



Universidad Católica
San Pablo

DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR
DEL NIÑO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCILIACIÓN SOBRE
TENENCIA**

Tesis presentada por las Bachilleres en Derecho:

Katerin Lizbeth Chambi Chambilla

Karen Agüero Valencia

Para optar el título profesional de Abogada

Asesor: Mtr. Cesar Augusto De la Cuba Chirinos

AREQUIPA, 2023

Trabajo de Titulación

INFORME DE ORIGINALIDAD

19%	19%	7%	8%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	1%
3	media.conciliare.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
7	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	1%
8	tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet	<1%
9	repositorio.unasam.edu.pe Fuente de Internet	<1%

AGRADECIMIENTO A:

Hoy, en el culmen de este largo y apasionante viaje académico, queremos tomar un momento para expresar nuestro profundo agradecimiento a todos aquellos que han sido fundamentales en nuestro camino hacia la obtención de nuestro título de abogada. Ha sido un recorrido lleno de desafíos, pero también de alegrías y logros inmensurables, y no podemos dejar de reconocer la importancia que cada uno de ustedes ha tenido en este proceso. En primer lugar, queremos dirigir nuestra gratitud a Dios, quien ha sido nuestra guía constante y fuerza en los momentos de incertidumbre. A través de su amor y su divina providencia, hemos encontrado consuelo y confianza en cada etapa de este trayecto. Su presencia ha iluminado nuestra mente y corazón, permitiéndonos perseverar cuando las dificultades parecían abrumadoras. Sin duda, este logro no habría sido posible sin su amor incondicional y su infinita sabiduría. Asimismo, queremos agradecer a la Virgen María, nuestra madre celestial, quien ha estado siempre presente en nuestra vida. Su ejemplo de fortaleza y entrega nos ha inspirado a seguir adelante, confiando en que siempre hay esperanza y consuelo en medio de los desafíos. Nuestra gratitud también se extiende a nuestra amada familia, quienes han sido nuestro apoyo incondicional durante toda esta travesía. Cada sacrificio que han hecho para allanar el camino hacia nuestras metas ha dejado una huella indeleble en nuestro corazón. Sin su presencia y su aliento, este logro no tendría el mismo significado ni valor. A nuestro asesor, cuya sabiduría y orientación han sido cruciales para el desarrollo de nuestra tesis, queremos expresar nuestro más profundo agradecimiento. Su experiencia y conocimientos han sido un faro en medio de la vastedad del mundo legal. Por último, pero no menos importante, queremos rendir un especial homenaje a Leidy Roxana Clemente Ticona, una amiga que ya no está entre nosotros. Su partida dejó un vacío profundo en nuestra vida, pero su memoria y su impacto perduran. Agradezco sinceramente su amistad, su apoyo y su inspiración. A pesar de la tristeza que sentimos por su ausencia física, sé que su espíritu vive en cada logro que alcanzamos. Deseamos honrar su memoria con este logro y recordarla siempre con cariño y gratitud.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO A:	3
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
 CAPÍTULO 1: ALCANCES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	12
1. CONCEPTOS PRIMORDIALES	12
1.1 Supremacía del principio del interés superior del niño	12
1.2 Aplicación del principio del interés superior del niño.....	13
1.3 Finalidad del interés superior del niño.....	15
2. FUNCIONES	17
2.1 En base a la función de principio.....	18
2.2 Como un criterio de control y de solución	18
3. CARACTERÍSTICAS	19
3.1 Como un principio esencial.	19
3.2 Como un principio de interpretación	19
3.3 Como un derecho y un deber.....	19
3.4 Es evolutivo	20
3.5 Es subjetivo.....	20
4. ELEMENTOS	20
4.1 La identidad del niño.....	21
4.2 El cuidado, protección y seguridad del niño.	21
4.3 El derecho a la salud.....	22
4.4 El derecho a la educación.....	22
5. PASOS PARA EFECTIVIZAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.	22
6. LA RELACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CON LA TENENCIA COMPARTIDA	24
5.1 El menor y la relación con sus padres	24
5.2 Derecho de los padres.....	25
CAPÍTULO II. LA CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA	27

1. CONCEPTOS ELEMENTALES Y ALCANCES SOBRE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA FAMILIAR	27
1.1 Objetivos de la conciliación familiar.....	28
1.2 Finalidad de la conciliación familiar	28
1.3 Principios de la conciliación familiar	29
1.4 Elementos de la conciliación	32
1.5 Características de la conciliación familiar	32
1.6 El rol del conciliador desde la doctrina	33
1.7 La conciliación como método de autocomposición.....	34
2. MATERIAS CONCILIABLES Y NO CONCILIABLES EN EL ÁMBITO FAMILIAR.....	35
2.1 Materias conciliables.....	35
2.2 Materias no conciliables.....	36
3. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN LOS PROCESOS DE FAMILIA	38
3.1 La familia en el ámbito de la conciliación	38
4. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN LOS PROCESOS DE FAMILIA REFERENTES A LA TENENCIA.....	41
4.1 La tenencia en el Código de los Niños y Adolescentes.....	42
CAPÍTULO III. LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE CONCILIACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA, EN REFERENCIA A LA TENENCIA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	45
1. ALCANCES DEL ARTÍCULO 7 (LAS MATERIAS CONCILIABLES EN MATERIA FAMILIAR)	45
2. JURISPRUDENCIA RESPECTO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO	46
3. CONCORDANCIA REFERENTE AL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE CONCILIACIÓN	48
4. NOCIÓN DEL ARTÍCULO 7 DE LA CONCILIACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA RESPECTO DE LA TENENCIA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	49
4.1 La Congruencia Procesal en los Procesos de Tenencia	49
4.2 Los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, establecidos en la Ley 30466	50

4. LA TENENCIA Y SU RELACIÓN CON LA ESTABILIDAD EMOCIONAL DEL NIÑO DESDE UN ENFOQUE SOCIO – JURÍDICO	51
5. ¿QUÉ PARÁMETROS DEBE VALORAR EL CONCILIADOR PARA MEDIAR EN UN PROCESO DE CONCILIACIÓN?.....	54
CAPÍTULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	58
1. CONCLUSIONES	58
2. RECOMENDACIONES.....	60
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	62

RESUMEN

El trabajo tuvo como objetivo principal analizar cómo se otorga protección al principio del interés superior del niño en los procesos de conciliación en donde determinan la tenencia del menor, asimismo, la investigación se desarrolló a partir de un análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, la metodología comprende un estudio de tipo básico y de enfoque cualitativo. Está dividida en 4 capítulos: en el primero se desarrolla el interés superior del niño en sus aspectos doctrinarios, legislativos, en el segundo se plasman aspectos generales sobre la conciliación y la conciliación en materia familiar, en el tercero se esgrimen garantías, parámetros y jurisprudencia respecto al interés superior del niño, además de abarcar aspectos referidos a la tenencia, en concordancia con la regulación establecida en la Ley de conciliación mediante su artículo 7, finalmente mediante el cuarto capítulo se establecerán tanto las discusiones y resultados que abarcan el trabajo de investigación, donde se busca probar que la normativa nacional no protege al Principio del Interés Superior del Niño respecto a los procesos de tenencia en las conciliaciones.

Palabras clave: interés superior del niño, tenencia, conciliación extrajudicial

ABSTRACT

The main objective of this investigation was to analyze how protection is granted to the principle of the best interest of the child in the conciliation processes where they determine the custody of the minor, likewise, the investigation was developed from a doctrinal, legislative and jurisprudential analysis., the methodology includes a basic study with a qualitative approach. It is divided into 4 chapters: the first develops the best interest of the child in its doctrinal and legislative aspects, the second sets out general aspects of conciliation and conciliation in family matters, the third uses guarantees, parameters and jurisprudence Regarding the best interest of the child, in addition to covering aspects related to tenure, in accordance with the regulation established in the Conciliation Law through its article 7, finally through the fourth chapter both the discussions and results that cover the present research work will be established. Investigation. Where it seeks to prove that national regulations do not protect the Principle of the Best Interest of the Child regarding the tenure processes in reconciliations.

Key Works: best interests of the child, possession, extrajudicial conciliation.

