2009. Consulta: 4 de abril de 2017.
https://www.unicef.org/mexico/spanish/Informe_castigo_corporal.pdf
- 2011 *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas.* OEA/Ser.L/V/II: 13 de julio de 2011. Consulta: 18 de abril de 2017.

<https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf>

- 2013 *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las américas.* OEA/Ser.L/V/II: 17 de octubre de 2013. Washington: s/e. Consulta: 26 de julio de 2017.
<http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Comité DN)

- 2006 *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño.* CRC/C/PER/CO/3: 14 de marzo de 2006. Consulta: 6 de julio de 2017. FALTA LINK
- 2009 *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado.* CRC/C/GC/12: 20 de julio de 2009. Consulta: 26 de julio de 2017.
<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532>
- 2013 *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).* CRC/C/GC/14: 29 de mayo de 2013. Consulta: 11 de marzo de 2017.
http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

- 1993 Caso “*Reggiardo Tolosa*”. Resolución 19 de noviembre de 1993. Consulta: 26 de julio de 2017.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/18/pr/pr10.pdf>
- 1999 Caso “*Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*”. Sentencia: 19 de noviembre de 1999. Consulta: 15 de marzo de 2017.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf
- 2002 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/2002: 28 de agosto de 2002. Consulta: 1 de junio de 2017.
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

- 2003 Caso “*Bulacio Vs. Argentina*”. Sentencia: 18 de setiembre de 2003. Consulta: 1 de abril de 2017.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf
- 2004a Caso “*Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*”. Sentencia: 2 de setiembre de 2004. Consulta: 15 de junio de 2017.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf
- 2004b Caso “*Los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*”. Sentencia: 8 de julio de 2004. Consulta: 5 de junio de 2017.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf
- 2005 Caso “*Las Ninas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*”. Sentencia: 8 de setiembre de 2005. Consulta: 5 de junio de 2017.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf
- 2011 Caso “*Gelman Vs. Uruguay*”. Sentencia: 24 de febrero de 2011. Consulta: 6 de abril de 2017.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- 2012a Caso “*Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*”, Sentencia: 24 de febrero de 2012. Consulta: 10 de mayo de 2017.
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- 2012b Caso “*Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*”. Sentencia: 4 de setiembre de 2012. Consulta: 5 de junio de 2017.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf
- 2012c Caso “*Forneron e hija Vs. Argentina*”. Sentencia: 27 de abril de 2012. Consulta: 23 de julio de 2017.
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf
- 2012d Caso “*Furlán y Familiares Vs. Argentina*” Sentencia: 31 de agosto de 2012.

Consulta: 23 de julio de 2017.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

2014 *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14: 19 de agosto de 2014. Consulta: 20 de junio de 2017.

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9758.pdf>

s/f *Acerca de la OEA*. Consulta: 15 de abril de 2017.

http://www.oas.org/es/acerca/otras_entidades.asp#CIDH

COSTANZA, Paula

2013 *Recepción del principio del interés superior del niño en el ámbito internacional*. Consulta: 3 de junio de 2017.

<http://www.cognitiojuris.com/artigos/06/09.html>

CORNEJO, Héctor

1987 *Derecho Familiar Peruano*. Tomo II. Sexta edición. Lima: Rocarme.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Segunda Sala Especializada en Familia

2010a *Expediente 1381-2009*. Sentencia: 20 de enero de 2010.

2010b *Expediente 1169-2009*. Sentencia: 8 de marzo de 2010.

Primera Sala Especializada de familia

2011 *Expediente 727-2011*. Sentencia: 23 de noviembre de 2011.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE

2017 *Acta de Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia de Familia*. Consulta: 17 de mayo de 2017.

http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/areb/pleno_FamiliaLimaEste.pdf

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Sala Civil Permanente

- 2008 *Expediente 1006-2007 LIMA*. Casación: 5 de mayo de 2008.
- 2010 *Expediente 2885-2009 LA LIBERTAD*. Casación: 21 de enero de 2010.
Consulta: 11 de julio de 2017
<https://app.vlex.com/#vid/472565958>
- 2011a *Expediente 563-2011 LIMA*. Casación: 6 de diciembre de 2011.
- 2011b *Expediente 4881-2009 AMAZONAS*. Casación: 5 de abril de 2011.
- 2012 *Expediente 4555-2011 TACNA*. Casación: 6 de setiembre de 2011.

Sala Civil Transitoria

- 2015 *Expediente 3767-2015 CUZCO*. Casación: 8 de agosto de 2016

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente

- s/f *Glosario de Términos. Patria potestad*. Consulta: 23 de junio de 2017
http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=P
- 1997 *Pleno Jurisdiccional de Familia 1997*. Consulta: 1 de agosto de 2018.
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/733e520043eb77fe92e7d34684c6236a/Pleno_Jur_Nac_1997.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=733e520043eb77fe92e7d34684c6236a
- 2011c *Expediente 4433-2011 PIURA*. Consulta: 14 de agosto de 2012. Consulta: 22 de setiembre de 2017
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a7c02c00409d9d169382d73e05a158dc/CONS%2B4433->

2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a7c02c00409d9d169382d73e05a158
dc

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2011 *Informe 153 “Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención”*
<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/ID-153.pdf>

DIARIO EL PAÍS

s/f *El País: noticias*. Consulta: 12 de noviembre de 2016
<http://www.elpais.com.uy/informacion/mato-hija-ocho-anos-luego-suicidio.html>

DIARIO LA REPÚBLICA

2011 *La República: noticias*. Consulta: 12 de noviembre de 2016
[http://larepublica.pe/18-11-2011/asesinato-de-pierina-manos-de-su-madre-
causa-conmocion](http://larepublica.pe/18-11-2011/asesinato-de-pierina-manos-de-su-madre-causa-conmocion)

FERNÁNDEZ, Marisol

2013 *Manual de Derecho de Familia: Constitucionalización y Diversidad Familiar*.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

FERNÁNDEZ ESPINOZA, William

2017 “La alienación parental como causa de variación de la tenencia”. *Revista Vox
Juris* 33. Lima, junio, número 1, pp. 223-240. Consulta: 8 de mayo de 2017.

FREEDMAN, Diego

2005 *Funciones normativas del interés superior del niño*. Jura Gentium. Consulta: 8
de mayo de 2017.
<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro

2011 *Curso de derecho administrativo I*. Navarra, Thomson Reuters-Civitas, décima
quinta edición.

HURLOCK, Elizabeth

1985 *Desarrollo del niño*. México, D.F.: McGraw-Hill.

LA LEY

2015 “Argentina: Chat por 'Whatsapp' también puede ser parte del régimen de visitas”. *ANGULO LEGAL DE LA NOTICIA. GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL*. Consulta: 1 de marzo de 2018.

<http://laley.pe/not/2427/argentina-chat-por-whatsapp-tambien-puede-ser-parte-del-regimen-de-visitas/>

LÓPEZ-CONTRERAS, Rony

2015 “Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*. Manizales, volumen 13, número 1, pp. 51-70. Consulta: 6 de mayo de 2017.

<http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES (MIMP)

2012 *Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021. Decreto Supremo N° 001-2012-MIMP*. Lima, 20 de abril de 2012. Consulta: 6 de julio de 2017.

http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Documento_PNAIA.pdf

S/f *Comité de los Derechos del Niño*. Consulta: 6 de julio de 2017.

<http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/comite-derechos-del-nino.php>

MINISTERIO DE PROMOCIÓN DE LA MUJER Y DEL DESARROLLO HUMANO (PROMUDEH)

2002 *Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2002-2010. Decreto Supremo N° 003-2002-PROMUDEH*. Lima, 7 de junio de 2002. Consulta: 6 de julio de 2017.

NEWMAN, Philip

1983 *Desarrollo cognoscitivo; Desarrollo moral*. México, D.F.: Limusa.

NOVENA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA

1948 *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Consulta: 4 de mayo de 2017.

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

ONU

s/f *Salud de la madre, el recién nacido, del niño y del adolescente: Lactancia materna*. Consulta: 1 de marzo de 2018.

http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/newborn/nutrition/breastfeeding/es/

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

s/f *Estados Miembros*. Consulta: 15 de abril de 2017.

http://www.oas.org/es/acerca/estados_miembros.asp

s/f *¿Qué es la CIDH?* Consulta: 15 de abril de 2017.

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

s/f *Efectos a largo plazo de la lactancia materna 2011*. Consulta: 1 de marzo de 2018.

http://www.minsa.gob.pe/portada/Especiales/2011/lactancia/archivos/jornadas/DraChessaLutterOMS_Efectos.pdf

ORTEGA, Irene

2002 “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea”. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. s/l, volumen 2, número 3, pp. 87-108. Consulta: 10 de mayo de 2017.

<http://masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf>

PLÁCIDO, Alex

2003 *Filiación y patria potestad: en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

2015 *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico.

PODER EJECUTIVO

1984 *Decreto Legislativo N° 295*. Código Civil. Lima, 24 de julio.

1992 *Decreto Ley N° 26102*. Código de los Niños y Adolescentes. Lima, 24 de diciembre.

RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ

2018 *RPP: Las edades del aprendizaje en los niños*. Consulta: 1 de marzo de 2018.
<http://rpp.pe/campanas/contenido-patrocinado/las-edades-del-aprendizaje-en-los-ninos-noticia-1104215>

2016 *RPP: Reino Unido: padre recupera tenencia de su hija para luego matarla a golpes*. Consulta: 12 de noviembre de 2016
<http://rpp.pe/mundo/actualidad/reino-unido-padre-recupera-tenencia-de-su-hija-para-luego-matarla-a-golpes-noticia-973528>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE)

s/f *Escuchar*. Consulta: 18 de abril de 2017.
<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=escuchar>

s/f *Oír*. Consulta: 18 de abril de 2017.
<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=QxCw3RS>

s/f *Régimen*. Consulta: 18 de abril de 2017
<http://dle.rae.es/?id=ViiZ39k>

s/f *Tenencia*. Consulta: 12 de junio de 2017.
<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=tenencia>

s/f *Visitar*. Consulta: 18 de abril de 2017
<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=visitar>

RIVAS, Emilia

2015 *La evolución del interés superior del niño: hacia una evaluación y determinación objetiva*. Memoria para optar al Grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado. Consulta: 18 de abril de 2017.
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La-evoluci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.pdf;sequence=1>

SHAFFER, David

2000 *Psicología del desarrollo: Infancia y adolescencia*. México: Thomson. Quinta edición

SOCIEDAD DE NACIONES

1924 *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño*. Consulta: 2 de mayo de 2017.
<http://dhpedia.wikispaces.com/Declaraci%C3%B3n+de+Ginebra>

SOLER, Verónica

2016 *Desarrollo socioafectivo*. Madrid: Síntesis.

TERÁN, Milagro

2014 "Sobre un concepto de interés superior del menor". *Anuario de Derecho*. Mérida, año 31, número 31, pp. 13-34. Consulta: 26 de marzo de 2017.
<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/40958/1/articulo1.pdf>

TORREALVA Teresa, Isabel CUGNASCO, Micaela MANSO, Florencia SAUTON, Marieta FERRERO, Alejandro O'DONNELL, Pablo DURAN y Esteban CARMUEGA

1999 “Desarrollo mental y motor en los primeros años de vida: su relación con la estimulación ambiental y el nivel socio-económico”. *Arch.argent.pediatr.* s/l. pp, 306-3016. Consulta: 7 de marzo de 2018.
https://www.researchgate.net/profile/Esteban_Carmuega/publication/240618795_Desarrollo_mental_y_motor_en_los_primeros_anos_de_vida_su_relacion_con_la_estimulacion_ambiental_y_el_nivel_socio-economico_Articulo_original/links/0c960528de5813b867000000/Desarrollo-mental-y-motor-en-los-primeros-anos-de-vida-su-relacion-con-la-estimulacion-ambiental-y-el-nivel-ocio-economico-Articulo-original.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

2005a *Expedientes acumulados 0025-2005-PI/TC, 0026-2005-PI/TC*. Sentencia: 25 de abril de 2006. Consulta: 22 de noviembre de 2017.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf>

2005 b *Expediente 3330-2004-AA/TC*. Sentencia: 11 de julio de 2005. Consulta: 22 de noviembre de 2017.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>

2008 *Expediente 3247-2008-PHC/TC*. Sentencia: 14 de agosto de 2008. Consulta: 22 de noviembre de 2017.
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20090316_05.pdf

2008a *Expediente 03744-2007-HC/TC*. Sentencia: 12 de noviembre de 2008. Consulta: 22 de noviembre de 2017.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03744-2007-HC.html>

2009 *Expediente 01817-2009-PHC/TC*. Sentencia: 7 de octubre de 2009. Consulta: 22 de noviembre de 2017.
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>

2010a *Expediente 02079-2009-PHC/TC*. Sentencia: 9 de setiembre de 2010. Consulta: 22 de noviembre de 2017.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>

2010b *Expediente 02892-2010-PHC/TC*. Sentencia: 6 de diciembre de 2010.
Consulta: 22 de noviembre de 2017.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02892-2010-HC.html>

2011 *Expediente 02132-2008-PA/TC*. Sentencia: 9 de mayo de 2011. Consulta: 6 de abril de 2017.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>

2015 *Expediente 01665-2014-PHC/TC*. Sentencia: 25 de agosto de 2015. Consulta: 23 de junio de 2017.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/01665-2014-HC.pdf>

UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND (UNICEF)

2005 *La infancia amenazada. Estado mundial de la infancia 2005*. Consulta: 2 de abril de 2017.

<https://www.unicef.org/spanish/sowc05/childhooddefined.html>

2014 *Informe de la niñez en El Salvador*. Consulta: 2 de abril de 2017.

https://www.unicef.org/elsalvador/Informe_de_situacion_de_la_NNA_en_El_Salvador.pdf

VALENCIA, Jorge

1999 *Derechos Humanos de los Niños en el marco de la doctrina de la protección integral*. Lima: Acción por los Niños.

VARSÍ, Enrique

2012 *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

2014 "La decadencia y terminación de la patria potestad". En ABANTO, Manuel (coordinador). *Patria potestad, tenencia y alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica, pp.53-79.

ZANNONI, Eduardo

1998 *Derecho De Familia*. Dos volúmenes. Tercera Edición. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

ZERMATTEN, Jean

2003 *El interés Superior del Niño: Del Análisis literal al Alcance Filosófico*. Institut International des Droits de L'enfant. Consulta: 24 de junio de 2017.
http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

ZUTA, Erika

2011 "Tenencia compartida o responsabilidad parental conjunta ¿Es una solución viable?" *Enfoque Derecho*. Themis. Consulta: 8 de julio de 2017.

<https://www.enfoquederecho.com/2011/11/08/tenencia-compartida-o-responsabilidad-parental-conjunta-es-una-solucion-viable/>

APÉNDICE 1: FICHA RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES DE VISTA Y CASACIONES

1. Caso 1: Expediente 1517-1997

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Corte Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima
- **Menores de edad:** dos niños “F” (no se especifica edad) y “K” (3 años)

b. PRETENSIÓN

- **De la demanda:** el padre pretende que se le otorgue la tenencia de sus dos hijos.

c. DECISIÓN

- **1º instancia (30.05.1997):** Se otorgó la tenencia de los dos hijos al padre y se estableció un régimen de visitas para la madre (todos los sábados de 9:00 am a 6:00 pm).
- **2º instancia (14.10.1997):** Se confirmó otorgar la tenencia de los dos hijos al padre, se modificó el régimen de visitas para la madre (el primer y tercer sábado y segundo y cuarto domingo, de cada mes, de 2:00 pm a 7:00 pm) y se ordenó que las visitas cuenten con la asistencia de un terapeuta que informará sobre su desarrollo.

d. RESUMEN DEL CASO

- Para amparar el desarrollo físico-emocional de ambos niños y fortalecer el vínculo entre los hermanos, la Corte Superior otorgó la tenencia al padre.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

Desde la separación del padre y la madre, así como durante la tramitación del proceso judicial, el padre tenía a su cargo a “F” mientras que la madre a “K” (de 3 años).

- Base legal

Para justificar la decisión de otorgar la tenencia de los dos menores de edad a su padre y establecer un régimen de visitas para la madre, a pesar de que ella no lo solicitó, la Corte Superior se basó en el principio de economía procesal, en el interés superior de los niños y en su derecho a no ser separados de su madre; y, por tanto, mantener relaciones personales y contacto directo con aquella de modo regular, teniendo en cuenta el numeral 3 del artículo 9 de la CDN.

- Aplicación de criterios para otorgar la tenencia

La Corte Superior verificó que el padre había demostrado preocupación e interés por el desarrollo físico y emocional de sus hijos, a pesar de que “K” había convivido más tiempo con su madre.

Debido a su edad y sexo, los hermanos debían permanecer y desarrollarse juntos, para que de esta manera se fortaleciera su vínculo.

La Corte Superior escuchó y tomó en cuenta la opinión emitida por “F”, quien había señalado que quería a sus padres, pero prefería vivir con su padre.

- **Medios probatorios**

En la resolución de vista no se especificó qué medios probatorios se valoraron, pero se señaló que son documentos obrantes en el expediente judicial. A través de ellos se evidencia que “[...] el padre, viene demostrando gran interés por el desarrollo físico-emocional de ambos niños” (FJ 5).

La Corte Superior tomó en cuenta la declaración realizada por el hijo mayor quien convivía con su padre, en la que “[...] expresa su afecto a ambos padres, no obstante lo cual prefiere vivir con su padre” (FJ 5).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral de los menores de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, porque la Corte Superior otorgó la tenencia de “F” y “K” al padre que había mostrado preocupación e interés en su desarrollo y los mantenía unidos; y, escuchó y tomó en cuenta la opinión de uno de los hijos. Lo anterior asegura que se resguarden sus derechos reconocidos en la CDN.

- **Aspectos positivos de la decisión**

Es interesante que se haya escuchado y tomado en cuenta la opinión del hermano mayor y priorizado el mantenimiento de las relaciones entre hermanos. En la resolución de vista se indica que “[...] ambos hermanos por su entroncamiento, edad y sexo deben desarrollarse juntos al lado del padre a cuya tenencia se entregue” (FJ 4).

La resolución de vista vinculó a la tenencia con el interés superior del niño, niña y adolescente al señalar que “[...] no debe confundirse patria potestad con tenencia, siendo esta última atributo de la patria potestad, la cual si bien es cierto puede ser materia de convenio, también lo es que dicho acuerdo no tiene carácter de definitivo, por cuanto **es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al menor**” (FJ 3) [el destacado es nuestro].

En este caso, la Corte Superior otorgó la tenencia del hijo de 3 años al padre y no a la madre. De la sentencia se desprende que más importante es: **(i)** que los hermanos (que son del mismo sexo y edad) vivan juntos al lado del padre a quien se le otorgue la tenencia, **(ii)** escuchar y tomar en cuenta la opinión del hermano mayor; y, **(iii)** el interés mostrado por el padre sobre el desarrollo de sus hijos.

Por último, es interesante que se haya optado por otorgar un régimen de visitas para la madre, a pesar de que no fuera solicitado durante la etapa postulatoria. Esta decisión se sustenta en el interés superior de los niños y evita que se inicie un proceso para solicitar un régimen de visitas cuya duración puede afectar sus derechos de desarrollar una relación cercana con su madre. Para justificar su proceder la Corte Superior precisa que:

[...] es el derecho de los padres pero sobre todo del niño y/o adolescente el mantener una relación fluida y afectuosa con ambos padres, [...] tratándose de un proceso de tenencia, en que el padre que no participa de la misma mantiene expedito su derecho de visitar a sus hijos sin restricción alguna [...] debe señalarse dicho régimen no solo por economía procesal en atención al interés superior de los niños, sino por ser éste de necesidad evidente, por existir graves desavenencias entre los padres y familia de los menores (FJ 6 y7).

Finalmente, para proteger la salud emocional de los niños, ordenó que las visitas realizadas por la madre en los dos primeros meses sean asistidas de una terapeuta determinada por el juzgado para que emita un informe mensual sobre la relación de los niños y sus padres.

- **Aspectos negativos de la decisión**

Hubiese sido interesante que la Corte Superior: **(i)** detalle las razones por las cuales consideró que no era conveniente para los niños que se le otorgue la tenencia a su madre, **(ii)** analice la actitud de la madre respecto de sus hijos, ya que solamente se centró en analizar la actitud del padre, **(iii)** considere a los hijos como sujetos de derecho independientes que tienen actividades académicas y extracadémicas propias de su edad, **(iv)** reflexione sobre el tipo de relación que existe entre los hermanos y si era beneficioso que vivan juntos, **(v)** verifique si se había escuchado a “K”; y, **(vi)** señale la edad de “F” porque no solo se escuchó su opinión sino que fue tomada en cuenta.

2. **Caso 2: Expediente 663-2005**

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa
- **Menores de edad:** niños (no se especifica cuántos son, su sexo, ni su edad)

b. PRETENSIÓN

- **De la demanda:** la madre pretende que se le otorgue la tenencia de sus hijos
- **De la apelación:** el padre pretende que se declare nula la sentencia porque **(i)** no se ha establecido un régimen de visitas; y, **(ii)** la madre genera que los niños lo rechacen.

c. DECISIÓN

- **1º instancia (25.02.2008):** Se declaró fundada la demanda de la madre porque: **i)** brinda las condiciones materiales adecuadas a sus hijos ya que tiene ingresos propios y cuenta con la ayuda de su progenitora, **ii)** el padre tiene ingresos minúsculos y es inestable emocionalmente; y, **iii)** la relación entre el padre y los hijos es poco afectiva.
- **2º instancia-Causa 625-2008 (18.08.2008):** Se confirmó la sentencia de primera instancia.

d. RESUMEN DEL CASO

- Debido a que el padre no cuenta con una vivienda adecuada, ingresos suficientes y madurez, no es factible que se varíe la tenencia de sus hijos a su favor.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

De la decisión del caso se desprende que los niños han vivido con su madre antes y durante el proceso judicial.

- Base legal

La Corte Superior hizo mención al artículo 84 CNA para determinar quién es el progenitor más adecuado para obtener la tenencia de los niños.

- Aplicación de criterios para otorgar la tenencia

La Corte Superior aplicó el literal a) del artículo 84 del CNA y señaló que para otorgar la tenencia de los niños tuvo en cuenta con qué padre vivieron más tiempo, siempre que les sea favorable.

