

LA TENENCIA COMPARTIDA: INTERÉS DE LOS PADRES O INTERÉS DE LOS HIJOS?

* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Julia Ochoa Estrada

Fiscal Adjunta Provincial de Civil y Familia de San Juan de
Miraflores

RESUMEN

La tenencia compartida es una distribución variable y prioritaria de los hijos menores de edad entre los padres, siendo responsabilidad de éstos el ejercicio de sus deberes – derechos en atención prioritaria al interés superior del niño, niña o adolescente, siendo relevante remarcar que, ante la situación de separación de los padres, éstos tienen que asumir una posición de socios parentales frente a sus hijos, privilegiando efectivamente el interés superior que a sus hijos les corresponde.

El concepto de este instituto de familia se tiene que estructurar a partir del derecho de los niños, niñas y adolescentes de vivir con sus padres y de tener una adecuada relación paterno filial. Ese derecho, para su ejercicio real y efectivo, no puede ser conculcado por la desavenencia entre los padres que, siendo ésta de tal entidad, no cabe otra opción sino la distribución temporal de los menores entre los padres, cuando el derecho de aquellos no es que sus padres los tengan por tiempos iguales o proporcionales, sino la obligación o deber de los padres de desarrollar una adecuada relación con sus hijos, que morigere el sufrimiento de los hijos por la ruptura de la relación de sus padres.

1. FAMILIA, MENORES INFRACTORES Y VIOLENCIA DOMÉSTICA

La aplicación de la tenencia compartida tiene que subordinarse a la observancia irrestricta del principio del interés superior del niño. De tal modo, que sólo la observancia de dicho principio determine la aplicación de la tenencia compartida.

SUMMARY

Shared ownership is a variable and priority distribution of minor children among parents, being the responsibility of those exercising their duties - duties in priority to the best interests of the child or adolescent, being relevant to note that, in the situation of separation from parents, they have to assume a position of parental partners towards their children, effectively giving priority to the best interests of their children belong.

The concept of this institute is to structure family from the right of children and adolescents living with their parents and have a proper parent-child relationship. That right, for real and effective exercise can not be violated by the disagreement between the parents that this such entity being, there is no other choice but the timing of children between parents, when the right of those is not their parents have equal or proportional times, but the obligation or duty of parents to develop a proper relationship with their children, who morigere the suffering of children by the breakdown of their parents' relationship.

The implementation of shared ownership must be subordinated to the unconditional observance of the principle of the best interests of the child. Thus, only the observance of this principle determines the application of shared tenure.

III) PLANTEAMIENTO DEL CASO

José y Luisa han mantenido una relación de convivencia desde el año 2003 hasta el 2011, habiendo procreado una niña actualmente de 11 años llamada Flor. Debido a diferencias personales, la relación de la pareja se resquebrajó, ocasionando la separación de los convivientes. Inicialmente Flor queda bajo la custodia de la madre, sin embargo, al cabo de dos años, el padre solicita judicialmente la tenencia de la menor. En el proceso judicial se ha establecido que los padres, a pesar de la separación, mantienen una relación personal conflictiva que viene afectando el desarrollo emocional y afectivo de Flor, conforme se advierte de la pericia psicológica que se le practico por parte del equipo multidisciplinario del Poder Judicial. En tanto, el informe social ha establecido condiciones favorables de tenencia a favor del padre, mientras que en el caso de la madre no se ha podido establecer condiciones sociales por su falta de colaboración con la

evaluación. Finalmente, la pericia psicológica del padre ha establecido que tiene identificación y afecto con su hija, no habiéndose realizado la pericia de la madre, igualmente por su renuencia y falta de colaboración.

La sentencia dispone la tenencia compartida de la menor, precisando que la madre tendrá la custodia de Flor desde la tarde del día viernes hasta la tarde del día domingo; en tanto, el padre tendrá la custodia de Flor desde la noche del domingo hasta la tarde del día viernes. Se fundamenta en lo previsto por el artículo 9, numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que los Estados Partes respetaran el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto con ambos padres, concluyendo que esta norma supranacional apoya la coparentabilidad o tenencia compartida, por lo que la menor deberá vivir con ambos padres.