INTRODUCCIÓN

El procedimiento de conciliación tiene por finalidad asistir a las partes en busca de una solución consensual a su conflicto¹. En ese sentido, y en relación con temas de familia, es que “el conciliador en su actuación deberá aplicar el principio del interés superior del niño”, como indica la Ley de Conciliación, Ley 26872, ello se podría manifestar, por ejemplo, al examinar y hacer conocer a los solicitantes que todo aquel que pretenda la custodia de un menor en un proceso de Conciliación no debe afectar la integridad personal de este.

El artículo 4 de la Constitución² refiere que los cimientos de las sociedades son las familias, ya que esta es el primer entorno donde el niño aprende a desenvolverse como integrante de la sociedad, asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño establece mediante 10 principios que el niño es receptor de derechos humanos;³ los cuales velan por su bienestar, en tal sentido el segundo de ellos señala que las legislaciones deben coadyuvar en el desarrollo bio-psico-espiritual del niño en condiciones de libertad y dignidad; el sexto principio refiere que es necesario que el menor cuente con un entorno adecuado, recursos y afecto, los cuales se encuentran a cargo de ambos padres, salvo casos excepcionales; el séptimo principio establece que la responsabilidad de educar y orientar al niño va a corresponder a los padres. Los principios están dirigidos específicamente a dos receptores, el primero, referente al segundo principio que resalta la facultad del legislador en regular los preceptos legales idóneos para la protección del niño, y el segundo referente al séptimo principio que resalta el papel de los progenitores. Por lo que el interés superior del niño es esencial para la sociedad, así como lo reconoce los objetivos del preámbulo del instrumento, poniendo como hincapié que la *humanidad debe al niño lo mejor que puede darle*.⁴

En el ámbito de la conciliación, el ordenamiento jurídico peruano establece que los acuerdos tomados por las partes en la conciliación emanan exclusivamente de su voluntad. En materia

¹ M. GONZALO-QUIROGA. et al, (2011). *Métodos alternos de solución de conflictos herramientas de paz y modernización de la justicia*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 1^{ra} ed., pp. 29-40

² Congreso de la República, *Constitución Política del Perú*, entrado en vigencia el 31 de diciembre de 1993

³ Organización de las Naciones Unidas, Día Universal del Niño, 20 de noviembre. Disponible en: <<https://www.un.org/es/events/childrenday/declaration.shtml>>. Consultado: 20 de febrero de 2023.

⁴ CASTRO-VILLENA, A. & CHALCO LUQUE, K., “Principio del Interés Superior del Niño en los procesos únicos de ejecución de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas”, *Revista Peruana de Derecho y Política*, N° 1, 2021, pp.31-73. Disponible en: <<https://idicap.com/ojs/index.php/dike/article/view/43/62>>. Consultado: 20 de febrero de 2023.

familiar, la Ley 26872⁵, mediante su artículo 7 especifica que el conciliador debe priorizar el principio del interés superior del niño que es “concebido como vértice de interpretación de los derechos del niño y adolescente”⁶; sin embargo, no especifica cómo debe evaluar al progenitor más idóneo ni establece la obligación de evaluar o conversar con los progenitores que pretenden la tenencia de sus hijos, limitándose a forjar acuerdos vinculados solo al interés de ambas partes. De esta manera, es probable que se vulnere este principio, ya que no siempre se consideran, por ejemplo, las cualidades o condiciones psicológicas del progenitor que obtendrá la tenencia del niño en los procedimientos de conciliación para determinar la tenencia del menor de edad, lo cual no implica que dichas condiciones no puedan cambiar, pero que mientras permanezcan podrían incidir de manera negativa en el menor, al punto de marcarlo de por vida.

En con base a lo mencionado que la presente investigación se ocupará de examinar si el principio del interés superior del niño es cuidado en los procedimientos de conciliación sobre la tenencia de los menores. Cabe recalcar que las conciliaciones familiares son originadas por “conflictos en la familia que influyen negativamente en el desarrollo personal y social del menor”⁷, ocasionando un entorno de desprotección en este. Pacheco⁸ señala que las razones de esta desprotección son por la falta de requisitos, criterios referentes al desarraigo del niño respecto de uno de los progenitores, falta de evaluación psicológica, horario de visitas y vacíos legales en la norma de conciliación, recomendando su modificación integral para salvaguardar los derechos del menor.

Por otro lado, es esencial que el conciliador durante el procedimiento de tenencia compartida tome en cuenta la modificación del Decreto Legislativo 1070 y su reglamento, cuya regulación no presenta la evaluación mediante informes psicológicos, sociales, la intervención del niño y el “control de legalidad por parte de la fiscal de familia, como

⁵ Congreso de la República del Perú, Ley N° 26872, *Ley de Conciliación*, Perú, entrado en vigencia el 13 de noviembre de 1997

⁶ STC Exp. N° 2079-2009-PHC/TC, del 09 de setiembre de 2010, F.J. 13

⁷ Cfr. SUÁREZ-PALACIO, P. & VÉLEZ-MÚNERA, M. “El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental”, *Psicoespacios*, Vol. 12 N° 20, 2018, pp. 174-197. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6573534>>. Consultado: 12 de enero de 2023

⁸ Cfr. C. PACHECO-FERNÁNDEZ. *Protección del principio de interés superior del niño en la tenencia convenida en los centros de conciliación extrajudicial*, Universidad César Vallejo, Trujillo, 2020, p. 5. Disponible en: <<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/61189>>. Consultado: 20 de febrero de 2023

tampoco la pluralidad de instancias que no están previstos en el decreto”⁹, en este orden de ideas, esta investigación pretende revisar, entre otros puntos más, si en la conciliación de la tenencia extrajudicial existen filtros y verificación de garantías que contravengan los derechos de los menores.

⁹ Cfr. ALVITES-SUITO, P. & CHANG-CABREJOS, A. *Análisis de la tenencia compartida extrajudicial en aceptación al principio del interés superior del niño en el Perú*, Universidad César Vallejo, Piura, 2021, p 2. Disponible en <<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/66976#:~:text=En%20la%20tenencia%20compartida%20extrajudicial,m%C3%ADnimos%20filtros%2C%20controles%20y%20garant%C3%ADas.>>. Consultado: 20 de febrero de 2023.

|CAPÍTULO 1: ALCANCES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. CONCEPTOS PRIMORDIALES

1.1 Supremacía del principio del interés superior del niño

El interés al que nos referimos, es una guía indefinida, que se encuentra sujeta a una pluralidad de interpretaciones de índole jurídico como social, que se toma como razón para la toma de decisiones al margen de otros derechos, debido al interés que brinda el Estado a fin de llegar a amparar a los menores de edad. En razón de ello, distintos doctrinarios han indicado que existe un carácter impreciso y por lo que, faculta que las resoluciones emitidas por los juzgados, que se sustentan en el interés superior del niño, no lleguen a satisfacer las exigencias de la seguridad jurídica, ya que las posiciones contrarias alegaban que, con su aplicación, se menoscababa la tutela efectiva.

En este principio se da una mayor participación al menor, respecto de su propio interés o beneficio, pero de ninguna manera esto quiere decir que, el menor tenga la facultad de determinar por sí solo este interés, ya que, razonablemente se sabe que los menores no tienen un intelecto suficiente para decidir libre y conscientemente o por el simple hecho de inexperiencia en situaciones que versen sobre sus intereses; aunado a ello, se ve en la realidad que existen menores que están relacionados dentro del hogar en conflictos y casos de violencia familiar, debido a ellos, los menores son vulnerables y susceptibles de influencias ajenas, que menoscaban su integridad y que de alguna forma coaccionen a los menores a declarar cosas que no sean fieles a la realidad, en razón de ello, los menores pueden sentirse culpables de sus declaraciones, en sede judicial, y en consecuencia sufrir, enemistad contra una de las partes.

El interés superior del niño es un mecanismo internacional que resguarda los derechos de los menores, ante cualquier tipo de arbitrariedad que pueda ocurrir en un proceso relacionado con ellos.

Se puede decir también que nos encontramos ante un principio rector en el ámbito del derecho de los menores, ya que apoya a asegurar la probidad, física y psicológica del menor, en razón de este principio se promueve un ambiente pacífico que ayude

al desarrollo de principios y valores de los menores, por lo que se debe promover la plena satisfacción de los menores y el Estado debe de ser garante de dicha premisa. Debemos recalcar, por otro lado, que nos encontramos ante un principio garantista, por lo que, toda decisión judicial debe de asegurar satisfacer plenamente los intereses de los menores o adolescentes que estén dentro de un conflicto que puedan menoscabar su integridad.