Dicha Corte, a pesar que no lo menciona, aplicó el literal c) del artículo 84 del CNA pues otorgó un régimen de visitas al padre a quien se no le otorgó la tenencia.

Además, realizó una comparación entre la situación económica y psicológica de los padres (basándose en los informes sociales y psicológicos que obran en el expediente):

Condiciones de la madre	Condiciones del padre
Tiene capacidad económica: recibe de sueldo 1 300 soles, por ello puede solventar las necesidades de sus hijos.	No tiene capacidad económica: recibe de sueldo 300 soles, por ello no tiene ingresos económicos necesarios para solventar las necesidades de sus hijos.
Vive en una casa propia: puede brindar un ambiente adecuado a sus hijos porque tiene una habitación propia para cada uno.	Vive en una casa alquilada: no puede brindar un ambiente adecuado a sus hijos, ya que vive en una casa que no tiene todos sus acabados y tendrán que compartirla con otras personas ajenas a su entorno familiar.
Es una persona madura y es un ejemplo positivo para sus hijos.	No es una persona madura y tiende a ser agresivo, esto puede ser riesgoso para sus hijos.

- **Medios probatorios**

- ✓ **Informe social realizado a la madre:** tiene capacidad económica pues recibe ingresos ascendentes a 1300 nuevos soles y vive en una vivienda en construcción noble donde cada uno de sus hijos tiene una habitación propia.
- ✓ **Evaluación psicológica realizada a la madre:** concluye que “[...] presenta una personalidad madura y adecuada, siendo un paradigma positivo para los menores” (FJ: 3).
- ✓ **Informe social realizado al padre:** recibe un ingreso ascendente a 300 nuevos soles y vive en una vivienda alquilada.
- ✓ **Evaluación psicológica realizada al padre:** concluye que “[...] tiene tendencia a la inestabilidad emocional, riesgo de inmadurez, impulsividad, inseguridad y agresividad” (FJ: 3).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral de los menores de edad y resguarda sus derechos?**

A pesar de haber otorgado la tenencia a la madre quien es una persona madura y asegura la estabilidad emocional de los menores de edad, la decisión de la Corte Superior no garantiza el desarrollo integral de los hijos, ya que no verificó si se había escuchado la opinión de los hijos y, de acuerdo a su edad, tomando en cuenta esa opinión.

La Corte Superior no escuchó la opinión de los niños solo así se hubiera asegurado que se resguarde sus derechos reconocidos en la CDN.

- **Aspectos positivos de la decisión**

Se aprecia que la Corte Superior otorgó un régimen de visitas para el padre, a pesar de que no fue solicitado durante la etapa postulatoria. De esta manera se evita iniciar un proceso sobre régimen de visitas, cuya duración puede afectar los derechos de los hijos de desarrollar una relación cercana con su padre. Por ello, se fijó que el padre podrá visitar a sus hijos los días sábados de 9:00 a 1:00 pm y recogerlos de su casa previa coordinación con la madre.

- **Aspectos negativos de la decisión**

Para sustentar su decisión, la Corte Superior se centró solamente en los padres, pero en ningún momento hizo referencia a los hijos, a su situación particular, ya que no ha mencionado sus edades, su sexo, si existen informes sociales y psicológicos realizados a los mismos y cuál es la conclusión, y sus opiniones sobre este caso. En tal sentido, hubiese sido interesante que considere a los hijos como sujetos de derecho independientes que tienen actividades académicas y extraacadémicas propias de su edad.

Uno de los criterios que utilizó la Corte Superior es que la madre tenía una remuneración mayor que el padre y que; por ello, este último no podía solventar económicamente a sus hijos. No es adecuado que se haya tomado en cuenta este

criterio ya que es obligación de ambos padres brindar una pensión de alimentos a sus hijos dependiendo de sus posibilidades; y, por tanto, la tenencia no se otorga al padre que tiene más capacidad económica pues se entiende que el otro también va a otorgar una pensión de alimentos. Este no es un argumento válido para justificar no otorgarle la tenencia a uno de los padres.

3. Caso 3: Expediente 1381-2009

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima
- **Menor de edad:** niña de 6 años

b. PRETENSIONES

- **DE LA DEMANDA:** el padre pretende que se otorgue la tenencia compartida de su hija
- **DE LA APELACION:** el padre solicita que se revoque la sentencia pues no se ha considerado: **(i)** la conducta de la madre, **(ii)** el padre ha cumplido con sus obligaciones alimentarias, **(iii)** no se ha tenido en cuenta la pericia psicológica realizada al padre; y, **(iv)** la madre ha influenciado de manera negativa sobre la niña y la ha inducido a alegar hechos falsos

c. DECISIÓN

- **1º instancia** (21.05.2009): Se declaró infundada la demanda de tenencia presentada por el padre
- **2º instancia** (27.01.2010): Se confirmó la sentencia de primer grado que declaró infundada la demanda y fijó un régimen de visitas a favor del padre (los días lunes, miércoles y viernes de 3:00 pm a 5:00 pm en la casa de la madre).

d. RESUMEN DEL CASO

- La Corte Superior otorgó la tenencia de la niña a su madre porque: **(i)** en dicho hogar la niña encuentra estabilidad, **(ii)** es el lugar donde ha crecido durante su toda su vida, **(iii)** la niña ha señalado que tiene miedo a la conducta de su padre. Asimismo, dicha Corte alega que no puede otorgar la tenencia compartida solicitada por el padre debido a **(i)** los temores de la niña respecto a él; y, **(ii)** porque él no podría cuidarla personalmente sino que dicho cuidado sería delegado a sus familiares. La Corte Superior consideró que el cuidado de los hijos, en principio, y, de manera prioritaria, lo tiene que ejercer los padres, en ese sentido, se preferirá al progenitor que pueda hacerlo de manera directa.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

Los padres de la niña de 6 años vivieron juntos en la casa de su abuelo paterno durante 6 meses. Luego, la madre se retiró de dicho domicilio y vive junto a su hija en el domicilio de su progenitora y con sus hermanos.

- Base legal

La Corte Superior para referirse al interés superior del niño se basó en lo señalado por la Corte IDH, de acuerdo al artículo 3 de la CDN dicho interés implica que: **(i)**

la niña pueda desarrollarse; y, **(ii)** pueda ejercer sus derechos de manera plena. En ese sentido, estas implicancias deberán ser tomadas en cuenta como criterios rectores al momento que se aplique en todos los aspectos de la vida de la niña.

La Corte Superior consideró que la tenencia es una institución mediante la cual se determina si el menor de edad va a vivir con el padre o la madre cuando estos se encuentren separados de hecho, teniendo como norte al interés superior de la niña que implica tener en cuenta lo que es más favorable para ella y buscando su bienestar.

- **Aplicación de criterios para otorgar la tenencia**

La Corte Superior ha tomado como criterio para otorgar la tenencia a la madre al literal a) del artículo 84 del CNA, ya que la niña ha vivido con ella desde que nació.

También, aplicó el literal c) del mismo artículo para fijar un régimen de visitas a favor del padre, que se integró a la resolución de vista, dicho régimen consiste en que los días lunes, miércoles y viernes de 3:00 pm a 5:00 pm el padre podrá visitar a la niña en el domicilio de la madre.

La Corte Superior consideró importante que se le otorgue la tenencia de la niña **(i)** al progenitor que podrá cuidarla personalmente; por ello, debido al horario de trabajo del padre, que es extenso, no va a poder cuidarla personalmente sino que la dejaría a cargo de su abuela paterna; y, **(ii)** al que le brinde estabilidad.

Dicha Corte ha escuchado y tomado en cuenta la opinión de la niña quien ha señalado que le tiene temor a su padre y recelo debido a la conducta de éste (en una ocasión él la separó intempestivamente de su madre el día de su cumpleaños).

- **Medios probatorios**

- ✓ **Declaración de la madre sobre los hechos:** ha señalado que

[...] convivió con el actor en casa de los padres de este durante seis meses, lugar en que su pareja la agredía psicológicamente e incluso en una oportunidad le tiró un cabezazo; agrega que se retiró del hogar convivencial debido a que encontró bajo su colchón un envoltorio con polvo blanco y cigarrillos que ya habían sido fumados por el actor, hecho que puso en conocimiento de la madre de este, y al ser preguntada “si el demandante es un buen padre o un mal padre” Dijo: “no es un buen padre porque él no me da ni un sol para la manutención de mi menor hija, tampoco va a mi casa para dejarle un sol (...) (FJ 6).

- ✓ **Primer Informe psicológico realizado a la madre:**

[...] se pueden advertir algunos rasgos de su personalidad “se adhiere a las normas ejerciendo un control sobre sus emociones e impulsos; sin embargo, en ocasiones este control puede faltar mostrando conductas de ansiedad e inseguridad frente a conflictos donde la evaluada se siente incapaz y con falta de recursos para poderlos enfrentar y resolverlos eficazmente, con respecto a su hija, se muestra como una madre protectora y tolerante. Se observa en ella preocupación por el bienestar de la menor para luego concluir que las

características apreciadas no constituyen alteraciones de la personalidad ni trastornos de la conducta, no apreciándose limitaciones para que ejerza su rol materno (FJ 10) [el destacado es nuestro].

- ✓ **Segundo examen psicológico realizado a la madre:** “[...] realizado por el profesional Ricardo Enrique Silva Elizalde, psicólogo de apoyo al Módulo Básico de Villa María del Triunfo el cual sugiere. A pesar de ciertas falencias encontradas en la evaluada, esto no imposibilita a que ella siga ejerciendo su rol materno tal y como lo viene haciendo hasta el día de hoy” (FJ 10).

- ✓ **Informe social realizado en la casa de la madre:**

[...] inmueble que se encuentra ubicado en una zona semiurbana, la familia que habita el inmueble es numerosa, compuesta por la abuela y dos hermanos de la emplazada con sus respectivas parejas e hijos, a excepción de la demandada quien en la actualidad se encuentra presente el hermano de la emplazada, quien expresó que el padre de su sobrina había asistido para cumplir el régimen de visita en estado etílico, en compañía de un policía, es por ello que no le permiten ver a la niña, **asimismo se entrevistó a la niña quien demuestra actitudes de afecto y cariño hacia su madre y abuela, a quien dice mamá Consuelo, evidenciando apego y lazo con ambas, añade que esta se relaciona con las demás menores de la casa como son sus primas contemporáneas a su edad, refiriendo experiencia traumática en relación al hecho del rapto por parte del demandante** (FJ 12) [el destacado es nuestro].

- ✓ **Declaración del padre sobre los hechos:**

[...] refirió que desde que su hija nació, ha venido entregando ocho soles diarios hasta el mes de junio (dos mil cinco) que dejó de pagar porque ya no veía a su hija, y al ser preguntado que si es cierto que la agredía física y psicológicamente a la demandada, respondió que sí hubo una agresión de su parte al haber esta confesado una infidelidad, agrega que siempre peleaban y que ella retornaba a su casa, viviendo juntos por intervalos hasta que separaron en forma definitiva, en relación al proceso al ser preguntado en caso de ser beneficiado con la tenencia de su menor hija, ¿quién la cuidaría? Dijo: **“mi madre, para que diga ¿las horas en las que trabaja?” Dijo: “trabajo en la moto desde las cinco de la mañana hasta las tres de la tarde, luego descanso desde las siete de la noche hasta las once** (FJ 7) [el destacado es nuestro].

- ✓ **Informe psicológico realizado al padre:** “[...] a nivel de personalidad se advierte, carencias afectivas, rasgos impulsivos que en algunas oportunidades no puede controlar, el señor F. es un joven inseguro, celoso, ansioso, con quien posiblemente haya sido difícil la convivencia (al margen de las características personales de su expareja) y que reconoce que le falta tener mayor seguridad, para luego recomendar, al margen de que se dé la tenencia para el padre o no, **creemos que tendría que continuar al contacto con su hija que podría verse afectada ante la inestabilidad de la presencia del padre, a quien también necesita**” (FJ 9) [el destacado es nuestro].

- ✓ **Informe social realizado en la casa del padre:** “[...] se advierte que este vive con sus señores padres, hermano y la pareja de este último, en una modesta vivienda de dos pisos, de material noble, **trabajando como taxista, y los ingresos que percibe se alcanzan para cubrir sus necesidades básicas, incluida la pensión de alimentos para su menor**

hija, por quien demuestra preocupación al no poder verla” (FJ 12) [el destacado es nuestro].

- ✓ **Entrevista a la niña:** señaló que “[...] con relación a su estado mental, ¿con quién vive? Dijo: “con mi mamá S. y con mi mama ‘concho’, también con Giovanna, Marcos y Ana, indicando que si va al Colegio y al ser preguntada, **si su mamá es buena Dijo que sí porque no me pega, además expresó que quiere mucho a su mamá**” (FJ 8) [el destacado es nuestro].

- ✓ **Informe psicológico realizado a la niña:**

[...] se muestra cohibida y temerosa durante la entrevista personal, no es muy comunicativa ni expresiva ya que se muestra callada reservado, observadora y analítica de las preguntas formuladas por su interlocutor (...) hay indicadores de timidez, retraimiento así como cierta pobreza de recursos para abrirse camino en la vida y adaptar el medio ambiente a las propias necesidades, evidenciando tendencias de encerrarse en ella misma, así como una dependencia y sumisión con respecto a las personas más cercanas de su entorno social observando el mundo de una manera subjetiva, condicionada y vivenciada según sus problemas o distorsiones interiores, refiere sentirse bien viviendo con su madre y con sus abuelos; sin embargo, **cuando se le pregunta por su padre biológico, la menor cambia su estado de ánimo ya que expresa temor y hasta recelo hacia él, ya que recuerda vívidamente la etapa en la que su padre: “me robó el día de mi cumpleaños y me llevó a una casa fea en Huampaní, por eso me puse flaquita”** refiere que no desea vivir con su padre, porque él ya no viene a visitarla desde hace buen tiempo, ya que “él es malo” (según sus propias palabras) porque me tenía abandonada ya que se “iba todo el día y me dejaba sola en la casa”, en ese sentido el psicólogo evaluador **sugiere: “Consejería psicológica a la menor que busque trabajar las áreas relacionadas a su autonomía y seguridad, así como también a su autoestima disminuida debido a los problemas que le ha tocado vivenciar** (FJ 11) [el destacado es nuestro].

Después de analizar los medios probatorios, concluye que los problemas que los padres han tenido durante su relación de pareja han repercutido de manera negativa en su hija, quien ha sido la más perjudicada, pues:

[...] de los informes psicológicos a ella practicados, de los cuales se aprecia que presenta baja autoestima, falta de madurez psicológica evidente, e insuficiente desarrollo intelectual; asimismo, la niña se encuentra identificada con su progenitora así como su abuela, con quienes ha creado un fuerte lazo de afecto y dependencia, máxime si el mayor tiempo de su corta vida ha permanecido al lado de su progenitora, por lo que desarraigarla del hogar materno con lo cual se encuentra identificada, le causaría un mayor daño emocional, situación distinta a su relación con el padre, a quien le tiene temor y relaciona con el hecho traumático del rapto del cual fue objeto, más aún se toma en consideración que, de entregársele la tenencia al padre, este no podrá cuidarla personalmente ya que se encuentra trabajando en un horario extenso y delegaría la atención en sus familiares, siendo que **los cuidados que se deben prodigar a todo menor, corresponden de forma directa y prioritaria a los padres** (FJ 14) [el destacado es nuestro].

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, porque la madre se preocupa por el bienestar de su hija, es una persona calmada; en cambio el padre es una persona impulsiva, celosa que no podrá otorgarle un hogar seguro. Se resguarda sus derechos, ya que se ha escuchado su opinión y sus temores, los cuales han sido tomados en cuenta.

- **Aspectos positivos de la decisión**

Es importante que la Corte Superior haya considerado la opinión de la niña quien manifestó sus temores sobre el padre. Asimismo, debido a que ella muestra cierto recelo respecto de su padre, la Corte ha tomado en cuenta la recomendación realizada por el asistente social para que el padre forme parte de un programa, pues de esta manera podrá establecer mejores lazos con su hija:

[...] las visitas es un derecho sobre todo de la niña, el de mantener contacto con su padre, así lo ha sugerido el profesional en el Informe Psicológico de fojas 213/214, de igual forma ha sido recomendado por la asistencia social en el informe de fojas 288/293: “el demandante participe en programas de tratamiento terapéutico individual para un manejo adecuado de interrelaciones personales-familiares, posterior mantenga vínculo e interactúe con la menor con el propósito que contribuya en el proceso educativo y afectivo) (FJ 16).

Es importante que la Corte haya aplicado el literal c) del mismo artículo para fijar un régimen de visitas a favor del padre y que se integre a la resolución de vista, esto debido a que el régimen de visitas fijado en el cuaderno cautelar no se venía cumpliendo.

- **Aspectos negativos de la decisión**

No existen aspectos negativos en la decisión.

4. **Caso 4 : Expediente 1432-2009**

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima

- **Menor de edad:** niño de 11 años

b. PRETENSIÓN

- **De la demanda:** el padre pretende que se le otorgue la tenencia de su hijo; el abuelo materno pretende la tenencia de su nieto. Ambos procesos se acumulan

- **De la apelación:** el padre considera que la sentencia: **(i)** desnaturaliza los artículos 81 y 84 del CNA, ya que se refieren exclusivamente al conflicto entre progenitores y no entre padres y abuelos, **(ii)** su hijo es manipulado por sus abuelos maternos lo que perjudica su educación y futuro profesional; y, **(iii)** el abuelo materno no ha cumplido con el acuerdo judicial provisional de visitas

- El abuelo materno señala que la sentencia: **(i)** contraviene el artículo 84 del CNA al no considerar que el abuelo materno representa a su hija fallecida, **(ii)** existen sentencias condenatorias en contra del padre; y, **(iii)** el niño no quiere vivir con su padre pues se siente poco apreciado por su familia actual

y no cuenta con las comodidades materiales que tienen sus abuelos maternos

c. DECISIÓN

- **1º instancia (15.06.2009):** Se declararon fundadas las demandas del abuelo materno y el padre; y, se les otorgó tenencia compartida del niño
- **2º instancia (29.01.2010):** Se confirmó la sentencia en la parte que otorgó la tenencia del niño a su abuelo materno y se revocó en la parte que otorgó la tenencia del niño a su padre, en consecuencia, se declaró infundada la demanda del padre estableciéndose un régimen de visitas

d. RESUMEN DEL CASO

- Se aplicó de manera extensiva el literal a) del artículo 84 del CNA y se otorgó la tenencia al abuelo materno porque el niño ha convivido mayor tiempo con él después del fallecimiento de su madre.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- **Hechos del caso**

El niño convivió con su madre y su padre hasta el 30.09.06, fecha en que ella falleció. Desde ese momento, el niño permaneció bajo los cuidados de sus abuelos maternos.

- **Base legal**

La Corte Superior hizo referencia al artículo 3 de la CDN, al artículo IX del Título Preliminar y literal c) del artículo 84 del CNA para sustentar su decisión sobre el otorgamiento de un régimen de visitas; y, al literal a) del artículo 84 del CNA para determinar la tenencia del niño.

- **Aplicación de criterios para otorgar la tenencia**

Aplicó de manera extensiva el numeral a) del artículo 84 del CNA a los abuelos maternos y consideró que es determinante que el niño haya convivido mayor tiempo con éstos y que, a pesar de la muerte de su madre, se ha desarrollado favorablemente:

Que estos resultados deben concordarse con el hecho de que el menor involucrado en el presente proceso ha convivido mayor parte del tiempo con la madre y a partir de su deceso, con los abuelos maternos, asimismo es menester considerar que el menor de edad, a pesar de la pérdida de su progenitora se ha desarrollado de manera favorable a su edad y bienestar, tal como aparece de los documentos fotográficos y libretas de notas (FJ: 7).

El abuelo tiene un hogar constituido a diferencia del padre que tiene uno disfuncional (debido a la muerte de su esposa y la separación de su hijo).

La Corte Superior escuchó y tomó en cuenta la opinión del niño que se encuentra identificado con sus abuelos maternos a quienes manifiesta querer.

- **Medios probatorios**

- ✓ **Informe de terapia familiar:** del cual se concluye que ambas familias “[...] no han logrado construir un espacio para deliberar en forma coherente sus diferencias de opinión y elaborar acuerdos” (FJ: 4).
- ✓ **Informe social realizado al domicilio del abuelo materno:** del cual se aprecia que “[...] conforma un hogar constituido, al parecer la relación con su yerno no fueron armoniosas, el niño se encuentra identificado con sus abuelos maternos, vive en armonía afecto, amor, cariño, siente el calor familiar de todos lo que lo rodean en la casa de los abuelos maternos” (FJ: 5).
- ✓ **Informe social realizado al domicilio paterno:** se señaló como conclusiones que “[...] conforma un hogar disfuncional desde el fallecimiento de su esposa y la ausencia de su hijo, quien se encuentra con los abuelos maternos” (FJ: 5).
- ✓ **Sentencias emitidas por el Primer Juzgado de Paz Letrado de Módulo Básico de Justicia de El Agustino:** mediante las que se condenó al padre como autor de faltas contra su hijo (FJ: 6).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, la Corte Superior trató de perpetuar el desarrollo favorable del niño al lado de sus abuelos maternos, escuchó y tomó en cuenta su opinión; asimismo, exhorta a las partes a cumplir:

[...] a cabalidad la presente decisión judicial, que tiene por finalidad asegurar la protección y cuidados necesarios para el bienestar del menor C.M.C.P. y el cumplimiento de todos los derechos que le corresponde. Asimismo, evitar toda conducta que pueda afectar su normal desarrollo físico, mental y espiritual en condiciones de libertad y dignidad [...] (FJ 9).

- **Aspectos positivos de la decisión**

El aporte de la sentencia vinculada con el régimen de visitas es importante, pues señaló que es un “[...] derecho que tiene por finalidad afianzar los lazos paterno-filiales a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor, así como que las visitas no solo es un derecho de los padres, sino también de los hijos” (FJ 8).