A partir del caso planteado, analizamos el instituto de la tenencia compartida, desarrollando su conceptualización, su plasmación legislativa y jurisprudencial, sus características centrales y los criterios que consideramos adecuados, criticando el caso planteado y proponiendo nuestros puntos de vista sobre los alcances y aplicación del instituto de familia que es la tenencia compartida.

IV) REGULACIÓN LEGAL Y CONCEPTO DE LA TENENCIA COMPARTIDA

Una aproximación semántica a la tenencia compartida nos advierte sobre una posible distribución equitativa o proporcional de los hijos menores de edad entre ambos progenitores o padres de familia. Consideramos que el uso del término “compartido” ha deslizado las apreciaciones del ejercicio del instituto de la tenencia compartida como una repartición o prorrateo de la tenencia de los menores en detrimento del elevado interés que concierne precisamente a los menores de edad más que a los padres.

De la revisión de algunas decisiones judiciales se advierte que el instituto de la tenencia compartida se ha venido aplicando como distribución temporal igualitaria de los menores de edad entre los padres o progenitores, especialmente en los casos en que la relación personal entre aquellos resulta crítica o insostenible. En estos casos parece que la decisión jurisdiccional atiende al interés de los padres de compartir a sus hijos menores de edad, menoscabando el interés de éstos últimos en su desarrollo personal, afectivo, social y cultural, o simplemente como una forma fácil de solucionar un conflicto de intereses, más con un propósito estadístico de conclusión del caso, que atendiendo a un real interés superior del menor de edad.

1. FAMILIA, MENORES INFRACTORES Y VIOLENCIA DOMÉSTICA

El artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes establece que “cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas y 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 éste 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”²⁰.

Claudia Canales Torres afirma que “la tenencia compartida propiamente dicha se da en aquellos supuestos en que no existiendo dicha convivencia entre los progenitores, estos deciden compartir el tiempo de tenencia de los hijos. Así pues, se da cuando los padres comparten el tiempo de convivencia con los hijos”²¹

Dicho concepto aparece en concordancia con la regulación legal de la tenencia compartida prevista en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes. Siendo así, aparecen como presupuestos fácticos o situacionales de la tenencia compartida, la separación de hecho entre los padres y la inexistencia de acuerdo entre ellos sobre la tenencia o cuando dicho acuerdo puede resultar perjudicial para los hijos. Por lo que concurriendo dichos presupuestos, el Juez Especializado puede disponer la tenencia compartida. Entonces, si la falta de acuerdo es el factor que impulsa la determinación de la tenencia compartida, dicha medida estaría instrumentalizada solo para cubrir las desavenencias entre los padres sobre la tenencia de los hijos, que por cierto no constituye la finalidad de la tenencia compartida. Es por ello que la norma legal precisa que en la determinación de la tenencia compartida debe prevalecer el interés superior del niño, niña o adolescente.

A partir de esta última parte de la disposición legal del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, surge la necesidad de una interpretación sistemática y teleológica de la norma para orientar el entendimiento y aplicación de la tenencia compartida conforme a la jurisprudencia constitucional y las nor-

20 Artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley N° 29269, que incorpora la tenencia compartida.

21 Claudia Canales Torres. *Patria Potestad y Tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión* (Lima, Gaceta Jurídica 2014). P. 53

mas supranacionales que por mandato constitucional integran el ordenamiento jurídico nacional. Consideramos que esta mirada de interpretación sistemática es una herramienta necesaria que permite la superación del entendimiento de la tenencia compartida como mera consecuencia a la separación de los padres y la desavenencia de éstos sobre la tenencia de los hijos.

Además, aquella regulación normativa y enfoque interpretativo se asienta sobre la definición de los alcances del interés superior del niño y adolescente previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que establece que en todas las actuaciones del Estado y la sociedad, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto de sus derechos²². Igualmente, esto resulta concordante con lo previsto en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño que exige que la actuación de las entidades públicas y privadas concernientes a los niños atiendan de manera primordial el interés superior del niño²³.