En este primer punto, consideramos importante, traer a colación lo mencionado por, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que, aunque regulaba anteriormente la legislación española, establecía mediante su artículo 11.2 que la supremacía respecto al interés superior del niño, es un principio rector, el cual en concordancia con el artículo 2 de la misma ley, se deberá primar el interés superior del niño, sobre otro interés legítimo que pudiera concurrir¹⁰.

Por último, para llegar a culminar este apartado, conforme a un criterio de interpretación, la supremacía del interés superior del niño debería ser entendida mediante una forma sistemática, lo que implica que la protección de estos derechos no debe limitarse, o ser parcial, por el contrario, deben ser exigidos en su totalidad, sin ninguna limitación, manteniendo el respeto por el principio de indivisibilidad e interdependencia.¹¹

1.2 Aplicación del principio del interés superior del niño

La interpretación más aceptada sobre el interés superior del niño, es establecer al mismo, en el margen de los derechos reconocidos en la Convención, entonces, es apropiado decir, que la aplicación del este principio, refiere que el resguardo a los niños está por encima de cualquier aspecto cultural, que puedan afectarlos. Por ende, este interés va a llegar a proteger la satisfacción integral de los derechos del niño, y

¹⁰ Cfr. M. SANTAMARÍA, “El concepto del interés superior del niño y su dimensión constitucional” *Sistema de Información sobre la primera infancia en América Latina (SIPI)*, Núm.7, 2019, p.19. Disponible en <<https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/123416/Santamar%C3%ADa%20-%20El%20concepto%20del%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%20y%20su%20dimensi%C3%B3n%20constitucional.pdf?sequence=1>>. Consultado: 28 de febrero de 2023.

¹¹Cfr. S. ALEGRE, “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas” *Sistema de Información sobre la primera infancia en América Latina (SIPI)*, Cuaderno.5, 2014, p.4. Disponible en <<https://dif.slp.gob.mx/wp-content/uploads/2022/11/EL-INTERES-SUPERIOR-DEL-NINO.INTERPRETACIONES-Y-EXPERIENCIAS-LATINOAMERICANAS-Silvina-Alegre-y-Otros.pdf>>. Consultado: 28 de febrero de 2023.

va a tener una finalidad instrumental, referido a un derecho aislado o que está en conflicto con otros derechos. En palabras de Montejo, nos encontramos ante un bien jurídico, donde las legislaciones son garantes de su aseguramiento y protección de los derechos de los menores, en el momento de tomar decisiones que versen sobre ellos dentro de un conflicto. Este principio se aplica cuando se contraponen derechos del menor o adolescente y otra persona¹². Por otro lado, el T.C., sostiene que el interés superior del niño y adolescente va a conformar el bloque de constitucionalidad estipulado el artículo 4 de la C.P, además del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, dentro de un ámbito internacional, mediante el principio 2° de la Declaración de los Derechos del Niño y del artículo 3°, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo este el motivo en que los distintos operadores jurídicos deban aplicar la legislación de conformidad y en concordancia con el principio de supremacía del interés superior del niño¹³ Ahora bien, el juez al aplicar el interés superior del niño en un proceso, tendrá que tener en cuenta que:

- El juez no debe determinarse por sus creencias.
- La decisión que adoptará el juez, tendrá repercusiones de carga humana, que abre el debate de los derechos fundamentales.
- El criterio de la decisión que tomara el juez es discrecional, pero esto no significa que su decisión deba de fundarse en la arbitrariedad, por lo que la decisión debe ser razonable.

En este orden de ideas el interés superior del niño, no es una regla común, en razón de ello, el juzgador debe hacer una exhaustiva revisión del caso en concreto y motivar su decisión conforme a lo establecido por la normativa, tal como está establecido en el número 6) del artículo 50° del C.P.C.; el deber de la debida motivación, asegura la armonía con la C.P.

¹² Cfr. K. PAULETTE MURILLO, “El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano”, *Universidad y sociedad*, Vol. 12, N° 2, 2020, pp. 385 – 392. Disponible en <<http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v12n2/2218-3620-rus-12-02-385.pdf>>. Consultado: 28 de junio de 2022.

¹³ Expediente N° 05966-2008-PHC/TC. F.J.2

Por otro lado, el Comité de los Derechos de Niño de la UNICEF¹⁴ establece que, para poder llegar a establecer una determinada decisión respecto a una medida concreta, es necesario tanto evaluar como el llegar a determinar el interés superior del niño, para lo cual, establece las siguientes pautas:

- Llegar a determinar qué elementos van a ser los oportunos, respecto a los hechos en concretos de un determinado caso, con el fin de llegar a evaluar el interés superior del niño y ponderar la importancia del mismo.
- Establecer un procedimiento idóneo el cual llegue a establecer garantías jurídicas y una adecuada aplicación del derecho.

La Ley 30466¹⁵, recoge la línea jurisprudencial del T.C., esta norma se refiere respecto del interés superior del niño como un derecho y principio que otorga a los menores, el derecho de que se tome de manera primordial su interés superior frente a otros derechos cuando entren en colisión, en ese orden de ideas se establecen 5 criterios para la aplicación de este principio, los cuales deben de primar a lo largo del tiempo.¹⁶

Respecto a la limitación sobre la aplicación del interés superior del niño, Sokolich¹⁷ sostiene que el único límite para su aplicación, mediante la instancia judicial, será que la decisión que se llega a tomar, se encuentre debidamente fundamentada, tanto jurídica como fácticamente, contribuyendo de la manera más beneficiosa hacia el menor que se encuentre involucrado.

1.3 Finalidad del interés superior del niño

La finalidad es la de cuidar y velar por la mayor protección del menor, buscando salvaguardar sus derechos fundamentales, para que, de esta manera, se logre

¹⁴ Organización de las Naciones Unidas. Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Establecido el 29 de mayo del 2013.

¹⁵ Congreso de la República del Perú, Ley N° 30466, *Ley que establece parámetros y Garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño*, Perú, entrado en vigencia el 17 de junio del 2016.

¹⁶ Cfr. L. PACHECO – ZERGA, *La Jurisprudencia Constitucional Peruana en torno al Interés Superior del Niño*, Universidad de Piura, Lima, 2017, pp. 3 – 7. Disponible en: <<https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3872>>. Consultado: 01 de marzo de 2023.

¹⁷ Cfr. M. SOKOLICH ALVA, “La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano”, *Vox Juris*, vol. 25, 2013, pp. 81-90. Disponible en: <<https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/1083>>. Consultado: 01 de marzo de 2023.

desarrollar de manera apropiada e integral su personalidad. En tal sentido, el interés ya sea de los progenitores, la sociedad, o inclusive el mismo Estado, no pueden ser considerados como prioritarios en relación a los derechos del niño y/o la niña.¹⁸ Bajo este mismo contexto, es que mediante el artículo 8 del Código de los Niños y los Adolescentes (Ley 27337), se va a llegar a reconocer mediante su artículo 8, el derecho de que los mismos vivan, crezcan y logren desarrollarse en una familia, y que aquel niño y/o adolescente, que no cuente con una familia natural, va a tener el derecho de poder crecer en un ambiente familiar apropiado, finalmente el presente artículo, establece que excepcionalmente y mediante circunstancias específicas establecidas por la ley, el niño y/o adolescente van a poder llegar a ser separados de su familia, pero esto, con la finalidad de protegerlos¹⁹. Como, se puede ver la finalidad del artículo en mención, está en base a la protección del niño llegando a establecer la tenencia inclusive a personas diferentes a sus progenitores. Es en este sentido que consideramos importante brindar una pequeña apreciación a la patria potestad, para ello, citando a Peralta, la patria potestad es aquella institución perteneciente al derecho de familia que establece un conjunto, tanto de deberes como de derechos, que corresponden a los padres, con el fin de que los mismos, puedan cuidar de sus hijos, teniendo como base principal el interés superior del niño, con la finalidad de que los mismos puedan desarrollarse de una manera apropiada, dentro de los ámbitos sociales, personales, económicos y culturales.