Se aprecia que la Corte Superior haya optado por otorgar un régimen de visitas para el padre, de manera detallada, a pesar de que no fuera solicitado durante la etapa postulatoria, dado que esta decisión se sustenta en el interés superior del niño y evita que se inicie otro proceso sobre régimen de visitas, cuya duración puede afectar los derechos del hijo de desarrollar una relación cercana con el padre:

1. El PRIMER y SEGUNDO fin de semana de cada mes recogerá a su hijo el día VIERNES a las seis de la tarde del hogar del abuelo materno o lugar donde se encuentra (si realiza alguna actividad o taller en dicho horario será al término del mismo) y los retornará al hogar del abuelo materno el día DOMINGO a las seis

de la tarde. Asimismo los días MARTES y JUEVES recogerá a su hijo a la salida del colegio o lugar donde se encuentre (si realiza alguna actividad o taller será al término del mismo) y lo retornará al hogar del abuelo materno a las siete de la noche.

2. En época de VACACIONES recogerá a su hijo los días MARTES Y JUEVES a las dos de la tarde del hogar del abuelo materno o lugar donde se encuentre (si realiza alguna actividad o taller será al término del mismo) y lo retornará al hogar del abuelo materno a las siete de la noche.

3. En época de VACACIONES DE VERANO (Enero), el menor permanecerá la segunda quincena de enero con su padre, pudiendo los abuelos maternos recoger al menor del hogar paterno el TERCER SÁBADO DE ENERO a los dos de la tarde, debiendo retornarlo *[sic]* al mismo a las siete de la noche.

4. El DÍA DEL PADRE, CUMPLEAÑOS DEL PADRE y CUMPLEAÑOS DEL MENOR, el niño permanecerá con el progenitor, previa coordinación con el abuelo materno en el horario que acuerden (FJ 9).

- **Aspectos negativos de la decisión:**

No tiene aspectos negativos. Sin embargo, hubiese sido interesante que se precise que se hace extensivo el artículo 84 del CNA solamente para este caso (donde uno de los padres ha fallecido) porque la figura correcta para los abuelos es la de tutor legal.

5. **Caso 5: Expediente 1398-2009**

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima

- **Menor de edad:** niña de 6 años

b. PRETENSIONES

- **DE LA DEMANDA:** la madre demandó la tenencia de su hija; por su parte, el padre demandó el establecimiento de un régimen de visitas. Ambos procesos se acumularon.

- **DE LA APELACIÓN:** el padre solicita que se declare infundada la sentencia, pues considera que no ha tenido en cuenta: **(i)** el interés superior del niño señalado en el artículo IX del Título Preliminar del CNA; **(ii)** el Acta de Conciliación modificada en el que los padres acordaron que desde junio de 2008, el padre ejercería la tenencia de la niña; **(iii)** el literal a) del artículo 84 del CNA; **(iv)** la opinión de la niña quien señala que desea vivir con su padre; y, **(v)** la medida cautelar de urgencia otorgada por el Juzgado Mixto Transitorio de Carabaylo que prohíbe a la madre acercarse a su hija en un radio de 300 metros.

c. DECISIÓN

- **1º instancia (11.09.2009):** Se declaró fundada la demanda de tenencia presentada por la madre y fundada la demanda de régimen de visitas a favor del padre los domingos de 8:00 am a 8:00 pm (menos el día de la madre) y de lunes a viernes de 6:00 pm a 8:00 pm, siempre y cuando este horario no interfiera en las actividades de la niña, las visitas se pueden realizar con externamiento.

- **2º instancia (03.03.2010):** Se confirmó la resolución de vista en todos sus extremos.

d. RESUMEN DEL CASO

- La Corte Superior consideró que la tenencia de la niña se debe otorgar a la madre porque, a pesar que ambos se encuentran aptos psicológicamente para ejercer su papel de padres, es con ella con quien ha vivido más tiempo.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

Ambos padres vivieron con la niña hasta el 12 de febrero de 2008, fecha en que se separaron, previamente los padres acordaron, a través de un Acta de Conciliación, que la madre tendría su tenencia. El 1 de abril de 2009, el padre se llevó a la niña sin el consentimiento de la madre, viviendo con dicho progenitor hasta la fecha de la demanda.

- Base legal

Se hizo mención al artículo 81 del CNA relacionado a la tenencia de los hijos teniendo como norte al interés superior del niño. Asimismo, señaló que es importante tener en cuenta el artículo 188 y 196 del CPC relacionado a la carga de la prueba. La Corte Superior consideró que en los procesos en los cuales se encuentren involucrados los derechos del niño, niña y adolescente, es necesario que “[...] sean tratados como problemas humanos, teniendo siempre en consideración el interés superior de aquellos, así como el respeto a sus derechos, de acuerdo a lo previsto en los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes” (FJ 17).

- Criterios para la determinación de la tenencia

La Corte Superior consideró como un criterio al literal a) del artículo 84 del CNA pues la niña ha permanecido mayor tiempo con su madre desde la separación de su pareja y que no se ha demostrado que exista alguna imposibilidad para que esta siga ejerciendo la tenencia, mucho más si se trata de buscar la estabilidad de la niña. También recoge el criterio señalado en el último párrafo del artículo 84 del CNA.

La Corte consideró que la actitud del padre al llevarse a la niña a su hogar en contra de la voluntad de la madre, a pesar de que había un Acuerdo de Conciliación y no permitirle el contacto con su menor hija, no aporta a su seguridad ni a su estabilidad emocional.

- Medios probatorios analizados y valorados

- ✓ **Constancia policial:** la niña vivió con sus padres hasta el 12 de febrero de 2008 fecha en que se separaron.
- ✓ **Acta de Conciliación N°32/08/D/MDC/78/08 (03.02.2008):** los padres acordaron que la madre tendría la tenencia de la niña.
- ✓ **Acta de Conciliación ante la Demuna (modificada 02.06.2008):** la Corte señaló que “[...] no ha quedado plasmado en el documento tal voluntad de entregar la tenencia de su menor hija a favor del progenitor, por lo que

dicho extremo, no se encuentra acreditado, más aún si en el documento acompañado se extrae que todo acuerdo era transitorio en tanto se resolviese judicialmente el presente proceso”

- ✓ **Declaración realizada por la madre:** en la audiencia única señaló:

[...] que la niña ha permanecido mayor tiempo conviviendo con ella desde el once de febrero del dos mil ocho en que separaron los padres, porque así se acordó en el acta de conciliación extrajudicial ante la Demuna, pero que el catorce de junio del citado año, el demandado le arrebató a su hija hasta enero del dos mil nueve, fecha en que logra recuperarla, para posteriormente el día primero de abril del dos mil nueve, arrebatársela el demandado nuevamente, y hasta la fecha sigue viviendo con él, no teniendo comunicación con la madre porque no le permite verla ni hablarle por teléfono, desconociendo los motivos de dichas restricciones y solo ha visto a su hija en las audiencias señaladas por el juzgado tal como el mismo ha aceptado (FJ 13).

- ✓ **Informe psicológico realizado a la madre:**

[...] presenta tendencia a la extroversión, sociable, sus relaciones con las personas de su entorno en ocasiones puede ser convencida fácilmente y evita entrar en conflicto con los demás, se considera débil y frágil ante el momento que atraviesa, lo que influye en su estado emocional, por lo que busca apoyo en otras personas para solucionar conflictos, concluyendo: “las características de la evaluada, se encuentra dentro de los parámetros de la normalidad, por lo que desde el punto de vista psicológico no existe impedimento para la ejecución de su rol materno (...) (FJ 7) [el destacado es nuestro]..

- ✓ **Informe social realizado al hogar de la madre:** “[...] la demandante alquila un departamento en el distrito de Breña, dentro de un condominio cerrado, cuenta con todos los servicios básicos y el mobiliario necesario en el hogar, siendo que en la actualidad lo habita con su hermana G.T.C.; trabaja en el Poder Judicial, cuenta con un ingreso fijo, además de vender productos de belleza y recibe el apoyo económico de su padre que trabaja en España” (FJ 10).

- ✓ **CD ofrecido por la madre:** que acreditan que la madre sí permitía que el padre pueda mantener comunicación con su hija con la finalidad de que se fortalezcan los lazos paterno-filiales (FJ 15)

- ✓ **Declaración realizada por el padre:** en la audiencia única señaló que “[...] los fines de semana llevaba a la menor a casa de sus padres, pero en ocasiones, pese a que coordinaba telefónicamente con la demandante, cuando llegaba a recogerla no la encontraba, lo que lo motivó a entablar la demanda de régimen de visitas, reconociendo que a la fecha la demandante únicamente ha visto a su hija los días de las audiencias en que han asistido al juzgado” (FJ 12) [el destacado es nuestro].

- ✓ **Informe psicológico realizado al padre:** “

[...] se aprecia “es una persona con tendencia introvertidas establece pocas amistades, pero superficialmente interactúa de forma adecuada, en el entorno más íntimo tiende a ser cambiante, ser ofensivo y fácilmente muestra una actitud

a la defensiva ante las opiniones de los demás las cuales en ocasiones le genera conflicto pero logra evitarlos, tratando de mantener una relación aparentemente estable. Se considera débil y frágil, busca apoyo en otras personas para solucionar sus conflictos, en determinadas situaciones muestra conductas infantiles e inmaduras, presenta dificultades para decidir por sí mismo, muestra sentimientos de tensión, es indeciso, tiende a generar diversidad de malestares físicos (...)", para concluir el evaluado se encuentra dentro de los parámetros de la normalidad existe impedimento para la ejecución de su rol paterno (...) (FJ 8) [el destacado es nuestro].

✓ **Informe social realizado al hogar del padre:**

[...] labora igualmente en el Poder Judicial, percibiendo un ingreso fijo, comparte los gastos con su padre a quien pertenece el inmueble donde vive, cuenta con los servicios básicos, el inmueble se encuentra ubicado en la zona de Carabayllo, Comas, apreciando la profesional "la situación económica del demandado es estable, trabaja desde hace varios años en el Poder judicial, en el área de notificaciones, cuenta con un ingreso fijo de mil doscientos cincuenta soles mensuales, con lo cual cubre íntegramente los gastos básicos de su hija, los gastos del hogar comparte con su padre quien también trabaja, su madre está dedicada al hogar y le apoya en el cuidado y atención de su hija en horas que él se encuentra trabajando (...) (FJ 11) [el destacado es nuestro].

✓ **Declaración de la niña que figura en el Informe social realizado al hogar del padre:**

[...] por su parte la menor indicó que "su abuelita es quien la cuida, le da de comer, la lleva y la recoge del colegio, que su papá trabaja todo el día y es quien paga su colegio, le compra las cosas que necesita, señaló que su papá es bueno, cariñoso, la trata bien y quiere seguir viviendo con él, cuando se le preguntó sobre progenitora, la niña se queda callada, no quiere hablar, no sabe explicar los motivos por si cual no desea ver a su madre, solo indicó que tiene miedo que se la lleve, pero que actualmente no la visita (FJ 11) [el destacado es nuestro].

✓ **Declaración de la niña:**

[...] refirió que vive con su papá, su abuelita S. sus tíos y primos, siendo su abuelita quien se encarga de atenderla, y agrega que quiere a su mamá y a su papá, y al ser preguntada con quién le gustaría vivir, respondió "con mi papá porque él me lleva a todas partes y con mi mamá hay veces que me aburro porque ella me llevaba a juegos que me aburrían", y al ser preguntada con quien quiere irse, expresó con su papá (FJ 14) [el destacado es nuestro].

✓ **Informe psicológico realizado a la niña: se observa:**

[...] es una niña adaptable a los demás, con una conducta controlada y estable, con capacidad para dar y recibir afecto, expresa necesidades afectivas que en su entorno cercano no se están cubriendo, demanda ello en las relaciones que establece con su entorno amical y familiar, mostrando así una conducta adaptable, la niña muestra afecto por ambos padres, aunque mayor afecto por la imagen paterna, identificándose con él y asumiendo las dificultades que el padre pasa como propios, en la entrevista ha podido apreciarse influencia de la imagen paterna en las opiniones y expresiones de la menor que refiere

sentirse mejor con el padre porque él la atiende y le da mucho amor y que si está con su mamá ella no le permitiría ver a su papá y a su abuelita (...)”, para luego concluir: “La orientación a los padres se hace necesaria de tal manera que distinguen entre sus intereses y deseos, de las necesidades de su hija, debe propiciarse e incrementarse los contactos entre la madre y la menor, de tal manera que se establezca la imagen materna, puesto que la menor, de tal manera que distinguan entre sus intereses los contactos entre la madre y la menor, de tal manera que se establezca la imagen materna, puesto que la menor refiere quererla pero le da temor estar con ella ya que la madre no le permitiría ver a su padre, independientemente de que padre obtenga la tenencia, sería recomendable que la menor mantenga contacto con ambos, puesto que el afecto de los padres es único y no sería sustituido y que con el tiempo podría influenciar en su estado emocional (FJ 9) [el destacado es nuestro].”

- ✓ **La medida cautelar dictada en el Expediente 528-2008 sobre violencia familiar:** que se tramita ante el Juzgado Mixto Transitorio de Carabayllo, la cual es provisoria y variable, y está referida a hechos de violencia entre personas adultas integrantes de la familia paterna como materna. Asimismo, la Corte menciona en el tercer considerando que dicha resolución cautelar, no establece o imprime un criterio determinado en cuanto al pedido de fondo del presente proceso.

Con relación a este medio probatorio, la Corte señaló lo siguiente: “[...] está referida a hechos de violencia entre personas adultas integrantes de la familia paterna como materna, de los **que lamentablemente hacen víctima a la niña, arrebatándola como si se tratara de un objeto y no de un ser humano cuya integridad psíquica debe ser conservada, precisamente como una obligación principal de ambos progenitores**” (FJ 18) [el destacado es nuestro].

Después de analizar los medios probatorios, la Corte Superior señaló que de los informes realizados a ambos padres, se concluye que se encuentran en la posibilidad de cuidar a su hija. Sin embargo, la actitud del padre de llevarse a su hija a su hogar en contra de la voluntad de su madre y no permitirle el contacto con su menor hija, no aporta a su seguridad ni a su estabilidad emocional de la misma.

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, la decisión garantiza el desarrollo integral de la niña puesto que ella tiene derecho a vivir con su madre y porque existe un riesgo de que si se le otorga la tenencia al padre éste impida cualquier contacto con aquella, lo cual afectaría el desarrollo normal y saludable de la niña.

De la lectura de los medios probatorios se podría desprender que el padre ha influido de manera negativa en las opiniones de la niña pues no sabe contestar si desea vivir con su madre y expresa el temor que si eso pasa ya no verá a su padre, por eso la Corte a pesar de que escuchó la opinión de la niña, pero no la tomó en cuenta como motivo determinante para su decisión.

- **Aspectos positivos de la decisión**

Señaló que la niña es un ser humano y no un objeto sobre el cual los padres pueden jugar a arrebatarse, que dicha situación la convierte en una víctima. En este caso, consideró que este hecho no es congruente con la obligación de los padres de conservar la integridad psíquica de su hija y su dignidad.

La Corte Superior consideró que es importante que su decisión brinde estabilidad a la niña, por ello le otorgó la tenencia a la madre pues ha vivido mayor tiempo con ella y porque no existe imposibilidad objetiva para que continúe bajo su cuidado.

La Corte citó al Tribunal Constitucional para justificar su decisión y se refiere a “la vulnerabilidad del ser humano en ciertas etapas de su vida” y a la obligación de la sociedad de proteger a los niños, niñas y adolescentes:

(...) es prioritario tomar en cuenta la vulnerabilidad de los seres humanos en su proceso de formación “se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológicos, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos. De allí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haya destacado que la “protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos (FJ 20).

Asimismo, con relación a la patria potestad, señaló que:

Que, el Alto Tribunal ha sentado doctrina en cuanto al Derecho de los padres o patria potestad, en el sentido que debe ejercerse en función al Principio del Interés Superior del Niño: “A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustentado en el principio-derecho de dignidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y el bienestar reconocidos en los artículos 1 y 2 inciso 1) de la Constitución (FJ 21).

Finalmente, es saludable que la Corte Superior haya solicitado a los padres que “[...] se abstengan de cualquier situación que implique conflicto entre ellos y mejoren el nivel de la comunicación cuando estén el presencia de su hija, asimismo, depongan cualquier actitud que entorpezca el cumplimiento de su hija, asimismo de que se ha establecido en beneficio de la menor” (FJ 22).

- **Aspectos negativos de la decisión**

A pesar de que la niña ha expresado su temor de que si vive con su madre ya no verá a su padre ni a su abuela paterna, la Corte Superior le otorgó la tenencia a la madre.

6. Caso 6: Expediente 327-2010

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima
- **Menores de edad:** niño (no se especifica edad)

b. PRETENSIÓN:

- **De la demanda:** el padre pretende que se le otorgue la tenencia de su hijo.
- **De la apelación:** la madre pretende que se declare nula la sentencia de primera instancia que le otorgó la tenencia al padre porque: **(i)** no se ha valorado las pruebas presentadas por las partes, **(ii)** no se ha dado cumplimiento al principio del interés superior del niño, **(iii)** solo se ha considerado que el padre ha estado mayor tiempo al cuidado del niño, hecho que no es cierto; y, **(iv)** las pericias no señalan que la madre se encuentra imposibilitada de ejercer la tenencia de su hijo.

c. DECISIÓN

- **1º instancia (08.07.2011):** Se declaró fundada la demanda del padre.
- **2º instancia (15.11.2011):** Se confirmó la sentencia de primera instancia y se otorgó un régimen de visitas a favor de la madre.

d. RESUMEN DEL CASO

- De conformidad con el principio del interés superior del niño y de acuerdo a las pruebas, es más favorable para el niño que se otorgue su tenencia al padre porque con él se asegura su derecho al desarrollo integral.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

Desde el nacimiento hasta que se otorgó la tenencia a la madre la madre, el padre se ha encargado del cuidado del niño. La madre convivió con el niño durante la tramitación del proceso judicial.

- Base legal

La Corte Superior hizo referencia al artículo 8 de la CNA para evidenciar que los padres deben velar porque sus hijos reciban cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral y al artículo IX del Título Preliminar del CNA para sustentar su decisión sobre el otorgamiento de la tenencia del niño.

- Aplicación de criterios para otorgar la tenencia

Se otorgó la tenencia al padre porque convivió un mayor tiempo con el niño, en base al literal a) del artículo 84 del CNA.

Asimismo, señaló la Corte Superior que durante ese lapso de tiempo, el padre ha demostrado ser responsable y preocupado por el bienestar de su hijo, pues le brindó un cuidado adecuado, nunca lo maltrató y compartía tiempo con él en su casa.

La Corte Superior ha escuchado y tomado en cuenta la opinión del niño para decidir en el caso..

- **Medios probatorios**

✓ **Protocolo de pericia psicológica realizada al niño:** concluye que

[...] presenta problemas en su comportamiento por falta de atención a los límites, lo que deriva un comportamiento desobediente, demandante, caprichoso, intolerante e impulsivo; con dificultades de adaptarse al medio, todo lo cual afecta su desarrollo. **Las características del comportamiento [...] son compatibles con una crianza de tipo permisivo donde no se establecen claramente los límites y las reglas y/o no se presta atención en hacerlas cumplir con firmeza, lo cual se corrobora con lo manifestado por la propia madre quien reconoce ser permisiva y engrair al menor [...] no muestra respeto por la figura materna, no la obedece ni sigue sus instrucciones, y cuando habla de su padre denota influencia externa ya que expresa sentimientos contradictorios hacia él, careciendo sus respuestas de lógica y espontaneidad; no obstante, a pesar de ello es posible apreciar que existe afectividad hacia su padre ya que señala que desea verlo y visitarlo (FJ:5) [el destacado es nuestro].**

Dicho protocolo recomienda que el niño:

[...] se desarrolle en un ambiente familiar donde existan normas claras y se establezcan límites a su conducta, incentivando el desarrollo de la madurez emocional y la autodisciplina en el menor necesario para su adaptación social. Es recomendable que **la madre modifique su estilo de crianza permisivo y establezca límites claros sobre la conducta de su hijo adoptando una actitud más firme y de mayor control que incentiva el sano desarrollo de su hijo**. Se aconseja a la madre acudir a una terapia psicológica, pero de manera constante, siguiendo pautas de los profesionales, para cambiar su estilo de crianza y aplicar adecuadamente las técnicas de modificación de conducta que ayuden a su menor hijo a mejorar su adaptación social. Es pertinente considerar las condiciones que presenta el padre para la crianza y evaluar si se encuentran en mejores condiciones que la madre para el desempeño del rol (FJ 6) [el destacado es nuestro].

✓ **Protocolo de pericia psicológica realizada al padre:** concluye que

[...] no se evidencia en el evaluado trastornos de personalidad o alteraciones de la conducta que impidan el ejercicio de su rol paterno. Se aprecia un padre responsable y preocupado por el bienestar y desarrollo integral de su menor hijo. Al momento de la evaluación se observa al evaluado ansioso y con malestar emocional por el distanciamiento con su hijo (FJ: 7) [el destacado es nuestro].

✓ **Evaluación psiquiátrica realizada al padre:** concluye que tiene una “[...] 1. Personalidad normal con rasgos narcisistas, inteligencia clínicamente normal, 2. No psicosis” (FJ 8).

✓ **Evaluación psiquiátrica realizada a la madre:** concluye que tiene una “[...] 1. Personalidad con rasgos histriónicos. 2. Inteligencia normal clínicamente. 3. No presenta psicosis” (FJ 9).

✓ **Protocolo de pericia psicológica realizado al niño:** “[...] reporta que la demandada no ejerce apropiadamente la crianza del menor, lo que genera

problemas de comportamiento en el menor, produciéndose dificultades para adaptarse al medio, todo lo cual afecta su desarrollo [...]” (FJ 9).

- ✓ **Informe social realizado al domicilio de la madre:** la asistente social ha dejado que se verifica en la libreta de control escolar del niño que ha dejado de asistir al nido. Asimismo, en esta visita social, el niño ha señalado que extraña a su papa “[...] yo extraño mucho a mi papá (...) ya no lo veo (...) y si me gustaría vivir con él (...)” (FJ 9).

- ✓ **Entrevista del juez al niño,** señaló que:

[...] hace mucho tiempo no ve a su papá y que lo extraña un poquito, que le gustaría vivir con su mamá porque la quiere más, pero también quiere a su papá, que nadie le ayuda a hacer su tarea, ello hace solo, y que va y regresa solo del colegio que está en Arenilla, se va caminando (...) que el no toma desayuno su mamá se olvida y no le sirva, solo almuerza. Dijo que en la casa vive su tío Jorge, que se lleva mal con él porque le fastidia (...) (FJ: 10).

