

La tenencia compartida y el principio del interés superior del niño: conflictos jurisprudenciales y criterios de aplicación

Shared custody and the best interests of the child principle:
jurisprudential conflicts and application criteria

Wiliam Condori Mamani

Universidad Andina del Cusco, Cusco, Perú

024200023h@unadina.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0005-6758-464X>

Resumen

En las últimas dos décadas se ha visto con mucha preocupación la gran incidencia de separación de parejas que conllevan de alguna u otra manera al conflicto patrimonial y no patrimonial. Dentro de este último, se ha visto con mucha incidencia el conflicto de tenencia de los menores hijos; sin embargo, uno de los aspectos que más se discute es la figura de la tenencia compartida, institución que es promovida de manera responsable por el Estado, en armonía con el principio del interés superior del niño y del adolescente, recogido inclusive en la Ley N.º 30466 – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño – y la emisión de la Ley N.º 31590, que modificó los artículos 81º y 82º del Código de los Niños y Adolescentes. La legislación, así como la jurisprudencia, han establecido algunos criterios para determinar la tenencia y, de manera exclusiva, la tenencia compartida, incidiendo de manera puntual en la vigencia del principio del interés superior del niño y del adolescente. El principio del interés superior del niño y del adolescente es un principio que orienta a la posibilidad de preferir los intereses de los menores, sin exposición a algún tipo de riesgo que cause grave perjuicio irreparable en el menor. La Corte Suprema de la República y el Tribunal Constitucional peruano han coincidido en establecer la prioridad de atención en los

derechos de los menores, entendiendo la tenencia no solo como un derecho de los menores, sino como aquel derecho y deber de los padres, posibilitando el cumplimiento de los deberes morales de los padres para con los hijos.

Palabras clave: Tenencia, Tenencia compartida, Interés superior del niño y del adolescente.

Abstract

Over the past two decades, there has been significant concern regarding the high incidence of couple separations, which, in one way or another, lead to patrimonial and non-patrimonial conflicts. Among the latter, custody conflicts over minor children have become particularly prevalent; however, one of the most debated aspects is the concept of shared custody, an institution responsibly promoted by the State in harmony with the principle of the best interests of the child and adolescent, as enshrined in Law No. 30466 – Law establishing procedural parameters and guarantees for the primary consideration of the best interests of the child – and the enactment of Law No. 31590, which amended Articles 81 and 82 of the Code of Children and Adolescents. Legislation, as well as jurisprudence, has established certain criteria for determining custody and, specifically, shared custody, focusing on the application of the principle of the best interests of the child and adolescent. This principle guides the prioritization of the child's best interests without exposing them to any risk that could cause serious and irreparable harm. The Supreme Court of the Republic and the Peruvian Constitutional Court have agreed on prioritizing the protection of minors' rights, understanding custody not only as a right of the minors but also as a right and duty of the parents, enabling the fulfillment of their moral responsibilities toward their children.

Keywords: Custody, Shared custody, Best interests of the child and adolescent.

Introducción

La tenencia, en palabras del destacado jurista peruano Alex Plácido (2002), es cuando los padres tienen el derecho y deber de tener a los hijos en su compañía y de recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario. Por su parte, Sokolich (2005) señala que la tenencia es un atributo de la patria potestad y es un deber-derecho preferente de uno de los padres de vivir en compañía de su hijo cuando se ha producido una situación de desavenencia con el otro progenitor que desplaza a uno de ellos de la convivencia.

La institución jurídica de la tenencia de menores no deja de ser relevante para la configuración de la familia, toda vez que, por un lado, se prioriza otorgar la custodia del menor siempre a la mamá, conforme así se desprende del artículo 423°, inciso 5, del Código Civil y del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes; y de las mismas normas jurídicas también se pueden desprender, como un primer criterio a optar por los operadores de justicia, la llamada “tenencia y/o custodia compartida” a favor de los padres. Es así que consideramos que no existe criterio absoluto para establecer la tenencia compartida. Por ello, en el presente tema abordamos La tenencia compartida y el principio del interés superior del niño: conflictos jurisprudenciales y criterios de aplicación, cuyo objeto es analizar y explicar las últimas tendencias jurisprudenciales sobre tutela de menores, tomando en consideración las últimas reformas del Código de los Niños y Adolescentes y del Código Civil.