Por otro lado, Varsi Rospigliosi señala que la “custodia compartida es aquella en que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución variable”²⁴. En tanto, Santa María D’angelo señala que la “tenencia compartida es la forma de ejercer la corresponsabilidad parental, mediante la distribución prioritaria de los deberes – derechos que los progenitores tienen frente a sus hijos, luego del cese de la convivencia de aquellos”²⁵. A su vez,

22 Artículo IX Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes:

“Interés superior del niño y del adolescente.- 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”.

23 Artículo 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño:

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.

24 Enrique Varsi Rospigliosi. *Tratado de Derecho de Familia. Tomo III*. Lima, Caceta Jurídica 2012). P.375.

25 Guillermo Santa María D’angelo. *La Tenencia Compartida en el Perú: a propósito de la Ley N° 29269*. (Lima, Actualidad Jurídica. Tomo 180. Noviembre 2008)P.26.

el mismo autor, citando a Pous de la Flor, señala que “la custodia y guarda compartida se puede definir como la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre los padres separados con relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los hijos a continuar contando, efectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de los modelos solidarios entre ex esposos pero aún socios parentales”²⁶. Otra vez, el mismo autor, citando a Ortuño Muñoz, señala que “(...) aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir en forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”²⁷.

De estas posturas doctrinarias, como señalamos antes, encontramos el concepto de tenencia compartida como una distribución variable y prioritaria de los hijos menores de edad entre los padres, siendo responsabilidad de éstos el ejercicio de sus deberes – derechos en atención prioritaria al interés superior del niño, niña o adolescente, siendo relevante remarcar que, ante la situación de separación de los padres, éstos tienen que asumir una posición de socios parentales frente a sus hijos, privilegiando efectivamente el interés superior que a ellos les corresponde.

Sobre el entendimiento de la tenencia compartida plasmado hasta aquí, consideramos que el concepto de este instituto de familia se tiene que estructurar a partir del derecho de los niños, niñas y adolescentes de vivir con sus padres y de tener una adecuada relación paterno filial. Ese derecho, para su ejercicio real y efectivo, no puede ser conculcado por la desavenencia entre los padres que, siendo ésta de tal entidad, no cabe otra opción sino la distribución temporal de los menores entre los padres, cuando el derecho de aquellos no es que sus padres los tengan por tiempos iguales o proporcionales, sino la obligación o deber de los padres de desarrollar una adecuada relación con sus hijos, que morigere el

26 Guillermo Santamaria D’angelo. Ibidem. P.25.

27 Guillermo Santa María D’angelo. Ibidem. P.26.

sufrimiento de los hijos por la ruptura de la relación de sus padres.

Esta perspectiva, como desarrollaremos más adelante, debe exigir el cumplimiento de determinadas acciones por parte de los padres que los encaminen en un mejor relacionamiento de ambos frente a sus hijos, cuando existe separación o cuando la convivencia conjunta de los padres resulta inviable. Como señala Ahida Aguilar, “con la incorporación de la tenencia compartida como alternativa en el caso del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, se abre un abanico de posibilidades de señalamiento de regímenes más acertados y acordes con lo que verdaderamente es más favorable para un niño, y también la posibilidad de optar por una posición ecléctica y altruista, que no es sino privilegiar la posibilidad de que el niño siga gozando de papá y mamá, no obstante la separación de éstos y, que no es sino imponer a los padres el deber de continuar en la tarea de “ser padres en todo el sentido de la palabra” y desechar la posibilidad de que se conviertan en tiranos el uno contra el otro”²⁸.

Por cierto entonces, no obstante la ruptura de la relación entre los padres, no se debe menoscabar el derecho de los niños a tener una familia. Como establece el Tribunal Constitucional “...el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución.

En buena cuenta, el niño 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, especialmente los niños”²⁹.