- ✓ **Acto de evaluación psicológica al niño:** la madre dijo sobre su esposo que “[...] cuidaba bien a su hijo, nunca lo maltrataba y era quién pasaba mayor tiempo con el niño en casa [...]” (FJ 11).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, porque la Corte Superior señaló que procura el desarrollo integral del niño al otorgarle la tenencia al padre. Asimismo, se ha preocupado por escuchar y tomar en cuenta la opinión del niño, asegurando así que se resguarden sus derechos reconocidos en la CDN.

- **Aspectos positivos de la decisión:**

La Corte Superior realizó un breve desarrollo sobre las obligaciones de los padres y señaló que “[...] conforme lo señala el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes, los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral” (FJ: 2).

Asimismo, indicó que el “[...] derecho a la supervivencia y desarrollo del menor, incluye no solo brindar o merituar condiciones materiales para el desarrollo físico, sino también importa propiciar su desarrollo mental, espiritual, moral psicológico y social, que prepare al niño para llevar una vida individual, digna y libre” (FJ: 3).

Para la Corte Superior en los procesos de tenencia en los cuales los padres no se ponen de acuerdo se deberá tener en cuenta el interés superior del niño que “[...] supone la vigencia y satisfacción de todos sus derechos, alude a la protección integral y simultánea de su desarrollo integral, debiendo en ese aspecto proveerse a los niños y adolescentes de un ambiente familiar favorable, que les brinde seguridad” (FJ 4).

La Corte Superior optó por otorgar un régimen de visitas para la madre, a pesar que no fuera solicitado durante la etapa postulatoria, dado que esta decisión se sustenta en el interés superior del niño para evitar que se inicie otro proceso sobre

régimen de visitas, cuya duración puede afectar los derechos del hijo de desarrollar una relación cercana con su madre. Llama la atención la forma en que se ha fijado el régimen de visitas:

(...) los días lunes y miércoles de cinco a siete de la noche con externamiento. Los días viernes recogerá al menor del hogar paterno a las cinco de la tarde y lo retornará el día sábado a las seis de la tarde. Para el día sábado anterior al día de la madre no regirá el régimen anterior, recogiendo al menor por dicha festividad el día sábado a las cinco de la tarde y retornando al hogar paterno el día domingo a las seis de la tarde. El día de cumpleaños del menor lo pasarán alternativamente, un año sí y un año no, empezando la demandante el año dos mil trece en el que podrá recoger al menor del hogar paterno a las tres de la tarde retornándolo a las ocho de la noche del mismo día, exhortándose a las partes a pasar una terapia psicológica por el bienestar del desarrollo de su menor hijo; con lo demás que contiene; y los devolvieron (FJ 12).

Finalmente, se exhorta a las partes que reciban una terapia psicológica por el bienestar del desarrollo de su hijo.

- **Aspectos negativos de la decisión:**

No existen aspectos negativos.

7. **Caso 7: Expediente 12-2013**

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa

- **Menor de edad:** niña de 4 años

b. PRETENSIÓN

- **DE LA DEMANDA:** el padre solicitó la tenencia de su hija ya que considera que se ha vulnerado su derecho de visitas y para evitar que se afecte el desarrollo integral.

- **DE LA APELACIÓN:** el padre apeló la sentencia que declara infundada su demanda porque (i) la madre expone a su hija a circunstancias desfavorables para su bienestar físico, psicológico y emocional; (ii) la madre impide que visite a su hija; y, (iii) la madre tiene dos hijos más de 17 y 21 años quienes tienen trastornos psicológicos, hecho que la descalifica como una buena madre.

c. DECISIÓN

- **1º instancia (20.09.2012):** Se declaró infundada la demanda de tenencia interpuesta por el padre y, en consecuencia, se determinó un régimen de visitas a favor del mismo (los días sábados desde las 9:00 a 06:00pm y domingos desde las 9:00 hasta las 16:00 pm).

- **2º instancia (08.04.2013):** Se confirmó la sentencia de primera instancia

d. RESUMEN DEL CASO

- Se otorgó la tenencia a la madre ya que: (i) su hija siempre ha vivido con ella, (ii) debido a la corta edad de la niña, (iii) la separación entre ellas podría ocasionar confusiones en la niña y afectarla. La decisión de la Corte Superior trata de salvaguardar la salud física y emocional de la niña. Consideró que no es suficiente que se solicite la tenencia para que sea otorgada, sino que es necesario analizar otros elementos: (i) la conducta del padre frente a su

cónyuge y a su hija, (ii) su personalidad y su estado psicológico, no solamente mostrados durante el proceso judicial sino anterior al mismo.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- **Hechos del caso**

Ambos padres se casaron el 28 de junio de 2008 y producto de dicho matrimonio procrearon a su hija que nació el 11 de febrero de 2009. Debido a que la madre fue víctima de maltratos físicos y psicológicos por parte de su cónyuge, el 25 de noviembre de 2010, se retiró del domicilio conyugal y se llevó a su menor hija con quien vive. La madre tiene dos hijos de un compromiso anterior quienes tienen 17 y 21 años.

- **Base legal**

La Corte Superior señaló que para determinar cuál de los dos progenitores es el más adecuado para que le otorgue la tenencia de la niña, va a analizar, de manera exhaustiva, los medios probatorios aportados al proceso, los argumentos señalados por las partes y se tendrá en cuenta el principio del interés superior del niño y otras normas pertinentes al caso. Con relación a lo último, hizo mención del artículo 84 del CNA referido a los criterios para otorgar la tenencia y al artículo 85 del CNA referido a que el juez escuchará la opinión del niño y tomará en cuenta la del adolescente, para emitir su decisión.

- **Criterios para otorgar la tenencia**

La Corte Superior aplicó el literal a) del artículo 84 del CNA porque la madre ha vivido desde su nacimiento hasta la actualidad con su hija; y, el último párrafo de ese artículo, porque la madre garantiza que su hija pueda tener contacto con su padre.

También, porque la madre ha velado por el crecimiento de su hija, pues le ha prodigado cariño, atención, tranquilidad, bienestar general y seguridad emocional.

Aplicó el artículo 340 del CC para señalar que por la corta edad de la niña privarla de la figura materna podría confundirla o afectarla.

La Corte analizó la conducta del padre antes durante el proceso respecto a su ex cónyuge y a su hija.

- **Medios probatorios**

- ✓ **Certificado policial:** se constató que el 25 de noviembre de 2010, la madre se retiró voluntariamente del hogar conyugal, debido a que su cónyuge la maltrataba física y psicológicamente; y que se llevó con ella a su hija.
- ✓ **Resolución 0172-MAR-2011-GOBNCH-DGG1-MININTER emitida por la Gobernadora de Nuevo Chimbote:** se estimó la solicitud de garantías

personales solicitada por la madre para ella y sus hijos en contra de su cónyuge.

- ✓ **Resolución 24 del Expediente 214-2011 sobre pensión de alimentos:** se resuelve aprobar la liquidación de pensiones alimenticias devengadas en la suma de 2,141 soles y se ordenó al padre que cumpla con cancelar la deuda en un plazo de 5 días.
- ✓ **Protocolo de Pericia Psicológica 001847-2012-PSC realizado al padre:**

[...] respecto del estado socioemocional del demandante, que “con frecuencia trata de conseguir de inmediato lo que desea, en ocasiones sin reflexionar lo suficiente acerca de las consecuencias de sus actos (...) carente de juicios social (...) tiende a no darle la debida importancia a sus errores y fallas (...)” arribándose a la conclusión que “presenta severos conflictos en relación con su expareja como consecuencia del uso inadecuado de los canales de comunicación, bajo el umbral de tolerancia entre ambos y las características de personalidad del evaluado”, aspecto que deberá tomarse en cuenta al momento de resolver (FJ 11).
- ✓ **Protocolo de Pericia Psicológica 001845-2012-PSC realizado a la madre:** “[...] se determinó respecto del estado socioemocional de la demandada, que presenta “reacción ansiosa situacional emocional compatible a estresor marital (con expareja). Personalidad ansiosa con rasgos dependientes, se sugiere apoyo psicológico individual y de la expareja” (FJ 12).
- ✓ **Informe social S/N:** “[...] la Trabajadora Social adscrita a esta Corte Superior, opina que “la madre reúne todos los requisitos de capacidad moral o psicológica para continuar teniendo a su hija [...]” (FJ 12).

Específicamente, sobre este informe la Corte no ha señalado algún dato adicional que pueda servir para poder conocer qué actitudes de la misma hacen que la trabajadora social opine que la madre es la persona más adecuada para cuidar a la niña. Hubiese sido interesante conocer dicha información.

Después de la revisión de estos medios probatorios, la Corte Superior señaló que:

[...] se evidencia que la emplazada afronta un cuadro emocional compatible de una relación sumida en continuos conflictos conyugales, vale decir un escenario hostil, estando, además, a que acusa al actor una conducta agresiva y poco interés por cumplir con sus obligaciones económicas y afectivas para con su menor hija, situación que necesariamente amerita un pronunciamiento jurisdiccional definitivo respecto de la tenencia de la menor, en aras de salvaguardar su integridad física y emocional, así como de la madre (FJ 13).

- ✓ **Cuadros clínicos de los hijos de la madre (de 17 y 21 años):** ambos hijos de la madre, que padecen de trastornos psicológicos, reciben terapia adecuada y se encuentran trabajando y estudiando. Por ello, el argumento utilizado por el padre para descalificar el rol de la madre no tiene fundamento.

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

A pesar que se señale que al lado de la madre, por el momento y de acuerdo a los informes realizados a ambos padres y al informe social, va a poder tener estabilidad emocional, y que la madre, a diferencia del padre, se encuentra mucho más presta para asegurar que se cumpla con el régimen de visitas, no se puede sostener que la decisión garantiza el desarrollo de la niña ni que se resguarden sus derechos de forma integral porque no se ha escuchado su opinión.

- **Aspectos positivos de la decisión**

La Corte realizó una presunción sumamente importante:

[...] se presume que, quien solicita la tenencia es porque quiere vivir con el menor y brindarle los mejores cuidados, no obstante no debe perderse de vista que si alguno de los padres ha vivido más tiempo con el menor, los lazos de dependencia y afectivos son más estrecho, aspecto que deberá tenerse en cuenta al momento de resolver, en aras de no perjudicar la salud y el desarrollo emocional de la menor.

Señaló de manera clara qué pasos va a seguir para resolver el caso y que es importante realizar un análisis exhaustivo de las pruebas aportadas.

Tomó en cuenta los criterios señalados en el artículo 84 del CNA para otorgarle la tenencia a la madre **(i)** que ha vivido desde que nació a su lado; y, **(ii)** que se le otorgará la tenencia a quien garantice el derecho de la niña de mantener una relación con el otro progenitor. De lo analizado la Corte entiende que la madre es la persona más adecuada para garantizar el derecho de su hija de mantener una relación con su padre, ello es respetar el régimen de visitas.

Describió la conducta del padre antes del proceso y durante el mismo no solamente respecto a su cónyuge sino también respecto de su hija. Identificó la conducta del padre para que después pueda señalar que la madre es la persona más adecuada para cuidar a la niña, esto debido a que el padre tiende a descalificarla.

- **Aspectos negativos de la decisión**

Mencionó al artículo 85 del CNA referido a que el juez escucha la opinión del niño y toma en cuenta la del adolescente, pero de la resolución no se desprende que se haya realizado una entrevista a la niña a través del equipo multidisciplinario.

Teniendo en cuenta las pericias psicológicas realizadas a los padres de la niña, se consideró que era necesario que se brinde a ambos una terapia psicológica a fin de que dicha situación no afecte el trato que tienen con su hija y ambos padres lleven una relación cordial.

No es adecuado que se haya sustentado el análisis de la Corte Superior en el artículo 340 del CC, ya que en este no se ha verificado el supuesto de hecho de la norma. Asimismo, contiene una disposición categórica al otorgar la tenencia de todas las hijas menores de edad y los hijos menores de 7 años a la madre, en perjuicio del padre sin analizar el caso en concreto.

8. Caso 8: Expediente 27-2013

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Segunda Sala de la Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa

- **Menor de edad:** niña de 4 años

b. PRETENSIONES

- **DE LA DEMANDA:** el padre demanda la tenencia de su hijo de 11 años y de su hija de 4 años.

- **DE LA APELACIÓN:** que se declare nula en parte la sentencia de primera instancia, ya que el juzgado no ha tenido en cuenta que **(i)** la madre vive con su hija en un bar donde se vende licor a toda hora, por lo que su hija se encuentra en riesgo de sufrir algún tipo de agresión por parte de los consumidores; **(ii)** la madre es miembro de la Seguridad Ciudadana donde labora 12 horas al día y deja a su hija con su abuela quien trabaja en el bar antes mencionado; y, **(iii)** la niña ha señalado que extraña a su hermano quien vive con su padre en la Ciudad de Nuevo Chimbote mientras que la niña con su madre en Cabana.

c. DECISIÓN

- **1º instancia (26.09.2012):** Se concedió la tenencia de la niña a favor de la madre y se concedió la tenencia del niño a su padre.

- **2º instancia (06.05.2013):** Se confirmó la sentencia de primera instancia.

d. RESUMEN DEL CASO

- La Corte Superior consideró que es adecuado otorgarle al padre la tenencia de su hijo de 11 años ya que **(i)** ha demostrado un interés y deseo de brindarles a sus hijos las mejores oportunidades, **(ii)** vive con su padre en Chimbote, **(iii)** está cursando sus estudios en el colegio en Chimbote; y, **(iv)** se encuentra matriculado en el Centro de Idiomas del Santa. Sin embargo, a pesar de que el padre tiene ese deseo de brindarles lo mejor a sus hijos y puede otorgarle las mismas oportunidades que tiene su hijo a la niña, su tenencia es otorgada a la madre pues: **(i)** la niña señala que la extraña, **(ii)** el vínculo con su madre no se ha visto interrumpido durante los 4 años de edad, **(iii)** la madre y la niña son del mismo género, por ello la primera va a influir en la personalidad de la niña, situación que es importante durante los primeros años de vida de la misma; y, **(iv)** la niña sentirá más comodidad conversando con su madre sobre las interrogantes que pueda tener sobre su género.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

El padre vive en la ciudad de Nuevo Chimbote con su hijo de 11 años, lugar donde asiste al colegio y a un Centro de Idiomas. La niña de 4 años vive con su madre en Cabana.

- **Base legal**

La Corte Superior mencionó al principio del interés superior del niño y realiza un breve desarrollo sobre su regulación internacional y nacional. La Corte hizo mención a los artículos 81 y 84 del CNA.

- **Aplicación de criterios para otorgar la tenencia**

La Corte Superior aplicó el literal a) del artículo 84 del CNA para señalar que la niña ha vivido los 4 años de vida con su madre y su vínculo no se ha visto interrumpido todo este tiempo.

Asimismo, se escuchó la opinión de la niña quien señala que extraña a su madre.

La Corte Superior sostuvo que como la madre y su hija son del mismo género, entonces la primera va a influir en la personalidad de la niña, situación que es importante durante sus primeros años de vida. Asimismo, indicó que la niña se sentirá más comodidad conversando con su madre sobre las interrogantes que pueda tener sobre su género.

- **Medios probatorios**

- ✓ **Informe social realizado al hogar de la madre:** la asistente social ha señalado que la vivienda donde reside la niña se encuentra al frente del restaurante de su abuela materna que tiene las comodidades básicas, ello le brinda a la niña un ambiente adecuado en el cual puede desarrollarse adecuadamente (FJ 10).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

No, porque para resolver la tenencia de la niña el juez hace mención a criterios subjetivos que favorecen a la madre en desmedro del padre, por lo que no se puede determinar si esos criterios primaron sobre los criterios establecidos en el artículo 84 del CNA y si se encuentran acordes a la CDN.

A pesar que la decisión podría garantizar el desarrollo integral de la niña porque asegura su estabilidad y es importante que mantenga el vínculo con su madre con quien ha vivido por más tiempo, preocupa que no se haya señalado el régimen de visitas, pues es necesario que también la niña se relacione y fortalezca los vínculos afectivos con su padre y su hermano. Mucho más, si los hijos requieren vivir y tener una buena relación con sus padres para que puedan tener un adecuado desarrollo integral, teniendo como guía el sexto principio de la CDN.

- **Aspectos positivos de la decisión**

Al mantener la tenencia de la niña con su madre se resguarda su estabilidad.

- **Aspectos negativos de la decisión**

La Corte Superior agregó un criterio que a todas luces no se encuentra dentro del CNA: para otorgar la tenencia de un menor de edad se deberá tener en cuenta el género del padre. En el entender de la Corte ello es necesario porque el padre del mismo género que el niño o la niña influenciará en su personalidad y sentirá mayor comodidad realizando preguntas sobre su género, argumento que no necesariamente es cierto en todos los casos. Esta situación no es suficiente por si sola para justificar otorgar la tenencia, pues existen elementos objetivos.

La Corte Superior no ha tomado en cuenta la importancia de que ambos hermanos mantengan un vínculo afectivo que deberá fortalecerse con el tiempo, por ello un aspecto preocupante es que en la resolución de vista no queda claro si se ha establecido un régimen de visitas no solo entre el padre y la niña sino entre la niña y su hermano, así como la del niño con su madre, teniendo en cuenta que el distrito de Cabana donde vive la madre hasta Nuevo Chimbote es una distancia de más o menos 4 horas.

9. Caso 9: Casación 1006-2007-Lima

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

- **Menor de edad:** niña de 8 años

b. PRETENSIÓN

- **DE LA DEMANDA:** la madre pretende la tenencia de su hija; el padre tiene la misma pretensión. Ambos procesos se acumularon

- **DE LA CASACION:** el padre pretende que se declare nula la resolución de vista porque existe: **(i)** una aplicación indebida del artículo 97⁸⁴ del CNA por no tener en cuenta la declaración de la niña que prefiere vivir con su padre, las posibilidades materiales y el informe psicológico favorables del mismo; y, **(ii)** una inaplicación del artículo IX del Título Preliminar del CNA por no considerar los factores antes señalados en su decisión ni la opinión del Ministerio Público de mantener a la niña con su padre

c. DECISIÓN

- **1º instancia (22.08.2006):** fundada la demanda interpuesta por la madre y se fijó un régimen de visitas para el padre

- **2º instancia (21.11.2006):** confirmó la sentencia apelada debido a que: **(i)** del informe psicológico realizado al padre no es recomendable que se le otorgue la tenencia; **(ii)** de acuerdo al artículo 97 del CNA el padre demandado por alimentos no puede demandar la tenencia de su hija; **(iii)** la niña presenta un apego exagerado al padre y un rechazo a la madre; **(iv)** la niña tiene 8 años por lo que su opinión no es determinante para el caso; **(v)** por su género y su edad la niña requiere la presencia de su madre para los cuidados propios de su edad, la cual no es posible de sustituir

⁸⁴ “El demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de Tenencia, salvo causa debidamente justificada”

- **Casación (05.05.2008):** fundado el recurso, nula la resolución de vista y se ordenó al juez de primera instancia que expida una nueva sentencia, teniendo en cuenta el interés superior de la niña
- d. RESUMEN DEL CASO**
- La Corte Suprema consideró que el juzgado ni la Corte Superior han valorado los medios probatorios de manera conjunta, tal como lo estipula el artículo 197 del CPC en concordancia con el principio del interés superior de la niña; es decir, no ha analizado ni valorado los resultados y conclusiones del informe psicológico realizado a la niña, mucho más si en ese documento se señala que la niña rechaza la figura materna, situación que se confirma con sus declaraciones. Asimismo, consideró que la Corte Superior no ha tomado en cuenta lo que estipula el artículo 97 del CNA en su último párrafo, ya que no se trata de una norma imperativa.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

En un inicio los padres acordaron que la tenencia de la niña la tendría su madre y establecieron un régimen de visitas para el padre, quien podía visitarla los viernes y sábados de 4:00 pm a 10:00 pm y los domingos de 2:00 pm a 7:00 pm.

La madre alega que: **(i)** el padre no cumplía con el régimen establecido, pues no regresaba a la niña a la casa materna en las fechas y horas pactadas. Desde el 21 de diciembre de 2006, la niña vive con el padre; y, **(ii)** el padre no cumplía con otorgarle la pensión de alimentos a su hija.

- Base legal

La Corte Suprema consideró que un proceso en el que se vea involucrado un menor de edad es necesario tener en cuenta el principio del interés superior de la niña, que se encuentra recogido en la CDN y en el numeral IX del Título Preliminar del CNA.

- Aplicación de criterios para otorgar la tenencia

No analiza los criterios establecidos en el artículo 84 del CNA

- Medios probatorios

- ✓ **Los Informes sociales realizados al padre y a la madre:** favorables para ambos.
- ✓ **Los Informes psicológicos realizados al padre y a la madre:** favorables para ambos.
- ✓ **El Informe psicológico realizado a la niña:** se muestra reacia y rechaza a su madre. Por ello, dicho informe recomienda que “por el momento se respete las condiciones personales emocionales de la menor, sin dejarla que se relacione ante la figura que ella elegirá visitar con frecuencia esto

debido a que se hace necesario la comunicación y el afecto que debe recibir de ambos padres”.

- ✓ **La declaración de la niña:** desea vivir con su padre.

En atención a ello, la Corte Suprema consideró que el juzgado ni la Corte Superior han valorado los medios probatorios de manera conjunta, tal como lo estipula el artículo 197 del CPC, y en concordancia con el principio del interés superior del niño. Esto se debe a que no han analizado ni valorado los resultados y conclusiones del informe psicológico realizado a la niña, mucho más si en ese documento se aprecia que ella rechaza la figura materna, situación que se confirma con sus declaraciones.

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, la decisión de la Corte Suprema busca que el juez de primera instancia valore todos los medios probatorios del caso dentro de los cuales se encuentra la declaración de la niña; ello asegura que se resguarden sus derechos que han sido reconocidos en la CDN.

- **Aspectos positivos de la decisión**

La Corte Suprema aclaró que el artículo 97 del CNA no es una norma imperativa y existe una excepción a la regla, lo cual permitirá que se otorgue la tenencia al padre, a pesar de que exista una demanda de alimentos contra él, siempre que exista una causa justificada para ello.