La finalidad de llegar a proteger el interés superior del niño, también se va a encontrar en la Convención de los Derechos del Niño²⁰, pues mediante su artículo 17, aunque busque resaltar la importancia que llegan a desempeñar los medios informativos, estableciendo que los Estados partes velaran para que el niño tenga acceso a la información que brindan, se busca la finalidad de llegar a promover el bienestar social, mental y espiritual del menor, buscando justamente proteger el interés superior del niño. Por otro lado, la defensoría del niño y adolescente, mediante la

¹⁸ Cfr. N. GATICA Y C. CHAIMOVIC, “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios, 2002 contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, *La semana Jurídica*, 2022, pp. 13-19.

¹⁹ Congreso de la República del Perú, Ley N.º 27337, *Código De Los Niños Y Adolescentes*, Perú, entrado en vigencia el 08 de agosto de 2000.

²⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, entrado en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

definición establecida en la Ley 27337 en su artículo 42, llega a señalar que busca promover y proteger aquellos derechos que son reconocidos por nuestra normativa, referentes a los niños y adolescentes. Por último, consideramos importante, mencionar lo señalado por Paulette²¹, que aunque hace mención al sistema jurídico ecuatoriano, la precisión que da respecto a la finalidad del interés superior del niño, puede corresponder tranquilamente a nuestra realidad jurídica, en este sentido la autora en mención señala que, el Código de la Niñez y la Adolescencia, va a tener la finalidad de que el Estado, la familia y la sociedad, protejan y garanticen el desarrollo integral y el disfrute de los derechos bajo los principios de equidad, dignidad y libertad hacia todos los niños, niñas y adolescentes del territorio Ecuatoriano.

2. FUNCIONES

Se establece las siguientes funciones:

- Llegar a orientar e informar a los menores, junto con sus familiares y/o cuidadores el ejercicio y el restablecimiento de sus derechos, priorizando su interés superior en las decisiones fiscales, administrativas, judiciales y extrajudiciales.
- Poder garantizar que el menor sea escuchado, para que su opinión sea tomada en cuenta respecto a una decisión judicial que lo llegue a involucrar.
- Adoptar las medidas adecuadas a fin de que se procure la economía procesal.
- Realizar demandas y/o denuncias, mediante los mecanismos que establece la ley.
- Velar y garantizar por la protección de los menores que se encuentren bajo su tutela.
- Otras establecidas por su reglamento y la ley.

La Ley 30466 llega a establecer a este interés como un principio y una norma, la cual va a llegar a otorgar al niño, de forma primordial su interés superior respecto a su afectación, ya sea esta de manera directa o indirecta. Por lo que, se debe entender al interés superior del niño no solo como una definición abstracta, pues, va a contener también una connotación singular, la cual va a permitir el poder y el deber de tomar

²¹ K. PAULETTE MURILLO, *El principio de interés su....* cit., p. 250.

en consideración los intereses de los menores, que puedan haber visto afectados sus derechos. En relación a ello mediante su artículo 12, sostiene la obligatoriedad de las garantías procesales, para lo cual establece la designación de los defensores públicos para las niñas, niños y adolescentes, los cuales, al momento de asumir la defensa legal, asumirán las funciones mencionadas previamente.

2.1 En base a la función de principio

En tal sentido la presente ley establece una serie de principios dentro de los aspectos generales, referentes al Título I, mismos que se encuentran en el artículo 3, dentro de los que consideramos más importantes, están:

- a) **Diligencia Excepcional:** La cual establece que el Estado debe establecer la mayor celeridad, el mayor cuidado y responsabilidad, puesto que se podría ocasionar una afectación a los menores. Esto, a fin de llegar a adoptar una medida aportada y oportuna.
- b) **Igualdad y no discriminación:** Puesto que todos los menores deben poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, sin ningún tipo de discriminación referentes a la identidad étnica, al género, a la cultura, la edad, el sexo, la nacionalidad, la religión, alguna posición política, el contexto social, o cualquier otra condición.
- c) **Participación y ser escuchado:** Dentro de este principio se reconoce el derecho al menor a que sea informado de manera adecuada y oportuna, de que pueda establecer su opinión con el fin de ser escuchado para que de esta manera se tome en cuenta su opinión.
- d) **Integralidad:** Por el cual se busca abordar el desarrollo del menor mediante todas sus perspectivas y dimensiones.

2.2 Como un criterio de control y de solución

Zermatten ²² llega a establecer dos tipos de funciones, las cuales son:

- a) **Criterio de control:** El cual establece que el interés superior del niño va a velar por el ejercicio de las obligaciones y los derechos que les corresponde a los niños, buscando que sean correctamente efectuados.

²²Cfr. J. ZERMATTEN, “El interés superior del niño del análisis literal al alcance filosófico”, *Institut international droits enfant*, 2003, pp. 1-28. Disponible en < https://nanopdf.com/download/el-interes-superior-del-nio-del-analisis-literal-al-alcance-filosofico_pdf >. Consulta: 7 de marzo de 2023.

- b) **Criterio de solución:** Establece que la noción respecto al interés superior del niño debe estar en la línea de ayudar hacia las personas que tengan la responsabilidad de tomar decisiones referidas a los niños, a fin de que puedan establecer una buena solución.

3. CARACTERÍSTICAS

3.1 Como un principio esencial.

Para Carmona²³ este interés se caracteriza como un principio esencial, el mismo que no depende de un conjunto de derechos establecidos en la Convención, por lo que serán exclusivos del menor.

3.2 Como un principio de interpretación

Como lo establece Zermatten²⁴ el interés superior del niño debe ser utilizado para poder establecer una garantía apropiada a los menores, por lo que no puede ser considerado como un derecho subjetivo.

3.3 Como un derecho y un deber

Lo que implica que, ante cualquier trámite o decisión de cualquier autoridad, debe primar el interés superior del niño, en tal sentido, El Poder Judicial en el Plan Nacional de Acceso a la Justicia ha establecido las siguientes características respecto a este interés:

- Es de cumplimiento general por todos.
- Se deberá aplicar en cualquier instancia jurisdiccional, o cualquier ámbito donde se tomen decisiones respecto a los niños.
- Se deberá aplicar a los niños que entran en conflicto con los derechos de otras personas.
- El castigo, deberá ser reemplazado por rehabilitación, en caso de que los menores hayan cometido un delito.

²³ Cfr. M. CARMONA LUQUE, “La convención sobre los derechos del niño Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos”, Universidad de Cádiz, 2009, p. 104. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=51801>>. Consulta: 9 de marzo de 2023.

²⁴ J. ZERMATTEN, El interés superior del niño del análisis....., cit., p.11.

3.4 Es evolutivo

Como sostienen Chilón Valencia y Chilón Ocas ²⁵ el interés superior del niño va a evolucionar conforme a los avances legislativos y doctrinarios que vayan transcurriendo en el transcurso del tiempo, en los aspectos jurídicos y sociales, por lo que su interpretación debe ser acorde a las actuales necesidades jurídicas.

3.5 Es subjetivo

Zermatten ²⁶ sostiene que una de las características propias de este interés va a estar referido a la subjetividad, donde en un primer apartado, se establece un doble nivel. En el primero de ellos, se basa en la sociedad como tal, y en el momento y lugar donde se desarrolla el menor.

Por otro lado, el siguiente nivel al que hace referencia a la subjetividad personal, mismo que se subdivide en tres niveles, los cuales son:

- **Subjetividad en primer lugar:** Se hace referencia a la actuación que van a tener los padres respecto al interés de sus hijos, mismo que es evidenciado mucho más en los casos de divorcio.
- **Subjetividad del niño:** Es en este punto, que se toma importancia al problema que podría surgir cuando se tome en cuenta el padecer o los deseos del menor, puesto que si el interés superior del niño no disminuye la concepción que tienen los padres, no va a corresponder de manera necesaria a la imagen y perspectiva que tiene el niño de sí mismo.
- **Subjetividad referida al juez o a la autoridad administrativa:** Referido a la potestad que tenga el juez, para poder tomar una decisión.