28 Ahida Aguilar Saldivar. *La Tenencia Compartida: Comentario a la Ley N° 29269 que incorpora esta figura al Código de los Niños y Adolescentes. En Revista: Derecho y Cambio Social.* (<http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/tenenciacompartida>) P. 2. Fecha de revisión: 17/02/2016

29 Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. 01817-2009-PHC/TC. Fundamento 14, último párrafo. Fundamento 15. Primer párrafo.

1. De la tenencia exclusiva a la tenencia compartida

Si bien hemos desarrollado el entendimiento de la tenencia compartida, es necesario realizar un bosquejo de la regulación y situación anterior sobre la tenencia de los hijos en los casos de separación de hecho los padres. Siendo así, hasta antes de la dación de la Ley N° 29269 del 17 de octubre de 2008, que modifica el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes e incorpora el instituto de la tenencia compartida en nuestro ordenamiento jurídico, la norma regulaba sólo la tenencia exclusiva.

A tenor de la primera parte del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, la tenencia exclusiva o monoparental, implica la tenencia del menor a cargo de uno de los padres, plasmándose generalmente en la tenencia a cargo de la madre y en el otorgamiento de un régimen de visitas para el padre, conforme se desprende del artículo 84 del precitado código normativo. Si bien es cierto que la norma establece que se tome en cuenta la opinión del menor, sin embargo, en el caso planteado no aparece que el Órgano Jurisdiccional haya requerido la opinión de la menor, así como tampoco aparece que hayan existido informes sociales sobre los padres de donde se advierta el tipo o grado de relación interpersonal entre los mismos. Por ello consideramos que la tenencia compartida no puede ser instrumentalizada como decisión judicial frente a la inexistencia de acuerdo entre los padres sobre la tenencia de los hijos menores. Siendo así, atendiendo al elevado interés superior del niño y sobre la base de informes especializados que sean necesarios, el Juez Especializado o el órgano estatal correspondiente, deberá adoptar la decisión que contribuya en mayor medida al bienestar de los niños, niñas o adolescentes.

V) EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO CONCEPTO NUCLEAR DE LA TENENCIA COMPARTIDA

Resulta claro que la tenencia compartida se fundamenta esencialmente en el interés superior del menor, como instituto que pretende garantizar a los niños, niñas y adolescentes un adecuado desarrollo personal, emocional y afectivo. El interés superior constituye el hilo conductor o norte final que debe conducir todas las decisiones sobre la tenencia de los menores de edad.

Sobre este principio, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del Exp. 01817-2009-PHC/TC, citando la Opinión Consultiva de la CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, ha precisado que “a decir de la Corte IDH,

se “funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”³⁰.

En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional precisa que “en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. (Subrayado agregado en la sentencia).

En sentido similar, este principio se desarrolla en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: “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**”³¹. (Negrita agregada).

En la misma sentencia referida anteriormente, el Tribunal Constitucional precisa que teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución.

De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la

30 Sentencia Exp. 01817-2009-PHC/TC. Fundamento 8. Citando la Opinión Consultiva CORTE IDH: *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17. Parr. 56.

31 Convención de los Derechos del Niño. Art. 3.1:

“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”.

promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social”³².

Por otra parte, en la Casación N° 2067-2010-Lima, se establece que “el principio del interés superior del niño forma parte del bloque de constitucionalidad que recoge el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, constituyendo uno de los pilares, además de criterio rector, de la administración de justicia especializada en niñez y adolescencia, cuyo fundamento esencial es que toda decisión se justifique en el bienestar del niño, niño o adolescente involucrado en una controversia, cualquiera que fuera su naturaleza. En orden a lo expresado, resulta evidente que en los procesos de tenencia y custodia, donde los padres pugnan por ejercer en forma exclusiva y excluyente, el cuidado y responsabilidad del hijo, dicho principio con mayor motivo debe ser la fuente inspiradora de la decisión”³³.

Aparece entonces, como mandato imperativo de la Constitución Política del Estado como norma de la más alta jerarquía, y a través de ella, de normas supranacionales sobre la materia, la observancia irrestricta del interés superior del niño, niña o adolescente, en toda decisión de la administración de justicia especializada en niñez y adolescencia, cualquiera sea su naturaleza.