El análisis realizado por la Corte Suprema se centró en la situación particular de la niña, su edad, su opinión y estado psicológico; por ello, se considera acertada que dicha Corte haya señalado que debido a que la niña muestra un rechazo hacia su madre, correspondía al juzgador determinar las razones por las que la niña muestra este rechazo a través del análisis y la valoración de los medios probatorios actuados en el proceso. Asimismo, señaló que no es suficiente que se determine otorgar la tenencia a la madre debido a que la niña muestra un apego exagerado respecto de su padre.

Finalmente, se resalta la consideración de la Corte Suprema de que el caso sea enviado al juez de primer grado para que pueda emitir un pronunciamiento válido teniendo en cuenta los medios probatorios actuados en el proceso, el interés superior de la niña y la naturaleza de la materia, ello quiere decir que el juez tendrá que valorar el informe psicológico realizado a la niña así como su declaración en conjunto con los demás medios probatorios.

- **Aspectos negativos de la decisión**

Luego de 2 años, la situación personal de los involucrados en este proceso no necesariamente es la misma, por ello se considera importante que la Corte Suprema haya señalado de manera expresa que era necesario volver a escuchar la opinión de la niña a efectos de verificar si ha cambiado de opinión durante este

tiempo. Si se toman en cuenta los informes y todos los medios probatorios se decidirían sobre una situación pasada y no necesariamente una presente.

10. Caso 10: Casación 5200-2009-Arequipa

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
- **Menor de edad:** niña (no se especifica su edad)

b. PRETENSIÓN

- **De la demanda:** los abuelos maternos pretenden la tenencia de su nieta
- **De la casación:** los abuelos maternos pretenden que se declare nula la resolución de vista porque: **(i)** se ha infringido lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar del CNA por no haber considerado que: **a)** ellos han estado a cargo de su nieta desde su nacimiento hasta la muerte de su madre, **b)** el padre no ha contribuido con los gastos de la niña, y **c)** el padre no permite que los abuelos maternos visiten a su nieta; y, **(ii)** se ha interpretado erróneamente el artículo 81 del CNA

c. DECISIÓN

- **2º instancia (14.09.2009):** Se declaró infundada la demanda de los abuelos maternos, otorgándole la tenencia de la niña al padre
- **Casación (13.01.2010):** Se declaró improcedente el recurso de casación. La Corte Suprema señaló que en la resolución de vista se valoró adecuadamente el caudal probatorio y se motivó la decisión

d. RESUMEN DEL CASO

- Los abuelos maternos están legitimados para solicitar la tenencia de su nieta porque su madre ha fallecido en aplicación a su interés superior y el resguardo de sus derechos; sin embargo, de acuerdo con la opinión de la niña y la buena salud que goza en el hogar paterno, corresponde que se otorgue la tenencia al padre

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

Desde el nacimiento de la niña hasta la muerte de su madre, los abuelos maternos han convivido con la menor de edad. Se entiende que desde la muerte de la madre, así como durante el proceso judicial, el padre vivió con la niña.

- Base legal

La Corte Suprema hizo mención al artículo IX del Título Preliminar del CNA para sustentar que los abuelos maternos sí pueden solicitar la tenencia de la niña, figura que se encuentra regulada en el artículo 81 del mismo cuerpo legal.

- Aplicación de criterios para otorgar la tenencia

La Corte Suprema consideró que debido a que la niña reside con su padre y se encuentra en buen estado de salud, higiene en su apariencia personal y vestir, corresponde que continúe viviendo con dicho progenitor.

Asimismo, se ha verificado que se escuchó la opinión de la niña, quien manifiesta que quiere seguir viviendo con su padre.

- **Medios probatorios**

No se detalló en los considerandos de la casación qué medios probatorios se evaluaron en la segunda instancia, solo se señaló que:

[...] la Corte Civil Superior al valorar el caudal probatorio concluye que la referida infante se encuentra residiendo en el hogar paterno y goza de un buen estado de salud, adecuado orden e higiene en su apariencia personal y vestir, asimismo, la citada menor al prestar su declaración referencial ha expresado su deseo de continuar viviendo con su padre, por ello el correcto sentido de la decisión es que la pretensión demandada debe ser declarada infundada (FJ: 6).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, porque el padre podría asegurar el desarrollo integral de su hija. Verificó que la Corte Superior escuchó la opinión de la niña (quien manifiesta que quiere seguir viviendo con su padre) y determinó el mejor entorno para ella (se otorgó la tenencia a su padre quien la mantiene en buen estado de salud, higiene en su apariencia personal y vestir).

- **Aspectos positivos de la decisión**

El análisis realizado por la Corte Suprema se centró en la situación particular de la niña, su opinión y estado de salud; por lo que, se aplaude que haya enfocado su análisis en verificar si es que se había tomado en cuenta la manifestación de la niña.

- **Aspectos negativos de la decisión**

La Corte Suprema, luego de analizar conjuntamente el artículo IX del Título Preliminar del CNA y el artículo 81 del CNA concluye que los abuelos maternos sí pueden pretender la tenencia de su nieta, tal como se muestra a continuación:

[...] si en el presente caso las instancias inferiores han constatado el fallecimiento de la madre de la menor e hija de los accionantes, cuya tenencia de la indicada menor se peticiona, resulta que estos último sí gozan de legitimidad para obrar, puesto que en este sentido prevalece el interés superior del niño y el respeto a sus derechos conforme lo glosa el artículo IX del Título Preliminar del citado Código (FJ: 6).

11. Caso 11: Casación 1074-2011-Lima

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
- **Menor de edad:** niña (no se especifica)

b. PRETENSIÓN

- **De la demanda:** el padre pretende la variación de la tenencia de su hija.
- **De la casación:** la madre pretende que se declare nula la sentencia de vista porque: (i) se ha aplicado indebidamente el artículo 84 del CNA por no considerar que existe un acuerdo entre los progenitores sobre la tenencia de su hija, (ii) se ha contravenido el segundo párrafo el artículo VII del Título Preliminar del CPC por haber variado el régimen de visitas sin haber sido solicitado; y, (iii) se ha inaplicado el artículo 197 del CPC por no tener en cuenta el cambio de domicilio de la madre.

c. DECISIÓN

- **2º instancia (30.12.2010):** se declaró fundada la variación de la tenencia, otorgándole la tenencia al padre.
- **Casación (09.05.2011):** improcedente el recurso.

d. RESUMEN DEL CASO

- Cuando se encuentre en peligro la integridad de la niña se puede variar la tenencia en un plazo menor a 6 meses, a pesar de que exista un acuerdo entre los padres sobre la tenencia y de lo establecido en el artículo 86 del CNA. Esto se debe a que los aspectos formales que regulan los procesos de tenencia y variación tienen que ceder ante el peligro a la integridad de la menor de edad en base a su interés superior.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

El 15 de abril de 2009, los padres adoptaron un acuerdo sobre la tenencia de su hija expresada en un Acta de Conciliación en el que acordaron que la madre tendría la tenencia de la niña. Pero, debido a que se encontraba en peligro la integridad física de la menor, el padre interpuso una demanda de variación de tenencia ante el Poder Judicial.

- Base legal

La Corte Suprema hizo mención al artículo IX del Título Preliminar del CNA para señalar que, a pesar de que exista un acuerdo entre los padres, ello no impedirá que se varíe la tenencia en atención al interés superior de la niña y cuando se encuentre en peligro su integridad.

- Aplicación de criterios para otorgar la tenencia

Cuando se solicite la variación de la tenencia no es necesario que transcurran los 6 meses señalados por el artículo 86 del CNA, si se acredita el peligro para la integridad de la niña.

- **Medios probatorios**

Aun cuando no se detalla en los considerandos de la casación qué medios probatorios se evaluaron en la segunda instancia, la Corte Suprema indica que la Corte Superior “[...] ha cautelado el interés de la menor [...] puesto que al verificarse el peligro que comportaba para la menor el hecho de habitar en el domicilio materno, ha estimado que amerita la variación de la tenencia a favor del padre demandante” (FJ 4).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, porque se verificó que la Corte Superior varió la tenencia de la niña a favor del padre, antes de los 6 meses de emitida la resolución originaria, porque se encontraba en peligro su integridad. De esta manera se determinó el mejor entorno para la niña.

- **Aspectos positivos de la decisión**

La Corte Suprema consideró “[...] el principio del interés superior del niño debe prevalecer ante las formalidades procesales” (FJ 4). Por ello, precisó que la integridad de un menor de edad no puede ser mermada por lo estipulado en una norma legal, por eso, señaló que “[...] si bien es cierto para solicitar la acción de modificación de la tenencia debe transcurrir por lo menos seis meses de la resolución originaria, no es menos cierto que este requisito puede salvarse si se encuentra en peligro la integridad del niño” (FJ 5).

Se observa que la Corte Suprema se preocupó por aplicar el artículo 88 del CNA y, así, asegurar la preservación del vínculo que se había desarrollado entre la madre y la menor de edad a través de la regulación de un régimen de visitas (FJ 7).

El análisis realizado por la Corte se centró en la situación particular de la niña, es decir tomó en cuenta situación particular (su integridad física y psicológica) para variar la tenencia.

- **Aspectos negativos de la decisión**

No presenta aspectos negativos.

12. Caso 12: Casación 1612-2011-Lima

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
- **Menor de edad:** hija próxima a la adolescencia (no se especifica edad)

b. PRETENSIÓN

- **De la demanda:** la madre pretende la tenencia de su hija
- **De la casación:** el padre pretende que se declare nula la resolución de vista porque: (i) se ha infringido el artículo IX del Título Preliminar del CNA, pues la decisión se basó en el nivel de inteligencia de la madre y su grado

académico, según su informe psicológico, pero no consideró si tiene las condiciones para brindarle una protección integral a su hija; tampoco se consideró el informe psicológico practicado a la adolescente, en el cual se evidencia que tiene mayor apego a su padre y a su familia paterna; el hecho que la hija sea púber no le asegura un ambiente adecuado con la demandante por ser del mismo sexo, ya que mientras labora va a estar a cargo de terceras personas; y, (ii) se ha infringido el artículo 196 del CPC, ya que no se ha tenido en cuenta que la Fiscalía Superior ha opinado que las pruebas actuadas no dan certeza sobre los hechos y la idoneidad de quien tiene las condiciones necesarias para tener la tenencia de la hija, pues solo se han actuado informes psicológicos pero no pruebas de oficio

c. DECISIÓN

- **2º instancia:** (1.10.2010) se declaró fundada la demanda de la madre y se le otorgó la tenencia de la adolescente
- **Casación:** (31.05.2011) se declaró improcedente el recurso porque: (i) en sede casatoria no se puede analizar medios probatorios; y, (ii) **la Corte Suprema verificó** que se otorgó la tenencia de su hija a la madre no solo por ser del mismo sexo sino porque se encontraba próxima a la adolescencia.

d. RESUMEN DEL CASO

- Por encontrarse la hija próxima a la adolescencia y por ser la madre del mismo sexo, resulta razonable que se desarrolle al lado de su madre.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- **Hechos del caso**

Se entiende que desde la separación de los padres y durante la tramitación del proceso judicial, el padre ejercía la tenencia provisional de su hija.

- **Base legal**

La Corte Suprema hizo mención al artículo IX del Título Preliminar del CNA para señalar qué se entiende por el interés superior del menor de edad y señala que “[...] cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene, de lo que el juez cree que es mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños [...]” (FJ 6)

- **Aplicación de criterios para otorgar la tenencia**

La Corte Suprema consideró correcto que se otorgue la tenencia al padre que sea del mismo sexo que el menor de edad cuando esté próximo a la adolescencia, tal como se muestra:

[...] siendo la demandante de sexo femenino se le confíe a ella la tenencia de su menor hija; empero, este aspecto resulta parcial, por cuanto al resolver la controversia, la Corte Superior no solo ha reparado en el hecho puntual antes descrito, sino que ha tenido en cuenta que encontrándose dicha menor próxima a entrar a la etapa de la adolescencia lo más razonable es que se desarrolle al lado de su señora madre sin soslayar el contacto con su señor padre; las demás

alegaciones constituyen articulaciones de defensa que no corresponde efectuarlas en casación (FJ 7).

- **Medios probatorios**

La Corte Suprema indicó que la Corte Superior valoró los informes psicológicos de los padres y que el informe del padre es desfavorable y que el de la madre es favorable. Asimismo, verificó que se valoró el informe psicológico realizado a la menor de edad, y a pesar de que la hija se sentía más cercana a su padre y a su familia paterna, consideró que resulta más favorable que su tenencia sea ejercida por su madre, tal como se cita a continuación:

[...] al resolver el conflicto surgido entre las partes en controversia, respecto a cuál de los padres debe ejercer la tenencia de su menor hija, compulsando entre otros medios probatorios, los informes psicológicos de ambos progenitores, concluyendo que el informe relativo al padre demandado no le resulta favorable y que situación distinta ocurre con el informe psicológico de la madre demandante, sopesando en el caso el informe psicológico practicado a la indicada menor en el mismo que efectivamente, se ha puesto de manifiesto que esta tiene mayor apego al padre y a su familia paterna; no obstante, el juicio de valor arribado por la Corte de mérito en atención a las razones que se expone, resulta más favorable a la citada menor que la tenencia sea ejercida por la madre demandante [...] (FJ 6).

Para la Corte Suprema, las conclusiones del dictamen fiscal no son vinculantes para el órgano jurisdiccional dado que la prueba de oficio no puede depender del requerimiento de una de las partes procesales; además, cuando la etapa probatoria se encuentra precluida, como en el caso que se resuelve, no resulta viable la actuación de pruebas que no se ofrecieron oportunamente (FJ 8).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

No, porque la Corte Suprema no ha verificado si la Corte Superior explicó por qué la madre era la persona adecuada para asegurar el desarrollo integral de la hija, mucho más si la menor de edad había señalado que quería vivir con su padre y ya vivían juntos.

- **Aspectos positivos de la decisión**

No presenta aspectos positivos.

- **Aspectos negativos de la decisión**

La Corte Suprema no ha señalado las razones por las cuales consideró que la Corte Superior ha aplicado de manera correcta el artículo IX del Título Preliminar del CNA. Así, ha omitido verificar si la Corte Superior ha fundamentado las razones por las cuales consideró que la madre de la menor de edad puede procurarle un desarrollo integral que le permita despertar todas sus potencialidades.

Es preocupante que la Corte Suprema siga la línea de la Corte Superior e ignore la opinión de la menor de edad para justificar la decisión de ésta última. Por ello, queda evidente que el análisis realizado no se centró en la situación particular de la niña, es decir su opinión, edad, entre otros.

13. Caso 13: Casación 3147-2001-Lima

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
- **Menor de edad:** niño (no se especifica)

b. PRETENSIÓN

- **De la demanda:** el padre pretende la tenencia de su hijo; el abuelo materno pretende la tenencia de su nieto. Ambos procesos se acumulan.
- **De la casación:** el abuelo materno pretende que se declare nula la sentencia de vista porque existe: **(i)** una aplicación indebida del artículo IX del Título Preliminar del CNA; y, **(ii)** una interpretación errónea del artículo 81 del CNA.

c. DECISIÓN

- **1º instancia:** se declaró fundada la demanda interpuesta por el abuelo materno, por lo que obtuvo la tenencia de su nieto.
- **2º instancia (20.07.2001):** se revocó la sentencia apelada y se declaró fundada la demanda del padre, otorgándole la tenencia de su hijo, ya que: **(i)** no se ha acreditado fehacientemente que el padre no cuenta con capacidad moral y material para solventar los gastos para el desarrollo de su hijo; **(ii)** debido a la edad del hijo, su opinión solo es un elemento referencial; **(iii)** de las cartas enviadas entre los padres del niño se desprende que siempre han tenido una relación cordial; y, **(iv)** la declaración testimonial de personas con quienes dicha familia convivía en Francia desmienten lo alegado por los abuelos.
- **Casación (16.09.2002):** se declaró infundado el recurso de casación. La Corte Suprema coincide con los argumentos expuestos en la resolución de vista y concluye que se aplicó adecuadamente el artículo IX del Título Preliminar del CNA e interpreta el artículo 81 del CNA.

d. RESUMEN DEL CASO:

- En aplicación del interés superior del niño, la Corte Suprema confirmó el otorgamiento de la tenencia a su padre porque: **(i)** no se ha demostrado a lo largo del proceso judicial que el padre no tiene la capacidad moral y material para asumir la tenencia de su hijo y, por ende, asumir los gastos para su desarrollo; y, **(ii)** por la edad del niño, su opinión no es contundente para resolver el caso sino referencial.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

El padre y la madre del niño vivían juntos en Francia hasta el momento en que ella falleció. Se desprende del caso que después de ese suceso y durante la tramitación del proceso judicial, los abuelos maternos convivieron con el niño.

- Base legal

La Corte Suprema hizo mención al artículo IX del Título Preliminar del CNA para señalar que la resolución de vista ha aplicado adecuadamente dicha norma por haberse considerado en su fundamentación el interés superior del niño y el respeto de sus derechos.

- **Aplicación de criterios para otorgar la tenencia**

Cuando los que solicitan la tenencia del niño huérfano de madre son, por un lado, el padre y, por otro, los abuelos maternos, se le otorgará al primero porque tiene “derecho de la patria potestad”.

No se ha acreditado que el padre carezca de capacidad moral y material para que obtenga la tenencia de su hijo.

Se ha acreditado que el padre tuvo una buena relación con la madre durante su convivencia, de acuerdo a las cartas enviadas entre ellos y a lo señalado por los testigos.

- **Medios probatorios**

La Corte Suprema coincide con los fundamentos expuestos en la resolución de vista:

- ✓ **Las traducciones oficiales de las cartas remitidas por la difunta madre del niño:** “[...] revelan una relación amorosa, armoniosa y cordial, sin insinuar siquiera maltrato, desavenencia o desatención” por parte del padre (FJ 2).
- ✓ **Las declaraciones testimoniales de personas con quienes la familia:** “[...] desenvolvía sus actividades habituales en Francia, donde se afirman hechos que contradicen lo afirmado por los abuelos maternos en la contestación de la demanda” (FJ 2).
- ✓ **La manifestación del niño:** no ha sido determinante en el caso porque “[...] si bien el menor ha manifestado su deseo de vivir con sus abuelos, también debe entenderse ésta como un elemento referencial y no como algo contundente para resolver el conflicto suscitado dada la edad del menor” (FJ 2).

La Corte Suprema coincide con la resolución de vista en que “[...] no se ha probado fehacientemente que el padre del menor no cuente con capacidad tanto moral y material para poder asumir la tenencia del menor [...]” (FJ 2)”

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

No. La Corte Suprema no ha verificado que la Corte Superior haya señalado cómo el padre puede asegurar el desarrollo integral de su hijo y que se hayan resguardado sus derechos, puesto que no se tomó en cuenta su opinión al considerarla referencial para resolver el caso, sin haber comprobado su edad, a pesar que él manifiesta que quiere vivir con sus abuelos. Tampoco verificó que el padre le brinde el mejor entorno a su hijo.

- **Aspectos positivos de la decisión**

No tiene aspectos positivos.

- **Aspectos negativos de la decisión**

La Corte Suprema justifica que se resguardaron los derechos del niño y se aplicó el interés superior del niño, niña y adolescente de manera adecuada en la resolución de vista, únicamente, porque se incluyó en la fundamentación y porque se otorgó la tenencia del niño a su padre biológico. Estos argumentos no son suficientes para sostener la aplicación debida del artículo IX del Título Preliminar del CNA. En efecto, es evidente que el análisis realizado no se centró en la situación particular del niño, es decir opinión, su edad, entre otros.

Este argumento es equivocado porque analizar que se aplicó de manera correcta dicho interés implica que se verifique que la Corte Superior analizó la situación específica del menor de edad, que se escuche la opinión del niño y, de acuerdo a su edad, se considere su opinión para la toma de decisión. De ninguna manera se puede señalar que la opinión vertida por el niño no es determinante en el caso debido a su edad (y no señalarla), a pesar de lo estipulado en el artículo 85 del CNA, se considera que es necesario que en esas situaciones se analice por qué razones el menor de edad quiere vivir con sus abuelos maternos y no con su padre.

Se hizo mención a su condición de huérfano y que debido a su edad su opinión no es determinante, y la Corte entiende que como el padre es el único que queda y tiene “derecho” a la patria potestad entonces corresponde que ejerza la tenencia de su hijo.

14. Caso 14: Casación 4881-2009-Amazonas

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
- **Menor de edad:** niña de 4 años aproximadamente

b. PRETENSIÓN

- **DE LA DEMANDA:** los abuelos maternos pretenden la tenencia y tutela respecto de su nieta
- **CASACION:** los abuelos maternos denunciaron la infracción normativa del artículo 3.1. de la CDN recogido por el artículo IX del Título Preliminar del CNA por omitir valorar los informes sociales practicados a los abuelos maternos y al padre
- El Ministerio Público denunció la **(i)** infracción normativa del artículo IX del Título Preliminar del CNA; y, la **(ii)** interpretación errónea del artículo 81 del CNA

c. DECISIÓN

- **1º instancia:** fundada la demanda de tenencia y tutela interpuesta por los abuelos maternos
- **2º instancia (26.8.2009):** revocó la sentencia ya que considera que: **(i)** la institución de la tenencia fija una relación que es exclusiva entre padres e hijos, pero no entre abuelos y nietos; y, **(ii)** no es justificación suficiente para

que se limite la relación paterno filial que le corresponde, por naturaleza, a un padre y su hijo que se argumente que el padre fue sentenciado para que cumpla con su obligación alimenticia, ni mucho menos que debido a su trabajo no puede contar con un lugar fijo de residencia al ser miembro de la Policía Nacional del Perú

- **Casación (05.04.2011):** declaró fundados los recursos de casación interpuestos por los abuelos maternos y el Ministerio Público; y, en consecuencia nula la resolución de vista. Asimismo, confirmaron la sentencia apelada

d. RESUMEN DEL CASO

- La Corte Suprema otorgó la tenencia y tutela de una niña a sus abuelos con quienes ha vivido más de 3 años desde la muerte de su madre porque: **(i)** se encuentran en una mejor situación económica que el padre; y, **(ii)** le vienen brindando un ambiente favorable para su crecimiento y desarrollo integral

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- **Hechos del caso**

El 2 de setiembre de 2007, cuando la niña tenía 7 meses de edad su madre se suicidó. Inmediatamente, mediante un Acta Fiscal fue colocada bajo la custodia de sus abuelos maternos y se dispuso la permanencia con ellos hasta que la investigación sobre la muerte de su madre termine.