4. ELEMENTOS

²⁵ Cfr. G. CHILÓN VALENCIA, Y G. CHILÓN OCAS “Naturaleza jurídica del principio del interés superior del niño y adolescente en los casos de maltrato infantil”, *Universidad privada Antonio Guillermo Urrélos*, 2021, p. 35. Disponible en <<http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/1921/TESIS%20FINAL%20-%20%20PRINCIPIO%20DEL%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20NI%C3%91O%20Y%20ADOLESCENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consulta: 10 de marzo de 2023

²⁶ J. ZERMATTEN, El interés superior del niño del análisis....., cit., p.12.

La Observancia General N° 14 establece una serie de elementos, dentro de los más importantes, consideramos:

4.1 La identidad del niño

Misma que va a abarcar el sexo, la orientación sexual, la religión, la nacionalidad, la identidad cultural y también la personalidad del menor. Se debe considerar, que la expresión de las necesidades de los menores va a depender de diversos factores, respecto a sus aspectos personales, físicos, culturales y sociales. Se debe preciar, además, que la identidad cultural del niño, no puede ser un motivo de justificación respecto a la perturbación a las tradiciones y valores que, consigan negar al niño los derechos que garantiza la Convención.

Por otro lado, Martínez ²⁷, llega a establecer sobre la identidad del menor, respecto a su familia biológica, que los niños en adopción, tendrán el acceso a la cultura, el idioma, y, sobre todo, la oportunidad de poder acceder a la información referida a su familia biológica como un derecho.

4.2 El cuidado, protección y seguridad del niño.

Por lo que el Estado debe garantizar la protección y cuidado al menor, velando por su bienestar (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño), en tal sentido los términos de cuidado y protección deben entenderse en un sentido amplio, puesto que el bienestar del niño, justamente en un sentido amplio va a llegar a abarcar las necesidades materiales, educativas, físicas y afectivas.

Respecto a la seguridad, debe ser evaluada, para evitar toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño), en donde se van a encontrar la intimidación, el acoso sexual, el bullying escolar, la explotación, ya sea económica, sexual o alguna otra forma de la misma.

Bajo este contexto, Martínez²⁸ precisa la importancia de un derecho respecto a un nivel de vida adecuado hacia el menor, a la responsabilidad que recae en los padres o apoderados sobre el menor, y por último al bienestar psicosocial del menor.

²⁷ Cfr. C. MARTÍNEZ GARCÍA Y C. MORAL BLASCO, “Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño”, *Comillas edu*, Madrid, 2017, pp. 8-27. Disponible en: <https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018_StC_Guia_para_la_evaluacion_y_determde_termi_A4_online_version-ilovepdf-compressed.pdf>. Consulta: 10 de marzo de 2023.

²⁸ Cfr. C. MARTÍNEZ GARCÍA Y C. MORAL BLASCO, *Guía para la evaluación ...*, cit., p. 21.

4.3 El derecho a la salud.

Este derecho va a ser primordial para llegar a evaluar el interés superior del niño, por lo que, si existe más de una posibilidad a fin de llegar a tratar una enfermedad, o, por otro lado, si el resultado de un tratamiento llega a ser incierto, se debe poner en balance las ventajas y todos los tratamientos posibles, contra los riesgos y efectos secundarios que podrían surgir, estableciendo la importancia de la opinión del menor.

4.4 El derecho a la educación.

Referido primordialmente al acceso a la educación gratuita de calidad, pues la educación va a lograr desarrollar la personalidad del niño, por lo que el cronograma de estudios, contara con una relación directa referida a un marco social, económico, ambiental y cultural, priorizando sus necesidades, tanto presentes como futuras. Se debe resaltar también que la educación va a llegar a comprender la preparación para la vida del menor, como por ejemplo va a abarcar el llevar una vida adecuada y sana, llegar a establecer la capacidad de poder tomar decisiones ponderadas, el desarrollar un sentido crítico, etc.

5. PASOS PARA EFECTIVIZAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Según Vargas²⁹ el objetivo de asegurar la correcta aplicación del principio del interés superior del niño, amparado en la convención de los Derechos del niño, la comisión en el año 2013 elaboro la Observación Nro. 14 sobre el Derecho del niño, a efectos que el interés del niño debe de ser considerado de manera prioritaria con la finalidad de asegurar que los Estados que hayan ratificado la convención, prioricen y respeten el interés superior del niño, para lo cual establece los requisitos para que se tome en cuenta debidamente, respecto a las decisiones jurisdiccionales y administrativas, así como cualquier otra decisión que afecte a los niños en cualquier etapa de elaboración o aprobación de normativas, políticas públicas, programas, planes, presupuestos, proyectos de ley, etc.

J. RODRÍGUEZ ITURBE, “Práxis política y praxis jurídica. La ideologización del derecho y la justicia. Notas introductorias sobre el uso alternativo del derecho”, *Dikaion*, Vol. 20, N° 1, 2011, pp. 11-47. Disponible en <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1946/2500>>. Consulta: 1 de octubre de 2016

²⁹ J. VARGAS, “Otorgamiento de Tenencia de niños y adolescentes a personas distintas de los padres, en salvaguarda del Principio Constitucional del Interés Superior del Niño. Arequipa, 2017”, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2018, pp. 48 – 50. Disponible en: <<https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3344168>>. Consultado: 24 de julio de 2023.

La realización de los objetivos de la Observación mencionada, según la comisión, influirá en los siguientes aspectos:

- La preparación de todas las directrices, normas, proyectos en aplicación del interés superior del niño, que deberán ser tomadas por todos los gobiernos.
- Las resoluciones que sean emitidas por la autoridad jurisdiccional o administrativa, entidades públicas, deberán buscar el beneficio de los niños.
- Las resoluciones que sean adoptadas por la sociedad civil o el sector privado, las OSAL.
- Las instrucciones que guardan relación con las disposiciones que toman las personas que trabajan con los niños.

En la observación General N° 14, se efectúa en demasía un comentario amplio respecto el principio general del interés superior del niño, por ello, la Observación N°14 está referida al concepto activo del interés superior del niño, con el fin de procurar que todos los agentes sociales, tengan una adecuada interpretación y que su aplicación sea correcta, resguardando que los derechos de los niños y adolescentes sean eficaces y desplieguen todos sus efectos. En tal sentido establece que, al momento de evaluar y determinar el interés superior del niño a fin de tomar una decisión respecto a una medida concreta, se deberá de seguir los siguientes pasos:

- 1) Determinar cuáles son los elementos pertinentes, respecto al contexto de los hechos en concreto de un determinado caso.
- 2) Seguir un procedimiento que vele por las garantías junto con la correcta aplicación del derecho

6. LA RELACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CON LA TENENCIA COMPARTIDA

Para poder abarcar este apartado, será necesario que primero se pueda definir a que se hace referencia cuando mencionamos la tenencia, en tal sentido, Noblecilla³⁰ sostiene que la tenencia va a tener el fin de poner bajo el cuidado de uno de los progenitores del menor, buscando el bienestar del mismo, bajo el fundamento principal del interés superior del niño. Paradójicamente, bajo el fundamento del interés superior del niño, se llegó a establecer la Ley 31590³¹, misma que tiene como objetivo principal la de establecer la tenencia compartida la cual es definida por Placido³² como aquella responsabilidad que les corresponde a los padres separados, respecto a los aspectos primordiales de la vida de sus hijos. La presente ley, respecto a la doctrina nacional, tiene posiciones contrarias, donde por ejemplo para Bermúdez la ley que regula la tenencia compartida va a mejorar la Ley 29269, puesto que se regula ciertas precisiones, donde, además, se evalúa la necesidad de una acción tutelar por parte del Estado. Por otro lado, para Carrasco, la presente ley ha sido estipulada de manera incorrecta, puesto que llega a obligar al juez a elegir la tenencia compartida, por encima de la tenencia exclusiva.³³

5.1 El menor y la relación con sus padres

La tenencia compartida va a implicar que ambos padres lleguen a compartir un tiempo de residencia con el menor, por lo que el mismo va a desarrollarse con ambos progenitores, es en este sentido, que van a existir relaciones paterno- filiales, donde los hijos van a poder desarrollarse y desplegar sus competencias y habilidades, en un ámbito físico, psicológico y social, donde para tal fin, es importante que exista el compromiso sobre los componentes del hogar. En tal sentido, ambos padres van a implicarse de manera directa en la forma en que, sus hijos llegan a desarrollarse en

³⁰ Cfr. S. NOBLECILLA ULLOA, “Factores determinantes de la tenencia de los menores en los juzgados de familia de Trujillo: La primacía del interés superior del niño”, *Universidad Privada del Norte*, 2014, p. 11. Disponible en <<https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/1370/Noblecilla%20Ulloa%2c%20Sandra%20Patricia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consulta: 13 de marzo de 2023.