Sin embargo, el concepto del **interés superior del niño**, aparece como un **concepto indeterminado** que tiene que ser concretado a través de decisiones que en mayor medida plasmen el bienestar del niño, niña o adolescente. Como señalan Laura Alascio Carrasco e Ignacio Marín García “el interés superior del menor o *favor filii* es un concepto jurídico indeterminado, que, como hemos visto, muchas normas invocan pero ninguna define. Como concepto jurídico indeterminado, corresponde al juez aplicarlo a un caso concreto para identificar la única solución válida”³⁴. En el mismo sentido, resulta ilustrativa la posición de los autores antes mencionados cuando, haciendo referencia a la modificación

32 Sentencia Exp. 01817-2009-PHC/TC. Fundamento 11, primer y segundo párrafo.

33 Casación N° 2067-2010-Lima. Fundamento Décimo Quinto.

34 Laura Alascio Carrasco e Ignacio Marín García, *Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC*. Barcelona, julio 2007. En InDret, Revista para el Análisis del Derecho. WWW.indret.com. Revisado el 28/02/2016.

normativa sobre la materia en España, señalan que “el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley influyó de manera decisiva en la redacción que el Proyecto de Ley dio a este precepto. El Informe sugirió que el precepto recogiese el interés superior del menor de una forma mucho más completa y garantista, con el objetivo de vetar la custodia compartida en determinados supuestos. El Informe aconsejó que fuera “el juez quien, en cada caso, valore la conveniencia, o no, de la custodia compartida en sus distintas modalidades, teniendo en cuenta conjuntamente el interés del menor (...) y la concreta situación real entre los padres”³⁵.

Resulta entonces que el interés superior del niño es un criterio informador de las decisiones de los órganos estatales que resuelven o deciden controversias sobre tenencia o guarda de los hijos menores cuando existe separación de hecho de los padres, tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto. Siendo así, “ni la guarda exclusiva ni la guarda compartida o alternativa son el molde perfecto adaptable a todas las situaciones que pueden originarse en la realidad social, que es rica en diversidad”...³⁶

En el mismo sentido y siguiendo a la misma autora “los criterios que guiarán la convicción del juzgador, auxiliado, como se verá, por el dictamen de los especialistas relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores, son de muy diversa índole, pero todos persiguen asegurar que la medida adoptada sea la adecuada a lo que demanda el interés del menor y para ello debe valorarse la situación familiar en su conjunto”³⁷. Es decir, el otorgamiento de la tenencia compartida, como veremos más adelante, debe atender a contenidos o presupuestos materiales que deben observarse en cada caso concreto para la que medida adoptada realmente sirva al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

35 Laura Alascio Carrasco e Ignacio Marin García. *Ibidem*. P. 13.

36 Cristina Guilarte Martín – Calero. *Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencia iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008*. (En InDret Revista para el Análisis del Derecho. www.INDRET.COM) P. 6. Revisado el 28/02/2016

37 Cristina Guilarte Martín – Calero. *La custodia compartida alternativa Un estudio doctrinal y jurisprudencial*. (En InDret Revista para el Análisis del Derecho. www.INDRET.COM). P. 6. Revisado el 28/02/2016

VI) REQUISITOS O CRITERIOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA COMPARTIDA

Si el interés superior del niño es el eje central para la determinación de la tenencia compartida, al igual que para la determinación de las múltiples instituciones del derecho de familia concernidas a los hijos menores de edad, entonces resulta de imprescindible necesidad desarrollar su contenido para lograr la efectiva protección y bienestar de los niños, niñas y adolescentes. De lo contrario, el interés superior del niño se convertiría en una mera fórmula vacía para justificar la determinación de medidas que no se orientan al bienestar de los hijos menores de edad, sino tan solo como una propuesta que busca dirimir el conflicto personal de los padres, que carentes de comunicación y entendimiento, intercambian temporalmente a sus hijos, como consecuencia de una fórmula constreñida judicialmente, lo que además jurídicamente significa motivación aparente³⁸. Siendo así, consideramos que la tenencia compartida presenta requisitos formales y presupuestos materiales de aplicación.