En ese contexto, el tema de la tenencia compartida fue abordado en diferentes trabajos de investigación, entre los cuales tenemos la tesis presentada por Aida Rosario Ramos Velazco para la obtención del título profesional de abogado en la Universidad Nacional del Altiplano Puno, quien arribó a la conclusión de que la tenencia compartida promueve la obstrucción sobre el vínculo paterno-filial. Esto en razón de que permite generalmente la privación a los varones del contacto con sus hijos, situación que, si se llegase a prolongar y practicarse de forma reiterativa, provocará el cansancio del padre, trayendo como consecuencia el alejamiento con respecto a su propio hijo (2024).

El sistema jurídico peruano regula la institución de la tenencia como un derecho y obligación de los progenitores, priorizando que esta se coloque a uno de ellos, criterio basado fundamentalmente en el principio dispositivo y en el derecho de petición que les asiste a los padres. Ahora bien, a medida que la sociedad mostró cambios y, fundamentalmente, la gran incidencia de procesos judiciales en donde, de cierta manera, se mostraron conflictos procesales extremos por los padres —algunas veces hasta el extremo de recurrir a vías extrajudiciales para la satisfacción de sus derechos—, se vio la necesidad de reajustar algunos criterios normativos para la resolución de conflictos de naturaleza tutelar. Entre ellos tenemos la Ley N.° 31590, que modifica los artículos 81° y 82° del Código de los Niños y Adolescentes. En ese sentido, bajo un análisis hermenéutico y dogmático, podremos concluir que los criterios para el establecimiento de la tenencia y, en particular, la tenencia compartida serán relativos, en razón de que el operador jurídico, en primer término, advertirá el interés del menor y, en segundo término, la voluntad de los padres, sin dejar de lado el interés tuitivo de la familia.

Material y Método

El presente trabajo se desarrolló bajo los criterios de un análisis cualitativo, toda vez que lo que se pretende es comprender los fenómenos sociales y la interpretación de datos no numéricos. Asimismo, el tipo de investigación es dogmático-jurídico, en tanto que el estudio se centra en el análisis de la doctrina, jurisprudencia e interpretación de normas jurídicas. En ese sentido, el objeto del estudio fue analizar y explicar las últimas tendencias jurisprudenciales sobre tutela de menores, específicamente sobre la tenencia compartida, tomando en consideración las últimas reformas del Código de los Niños y Adolescentes (en adelante, CNA) y del Código Civil peruano.

El estudio se realizó a partir del análisis hermenéutico de las disposiciones legales del artículo 423°, inciso 5, del Código Civil y de los artículos 81° y 82° del Código de los Niños y Adolescentes, modificados por la Ley N.° 31590, así como de la doctrina del principio del interés superior del niño y del adolescente. Por otro lado, el análisis se centró en las sentencias más relevantes de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional referidas a la tenencia compartida, así como en la doctrina y el desarrollo del mismo en el derecho comparado.

La tenencia y la tenencia compartida

La institución jurídica de la tenencia viene siendo una de las instituciones de mayor estudio y análisis por los investigadores, así como quizá la más importante del derecho de familia, en tanto que se considera como derecho y deber de los padres. En principio, debemos partir señalando que la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 6°, refiere como deber y derecho de los padres educar, cuidar y dar seguridad a los hijos, guardando consistencia legal con lo que también refieren los artículos 418° y 419° del Código Civil peruano.

La tenencia no es sino la capacidad de los padres para asistir a los hijos; pero no se trata de cualquier hijo, sino de aquellos hijos menores de edad. Aguilar Llanos señala que por tenencia se entiende la convivencia de los padres con sus hijos; dicho de otro modo, la 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.

Por su parte, el mismo autor señala expresamente que la tenencia está relacionada con la vida en común que comparten padres e hijos, el vivir en una misma casa y bajo un mismo techo. En relación con esto, también es necesario aclarar que la tenencia no es solo el derecho de los padres a vivir con sus hijos, sino también el derecho de los hijos a vivir con sus padres; por lo que estaríamos hablando de un derecho bilateral. Sería un error enfocarnos en la tenencia como

un derecho exclusivo de los padres sin tomar en consideración a los hijos, ya que estos lo poseen también (Aguilar, 2009, p. 192).

Otro sector de la doctrina prefiere entender por tenencia aquella facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de los dos se ha de quedar el hijo (Amado, p. 352). Por su parte, para la doctrina jurisprudencial, se entiende por tenencia aquella institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho (Casación N.º 1738-2000/Callao, El Peruano, 30-04-2001, p. 7161).

Para el tema que nos convoca no es suficiente con entender el concepto propio de tenencia; ahora debemos partir en entender la llamada “tenencia compartida”, que no es sino aquella facultad otorgada por ley para posibilitar a los padres la asistencia compartida para el desarrollo del menor en condiciones de igualdad y discrecionalidad. Del Águila (2019) señala que la tenencia compartida involucra que tanto el padre como la madre vivan con su menor hijo en sus espacios individuales, de tal manera que se dividan el periodo de tiempo de vida de los hijos e hijas entre ellos (p. 71).