La niña ha convivido con sus abuelos maternos en Chachapoyas desde la muerte de su madre hasta la fecha de la resolución de la casación, es decir alrededor de 3 años. El padre de la niña vive en Chimbote.

- **Base legal**

La Corte Suprema señaló que el interés superior de la niña será el punto de referencia y se deberá tener como norte para resolver el caso, por ello consideró que se tiene que tener presente al artículo 3.1 de la CDN, así como el artículo IX del Título Preliminar del CNA y al artículo 81 del CNA referido a la tenencia de los hijos.

- **Aplicación de criterios**

La Corte Suprema hizo extensiva la aplicación del literal a) del artículo 84 del CNA, y ha considerado como un criterio para determinar la tenencia de la niña, al factor tiempo, es decir con qué familia ha convivido más tiempo. Así, señala que la niña ha vivido con sus abuelos maternos 3 años, siete meses y tres días, desde que su madre murió, desarrollando un vínculo con sus abuelos maternos.

La Corte aplicó un criterio que no se encuentra en el artículo 84 de CNA que es la comparación de las condiciones del padre de la niña con la de sus abuelos maternos, a través de la valoración de los informes sociales realizados.

Así, señaló que: “[...] en el presente caso debe ponderarse la condición del padre y abuelos de la menor para determinar la tenencia de aquella; en ese sentido,

corresponde emitir pronunciamiento sobre la causal invocada por los abuelos maternos, respecto a la prevalencia en las decisiones judiciales del interés superior del niño” (FJ 7).

Condiciones de los abuelos maternos	Condiciones del padre de la niña
<p>Las condiciones sociales, morales y económicas son óptimas para el crecimiento y desarrollo que la niña merece, ya que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - es un hogar constituido y permanente - la niña se encuentra bien de salud - tiene los cuidados adecuados para su edad 	<p>No reúne las condiciones adecuadas para exigir la tenencia de su hija, ya que no cuenta con un ambiente adecuado para brindarle a su hija:</p> <ul style="list-style-type: none"> - vive en un cuarto muy pequeño - no tiene baño propio - come en una pensión - no tiene un domicilio fijo debido a su trabajo como policía

En la comparación que realiza entre las condiciones que pueden ofrecerle los abuelos maternos y el padre de la niña, argumenta que si se otorga la tenencia al padre, debido a la naturaleza de su trabajo, el cuidado de la niña lo realizaría su abuelo paterno y su esposa (que no tiene vínculo biológico con la niña), quienes han mantenido una relación afectiva esporádica con ella. Señaló que la convivencia con ellos generaría en la niña una pérdida de estabilidad emocional que ha podido mantener con sus abuelos maternos.

- **Medios probatorios**

- ✓ **Informe social realizado a los abuelos maternos:** las condiciones sociales, morales y económicas son óptimas para el crecimiento y desarrollo que la niña merece ya que le otorgan un hogar constituido y permanente, la niña se encuentra bien de salud con los cuidados adecuados para su edad (FJ 7).
- ✓ **Informe social realizado al padre:** No reúne las condiciones adecuadas para exigir la tenencia de la menor ya que no tiene un ambiente adecuado para brindarle a la niña, vive en un cuarto muy pequeño, no tiene baño propio, come en una pensión y trabaja como policía por lo que no tiene un domicilio fijo (FJ 7).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, ya que la niña ha vivido con sus abuelos maternos desde que su madre murió, los conoce y se ha creado un vínculo afectivo entre ellos, lo cual genera estabilidad para la niña. Asimismo, pueden brindarle seguridad económica y emocional.

Se evita otorgar la tenencia al padre porque implicaría una alteración al desarrollo emocional, social de la niña y su estabilidad. Sin embargo, para que la niña se desarrolle de manera integral es necesario e importante que conozca a su padre y formar un vínculo afectivo con él, así como con su familia paterna, y si más adelante el padre puede otorgarle un ambiente adecuado para su desarrollo,

entonces, la tenencia podría variar a su favor, teniendo como guía el sexto principio de la CDN.

- **Aspectos positivos de la decisión**

La Corte Suprema analizó detenidamente el caso específico en el que encontraba la niña y las situaciones de ambas familias para fundamentar su decisión.

Con relación a la tenencia, señaló que: “[...] si bien 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 consideración que se sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, sin embargo, la figura en comento también faculta al juez a resolver la tenencia teniendo como norte el interés superior del niño” (FJ 6).

- **Aspectos negativos de la decisión**

De acuerdo a los datos del caso, los abuelos pretendían la tutela y la tenencia de la niña, resulta pertinente preguntarse por qué no se le dio solamente la tutela, ya que esta era la figura correcta.

Asimismo, la Corte Suprema no ha verificado que la Corte Superior haya otorgado un régimen de visitas a favor del padre a efectos promover el vínculo con su hija.

Las condiciones económicas y la profesión del padre no deberían ser razones determinantes para no otorgarle la tenencia de su hija.

15. Caso 15 : Casación 2067-2010-Lima

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
- **Menor de edad:** dos niños (no se especifica edades)

b. PRETENSIÓN

- **De la demanda:** el padre pretende la tenencia de sus hijos; la madre pretende lo mismo. Ambos procesos se acumulan.
- **De la casación:** el padre pretende que se declare nula la resolución de vista porque existe **(i)** infracción normativa de los artículos VII y VIII del Título Preliminar del CNA al haber otorgado la tenencia de los niños a la madre bajo la excusa de restablecer el vínculo con ella; así, bastaría que uno de los padres demuestre en el proceso que se lleva peor con sus hijos, **(ii)** infracción normativa del artículo 82 del CNA por no considerar que una variación abrupta de la tenencia es grave y perjudicial para cualquier menor de edad, **(iii)** infracción normativa del artículo 84 del CNA por no explicar la inaplicación del criterio referido a que los hijos han permanecido mayor tiempo con el padre, **(iv)** infracción normativa del artículo 85 del CNA por no tener en cuenta que los psicólogos han corroborado que los niños no tienen síndrome de alienación parental, **(v)** infracción normativa del inciso 6) del artículo 50 del CPC y del inciso 5) del artículo 139 de la Constitución por haber desvirtuado la sentencia del Tercer Juzgado Transitorio de Familia de

Lima sin evidenciar un sustento jurídico; e, **(vi)** infracción normativa de los artículos 188, 189, 197, 200 y 355 del CPC por establecer que el síndrome de alienación parentales una prueba determinante en la decisión sobre tenencia

c. DECISIÓN

- **1º instancia:** se declaró fundada la demanda interpuesta por la madre, por lo que obtuvo la tenencia de sus hijos
- **2º instancia (05.04.2010):** confirma la sentencia que declaró infundada la demanda del padre y fundada en parte la demanda de la madre
- **Casación (26.04.2011):** se declaró infundado el recurso de casación. La Corte Suprema coincide con los argumentos expuestos por la Corte Superior.

d. RESUMEN DEL CASO:

- El síndrome de alienación parental provocado por el padre es un tipo de maltrato contra los niños que genera una distorsión en sus opiniones así como el resquebrajamiento de la relación con su madre; por ello, se le otorga la tenencia de sus hijos de forma inmediata, pues la integridad de los niños se encuentra en peligro por los presuntos actos contra la libertad sexual cometidos por el padre contra la hermana de los niños por línea materna.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- **Hechos del caso**

Se entiende que desde la separación de los padres, así como durante la tramitación del proceso judicial, el padre tenía a su cargo a los niños. La madre había sido demandada ante el Poder Judicial por violencia familiar contra sus hijos.

- **Base legal**

La Corte Suprema cita los artículos VIII y IX del Título Preliminar del CNA para señalar que la resolución de vista aplicó adecuadamente dicha norma porque consideró en su fundamentación el interés superior de los niños y el respeto de sus derechos.

También señaló que los artículos 82, 84 y 85 del CNA han sido aplicados de forma adecuada por la Corte Superior, ya que: **(i)** si bien es cierto que la variación de la tenencia debe ser progresiva, en razón del interés superior de los niños se debe restablecer inmediatamente los vínculos con la madre, **(ii)** el hecho que los niños hayan convivido más tiempo con su padre no implica que sea el más adecuado para asegurar su desarrollo; y, **(iii)** la opinión de los niños no puede ser determinante para el caso por sufrir del síndrome de alienación parental.

- **Aplicación de criterios para otorgar la tenencia**

No se puede priorizar el otorgamiento de la tenencia de los niños al padre que no ha observado y garantizado sus derechos a no ser separados de su madre y a mantener relaciones personales y contacto directo adecuado con ella.

Cuando se acredite que los hijos presentan el síndrome de alienación parental causado por el padre, se otorgará la tenencia a la madre, ya que este síndrome se considera como un tipo de maltrato emocional.

Los niños necesitan restablecer el vínculo con su madre y tener un trato directo con ella para reencauzar una mejor relación filio-maternal, ya que se ha acreditado que presentan el síndrome de alienación parental.

Como los niños presentan el síndrome de alienación parental, sus opiniones fueron escuchadas, pero tomadas con reserva.

- **Medios probatorios**

La Corte Suprema coincide con la resolución de vista al señalar que se otorgó la tenencia de los niños a la madre sobre la base del “[...] caudal probatorio aportado al proceso [...]”, el cual determina “[...] de un lado, que el origen y la naturaleza de los problemas familiares que condujeron a la separación física de los cónyuges y la actitud del padre de separar a la madre de sus hijos son las diversas agresiones físicas y psicológicas sufridas por la cónyuge; y; de otro, que no está probado el maltrato físico y psicológico alegado por el padre [...]” (FJ 8).

Los niños y sus padres fueron sometidos a una “[...] terapia psicológica en el Programa Mamis del Hospital del Niño, donde se ha advertido la afectación que los niños presentan por encontrarse inmersos en el conflicto familiar, conforme se ha señalado en sus evaluaciones psicológicas” (FJ 9).

A pesar de que el Tercer Juzgado Transitorio de Familia de Lima, en el proceso de violencia familiar seguido contra la madre por maltrato físico a sus hijos, haya declarado fundada la demanda sobre la base de certificados médicos legales practicados a los menores de edad que evidencian lesiones leves recientes en los mismos, la Corte Suprema coincide con la Corte Superior en señalar que ello no es determinante para su decisión, ya que en la fecha que ocurrieron las lesiones “[...] la madre se encontraba alejada de sus hijos, y por lo tanto resulta imposible que ella fuera la autora, tanto más si se concluye que se trata de lesiones recientes” (FJ 9).

No obstante tener dos opiniones psicológicas contradictorias realizadas a los niños, la Corte Superior prescindió de la Evaluación Psicológica y consideró al Informe del Equipo Multidisciplinario como prueba determinante de su decisión, según el sistema de la libre apreciación de las pruebas (artículo 197 del CPC). En el cuadro se resume el contenido de cada una de dichas opiniones especializadas (FJ 10, 11, 12 y 13):

Evaluación Psicológica	Informe del Equipo Multidisciplinario
<ul style="list-style-type: none">○ Ordenada por el juzgado○ Realizada en abril de 2010 por una licenciada del Hospital Cayetano Heredia	<ul style="list-style-type: none">○ Realizado por los peritos adscritos a la Corte Superior de Justicia○ Concluye que los niños evaluados sufren del síndrome de alienación parental y que necesitan restablecer el vínculo con la madre

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ○ Concluye que los niños evaluados no presentan el síndrome de alienación parental ○ Este informe fue remitido al Poder Judicial cuando ya se había prescindido del mismo y se había emitido la resolución de vista. ○ Presenta resultados contradictorios al señalar que los niños no perciben a su madre como parte de la familia y la rechazan y aun así concluir que no existe el síndrome antes referido. | <ul style="list-style-type: none"> ○ Los niños demostraron una falta de respeto hacia la madre sin que el padre interviniera. ○ Se evidencia trastornos de personalidad, falta de educación y formación de valores para su desarrollo integral, normal y adecuado. |
|--|--|

La Corte Suprema consideró que en la resolución de vista se justificó adecuadamente la prescindencia de la Evaluación Psicológica practicada a los menores de edad, puesto que: **(i)** se ha evidenciado que “[...] los niños necesitan restablecer el vínculo con la madre y tener un trato directo con aquella, a fin de reencauzar una mejor relación filio-maternal” (FJ 12) porque se ha acreditado que los niños sufren de síndrome de alienación parental.

Asimismo, señaló que el síndrome de alienación parental ha sido provocado por el padre y la familia paterna e incide negativamente en el desarrollo e integridad emocional de los niños; por lo que, sus declaraciones, en donde expresan que prefieren vivir con su padre, deben ser tomadas con reserva por ser emitidas en el contexto del referido síndrome (FJ 23).

La Corte Suprema también consideró preocupante para la integridad de los niños que el padre haya sido acusado de haber incurrido en actos contra la libertad sexual de la hermana de sus hijos solo por línea materna, según las declaraciones de la profesora de sus hijos y de la empleada del hogar (FJ 21 y 23).

De acuerdo con la evaluación social practicada a la madre, está en la capacidad de proporcionar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de los niños, por lo que, ella debe ejercer la tenencia (FJ 25).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, porque la Corte Suprema ha verificado que la Corte Superior otorgó la tenencia a la madre para asegurar el desarrollo de los niños, ya que sufrieron maltrato emocional por parte del padre al presentar el síndrome de alienación parental causado por él.

- **Aspectos positivos de la decisión**

El análisis de la Corte Suprema se centró en la situación particular de los niños, es decir tomó en cuenta su salud psicológica e integridad.

La Corte ha definido al síndrome de alienación parental como “[...] un proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores que se general

primordialmente en el contexto de las disputas por tenencia y que este síndrome ha sido ocasionado por el demandado y su entorno familiar” (FJ 13).

Asimismo, consideró que las características del síndrome son:

[...] 1) El establecimiento de barreras contra el progenitor que no detenta la custodia del hijo; 2) La manipulación ejercida por un padre sobre su hijo a fin que rechace la figura del otro progenitor; y, 3) Programación del hijo para que sin justificación odie al otro progenitor. El síndrome de alienación parental es catalogado [...] **como un tipo de violencia o maltrato emocional de los padres a sus hijos**, cuyo origen es la separación y consiguiente disputa de los padres por la tenencia y custodia de aquellos (FJ 20) [el destacado es nuestro].

También precisó que la tenencia favorece:

[...] la crianza del hijo, **el desarrollo** y fortalecimiento de la relación paterno-filial, corresponden a ambos padres; no obstante, de mediar una separación, los padres son los inmediatamente legitimados a determinarla de común acuerdo, caso contrario, o de resultar perjudicial la acordada, será el Juez Especializado el que lo decida en atención a **lo que resulte más beneficioso para el hijo**, esto es, desde la perspectiva de la **aplicación del principio del interés superior del niño** (FJ 14) [el destacado es nuestro].

Analizando el artículo 85 del CDN la Corte Suprema señaló que:

[...] **si bien lo expresado por los niños y adolescentes en un proceso de tenencia y custodia debe ser especialmente apreciado por el juzgador, no menor cierto es que la decisión final debe tener como sustento, además de la opinión de estos, qué es lo más beneficiosos para el desarrollo integral del niño, niña o adolescente**; de allí la importancia de la correcta valoración del caudal probatorio al proceso en aras de determinar: a) Cuál de los padres es el mejor capacitado para ejercer la tenencia y custodia de sus hijos; y, b) Cuál de los padres es el que garantizará el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor (FJ 24) [el destacado es nuestro].

- **Aspectos negativos de la decisión**

No tiene aspectos negativos.

16. Caso 16: Casación 1821-2011-Lima

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

- **Menor de edad:** niños 7 y 4 años

b. PRETENSIONES

- **DE LA DEMANDA:** la madre pretende la tenencia de sus hijos y accesoriamente que se autorice judicialmente el viaje de ellos a Estados Unidos; el padre también pretende e la tenencia de hijos. Ambos procesos se acumularon

- **DE LA CASACIÓN:** la madre consideró que la resolución de vista incurre en las siguientes causales normativas: **(i)** infracción de los artículos 84 y 97 del

CNA; y, (ii) del artículo 139.3) del CPC porque no han valorado de manera conjunta cada uno de los medios probatorios

c. DECISIÓN

- **1º instancia (25.10.2010):** infundada la demanda de tenencia interpuesta por la madre y fundada la demanda interpuesta por el padre, ordenándose un régimen de visitas a favor de la madre de forma libre y sin restricciones
- **2º instancia (29.03.2011):** confirmó la sentencia de primera instancia
- **Casación (03.05.2012):** infundado el recurso de casación interpuesto por la madre, porque no se ha acreditado la infracción de las normas denunciadas

d. RESUMEN DEL CASO

- A pesar que el padre fue demandado por alimentos, la Corte Suprema le otorgó la tenencia de sus hijos, ya que consideró que la madre no es la persona idónea para cuidar a sus dos hijos pues: (i) los ha separado de su padre de manera abrupta sin que haya un mandato judicial de por medio; y, (ii) sacó a sus hijos del país de manera irregular, hecho que ocasionó que se rompa de facto la relación paterno filial que existía entre el padre y sus hijos. Estos hechos no pueden garantizar que ella sea la persona idónea para ejercer la tenencia de sus hijos

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- **Hechos del caso**

Los padres de los menores de edad tuvieron una relación en el año 2000, producto de la cual nacieron sus dos hijos quienes vivieron con sus padres hasta el 14 de noviembre de 2005, fecha en que la madre se retiró del hogar conyugal para viajar a los Estados Unidos y dejó a sus hijos –que en esa fecha tenían 4 y 2 años– bajo el cuidado del padre. Desde esa fecha, el padre se ha hecho cargo de los niños hasta que el 26 de mayo de 2008, la madre regresó de los Estados Unidos para llevarse a sus hijos. De lo mencionado por la Corte en sus argumentos, se entiende que la madre se llevó a sus hijos sin el consentimiento del padre a los Estados Unidos y sin que exista mandato judicial de por medio.

- **Base legal**

La Corte Suprema analiza los artículos 74, 81.a) y 97 del CNA y señaló que en todos los procesos de tenencia se deberá tener en cuenta lo que resulte más beneficioso para el menor de edad en aplicación al principio del interés superior del niño consagrado por el artículo IX del Título Preliminar del CNA.

- **Aplicación de criterios para otorgar la tenencia**

La Corte Suprema toma en cuenta el literal a) del artículo 84 del CNA y señaló que es el padre quién ha ejercido mayor tiempo el cuidado de sus dos hijos. La conducta del padre no genera un peligro para los niños.

A pesar que el padre fue demandado por alimentos, se le otorgará la tenencia de sus hijos porque acreditó que existen hechos o circunstancias que descalifican a la madre que detentaba la tenencia de sus hijos.

La Corte señaló que debido al comportamiento de la madre en desmedro de sus hijos no se le puede otorgar la tenencia de los mismos, pues:

[...] es de resaltar que conforme lo manifestado por el órgano de fallo en el presente proceso ha quedado acreditado lo siguiente: **1)** que, fue justamente la co-demandante, ahora casante, quien a pesar de ser conocedora de la discapacidad manifiesta de sus hijos y de la importancia de su presencia y cuidados, en el año dos mil cinco, con motivo de su viaje a los Estados Unidos, los dejó en poder de su progenitor, no manteniendo vínculo directo ni afectivo con éstos hasta mediados del año dos mil ocho, fecha en que retornó al país; **2)** que, no se ha acreditado que Juan Francisco Palacios Ramírez esté impedido para ejercer el rol paterno; y, **3)** que, si bien este último fue emplazado ante el Juzgado de Paz Letrado de Villa El Salvador a fin que acuda con alimentos a sus hijos, lo cierto es que Ynes Dina Uribe Huamaní, sin contar con autorización judicial y estando por resolverse el proceso de tenencia de custodia sometido a conocimiento de la autoridad judicial, viajó en compañía de sus hijos a los Estados Unidos, lo que evidencia un acto de temeridad y mala fe" (FJ 8) [el destacado es nuestro].

- **Medios probatorios**

- ✓ **Informe psicológico practicado al menor de 4 años:** quien indica: "[...] mi papá Juan me lleva a los juegos, mi mamá me lleva a Surco, mi papá está trabajando... mi papá es bueno, mi mamá es mala, me agarró y me lleva a Villa El Salvador, yo vivía con mi papá, ahora vivo con mi mamá [...]" (FJ 4).
- ✓ **Informes sociales:** "[...] se analizan con reserva, por cuanto las capacidades psicológicas de las personas las determinan los profesionales expertos en psicología mas no en trabajo social, cuyos roles y funciones son distintos" (FJ 4).
- ✓ **El Informe psicológico practicado al padre:** los rasgos y las conductas que presenta el padre en su personalidad, se debe a la conducta de la madre de sus hijos quien ha motivado la separación abrupta y falta de contacto con sus hijos (FJ 4).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral de los menores de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, la decisión de la Corte Suprema garantiza el desarrollo integral de los niños porque han convivido más tiempo con su padre en condiciones normales y saludables. En cambio la madre, con su actuar, no ha tomado en cuenta ni garantizado el desarrollo integral de sus hijos ni su estabilidad emocional. Tampoco garantizaría, si se le otorga la tenencia, que sus hijos vayan a mantener contacto con sus padres. Finalmente, se verificó que la Corte Superior escuchó la opinión del niño de 4 años y la tomó en cuenta.

- **Aspectos positivos de la decisión**

La Corte hizo hincapié en que lo más importante es analizar qué es lo que resulta más beneficioso para los niños y no para los padres, con esa premisa hace evidente que el centro del proceso de tenencia son los hijos y la búsqueda de su bienestar.