Requisitos formales

Del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, se desprenden los siguientes requisitos o presupuestos formales para la aplicación de la tenencia compartida, como:

- Que se presente una situación de separación de hecho de los padres.
- Que no exista acuerdo entre los padres sobre la tenencia o custodia o existiendo acuerdo, resulte perjudicial para los hijos.

Presupuestos materiales

Son aquellos que no están precisados en la norma de manera explícita, desprendiéndose del mandato normativo de que la tenencia compartida será resuelta por el Juez en caso no exista acuerdo o cuando dicho acuerdo resulte

38 Sentencia TC Exp. 00728-2008-PHC/TC. Caso Llamuja Hilaras. Fundamento 7:

a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

perjudicial “**dictando las medidas necesarias para su cumplimiento y salvaguardando el interés superior del niño, niña o adolescente**”

Las condiciones o presupuestos materiales son los elementos más trascendentes a la hora de determinar la aplicación de la tenencia compartida en el caso concreto, que debe ser el correlato decisorio del órgano jurisdiccional o autoridad estatal competente luego de haber recabado, analizado y sopesado toda la información concerniente a la viabilidad o no de su aplicación.

Dentro de los presupuestos o criterios materiales podemos considerar los siguientes:

- La aplicación de la tenencia compartida tiene que subordinarse a la observancia irrestricta del principio del interés superior del niño. De tal modo, que sólo la observancia de dicho principio determine la aplicación de la tenencia compartida, o en su caso, exclusiva, así como la modulación de los correspondientes derechos de visita o comunicación.
- Debe contarse con la opinión informada del niño, niña o adolescente.
- Debe establecerse y probarse la capacidad de entendimiento, colaboración de los padres en el ejercicio de la tenencia compartida. La relación adecuada entre los padres es una obligación de éstos frente al derecho de sus hijos de apreciar una adecuada relación parental, al margen del entendimiento de los hijos de la ruptura convivencial de sus padres. Este presupuesto tendrá que acreditarse o establecerse con informes sociales o psicológicos que determinen la existencia de una adecuada relación personal entre los progenitores, lo que se transmitirá hacia sus hijos. Además, los padres o progenitores deberán asumir compromisos expresos y legalmente coercibles o vinculantes de mantener dicha relación personal adecuada. La asunción del régimen de tenencia compartida exige a los padres la obligación de mantener una relación de respeto, entendimiento y colaboración mutua. Puesto que si existe una relación de enfrentamiento y falta de comunicación entre los padres, no debería prosperar la tenencia compartida.
- La capacidad de los padres de desarrollar un modelo educativo común que afiance el desarrollo personal y cognitivo del niño, niña o adolescente, generándole al mismo tiempo confianza y estabilidad.

1. FAMILIA, MENORES INFRACTORES Y VIOLENCIA DOMÉSTICA

- Convenio claro sobre los gastos que debe asumir cada uno de los progenitores en el periodo de ejercicio de la tenencia compartida.
- Prohibición expresa de toda forma de alienación parental.

VII) CRITICA DEL CASO PLANTEADO

- Omisión de la opinión de la hija menor de edad: además de no haberse solicitado la opinión de la hija menor de edad, también se ha omitido información adecuada sobre el contenido y alcances de la tenencia compartida.
- No se han tomado en cuenta la pericia psicológica y los informes sociales: Si bien se realizaron estas pericias e informes, los resultados no han orientado la decisión sobre la tenencia compartida. Más aún, si dichos informes establecían condiciones de tenencia favorables en el caso del padre, en tanto, la madre no ha prestado colaboración con la formulación de dichos informes; sin embargo, el órgano jurisdiccional ha establecido la tenencia compartida como una distribución temporal de la custodia de la menor entre los padres, entendiéndose que el interés superior se plasma en el caso concreto en el derecho de la hija menor de edad de vivir con ambos padres, sin justificar que dicha determinación era la más adecuada para su bienestar, si se tiene en cuenta que la madre no tiene una buena relación afectiva con su menor hija.
- Se ha establecido la coparentabilidad o tenencia compartida como una fórmula de fijación automática en el caso de padres separados con una relación personal conflictiva, argumentado que dicha tenencia corresponde a un mandato de normas supranacionales que propugnan el derecho de los hijos menores de edad de mantener relaciones personales y contacto con ambos padres.
- Si bien se advierte la existencia de una relación personal conflictiva entre los padres, esta situación no se toma en cuenta para analizar ventajas o desventajas de la tenencia compartida o exclusiva.