Por su parte, Salberg, citado por Jara y Gallegos (2018), señala que la tenencia compartida debe entenderse como la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación con todo cuanto concierne a los hijos comunes (p. 444). En cierto modo, el artículo 81º del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley N.º 31590, optó esta vez por la doctrina de la tenencia compartida como una regla general; sin embargo, la legislación tampoco se retira en absoluto de la doctrina de la tenencia exclusiva, pues el mismo artículo 81º, in fine, hace referencia a que, excepcionalmente, el juez podrá disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente.

Criterios jurisprudenciales para establecer la tenencia compartida

En principio, debemos partir de la premisa de que la tenencia de menores se puede determinar en un proceso judicial, pero no se trata de un proceso judicial común, sino un proceso judicial especial, en donde las reglas procesales son absolutamente particulares y las reglas y principios de los mismos son cambiantes en la medida que se busque tutelar a la familia. En ese entender, en un inicio se llegó a establecer que un trámite procesal sobre tenencia de menor se debería ceñir por las reglas de un proceso común, posibilitando una actividad dinámica de las partes; esto es, que la actuación procesal debería estar reservada exclusivamente a las partes y el juez debería cumplir con su deber procesal innato de director del proceso.

En ese sentido, los criterios para la determinación de la tenencia de menores se resolvían a la luz de los aportes probatorios de las partes y prever el espacio en donde se garantice el desarrollo del menor; dicho de otro modo, era considerar cuál de los padres garantizaba el bienestar del menor.

El artículo 84° del CNA señala que, en caso de disponer la tenencia compartida, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;
- b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;
- c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma;
- d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna;
- e. Las vacaciones del hijo y progenitores;
- f. Las fechas importantes en la vida del menor; y
- g. La edad y opinión del hijo.

En caso de disponer la tenencia exclusiva, el juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas. La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo.

El artículo 84° del CNA no otorga un criterio cerrado, toda vez que esta disposición legal debe interpretarse de acuerdo con el principio del interés superior del niño y del adolescente. Así, por Casación N.° 1736-2020 Lima Norte, emitida por la Sala Civil Permanente, se señalaron algunos criterios a tomarse en cuenta:

Décimo.- El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes delimita algunos criterios orientadores, más no determinantes, a ser tenidos en cuenta por el juzgador a fin de dilucidar cuál de los padres ejercerá la tenencia y custodia del hijo. De esta forma, establece criterios como: a) el tiempo de convivencia del hijo con los padres; b) la edad del hijo; están supeditados a su vez a que la tenencia y custodia del hijo recaiga en el progenitor que mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. 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 sí mismo es

suficiente para que el juez de la causa prefiera a un padre sobre el otro, por cuanto podría darse el caso de que la convivencia, por el contrario, fuera 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 de 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, mas 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, ya precisado.

Ahora bien, no debe dejarse de lado lo establecido también en el Tercer Pleno Casatorio Civil, celebrado por la Sala Civil Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitido por la Casación N.º 4664-2010-Puno, en tanto que dicho pleno otorga la posibilidad de proteger los procesos de familia, cualquiera sea la pretensión discutida, y entiende este último como aquel orientado a brindar solución responsable a los conflictos que se originen dentro de las relaciones familiares, posibilitando protección a la parte perjudicada, entre ellos hijos, padres, cónyuges, hermanos y otros.

Analizando el contexto de los criterios jurisprudenciales, se tiene también la Casación N.º 3767-2015-CUSCO, de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, que estableció algunos criterios de la siguiente manera:

Décimo.- En cuanto a la infracción normativa del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, se tiene que, a partir de la modificatoria introducida por la Ley N.º 29269, en adelante, se tiene que en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta que el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; que el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas, siendo además que en cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

La jurisprudencia antes citada, si bien es cierto fue emitida acogiendo la doctrina de la tenencia exclusiva, es necesario rescatar un criterio importante, y es el llamado “criterio más favorable” al menor. El análisis del criterio más favorable no se limita necesariamente a la satisfacción económica del menor, sino aquello que posibilite el mejor desarrollo del menor: desarrollo moral, físico, psicológico, biológico, entre otros. En ese sentido, el mejor desarrollo del menor será

siempre en compañía de los padres; es así que el juez deberá propiciar la tenencia compartida y evitar, en la medida posible, la tenencia negativa (ninguno de los padres desea hacerse cargo del menor) o la tenencia exclusiva.