La Corte hizo una referencia específica del literal a) del artículo 84 del CNA, pues señaló que no solo se debe tomar en cuenta el mayor tiempo de convivencia entre uno de los padres con sus hijos sino también que dicha convivencia no haya sido perjudicial para el mismo:

El mayor tiempo de convivencia entre un padre o madre y su hijo supone en condiciones normales y “saludables” mayor grado de afinidad, empatía y afianzamiento de la relación paterno-filial como resultado de la interacción y presencia continua del padre o de la madre en la crianza del hijo; sin embargo, la realidad demuestra que no siempre este factor por si mismo es suficiente para que el juez de la causa prefiera a un padre sobre el otro, por cuanto podría darse el caso que la convivencia por el contrario fue perjudicial para el niño, sea por la existencia de actos de maltrato infantil o por el incumplimiento de los deberes a los que alude el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, de allí la necesidad que en todo proceso judicial de tenencia y custodia la decisión debe tener como sustento, además de la valoración conjunta de todos los medios probatorios, **lo que resulte más beneficioso para el hijo, más no para el progenitor, en clara aplicación del Principio del Interés Superior del Niño consagrado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (FJ 5) [el destacado es nuestro].**

Con relación al artículo 97 del CNA, la Corte Suprema señaló que:

[...] la proscripción regulada por el artículo 97 del Código de los Niños y Adolescentes tiene como sustento el impedir el ejercicio abusivo del derecho, por cuanto el requerimiento judicial para el cumplimiento de la obligación alimentaria de un padre o una madre a favor de su hijo evidencia la inobservancia de uno de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, como es el asistirlo económicamente en pro de su subsistencia; por ende, **no resultaría ético que aquél padre o madre que no atendió por su propia voluntad a su hijo en sus necesidades básicas, pretenda posteriormente tenerlo en su compañía dado el riesgo que ello supondría para la integridad del hijo. Empero, el legislador introduce una excepción a la prohibición general, cuál es, que exista una causa debidamente justificada que debe ser: 1) invocada y probada por el actor; y, 2) merituada por el juzgador. Es de entender que la causa justificada necesariamente tiene que tener como sustento la existencia de hechos o circunstancias que descalifican al padre o madre que detentaba la tenencia de su hijo, a partir de lo cual el otro progenitor es legitimado, por imperio de la ley, para accionar (FJ 6) [el destacado es nuestro].**

- **Aspectos negativos de la decisión**

No es saludable otorgar un régimen de visitas abierto siempre que el interés de los hijos no sea garantizado, ya que esta decisión puede generar inconvenientes: **(i)** la expectativa de los hijos de que su madre los visite, **(ii)** la imposibilidad de que los hijos realicen planes que serían pospuestos si la madre los visita cuando pueda o quiera; **(iii)** que la madre quiera ejercerlo sin previa coordinación o cuando lo imponga, **(iv)** la falta de acuerdo entre los padres sobre la fecha de las visitas. Estas situaciones perjudican a los niños pues es su derecho al régimen de visitas.

17. Caso 17: Casación 4555-2011-Tacna

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República
- **Menor de edad:** niño (aproximadamente 4 años)

b. PRETENSIÓN

- **EN LA DEMANDA:** la madre pretende la tenencia de su hijo a su favor. El padre pretende lo mismo. Ambos procesos se acumularon.
- **EN LA CASACIÓN:** el padre alega que la resolución de vista ha incurrido en: (i) la infracción normativa del artículo 11 del Título Preliminar del CPC; y, (ii) la infracción normativa del artículo 84 del CNA.

c. DECISIÓN

- **1º instancia:** fundada la demanda interpuesta por la madre y se fijó un régimen de visitas para el padre en el domicilio de la madre los domingos entre las 10:00 am a 03:00 pm.
- **2º instancia (30.03.2011):** confirmó la sentencia de primera instancia basándose en los informes sociales y psicológicos que señalan que el niño reconoce como figura materna a su tía paterna pero no a su madre.
- **Casación (06.09.2012):** fundado el recurso de casación interpuesto por el padre y, en consecuencia, nula la resolución de vista. Asimismo, se ordenó que los autos se envíen al juzgado de primer grado para que expida una nueva resolución con arreglo a ley.

d. RESUMEN DEL CASO

- La Corte Suprema consideró que las instancias de mérito no han valorado de manera correcta y conjunta los medios probatorios de acuerdo al artículo 197 del CPC, específicamente no se tuvo en cuenta la declaración del menor de edad quien ha manifestado, de manera reiterada, su voluntad de vivir con su padre y su tía paterna. A pesar de su corta edad, la Corte consideró que su declaración deberá escucharse nuevamente y ser contrastada junto al informe psicológico realizado al niño, el Acta de Conciliación celebrado entre los padres, el informe social realizado a la madre (ya que aparte de realizar las labores de su hogar, estudia la secundaria en el turno de la noche, se dedica a las labores agrícolas y a cuidar a su hija, la Corte se pregunta a cuidado de quién dejará al niño para cumplir todas sus labores). Por ello, la Corte Suprema consideró que no puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo y ordena que se reenvíen los autos al juez de primer grado para que valore debidamente los medios probatorios y pueda emitir una decisión basándose en los criterios señalados en el artículo 84 del CNA.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

- Hechos del caso

Los padres convivieron por 5 años y producto de dicha convivencia nació el niño, quien a la fecha de la interposición de la demanda tenía 3 años. Los padres decidieron separarse y acordaron, a través de un Acta de Conciliación, que la tenencia la tendría la madre pero que la hermana del padre iba a estar a cargo del cuidado del niño.

El padre vive en la ciudad de Tacna con el niño y mientras trabaja su hermana cuida de su hijo. La madre vive en la Provincia de Jorge Basadre-Tacna y tiene una nueva pareja con quien ha procreado una niña de 7 meses.

- **Base legal**

La Corte Suprema señaló que cuando los procesos judiciales inciden sobre menores de edad se debe tener en cuenta al principio del interés superior del niño que se encuentra en la CDN y en el artículo IX del Título Preliminar del CNA. Asimismo, para este caso ha tomado en cuenta al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y al artículo 197 del CPC que debe ser concordado con el principio antes mencionado.

- **Criterios para determinar la tenencia**

La Corte Suprema consideró que el juzgado deberá escuchar nuevamente la opinión del niño, a pesar de ser muy pequeño, quien señala que quiere vivir con su padre y su tía materna, opinión que se analizará junto con los demás medios probatorios ofrecidos en el caso.

En caso, uno de los padres haya formado otra familia y se encuentre solicitando la tenencia de su hijo, será necesario que se evalúe el tiempo que le tomará al menor de edad acostumbrarse al nuevo hogar constituido.

- **Medios probatorios**

- ✓ **Informe social realizado a la madre:** la madre se dedica a las labores del hogar, realiza sus estudios secundarios en el turno noche, se dedica a las labores agrícolas.
- ✓ **La declaración del niño:** manifiesta su voluntad de vivir con su padre y su tía paterna
- ✓ **Informe psicológico realizado al niño:** no se señala su contenido.
- ✓ **Acta de conciliación firmada entre los padres:** acordaron que la madre tendría la tenencia del niño pero que su cuidado estaba a cargo de la hermana del padre, con quien permanece el niño mientras su padre trabaja.

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí, esta decisión garantiza el desarrollo integral del niño pues ha tomado como punto importante de partida su opinión, dicho niño ha manifestado su deseo de vivir con su padre y con su tía materna, y el informe psicológico realizado al mismo. Es más, nos parece importante que la Corte Suprema haya tomado en cuenta el Informe social realizado a la madre quien debido a la cantidad de actividades que realiza no ha podido señalar a cuidado de quién dejará a su hijo. Finalmente, la

Corte Suprema verificó que la Corte Superior no había escuchado la opinión del niño y no la había contrastado con los demás medios probatorios.

- **Aspectos positivos de la decisión**

El análisis de la Corte Suprema se centró en la situación particular del niño pues tomó en cuenta su opinión y su estabilidad emocional. Por ello, es interesante que la Corte Suprema haya enfatizado que para tomar una decisión que afecte a un niño, es necesario escucharlo, independientemente de su edad. En ese caso, señaló que dicha declaración deberá ser valorada junto a los demás medios probatorios que obran en el expediente. Es más, debido al paso del tiempo, señaló que será necesario volver a escuchar al niño para verificar si durante este tiempo su opinión ha cambiado respecto de su deseo de vivir con su padre y su tía materna.

La Corte evidenció que la decisión de otorgarle la tenencia a la madre basándose en que, en los informes sociales y psicológicos que señalan que el niño reconoce como figura materna a su tía paterna mas no a su madre, es incorrecta y que no es argumento suficiente para tomar una decisión.

Respecto a los hechos del caso, la Corte consideró que se debe tomar en cuenta la distancia que existe entre los hogares de la madre y del padre para que se pueda efectivizar el régimen de visitas y la facilidad que tendrá el niño para socializar con la nueva familia de su madre.

- **Aspectos negativos de la decisión**

No se ha encontrado aspectos negativos en esta decisión.

18. **Caso 18: Casación 3619-2012**

a. DATOS GENERALES

- **Órgano resolutor:** Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima
- **Menor de edad:** 4 años aproximadamente

b. PRETENSIONES

- **DE LA DEMANDA:** la madre interpuso una demanda de tenencia de su hijo (a dicha fecha tenía 2 años y 4 meses). Se declaró saneado el proceso y se fijaron los puntos controvertidos: “1) Determinar con cuál de los dos padres ha vivido mayor tiempo el niño (...). 2) Determinar si resulta conveniente para el niño vivir al lado de su madre. 3) Determinar si la demandante es quien tiene mejores condiciones sociales, económicas, morales y psicológicas que el demandado para solicitar la tenencia de su hijo. 4) Determinar si resulta conveniente para el niño recibir las visitas del padre o madre que no ejerza la tenencia. 5) Determinar si es la madre quien mejor garantiza el derecho del niño para mantener contacto con su padre”.
- **DE LA CASACIÓN:** el padre interpuso el recurso de casación debido a que la resolución de vista incurre en la: **(i)** infracción normativa del artículo 139. 5 de la CPP; y, **(ii)** artículo 81 del CNA.

c. DECISIÓN

- **1º instancia (30.11.2011):** fundada la demanda de tenencia interpuesta por la madre del niño, en consecuencia, el padre deberá entregarlo a su madre.
- **2º instancia (05.06.2012):** confirmó la sentencia de primera instancia.
- **Casación (17.09.2013):** infundado el recurso de casación interpuesto por el padre.

d. RESUMEN DEL CASO

- La Corte señaló que el niño ha vivido más tiempo con su madre quien ha demostrado, durante todo este tiempo, el cumplimiento de sus deberes; y que el hecho que se encuentre embarazada de un tercero no la imposibilita para que se le otorgue la tenencia de su hijo. Asimismo, señaló que el padre fue demandado por alimentos durante el tiempo que su hijo vivió con su madre y no ha acreditado el cumplimiento de dicha obligación. La Corte Suprema alega que el padre ha sido quién separó a su hijo de su madre sin autorización judicial e intentó reemplazar dicha figura con la abuela materna y que no ha demostrado que la madre se encuentre imposibilitada para ejercer la tenencia.

ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

Hechos del caso

El 29 de febrero de 2008, los padres del niño contrajeron matrimonio en la Municipalidad de Independencia, el 4 de abril de 2009 éste nació. En un inicio su relación de pareja se desarrollaba de manera normal pero luego se desmoronó. El 5 de mayo de 2010, la madre dio por terminada la relación con su cónyuge, a quien luego demandó por alimentos. El 7 de junio de 2011, el niño fue sustraído de su hogar materno por su padre y su abuela materna a través del uso de mentiras, pues le dijeron a la madre que lo llevarían para realizar el trámite del DNI; luego de ello, el padre no regresó al niño al hogar materno.

Base legal

La Corte Suprema hizo mención al interés superior del niño y verificó que las instancias inferiores, al momento de decidir sobre la tenencia del niño, sí han tomado en cuenta dicho interés.

Aplicación de criterios para determinar la tenencia

La Corte Suprema verificó que la Corte Superior aplicó el artículo 84 a) del CNA y señaló que el niño ha vivido más tiempo con la madre. Se cita lo pertinente:

[...] si está acreditado que **el niño ha vivido el mayor tiempo al lado de la madre** y, además el **padre ha sido demandado por alimentos** conforme se ha señalado en el considerando precedente. Que, debe concluirse que en lo resuelto por las instancias de merito, para que sea la madre quien ejerza la tenencia del menor, **se ha tenido en cuenta el interés superior del niño, donde, dada su corta edad, es necesario que el niño reciba cuidado físico y directo por parte de su madre biológica, a fin de que tenga equilibrio emocional y amor materno, que se ha visto privado unilateralmente por decisión paterna, pretendiendo sustituirse el amor de madre por la de la abuela paterna, sin que exista decisión judicial que la suspenda de la patria potestad [el destacado es nuestro].**

La Corte aplicó como criterio para otorgare la tenencia a la madre, que el padre ha sido demandado por alimentos.

Asimismo, ha señalado que el hecho de estar embarazada no imposibilita a la madre para ejercer su función:

[...] se verifica que el recurrente **no ha acreditado que la demandada haya incumplido con sus deberes de madre**, maltratando o abandonando a su menor hijo, y **el hecho que se encuentre esperando un hijo con un tercero no es motivo para considerar que no ésta capacitada para ejercer la tenencia del menor** [...]; por lo que no existe motivo justificado para apartar al niño del lado de su madre y a ésta del lado de su hijo, [...] (FJ 12) [el destacado es nuestro].

- **Medios probatorios**

- ✓ **Informe social y psicológico realizado a la madre:** “[...] se evaluó que la vivienda donde vive la demandante con su menor hijo cuenta con los enceres básicos e indispensables para el buen funcionamiento del hogar y que no se aprecia incompatibilidades para que la demandante cumpla con su rol materno siendo una persona afectiva, cálida, atenta con su hijo, por lo cual se ve su preocupación por el desarrollo emocional y bienestar del menor y que asimismo se debe considerar la corta edad del menor, el mismo que requiere la atención y cuidado materno” (FJ 12).
- ✓ **Declaración del padre que se encuentra en el Acta de Audiencia Única:** “[...] éste último no cumplió con pasar la pensión alimenticia a favor de su menor hijo [...], en el tiempo que estuvo bajo la tenencia y custodia de su madre biológica, [...], no obstante que al contestar la demanda, manifestó que había acudido a su menor hijo con una pensión alimenticia ascendente a trescientos cincuenta nuevos soles, lo cual no se encuentra acreditado en el proceso, motivo por el cual fue demandado por concepto de alimentos a favor de su menor hijo [...]”(FJ 9).
- ✓ **Los actuados del caso:** “[...] de los actuados del caso ha quedado acreditado que el niño [...] fue sustraído del hogar materno por parte del recurrente quien en compañía de la abuela paterna le dijeron a la demandante, [...], que iban a llevar al niño para tramitar su Documento Nacional de Identidad, sin que el recurrente haya cumplido con devolver al niño, no haya adjuntado medio probatorio fehaciente e idóneo que acredite que el niño [...], le fuera entregado por la madre a fin de que viva con el recurrente” (FJ 11).

- **¿La decisión garantiza el desarrollo integral del menor de edad y resguarda sus derechos?**

Sí garantiza el desarrollo integral del niño, puesto que al haber vivido casi toda su vida con su madre se ha generado un lazo afectivo muy fuerte que si es cortado de manera abrupta va a generar daños al niño. Por el momento, el padre muestra una actitud temeraria al desprender a su menor hijo del hogar donde ha vivido desde que nació que es el materno y con mentiras, situación que no garantiza el

desarrollo emocional del niño pues siempre ha vivido con su madre ni el resguardo de sus derechos.

- **Aspectos positivos de la decisión**

La decisión tomada por la Corte Suprema es adecuada, ya que ha señalado que la madre es la que ha vivido mucho más tiempo con su hijo y que el hecho que se encuentre embarazada de su actual pareja no la imposibilita de seguir cuidándolo, máxime si hasta la fecha ha demostrado que tiene la capacidad de hacerlo.

- **Aspectos negativos de la decisión**

Hubiese sido necesario que la Corte Suprema detalle qué entiende por “corta edad” ya que a la fecha de su decisión, el niño tenía 4 años, y de acuerdo al literal b) del artículo 84 del CNA no necesariamente tiene que vivir con la madre.



APÉNDICE 2: PLAN METODOLÓGICO PARA ENTREVISTAR A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Objetivo:

Identificar el conocimiento actual de los niños, niñas y adolescentes respecto a los alcances del interés superior del niño, niña y adolescente en los procesos judiciales de tenencia.

Identificación de niños, niñas y adolescentes entrevistados:

Para la identificación de los niños, niñas y adolescentes se acudió a amistades que tenían hijos menores de edad entre el rango antes mencionado a fin de realizar las entrevistas, considerándose un número mínimo de quince (15) y un máximo de veinte (20) entrevistas.

Se contactó a los padres de los menores de edad a fin de solicitar su consentimiento para entrevistar a sus hijos, quienes accedieron a través de la firma de un Acta de Consentimiento el cual se encuentra en poder de las tesisistas por la reserva de confidencialidad. El consentimiento de los menores de edad se obtuvo de forma verbal antes de realizar cada entrevista.

El grupo de menores de edad identificado estudiaba en colegios particulares de los distritos de Comas, Cercado de Lima y San Miguel; siendo los siguientes con las respectivas pensiones de acuerdo al Ministerio de Educación⁸⁵:

- Jesús el Maestro de Comas (pensión: S/ 220)
- Colegio Cristiano Internacional Elim Pando de Cercado de Lima (pensión: S/ 310 soles y cuota de ingreso: S/ 200)
- Pitágoras de San Miguel (pensión: S/ 350)
- Saco Oliveros de San Miguel (pensión: S/ 480)
- Colegio Innova School de San Miguel (pensión: S/ 640 y cuota de ingreso: S/ 960)

Método:

1. Informar a los niños, niñas, adolescentes sobre la tesis y cuál es su objetivo.
2. Preguntar a los niños, niñas y adolescentes si desean ser entrevistados.
3. Entregar a cada niño, niña y adolescente el Cuestionario sobre el interés superior del niño, niña y adolescente y el Caso Hipotético para que puedan responder las preguntas de manera personal.
4. Realizar una breve explicación sobre el significado del interés superior del niño, niña y adolescente, la patria potestad, la tenencia y régimen de visitas.

⁸⁵ Para mayor información revisar: <http://identicole.minedu.gob.pe/encuentracolegio/#/>

Expectativas:

1. Recoger lo que los niños, niñas y adolescentes entienden sobre el interés superior del niño, niña y adolescente.
2. Conocer los criterios que ellos utilizarían para resolver un proceso judicial de tenencia a través de un Caso Hipotético.

Desarrollo de la entrevista:

1. Se les entregará un pequeño cuestionario con breves preguntas relacionadas al interés superior del niño, niña y adolescente y les plantearemos el siguiente caso que será resuelto de forma individual:

Valentín y Julia se casaron hace 15 años. Actualmente tienen dos hijos: Juan de 11 años y María de 8. Hace un par de meses, y después de varias conversaciones, decidieron que lo mejor para la familia era poner fin a su matrimonio. Cada uno de ellos quiere vivir con sus dos hijos y se encuentran en una discusión al respecto.

- a. ¿Con cuál de los padres debería de vivir Juan? ¿Por qué?
 - b. ¿Con cuál de los padres debería de vivir María? ¿Por qué?
 - c. ¿Los niños se deberían vivir con otro familiar? ¿Por qué?
 - d. Si tuvieses la oportunidad de decidir ¿Con quién o quiénes vivirían los niños? ¿Por qué?
2. Por último, se realizará una breve explicación sobre lo que significa el interés superior del niño, niña y adolescente, la patria potestad, tenencia y régimen de visitas.



APÉNDICE 3: RESUMEN DE LAS RESPUESTAS BRINDADAS POR EL NIÑO Y LOS ADOLESCENTES

Las entrevistas se realizaron entre marzo y abril del año 2017 a niños, niñas, adolescentes que reunían las siguientes condiciones:

- Se encontraban en un rango de edad entre diez (10) a diecisiete (17) años.
- Vivían en la ciudad de Lima Metropolitana.
- Perteneían a los niveles socioeconómicos⁸⁶ B y C.

El grupo de menores de edad estudiaba en colegios particulares de los distritos de Comas, Cercado de Lima y San Miguel; siendo los siguientes con las respectivas pensiones de acuerdo al Ministerio de Educación⁸⁷:

- Jesús el Maestro de Comas (pensión: S/ 220)
- Colegio Cristiano Internacional Elim Pando de Cercado de Lima (pensión: S/ 310 soles y cuota de ingreso: S/ 200)
- Pitágoras de San Miguel (pensión: S/ 350)
- Saco Oliveros de San Miguel (pensión: S/ 480)
- Colegio Innova School de San Miguel (pensión: S/ 640 y cuota de ingreso: S/ 960)

De un total dieciocho (18) entrevistados, doce (12) son adolescentes del sexo femenino, que representan el 66.66% del total; y, cinco (5) son adolescentes del sexo masculino y un (1) niño que representan el 33.33%.

Sexo	Edades	Nº de encuestados	Total/ Porcentaje
Femenino	16	4	12 / 66.66%
	15	1	
	14	4	
	13	2	
	12	1	
Masculino	16	1	6 / 33.33%
	15	1	
	13	2	
	12	1	
	11	1	

A. Sobre el interés superior del niño, niña y adolescente

Se preguntó al grupo de doce (12) adolescentes del sexo femenino si habían escuchado sobre el interés superior del menor de edad. De ese grupo, cinco (5) dijeron que **Sí**, mientras que siete (7) dijeron que **No**.

⁸⁶ Para mayor información revisar:

http://cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr_poblacion_peru_2017.pdf

⁸⁷ Para mayor información revisar: <http://identicole.minedu.gob.pe/encuentracolegio/#/>

Se realizó la misma pregunta al grupo de cinco (5) adolescentes del sexo masculino y un (1) niño, de los cuales dos (2) dijeron que **Sí**, mientras que cuatro (4) dijeron que **No**.