³¹ Congreso de la República del Perú, Ley N° 31590, *Ley que regula la tenencia compartida*, Perú, entrado en vigencia el 27 de octubre de 2022.

³²Cfr. A. PLACIDO, *Manual del derecho de familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 51.

³³ La Ley, Ya es oficial: La tenencia compartida será la regla en caso de separación de los padres. Disponible en: <<https://laley.pe/art/14049/aprobado-insistencia-tenencia-compartida-regla-caso-separacion-padres>>. Consultado: 13/03 /2023.

la sociedad. Bajo esta misma línea, como lo establece Chopitea³⁴ la tenencia compartida va a abarcar aquellos deberes comunes hacia sus hijos respecto a su crianza, desarrollo y cuidado. Lo que permite que el menor pueda continuar con el vínculo con ambas ramas familiares, puesto que el hijo necesita querer a ambos progenitores para poder desarrollarse emocionalmente en buenas condiciones. Bajo esta misma línea, es apropiado traer a colación lo mencionado por Aguilar³⁵ mismo que sostiene que el derecho de tenencia, no puede ser visto como un derecho de reclamo por parte de los progenitores, sino, debe verse como aquel derecho que le corresponde al menor a poder vivir con sus padres, lo que llega a implicar un desarrollo evolutivo de los hijos, lo cual va a permitir que los mismos lleguen a formar su propia opinión.

5.2 Derecho de los padres

Este derecho está referido a las decisiones, la responsabilidad y autoridad que van a compartir ambos padres respecto a sus hijos, bajo este sentido la ley en mención le da la potestad a los padres, que puedan llegar a un común acuerdo, tomando en cuenta la opinión del hijo, la forma de determinación de la tenencia compartida, la cual, podría formalizarse mediante una conciliación extrajudicial, y si es que no existiera un acuerdo, el juez deberá otorgar como primera opción la tenencia compartida, y solo de manera excepcional se podrá disponer la tenencia exclusiva. Cerquín y Huaccha³⁶ establecen que la tenencia compartida va a abarcar también el derecho de igualdad ante la ley, pues en este sentido la misma ley, deberá encargarse de garantizar la igualdad tanto del padre como de la madre al momento de solicitar la custodia de sus hijos, y en los casos que se dé la tenencia compartida, ambos

³⁴ Cfr. A. CHOPITEA FALCÓN, “Vulneración del principio del interés superior del niño por la inaplicación de la tenencia compartida en los procesos de divorcio y tenencia, tramitados en el primer juzgado de familia de Tarapoto durante el 2015-2016”, *Universidad Cesar Vallejo*, 2017. Disponible en <<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/23374>>. Consulta: 13 de marzo de 2023.

³⁵ Cfr. B. AGUILAR LLANOS, “La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida”, *Derecho & Sociedad*, N°32, 2019, pp. 193-194. Disponible en <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425/17705>>. Consulta: 13 de marzo de 2023.

³⁶ Cfr. D. CERQUÍN HUAMÁN Y E. HUACCHA CACHI, “Criterios jurídicos para fijar la tenencia compartida en el Perú”, *Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo*, 2019, pp. 48-49. Disponible en <<http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/1021/TESIS%20HUACCHA%20-%20CERQUIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consulta: 13 de marzo de 2023.

padres, por igual, deberán de contar con los derechos, deberes, educación, crianza y convivencia de sus hijos.

Aunque, como hemos visto en este apartado, van a existir derechos que son propios de los padres del menor, se debe tener presente que la principal función de la tenencia compartida, no está referida a la igualdad de los padres, sino en la de velar por los intereses del menor como eje principal. Por lo que podemos señalar que la tenencia compartida cuenta con dos vertientes, la primera y fundamental el derecho a los menores a poder vivir con sus padres. Y en un segundo plano, el derecho de los padres, a poder vivir con sus hijos.

CAPÍTULO II. LA CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA

1. CONCEPTOS ELEMENTALES Y ALCANCES SOBRE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA FAMILIAR

La conciliación es definida por Guzmán³⁷ como aquel proceso mediante el cual dos o más personas, que tengan un conflicto, van a lograr solucionar sus diferencias con la intermediación de un tercero, que será denominado como conciliador, en nuestro sistema jurídico se encuentra regulado mediante la Ley 26872, la cual define a la conciliación extrajudicial como una institución, que va a establecer un mecanismo alternativo, que tiene la finalidad de solucionar conflictos, siendo esta la razón, por la cual las partes, van a llegar a acudir a un Centro de Conciliación, o ante un Juzgado de Paz Letrado.

Otro aspecto importante es el llegar a definir también al conciliador, el cual va a ser un tercero imparcial, que va a facilitar la comunicación, el mismo no va a llegar a ejercer una función de juez o de árbitro, en este sentido, Rentería³⁸ especifica que el rol principal del conciliador, será el de escuchar a las partes, buscando verificar sus intereses, y no solo las posiciones que tengan en el conflicto, pues es así que se podrán encontrar soluciones equitativas para las partes.

Es mediante la Resolución Directoral 69-2016³⁹ que se va a establecer que materias van a llegar a ser conciliables, además de precisar que, únicamente, podrán ser materias conciliables aquellas pretensiones que son determinadas, las cuales van a versar sobre los derechos que son de libre disposición de las partes, la presente resolución establece que, las materias en familia, civil, contratación con el Estado, van a poder ser conciliables, pero en algunos casos (dependiendo el caso en específico) no podrá ser así, dicho de otra manera, la presente resolución especifica en qué casos se va a poder conciliar o no respectos a materias en familia, civil y en temas referidos a la contratación con el Estado. Para efectos del presente trabajo de investigación, vamos a precisar en mayor profundidad la conciliación en materia de

³⁷ Cfr. C. GUZMÁN BARRÓN, “La Conciliación: principales antecedentes y características”, *Dialnet*, pp. 67-74. Disponible en: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5002590.pdf> > Consulta: 13 de marzo de 2023.

³⁸ CFR. M. MARGARITA RENTERÍA, “La conciliación en familia” *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, pp. 1-19. Disponible en: < <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/view/2434>>. Consulta: 13 de marzo de 2023.

³⁹ Congreso de la República del Perú, *Resolución Directoral N.º 069-2016-JUS/DGDP*, Perú, entrado en vigencia el 12 de agosto del 2016

familia, pues la misma es una herramienta muy eficaz para llegar a establecer un acuerdo respecto a determinados conflictos referentes al ámbito familiar, pues aquí se encuentran emociones permanentes, que traen como consecuencia la aflicción en los sentimientos de los miembros más propensos de la familia. La conciliación puede ser una oportunidad para eludir o poner punto final a las existencias de conflictos en el contexto familiar, como también hace perdurar las buenas relaciones entre los integrantes del grupo familiar, a pesar de que se presenten desacuerdos.

1.1 Objetivos de la conciliación familiar

Para el presente apartado, se va a citar a Escalante y Brenes⁴⁰ mismas que sostienen que, la conciliación en materia familiar, no solo va a implicar que las partes, logren establecer un acuerdo, sino, que estos acuerdos sean estructurados y duraderos, con la finalidad de que exista una satisfacción apropiada entre los miembros de la familia. Para tal fin las partes deberán de permitir que exista un diálogo con paridad, deberán tener una actitud cooperativa en la búsqueda de la solución del conflicto, además de llegar a permitir una revisión en la forma en que se estuvieron tomando las decisiones hasta el momento dentro del entorno familiar.

Para poder llegar a alcanzar los objetivos que han sido descritos, va a ser importante y necesario que, al momento de iniciar una conciliación, el conciliador, este debidamente preparado, pues la conciliación familiar, no se puede ni se debería improvisar, por lo que va a ser necesario que, exista un proceso estratégico de negociación, donde el papel del conciliador va a tomar una gran importancia, pues el mismo deberá contar con una formación adecuada en la materia. Al momento de llegar a un acuerdo, el mismo conciliador debe ir en relación a los intereses de los miembros de la familia, que directa o indirectamente van a ser afectados con los acuerdos que se tomen.