VIII) CONCLUSIONES

1. La tenencia compartida es una forma de tenencia que prioriza el derecho de los hijos menores de edad de vivir con ambos padres, cuando exista una adecuada relación interpersonal y colaboración mutua entre éstos últimos.

2. La tenencia compartida tiene que enfocarse en su aplicación a partir del derecho de los hijos menores de edad de vivir con ambos padres y como una obligación de éstos últimos de procurar el mayor bienestar de sus hijos menores de edad.
3. No en todos los casos que exista una relación conflictiva entre los padres separados se otorga de manera inexorable o preferente la tenencia compartida, por cuanto el mandato del interés superior del niño puede aconsejar la fijación de otras formas de tenencia o custodia de los hijos menores de edad.
4. Los informes sociales, psicológicos o especializados del ámbito familiar resultan relevantes para orientar la aplicación de la tenencia compartida o de otras formas de custodia.
5. Es necesario tomar en cuenta la opinión de los hijos menores de edad sobre sus expectativas o preferencias de arraigo familiar, a quienes se les debe informar, además, sobre el contenido y alcances de la tenencia compartida. Es necesario tomar en cuenta que cuando los hijos menores de edad manifiestan su deseo de vivir con ambos padres, no están refiriéndose, en principio, a su deseo de vivir alternadamente con ambos padres, sino a vivir con sus padres juntos. Por ello, es indispensable la adecuada información del contenido de la tenencia compartida.
6. El interés superior del niño tiene que concretarse a través de contenidos materiales como condiciones de mayor bienestar para los niños, niñas y adolescentes.
7. Consideramos que un paso previo a la tenencia compartida puede ser otorgar la tenencia a uno de los progenitores y para el otro el otorgamiento de un amplio régimen de visitas, dejando de lado así la sentencia de tenencia con visitas de un día por semana o dos mensuales, que es lo que se ha estado aplicando en nuestro país y el cual ha sido criticado ya que se considera que el progenitor que no es favorecido con la tenencia es prácticamente separado de su hijo o hija y resulta ser un castigo para el hijo o hija dejar de ver a su padre o madre, precisamente como consecuencia de los conflictos entre ambos.

LA DELGADA LÍNEA ENTRE LA VIOLENCIA FAMILIAR CONTRA LA MUJER Y LA TENTATIVA DE FEMINICIDIO

* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Jorge Luis Aniano Villarreal Bernarndo

Asistente en Función Fiscal de la Segunda Fiscalía Superior Penal Transitoria de Lima Sur de Villa María del Triunfo, abogado titulado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de maestría en la misma casa de estudios,

RESUMEN

La continua búsqueda por prevenir los actos de violencia familiar, y sobre todo, proteger a la mujer como sujeto más vulnerable dentro de la misma, generó que el marco regulatorio se encuentre propenso a continuos cambios, con la finalidad de no generar vacíos legales que promuevan actos de impunidad, pese a ello, el autor considera que dichos cambios originaron un nuevo conflicto al confundirse la protección de una problemática social con una sobrerregulación de ésta; en este contexto, el delito de feminicidio toma lugar, al generarse conflictos entre la tentativa de ésta y la de la violencia familiar, situación en la que los operadores del derecho terminan siendo los encargados de delimitar –en ocasiones erróneamente– una conducta como violencia familiar o tentativa de feminicidio.

PALABRAS CLAVES:

Violencia familiar/ Feminicidio/ Violencia de género/ Violencia contra la mujer/ Tentativa de feminicidio/ Violencia/ Crimen de género.