Información sobre “el interés superior del niño”

Sexo	Edad	N° de encuestados	Sí	No	Total/ Porcentaje
Femenino 12	16	4	3	1	Sí 5 / 41.66 % No: 7 / 58.33%
	15	1	1	0	
	14	4	1	3	
	13	2	0	2	
	12	1	0	1	
Masculino 6	16	1	1	0	Sí: 2 / 33.33% No: 4 / 66.33%
	15	1	0	1	
	13	2	1	1	
	12	1	0	1	
	11	1	0	1	

Asimismo, se les comunicó que independientemente de la respuesta a la primera pregunta podían señalar que creían que significaba dicho interés superior. Ellos respondieron lo siguiente:

Significado del “interés superior del niño”

N°	Sexo	Edad	Significado
1	Femenino	16	“[Q]ue ahora dan más importancia a lo que pensamos y decimos”
			“[E]s la opinión del chico y sus decisiones que él quiere”
3			“Creo que significa que es cuando al niño le sucede algo y la solución del problema sea satisfactorio para el niño”
4			“Creo que es el bienestar del niño, niña y adolescente, es encontrar un lugar donde están seguros y puedan desarrollar todas sus capacidades”
5			“[L]o que un niño o adolescente quiera para un mejor desempeño, calidad de vida, etc”
6			“[Q]ue el estado propone planes para educación y bienestar de los niños y adolescentes”
7			“[Q]ue los niños y adolescentes empezamos a tener más curiosidad por lo que nos rodea”
8			“Es un principio que busca que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se cumplan. También se toma en cuenta las circunstancias familiares”
9			“[C]reo que son los derechos o las decisiones que tienen cada niño, niña y adolescente”
10			14

11			“Que también se debe tomar en cuenta las opiniones que tienen los niños y adolescentes porque también es importante”
12		12	“[N]o se [sic]. De poder ayudar a los niños damnificados”
13	Masculino	16	“[T]omar como prioridad a los menores”
14		15	“[Q]ue el niño y la niña quieran superarse”
15		13	“Que todos los niños tienen derecho a opinar y darse una expresión de lo que quieren decir”
16		13	“[S]obre que les importa más”
17		12	“[L]s derechos del niño y del adolescente”
18		11	“que no dice como [sic] deberías ser en esa etapa, también podría ser que nos enseñan porque pasamos a esa etapa”

B. Sobre la tenencia

En las entrevistas se planteó un caso hipotético: una pareja de esposos decide separarse después de varios meses de conversaciones y cada uno de ellos quiere vivir con sus dos hijos un niño de 11 años y una niña de 8 años; y se realizaron cuatro (4) preguntas, las tres (3) primeras cerradas es decir los menores de edad entrevistados tuvieron que elegir entre una u otra opción (si los hijos deberían vivir con la madre, el padre u otro familiar); en cambio, la cuarta abierta es decir pudieron decidir libremente su respuesta (no se condicionó a través de una opción a escoger). La finalidad de las primeras tres (3) preguntas era contextualizar el caso a los menores de edad entrevistados y realizar un análisis de cómo reaccionan cuando tienen que elegir entre una y otra opción; y, la finalidad de la cuarta pregunta es conocer los criterios que los entrevistados utilizarían para resolver los procesos de tenencia.

a. Primera pregunta: ¿Con cuál de los padres debería vivir Juan?

De un total de doce (12) adolescentes del sexo femenino, seis (6) consideran que Juan debería vivir con su padre, dos (2) con su madre, tres (3) sostienen que Juan debería decidir con quién vivir; y, una (1) considera que Juan debería vivir con ambos padres.

Sexo	Edad	N° de encuestadas	Padre	Madre	Opina que se le pregunte a Juan	Tenencia compartida y mantener el vínculo entre hermanos
Femenino	16	4	3	1	0	0
	15	1	0	0	1	0
	14	4	1	0	2	1
	13	2	2	0	0	0
	12	1	0	1	0	0
Total		12	6	2	3	1

- Dos (2) adolescentes entrevistadas sostienen que Juan debería vivir con su madre, las razones son:

“Juan debería vivir con su madre”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“[C]on su mamá, para que su mamá sepa las cosas de chicos y no solo de chicas”
2		12	“Si es que no funciona su relacion [sic] deberia [sic] separarse. Mamá. Porque es posible que el niño puede que tenga mas [sic] confianza”

- Seis (6) adolescentes entrevistadas sostienen que Juan debería vivir con su padre, las razones son:

“Juan debería vivir con su padre”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“[C]on el papa, porque el papa es hombre y lo entiende o tambien [sic] puede ser la decisión del chico”
2			“Con su papá porque habria [sic] mejor entendimiento ya que los dos son hombres”
3			“Que no es la forma de solucionar un problemas [sic] ya que los hijos no son un objeto para estar haciendo lo que quieres. Creo que mejor que Juan se que [sic] con su papa porque tendrán un mejor lazo pero con visita para ver a su madre”
4		14	“Es mejor que lo solucionen hablando y preguntar la opinion [sic] de cada uno de los hijos para ver con quien quieren vivir. Yo creo que Juan debería vivir con su papá”
5		13	“Con su padre, porque ellos comparten, ideas y gustos por las mismas cosas”
6			“Con su padre, porque sabe los gustos de Juan al ser más cercano a él, podría entender más a su hijo, ya que ambos son varones y aconsejarlo”

- Tres (3) adolescentes entrevistadas sostienen que para otorgar la tenencia de Juan a su madre o su padre se debe tomar en cuenta su opinión para que así se sienta más cómodo.

“Juan debería decidir con quién vivir”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	15	“Creo que se puede preguntar al niño con cual [sic] de los dos quiera estar y el padre puede responsabilisarse [sic] por él, al igual que la madre. Ya que el divorcio no significa que ya no es su responsabilidad el niño”
2		14	“Normalmente la custodia es dada a la madre, yo opino que deberian [sic] tomar la opinion [sic] de Juan y basarse en ella”
3			“Yo pienso que Juan debería decidir, porque así se sentirá más cómodo”

- Una (1) de las adolescentes propone que se otorgue la tenencia compartida a los padres.

“Tenencia compartida”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	14	“Deberian [sic] conversar bien el asunto. Yo creo que deberian [sic] turnarse, porque asi [sic] los dos lo tienen un tiempo cada uno y no lo separan de su hermano”

Se realizó la misma pregunta a un grupo de cinco (5) adolescentes del sexo masculino, dos (2) sostienen que Juan debería vivir con su padre, uno (1) con su madre; y, dos (2) consideran que los padres de Juan deben obtener la tenencia compartida. El niño (1) considera que Juan debería vivir con su padre.

Sexo	Edad	Nº de encuestados	Padre	Madre	Tenencia compartida
Masculino	16	1	0	0	1
	15	1	1	0	0
	13	2	0	1	1
	12	1	1	0	0
	11	1	1	0	0
Total		6	3	1	2

- Dos (2) adolescentes y el niño consideran que Juan debería vivir con su padre y las razones son:

“Juan debería vivir con su padre”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	15	“Qué [sic] no tienen que mezclar los problemas con los hijos. Con el papá ya que entre hombres se entienden”
2		12	“[C]on su padre, porque porque [sic] así [sic] le enseña mejor sobre el hombre”
3		11	“[O]pino que en este caso los padres no deberían [sic] separarse y si Juan debe vivir con alguien que sea con su papá por que [sic] él [sic] a tener preguntas que su mamá no sabe por ser mujer en cambio su padre ya lo pasó [sic]”

- Un (1) adolescente considera que Juan debería vivir con su madre y la razón es que:

“Juan debería vivir con su madre”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	13	“[B]ueno según mi experiencia creo que no deberían [sic] separarse para no traumatizar [sic] a los niños, Juan debería [sic] vivir con su madre porque la mayoría de padres dedican mayor tiempo a su trabajo”

- Dos (2) adolescentes proponen que se otorgue la tenencia compartida a los padres, el régimen puede ser semanal o mensual.

“Tenencia compartida”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	16	“Que si ya no tenían ganas de seguir estuvo bien que se hayan separado, para que no afecten a sus hijos; Juan debería de ver a su mamá una semana y a su papa [sic] otra; para que no hayan [sic] discusiones”
2		13	“Opino que Juan pueden [sic] vivir con los dos padres turnandose [sic], puede ser 1 mes....”

b. Segunda pregunta: ¿Con cuál de los padres debería vivir María?

De un total de doce (12) adolescentes del sexo femenino, una (1) considera que María debería vivir con su padre, ocho (8) con su madre, una (1) indica que los hermanos no deben ser separados, una (1) sostiene que María debería decidir con quién vivir; y, una (1) considera que los padres de María deben obtener la tenencia compartida y que se mantenga el vínculo entre hermanos.

Sexo	Edad	Nº de encuestadas	Padre	Madre	Vínculo entre hermanos	Opina que se le preguntó a María	Tenencia compartida y vínculo entre hermanos
Femenino	16	4	1	2	1	0	0
	15	1	0	0	0	1	0
	14	4	0	3	0	0	1
	13	2	0	2	0	0	0
	12	1	0	1	0	0	0
Total		12	1	8	1	1	1

- Ocho (8) adolescentes señalan que María debería vivir con su madre, las razones son:

“María debería vivir con su madre”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“Con su mamá porque se llevarian [sic] mejor, además [sic] es pequeña y necesitara [sic] el cuidado maternal”
2		16	“Que esta [sic] mal la forma como estan [sic] haciendo el divorcio. opino [sic] que sería mejor que viva con su [madre] porque las dos tendrian [sic] mucho en común pero siempre y cuando visite a su padre”
3		14	“Al ser maria [sic] mas [sic] pequeña tal vez debería [sic] vivir con su madre”
4			“María debería vivir con su mamá, porque es la menor”

5			“María debería vivir con su mamá, porque es pequeña”
6		13	“Con su madre, porque hay dudas y procesos en la vida que solos [sic] las madres lo entienden y aconsejan”
7			“Con su madre, porque las madres saben más sobre los gustos de sus hijas, sabe [sic] como [sic] peinarla, vestirla, su comida favorita, etc”
8		12	“Qué debería [sic] ver quien podría [sic] cuidar a los niños. Mamá. Porque la niña es mas [sic] sensible y se comunicaría [sic] con su madre más”

- Una (1) de las adolescentes sostiene que María debería vivir con su padre para que pueda aprender un poco más de cómo es ella.

“María debería vivir con su padre”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“Su papá, para que aprenda un poco de ella”

- Una (1) adolescente sostiene que para otorgar la tenencia de María se debe tomar en cuenta su opinión y señala que ambos padres no deben desatenderse de las responsabilidades para con su hija.

“María debería decidir con quién vivir”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	15	“Creo que puede ser la decisión de María, y también [sic] ambos padres con o sin divorcio deben hacerse cargo de ella, porque es su responsabilidad”

- Una (1) de las adolescentes propone que se le otorgue a los padres la tenencia compartida y señala que María debería vivir con ambos padres por turnos, ya que de esta manera puede compartir un tiempo con cada uno de ellos y no es separada de su hermano.

“Tenencia compartida”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	14	“Deberían [sic] conversar bien el asunto, Deberían [sic] turnarse, así [sic] lo pueden tener un tiempo cada uno, y tampoco separan a los hermanos.

- Una (1) adolescente sostiene que se decida la tenencia de María teniendo en cuenta vínculo entre hermanos. Para ella es importante que ambos hermanos vivan juntos.

“Vínculo entre hermanos”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“[A] donde [sic] su hermano, por que [sic] deben estar juntos”

Se realizó la misma pregunta a un grupo de cinco (5) adolescentes del sexo masculino, dos (2) sostienen que María debería vivir con su madre, uno (1) sostiene que se debe mantener el vínculo entre hermanos; y, dos (2) consideran que los padres de María deben obtener la tenencia compartida. El niño considera que María debe vivir con su madre.

Sexo	Edad	Nº de encuestados	Madre	Vínculo entre hermanos	Tenencia compartida
Masculino	16	1	0	0	1
	15	1	1	0	0
	13	2	0	1	1
	12	1	1	0	0
	11	1	1	0	0
Total		6	3	1	2

- Dos (2) adolescentes y el niño consideran que María debería vivir con su madre, las razones son:

“María debería vivir con su madre”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	15	“Yo opino que María debería vivir con la mamá, ya que entre mujeres, madre he [sic] hijas se pueden enternder [sic]”
2		12	“[C]on su madre, porque asi [sic] sabe todo sobre la mujer”
3		11	“María debe vivir con su Mamá pero no podria [sic] ser lo mejor pero al ser madre y mujer ya pasó todo lo que ella además con la mama [sic] es un poco mas [sic] cariñosa y por eso”

- Un (1) adolescente sostiene que se decida la tenencia de María teniendo en cuenta el mantenimiento del vínculo entre hermanos, a fin de evitar que María se sienta sola.

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	13	“Que María deveria [sic] quedarse donde su hermano donde decida ir porque ellos seguramente estarian [sic] muy unidos y no seria [sic] bueno para maria [sic] alejarse de su hermano porque se sentiria [sic] sola”

- Dos (2) adolescentes proponen que se otorgue tenencia compartida a los padres de María. Uno (1) de ellos señala que María debería seguir la misma rutina de Juan y vivir una semana con su padre y otra con su madre; y, el otro sostiene que los dos padres pueden turnarse cada mes.

“Tenencia compartida”

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	16	“Debería [sic] seguir la misma rutina de Juan, ir con su papá una semana y la otra con su mamá”
2		13	“Yo opino que María también [sic] pueden [sic] vivir con los dos padres turnándose [sic] que el papá tiene 1 mes con los hijos y la mamá 1 mes con los hijos y así sucesivamente”

c. Tercera pregunta: ¿Los niños deberían vivir con otro familiar? ¿Por qué?

De un total de doce (12) adolescentes del sexo femenino, ocho (8) consideran que Juan y María no deben vivir con otros familiares, mientras que cuatro (4) sostienen que ello dependerá de si el lugar donde viven con sus padres no es el adecuado, de la decisión de los hermanos o de si los padres pueden cuidar a sus hijos.

También se realizó la misma pregunta a un grupo de cinco (5) adolescentes del sexo masculino y un (1) niño, dos (2) sostienen que María y Juan pueden vivir con otros familiares y cuatro (4) consideran que no.

Sexo	Edad	Nº de encuestados	Sí	No	Depende			Total
					Lugar adecuado para vivir	Cuidado de los hijos	Opinión del menor de edad	
Femenino 12	16	4	0	4	0	0	0	No: 8 Depende: 4
	15	1	0	0	0	0	1	
	14	4	0	3	0	0	1	
	13	2	0	1	1	0	0	
	12	1	0	0	0	1	0	
Masculino 6	16	1	0	1	0	0	0	Sí: 2 No: 4
	15	1	1	0	0	0	0	
	13	2	1	1	0	0	0	
	12	1	0	1	0	0	0	
	11	1	0	1	0	0	0	

- Las justificaciones para que los menores de edad sostengan que no es factible que María y Juan vivan con otros familiares son:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“No, porque si ellos se separan no tienen que ver los niños, ellos siguen siendo sus hijos y deben de cuidarlos”
2			“No, por que [sic] sus padre [sic] se van a hacer responsable”
3			“No, por que [sic] ellos tienen a sus dos padres vivos, sería [sic] un poco molesto para sus ...”

4			“No porque nadie los va a amar mejor que sus padres, no sentirán [sic] el calor de hogar de compartir tiempo con tu familia”
5			“[N]o, porque ellos son sus padres y ellos deben cuidarlos, al [sic] menos que tengan un problema serio y no puedan convivir”
6		14	“No, porque ellos tienen a sus padres”
7			“No, porque le estarían haciendo un daño a la familia o hijos al separarlos de sus padres. Los niños no estarían tan de acuerdo con la decisión”
8		13	“No, porque aunque estén separados o haya terminado la relación, siguen teniendo el rol de padres”
9		16	“No, porque los padres son los encargados de sus hijos”
10		13	“No, Por que [sic] no serían lo mismo, pueden extrañar a sus padres para ellos sería algo difícil, de vivir sin sus padres”
11	Masculino	12	“[N]o, porque de seguro se sentirían muy mal porque sus padres no están [sic]”
12		11	“No porqué los tratarían [sic] mal y eso es maltrato pero en caso si ellos no quieren vivir con ellos por alguna razón [sic] se irían [sic] con algún [sic] familiar sería lo mejor [sic].”

- Cuatro (4) adolescentes del sexo femenino consideran que dependerá del caso en concreto para que se permita que María y Juan vivan con otros familiares: **(i)** de la opinión de los niños, **(ii)** del lugar donde viven con los padres, si es adecuado o no; y, **(iii)** si los padres no pueden cuidar de ellos.

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1		15	“Dependiendo, por que [sic] si los niños no quieren estar con ninguno de sus padres o por la presión [sic] se sienten mal, pueden vivir con otro familiar”
2	Femenino	14	“Depende de los niños creo yo”
3		13	“Depende, porque si en lugar donde vivían con sus padres Juan y María no era el adecuado, sería mejor que vivan con un familiar muy cercano a ellos.”
4		12	“Pues depende si los padres no pueden cuidar de ellos”

- Dos (2) adolescentes del sexo masculino consideran que sí es factible que María y Juan vivan con otros familiares, las justificaciones son:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	15	“Por un tiempo, si porque los padres ban [sic] a estar dolidos y ban [sic] a contagiar a los hijos”
2		13	“Sí, porque habría [sic] más [sic] personas con quienes [sic] expresar sus sentimientos”

d. Cuarta pregunta: Si tuvieses la oportunidad de decidir ¿con quién o quienes vivirían los niños? ¿Por qué?

De un total de doce (12) adolescentes del sexo femenino, cinco (5) consideran que se debería preguntar a Juan y María con quienes les gustaría vivir, tres (3) otorgarían la tenencia compartida a los padres, una (1) sostiene que los hijos deberían vivir con la madre, otra (1) considera que se debe evaluar la capacidad de los padres respecto a los cuidados que les pueden brindar a los hijos, una (1) considera que podrían vivir con terceras personas; y, una (1) última no responde a la pregunta.

Sexo	Edad	N°	Madre	Tenencia compartida	Con terceros	Capacidad de los padres	Opinión del menor de edad	No responde a la pregunta
Femenino	16	4	0	2	0	0	1	1
	15	1	0	0	0	0	1	0
	14	4	1	0	0	0	3	0
	13	2	0	1	1	0	0	0
	12	1	0	0	0	1	0	0
Total		12	1	3	1	1	5	1

- Para justificar que María y Juan vivan con su madre la entrevistada adopta como criterio las edades de los hijos: Juan 11 años y María 8 años.

N°	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	14	“Yo creo que sería mejor con la mamá, porque a esa edad todavía deben seguir con ella, para que compartan momentos juntos, pero el papá puede ir a visitarlos”

- Las entrevistadas adoptan como criterio para otorgar la tenencia que se escuche las opiniones de Juan y María y sean tomadas en cuenta dado que, de esta manera se sentirán más cómodos.

N°	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“Yo opino que podrían vivir con su madre-Julia y con su padre Valentín, pero si ambos niños no quieren vivir con ninguno de sus padres que vivan con un familiar”
2			“[L]es preguntaría con quien se sienten más cómodos”
3		14	“[T]omaría la opinion [sic] de los niños y me basaría [sic] en ellos”
4			“[L]es preguntaría [sic], con quien decidirían [sic] vivir ellos y que se sientan más cómodos [sic]”
5			“Vivirían con quien [sic] ellos decidan vivir, porque así [sic] se sentirán más cómodos, pero no quita el derecho de que el padre o la madre puedan pasar tiempo con ellos”

- Una de las adolescentes propone como criterio a tener en cuenta al momento de otorgar la tenencia elegir al padre que se encuentre más capacitado para cuidar a sus hijos.

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	12	“Dependiendo si quien [sic] esta [sic] mas [sic] capacitado para hacer o poder cuidar de los niños”

- Para justificar que se otorgue la tenencia compartida a los padres de María y Juan las adolescentes entrevistadas sostienen que:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“Con sus dos padres porque sus hijos tambien [sic] son importantes y su bienestar. Si ellos estan [sic] separados podria [sic] generar un tipo de trauma en los niños. si vivieran juntos cada padre podia [sic] vivir en un piso diferente”
2			“Vivirian [sic] con los dos el padre y la madre, o sea una custodia compartida y así conocerían a sus padres más y los seguiran [sic] amando”
3		13	“Con ambos padres, porque a pesar de que su relación se haya acabado, jamás perderán el rol y tarea de ser padres”

- Una de las adolescentes entrevistadas considera que María y Juan podrían vivir con terceras personas (sus padrinos o un familiar cercano) que entenderían la situación que están pasando por la separación de sus padres y podrían aconsejarlos.

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	13	“Con sus [sic] padrino y madrina, o con algún familiar que sea muy cercano a ellos, porque entenderían lo que están pasando y les aconsejaría”

- Una adolescente no responde a la pregunta porque adopta la posición de María:

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Femenino	16	“[Y]o con mi papa [sic] y los fines de semana con mi mamá”

También se realizó la misma pregunta (con quien deberían vivir los hijos) a un grupo de cinco (5) adolescentes del sexo masculino, de los cuales dos (2) sostienen que se debería otorgar la tenencia compartida de María y Juan a sus padres, uno (1) considera que se debe evaluar la capacidad psicológica de los padres; y, otro (1) indica que se debe tomar en cuenta la opinión de María y Juan.

Sexo	Edad	N° de encuestados	Tenencia compartida	Capacidad de los padres	Opinión del menor de edad	No concibe la idea del divorcio
Masculino	16	1	0	1	0	0
	15	1	0	0	1	0
	13	2	2	0	0	1
	12	1	1	0	0	0
	11	1	0	0	0	1
Total		6	2	1	1	2

- El entrevistado considera como criterio para otorgar la tenencia de los hijos que se escuche las opiniones de María y Juan, pues podrían responder quién es la persona más importante para ellos que les brinda confianza, cariño, aprecio y amor.

N°	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	15	“Con la persona o familiar más importante para ellos como si fuera mamá y papá con el familiar que más confianza, cariño, aprecio y amor”.

- Un criterio interesante que propone uno de los adolescentes entrevistados para otorgar la tenencia de los hijos es verificar la capacidad de sus padres para resguardar los derechos de sus hijos, por ejemplo, si alguno de ellos maltrata a sus hijos, entonces se le otorgará la tenencia al otro padre..

N°	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	16	“Si uno de los padres maltratara a sus hijos deberian [sic] de irse ya sea con la mamá o el papá”

- Para justificar su decisión de otorgar la tenencia compartida a los padres de María y Juan dos adolescentes señalan que:

N°	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	13	“Padres, Por qué [sic] con ellos tienen más confianza con quien [sic] hablar y se [sic] cariñoso”
2		12	“[C]on sus padres, porque es mejor para los niños porque los pueden ayudar en sus problemas y su [sic] tareas”

- Dos (2) de los adolescentes entrevistados no están de acuerdo con la idea de que los padres de Juan y María se separen para evitar que se genere traumas en los hijos.

Nº	Sexo	Edad	Respuesta citada
1	Masculino	11	“Yo digo que los padres no deberían separarse, y eso ambo [sic] pueden tener una linda vida”
2		13	“Yo creo que deverian [sic] vivir con padre y madre porque no seria [sic] bueno para los niños ver como los padres se separan y desequilibran la familia, les daría [sic] un mal concepto a los niños sobre la vida”