El Interés Superior del Niño y del Adolescente y la tenencia compartida

En principio, debemos partir en señalar que la Constitución Política del Perú prevé la posibilidad de proteger al niño y al adolescente. Así tenemos el artículo 4°, que señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. En cierto modo, el artículo 4° de la carta fundamental hace alusión a una protección “especial” del niño y del adolescente.

Con respecto al principio del interés superior del niño, Skolinch (2013) señala que este es una guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial, en tanto que para un respectivo juzgamiento a partir del cual el juzgador utiliza su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño (p. 87). El interés superior del niño también es un principio que orienta la actuación del juez, o también un principio que llena cualquier vacío legal en beneficio de los menores, procurando siempre el beneficio de estos.

Por el principio del interés superior del niño debe entenderse como la obligación de todas las entidades de procurar adoptar toda medida necesaria en beneficio del menor, ponderando los intereses de los menores. Bajo esta misma línea, es que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia en el expediente N.° 02079-2009-PHC/TC-LIMA, caso L. J. T. A. e I. M. T. A., señaló lo siguiente:

Fundamento 13

(...) el deber especial de protección sobre los derechos del niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés

del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos (...).

Ahora bien, no olvidemos que el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por Ley N.° 31590, hace referencia a que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor. Señala también que los padres, en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, determinarán la forma de la tenencia compartida; de ser el caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial.

En ese sentido, debemos establecer que la tenencia compartida será la primera opción a tomarse en cuenta cuando los padres estén separados de hecho; sin embargo, esta no será posible si se advierte alguna circunstancia perjudicial para el menor.

Discusión y hallazgos

En principio, debemos empezar señalando que la tenencia o custodia compartida viene siendo una institución jurídica recientemente abordada de manera consistente por la jurisprudencia, esto fundamentalmente a la luz de la flexibilización de algunas normas y principios procesales que perfectamente se desarrollaron en el Tercer Pleno Casatorio Civil; y, por otro lado, la necesidad de aplicar el principio del interés superior del niño en toda decisión jurisdiccional que esté relacionada con los menores.

En cierto modo, en sendas resoluciones judiciales se toman posiciones jurídicas diversas; obviamente, estas fueron a raíz de las proposiciones fácticas expuestas en la demanda y aquellas que se sustentaron en la contestación de la demanda. Así, entonces, en principio consideramos que los criterios para la aplicación de la tenencia compartida surgirán de acuerdo con las proposiciones fácticas expuestas por las partes, y será el juez quien, para validar algunos criterios, someta a actuación los medios probatorios.

Dentro de nuestra jurisprudencia, hemos identificado algunas sentencias casatorias en donde se establecen algunos criterios para determinar la tenencia compartida; entre ellos, tenemos los siguientes:

| Temas de relevancia jurídica | Jurisprudencia |
|---|---|
| Establece el interés superior del niño sobre los derechos de la madre | Casación 1961-2012-Lima (Sala Civil Permanente) |
| Establece que no procede la tenencia compartida si hay indicios de alienación parental en algunos de los padres | Casación 3767-2015-Cusco (Sala Civil Transitoria) |
| Establece el reconocimiento de tenencia y analiza la ausencia de figura paterna para otorgar la tenencia exclusiva a la madre | Casación 3016-2015-Tacna (Sala Civil Permanente) |
| Establece considerar la voluntad del menor cuando se advierta el desacuerdo entre los padres, siempre que se advierta madurez del menor | Casación 2702-2015-Lima (Sala Civil Transitoria) |
| Analiza el principio del interés superior del niño y adolescente y analiza algunos criterios legales para la determinación de la tenencia | Casación 3023-2017-Lima (Sala Civil Transitoria) |
| Desarrolla el principio de interés superior del niño en temas de tenencia | Casación 2309-2015-Lima Sur (Sala Civil Permanente) |
| Se analiza el tiempo de convivencia con el menor para otorgar la tenencia al padre | Casación 1303-2016-Cajamarca (Sala Civil Transitoria) |
| Se evalúa la tenencia y custodia del menor respecto del padre con su menor hija | Casación 3962-2018-Lima (Sala Civil Transitoria) |

La Casación N.º 1961-2012-Lima, referida al interés superior del niño sobre los derechos de la madre, parte en analizar e interpretar el numeral b del artículo 84.º del CNA. En efecto, dicha disposición legal prevé la posibilidad de otorgar la tenencia del menor de tres años a favor de la madre. En el mismo sentido, la Casación N.º 2309-2015-Lima Sur señaló:

El interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilucidación del presente caso, por lo que este Supremo Tribunal considera que dicho principio implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; más aún si el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que este requiere de cuidados especiales, debiendo matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos que se le sigan, en la determinación de sus derechos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior.