1.2 Finalidad de la conciliación familiar

⁴⁰ Cfr. K. ESCALANTE BARBOZA Y M. BRENES VILLALOBOS, “Nueva visión de la Conciliación en Materia de Familia y su relación con el interés superior del niño (a)”, *Medicina legal de Costa Rica*, 21 (2), 2004, pp.85-100. Disponible en:<https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152004000200010#:~:text=La%20conciliaci%C3%B3n%20es%20un%20proceso,una%20amplia%20gama%20de%20posibilidades.> Consulta: 13 de marzo de 2023.

Ruska y Ledesma⁴¹ citando a Ormachea precisan que una de las aceptaciones respecto a la definición de conciliación es que se establecerá como una finalidad de resultado, respecto a llegar a un acuerdo entre las partes. Bajo ese sentido, el mismo Ormachea⁴² afirma que la finalidad de la conciliación va a estar en torno a:

1. Lograr una solución.
2. Establecer una adecuada comunicación para poder lograr un entendimiento mutuo, además de empatía.
3. Llegar a mejorar las relaciones (personales y familiares)
4. Llegar a minimizar, evitar o mejorar los procesos dentro del sistema judicial.
5. Resolver un problema o conflicto mediante la participación y el trabajo conjunto.
6. Poder resolver conflictos subyacentes

Lo mencionado va a verse reflejado mediante el acuerdo, donde las partes van a plasmar una solución por consenso, este acuerdo se va a encontrar en el acta de conciliación, misma que va a tener el mismo valor que una sentencia judicial. Se debe precisar que el acuerdo al que lleguen las partes, se deberá cumplir, en los términos que se acuerden, siendo estos claros y viables.

1.3 Principios de la conciliación familiar

Mediante la Ley de Conciliación, Ley 26872, se llega a detallar una serie de principios, los mismos, que, aunque hacen referencia a la conciliación de manera general, va a aplicar de igual manera a la conciliación en materia familiar, es bajo este sentido que se detallara cada uno de estos principios en base a lo mencionado por La Rosa⁴³. En este contexto, los principios de la conciliación son:

1.3.1 Equidad

⁴¹ Cfr. C. RUSKA MAGUIÑA Y M. LEDESMA NARVÁEZ, *La conciliación en familia*, Lima, 2007. <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/818cc900476afde580b2e41f51d74444/ConciliacionEnFamilia110708.pdf?MOD=AJPERES&attachment=true&id=1309448928875>> Consulta: 14 de marzo de 2023.

⁴²Cfr. I. ORMACHEA CHOQUE, “Violencia familiar y Conciliación”, *Derecho PUCP*, 1999, pp. 75-105. Disponible en: <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6240>>. Consulta: 14 de marzo de 2023.

⁴³ Cfr. J. LA ROSA CALLE, “Los principios de la Conciliación y la Ley N° 26872”, *Dialnet*, pp. 107-117. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5002593.pdf>>. Consulta: 14 de marzo de 2023.

Es bajo este principio que la noción de justicia de un eventual acuerdo, se debe aplicar desde un punto de vista del conciliador, pero, sobre todo, desde un punto de vista de las partes, puesto que el acuerdo de la conciliación va a ser el resultado de lo que las partes lleguen a decidir, pero esto de ninguna manera va a implicar que el conciliador deba aceptar cualquier tipo de acuerdos, sobre todo de aquellas que resulten inequitativas para una de las partes.

1.3.2 Veracidad y legalidad

Tanto la veracidad como la legalidad van a ser dos principios necesarios para que una conciliación se realice de una manera adecuada, pues la veracidad es una garantía que deberá ser cumplida tanto por las partes como también por el conciliador, mientras que la legalidad va a estar implicada en el acuerdo que puedan llegar las partes en concordancia con el ordenamiento jurídico. Por otro lado, la veracidad va a implicar que lo mencionado por las partes y la información que brinden en la audiencia de conciliación deberá ser de acorde con la realidad. Mientras que la legalidad, va a implicar que el conciliador asegure que los acuerdos (ya sean de manera total o parcial) que se estén tomando, no colisionen con el sistema jurídico.

1.3.3 Buena fe

Este principio va a implicar que las partes tengan un comportamiento correcto y adecuado, de acuerdo a los fines de la conciliación, donde va a implicar la honestidad y lealtad de las mismas. Se debe precisar también, que este principio va a implicar además de las partes, a todas aquellas personas que lleguen a participar dentro de una audiencia de conciliación. La buena fe va a implicar también al conciliador y/o el centro de conciliación, al momento que brinden una información, la cual deberá ser transparente, hacia sus clientes.

1.3.4 Confidencialidad

El principio de confidencialidad, va a ser una de las principales diferencias que se tenga en comparación al proceso judicial, puesto que, en los procesos de conciliación, los actos que se lleguen a dar van a ser bajo una estricta privacidad, este principio se va a justificar para que las partes lleguen a intercambiar opiniones de manera abierta,

franca y sincera, pues si no existiera este principio, la confianza de las partes ante el conciliador se llegaría a debilitar.

1.3.5 Imparcialidad

Es la exigencia que va a tener el conciliador, durante el desarrollo de la conciliación, manteniendo una postura neutra, respecto a la relación con las partes, este principio toma vital importancia, puesto que, en la medida en que las partes perciban un trato igualitario e imparcial, sin favorecimientos hacia uno de ellos, se sentirán más dispuestos a colaborar conjuntamente para lograr una solución satisfactoria, que se plasmará mediante un acuerdo en el acta de conciliación. Se debe precisar que, mediante este principio, no se le priva al conciliador a tener una opinión particular sobre un caso específico, lo que implica es que el conciliador llegue a separar sus opiniones personales de lo que opinan las partes que forman parte de la conciliación y que están reunidas frente a él.

1.3.6 Neutralidad

Este principio, al igual que el principio de imparcialidad va a ser una garantía de seguridad y justicia. En tal sentido, la neutralidad va a llegar a implicar que no exista algún tipo de vínculo entre el conciliador y las partes, buscando de esta manera velar por un probable conflicto de intereses que pueda surgir producto de esta situación. Si se llega a presentar esa situación (donde el conciliador llegue a tener algún tipo de vínculo con las partes) el conciliador deberá de retirarse de formar parte del procedimiento conciliatorio, puesto que la neutralidad podría verse afectada.

1.3.7 Celeridad

El principio de celeridad va a implicar que el proceso conciliatorio, va a buscar la rápida y efectiva solución de un determinado conflicto, la celeridad va a sostener una de las ideas primordiales de la conciliación en el sentido que llega a orientar soluciones mediante el mayor número de participación de las partes en el menor número de actos posibles.

1.3.8 Economía

Este principio implica que se busque un acuerdo justo, apropiado y duradero para las partes, donde en la medida de lo posible se logre un ahorro de tiempo, costo y/o esfuerzo. Pese a lo mencionado, se debe tener en cuenta que, por la propia naturaleza

de un determinado conflicto, va a ser necesario que, las partes y el conciliador dediquen un tiempo y esfuerzo mayor, en busca de una solución del conflicto.

1.4 Elementos de la conciliación

La conciliación va a contar según la doctrina y la jurisprudencia con dos elementos esenciales, siendo estos, los elementos subjetivos y los elementos objetivos.

1.4.1 Elemento Subjetivo

En palabras de Contreras⁴⁴ el elemento subjetivo de la conciliación se refiere hacia aquellas personas que van a participar en la conciliación, las cuales son las partes, y el conciliador. En esta misma línea, se puede precisar que, el elemento subjetivo de una conciliación va a abarcar a aquellas personas que llegan a intervenir en la misma.

1.4.2 Elemento Objetivo

El elemento objetivo de la conciliación será el conflicto en específico que se pretende solucionar mediante la conciliación.

1.5 Características de la conciliación familiar

La conciliación va a tener una serie de características a nivel general, las cuales, al igual que sus principios, pueden establecerse de manera apropiada los lineamientos a seguir dentro de la conciliación en materia familiar, en tal sentido, citando a Ormachea⁴⁵ consideramos importante precisar las siguientes características:

1.5.1 Consensual

Lo que va a implicar a que las partes lleguen de manera libre a poder encontrar una solución a su conflicto mediante un acuerdo.