Por su parte, en situaciones en que el juez advierta situaciones de alienación parental, deberá atender el interés del menor, aun cuando uno de los padres

acredite la solvencia económica y moral; esto, fundamentalmente, en salvaguarda de la salud psicológica del menor. Por otro lado, la ausencia de figura paterna válida que el juez otorgue la tenencia exclusiva a la madre, negando toda posibilidad de pretender una tenencia compartida del menor.

Como se podrá advertir, la jurisprudencia nos enseña que toda actuación jurisdiccional estará acorde al amparo del menor, procurando no dejar en desamparo a los hijos y analizar cualquier criterio acorde con la naturaleza fáctica de la pretensión demandada. En ese sentido, corresponderá al juez analizar la situación fáctica sometida por las partes y evaluar los criterios legales establecidos en el artículo 84.º del CNA, así como otros criterios objetivos que sean favorables al menor.

Conclusiones

La tenencia es una institución jurídica mediante la cual se otorga el cuidado y atención fáctica de los menores hacia los progenitores u otras personas que cuenten con dicha legitimidad.

La tenencia compartida es la fórmula legal mediante la cual la autoridad judicial otorga el cuidado de hecho a favor de los padres, quienes comparten el cuidado y atención del menor de manera conjunta y compartida, sin que por ello medie limitación o restricción alguna.

Para el otorgamiento de la tenencia compartida, el legislador ha visto por conveniente otorgar algunos criterios legales, entre ellos, el tiempo de convivencia, edad del menor, el comportamiento de los padres, entre otros que prevé el artículo 84.º del CNA; sin embargo, estos criterios no deben ser considerados como criterios cerrados, sino como aquellos que posibiliten tomar mayor convicción en el juzgador, quien, además, podrá evaluar otros criterios no descritos en la norma jurídica para salvaguardar el interés superior del niño y del adolescente.

La tenencia compartida no es una fórmula legal cerrada, sino una fórmula abierta que prevé la posibilidad de que el juez pueda optar por cualquier otro criterio para garantizar el bienestar del menor; en ese sentido, el juez tendrá que ponderar la vigencia del principio del interés superior del niño y del adolescente.

Recomendaciones

La tenencia es una institución jurídica de naturaleza tutelar, regulada por el Código del Niño y Adolescente, cuyo objeto es propiciar la protección del menor; en ese sentido, corresponde al juez tomar mayor criterio para la respectiva tutela del menor, en tanto que los criterios de tenencia establecidos en la legislación y

la jurisprudencia no necesariamente deben entenderse como criterios cerrados, sino que corresponde al juez advertir cualquier otro criterio que posibilite garantizar el interés del menor. Por su parte, el juez, antes de tomar una decisión u optar por otros criterios, debe necesariamente evaluar los criterios establecidos en la legislación; ello permitirá un filtro de legalidad para la optimización de la administración de justicia en materia tutelar.

Los criterios legales establecidos en el artículo 84.º del CNA no constituyen criterios cerrados ni absolutos, por lo que el juez puede optar por algunos criterios jurisprudenciales o, en todo caso, evaluar cada situación procesal sometida a su jurisdicción.

La doctrina legal acogida por nuestra legislación es la tenencia compartida, por lo que el juez y las partes deben entender que lo que se priorizará, en gran medida, es la tenencia compartida como regla general de tutela de los derechos de los menores, y, como excepción, la tenencia exclusiva.

Referencias

AGUILAR, B.

2009 La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*. PUCP.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17425/17705/0>

AMADO, E.

2022 *Derecho de familia* (2.^a ed.). Gráfico Legales.

DEL ÁGUILA, J.

2019 *Patria potestad, tenencia y régimen de visitas: doctrina y jurisprudencia*. Ubilex Asesores.

HINOSTROZA, A.

2017 *Procesos judiciales derivados del derecho de familia*. Grijley.

JARA, R. & GALLEGOS, Y.

2018 *Manual de derecho familiar*. Jurista Editores.

OROSCO, E. & OROSCO, N.

2024 *Manual operativo de litigación oral civil y familia*. Juris Lex.

PLÁCIDO, A.

2002 *Manual de derecho de familia*. Gaceta Jurídica.

SOKOLICH, M.

2013 *La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano*. Vox Iuris.

2005 *Apuntes relativos a la patria potestad y a la tenencia y custodia*. Material de lectura del Curso de Derecho de Familia, Colegio de Abogados de Lima.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2022 *Derechos de los niños y niñas*. Serie: *Cuadernos de Jurisprudencia* (Nueva Época).