1.5.2 Voluntario

La conciliación se caracteriza por ser de carácter voluntario, donde las partes van a participar de manera libre dentro del proceso conciliatorio. Sin embargo, es apropiado llegar a precisar que, la voluntariedad a la que se hace referencia, va a poder sufrir ciertas variaciones, puesto que, según como lo establece el C.P.C., la audiencia de conciliación puede establecerse como una fase obligatoria para poder acceder a la vía judicial.

⁴⁴ D. CONTRERAS CASTRO, “La conciliación hacia la construcción de un mecanismo efectivo de acceso a la justicia”, *Universidad Libre*, 2010, pp. 18-19. Disponible en <<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6081/ContrerasCastroDianaEsther2010.pdf?sequence=1>>. Consulta: 16 de octubre de 2022.

⁴⁵ . I. ORMACHEA CHOQUE, “Violencia familiar y ...”, cit., p. 250.

1.5.3 Privado

Puesto que únicamente se van a encontrar dentro del proceso conciliatorio las partes, representantes de las mismas y el conciliador, lo cual va a implicar que las partes, puedan expresarse de manera libre. La privacidad, se va a encontrar contemplada en base al principio de confidencialidad (el cual se desarrolló anteriormente) Mediante el principio de confidencialidad, y el carácter privado, al que hacemos referencia las personas que participen de una audiencia conciliatoria, no van a poder difundir la información que se dio durante el acto conciliatorio, según lo expresado también por el artículo 8 de Ley 26872.

1.5.4 Naturaleza del procedimiento

La naturaleza de la conciliación va a ser sumamente libre, en lo que se refiere por ejemplo a la presentación de pruebas, a los argumentos y también a los intereses, puesto que por la propia naturaleza de la conciliación no van a ver fases ni momentos que se encuentren definidos, tanto es así, que inclusive en algunos casos, las pruebas puede que no sean necesarias.

1.5.5 Control del procedimiento

Mediante el cual, el conciliador va a encargarse de fomentar una relación cooperativa entre las partes. Por otro lado, la decisión de poner fin al conflicto mediante un acuerdo conciliatorio, en tal sentido, tanto el conciliador como también las partes van a tener el control del procedimiento.

1.6 El rol del conciliador desde la doctrina

Para abarcar el presente apartado, es importante recalcar lo que menciona Patiño ⁴⁶ el cual sostiene que el rol del conciliador va a abarcar que el mismo sea un administrador de justicia, en tal sentido su rol no solo va a abarcar en el acercamiento que debe tener hacia las partes, para que estas puedan llegar a un acuerdo, sino también, además va a implicar que llegue a verificar que los acuerdos a los que puedan arribar las partes, tengan que estar conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, Chancafe, Forno y Nina ⁴⁷ sostienen que el rol del conciliador respecto a la

⁴⁶ D. PATIÑO MARIACA, “Conciliador- Juez, un rol del conciliador para la descongestión de los despachos judiciales desde la Constitución.”, *Estudios De Derecho*, 62(140), 2005, pp. 15-41.

⁴⁷ D. CHACAFE, H. FORNO Y P. NINAS, “La conciliación en el Perú: una breve reflexión basada en la teoría del juego y el análisis económico del derecho.”, *Revista de derecho de la PUCO*, 2015, pp. 95-125.

aplicación de la teoría de juegos, va a ser fundamental, debido a que el mismo deberá de contar con una capacitación adecuada, a fin de que tenga todos mecanismos apropiados para poder determinar si las partes que se enfrente en un conflicto van a poder llegar o no a un acuerdo conciliatorio (con base a ello, es importante recalcar que según los autores en mención, esto en la realidad no sucede, debido a que la mayoría de procedimientos conciliatorios llegan a ser netamente una formalidad, y muchas veces, las partes no encuentran dentro del procedimiento conciliatorio una verdadera alternativa para poder solucionar un determinado conflicto, y es muy probable que esto sea así, debido a que el conciliador no llega a ofrecer un servicio óptimo y apropiado para ello, pues únicamente se limitan a cumplir con las formalidades que establece la ley. Bajo otro aspecto Escalante y Brenes ⁴⁸ sostienen que, la conciliación abarcada desde un aspecto tanto técnico como ético, no pueden llegar a tener una finalidad progresista, puesto que, las partes que se encuentren involucradas van a tener el mismo valor dentro del proceso, en tal sentido, el rol del conciliador está destinado a llegar a mantener la equidad entre las partes, siendo el conciliador totalmente imparcial, por lo cual no tiene por qué llegar a favorecer de alguna manera a una de las partes. Es bajo este mismo sentido que, Pareja y Pareja⁴⁹ en relación al principio de equidad, precisan que el conciliador va a tener que asumir el rol de poder generar condiciones igualitarias para las partes que participan dentro del proceso de conciliación, con la finalidad de poder generar un beneficio mutuo.

1.7 La conciliación como método de autocomposición

Por último, es importante recalcar que la conciliación es un medio de autocomposición y no de heterocomposición, puesto que serán las mismas partes, quienes establezcan la mejor solución para sus conflictos, mediante la ayuda de un tercero quien es denominado como conciliador, quien será el encargado de proporcionar propuestas conciliatorias (pero las mismas no son obligatorias para las

Disponible en: < <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168206> >. Consulta: 9 de junio de 2022.

⁴⁸ K. ESCALANTE BARBOZA Y M. BRENES VILLALOBOS, “Nueva visión de la conciliación en materia de familia y su relación con el interés superior del niño (a).”, *Medicina Legal de Costa Rica*, Vol. 21, 2004, pp. 85-100. Disponible en: <https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00152004000200010&script=sci_abstract&tlng=es>. Consulta: 9 de junio de 2022.

⁴⁹ F. PAREJA ACUÑA Y C. PAREJA MUJICA, La importancia de la conciliación extrajudicial en el Perú. Disponible en: < <https://polemos.pe/conciliacion-extrajudicial/> >. (Consultado: 09/06 /2023).

partes), en tal sentido, el conciliador no debe comportarse como un abogado o un asesor jurídico debido a que no está a favor de una de las partes; tampoco puede asumir el rol de un juez, puesto que no tiene la facultad de decidir respecto al conflicto de las partes; tampoco puede ser un asesor social y/o psicológico; pese a ello, el conciliador si debe contar con los mecanismos apropiados que puedan ayudar mediante su desempeño a que las partes puedan solucionar sus conflictos a fin de que logren llegar a un acuerdo.

2. MATERIAS CONCILIABLES Y NO CONCILIABLES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

La Resolución Directoral N.º 069-2016-JUS/DGDP, cuenta con un base normativa respecto a la Ley 26872; al Decreto Supremo 014-2008-JUS; a la Ley 29809 y el Decreto Supremo 011-2012-JUS (el cual fue derogado por el Decreto Supremo 013-2017-JUS) además de contar con un alcance que abarca a los Operadores del Sistema Conciliatorio, donde se van a encontrar los Conciliadores Extrajudiciales, los Capacitadores, los Centros de Conciliación Extrajudicial y también los Centros de Formación y Capacitación de Conciliadores. En tal sentido precisa los supuestos y materias conciliables y no conciliables dentro del ámbito en materia familiar, en materia civil y en los temas referentes a las contrataciones con el Estado; por lo que, con base a lo mencionado, la presente resolución mediante su apartado V detalla cuales son las materias conciliables y no conciliables dentro del ámbito familiar, estableciendo lo siguiente:

2.1 Materias conciliables

Bajo el sentido de las materias las cuales son conciliables, se deberá de velar, por parte del conciliador que los acuerdos a los que puedan llegar las partes se encuentren salvaguardando el interés superior del niño. Se considerarán materias conciliables:

a) Pensión de alimentos

Referido a los hijos, que nacieron dentro de un matrimonio, a los que son extramatrimoniales, aquellos que han sido reconocidos por los dos padres, y también a los que la paternidad no ha sido declarada ni reconocida jurídicamente.

b) Pensión de alimentos en favor del conviviente

Por lo cual, será necesario que se presente el reconocimiento de la unión de hecho.

c) Exoneración de alimentos

Referido a los casos en el que el beneficiado es mayor de edad.

d) Reducción o aumento de la pensión de alimentos

Siempre y cuando la pensión de alimentos se dio mediante un acta de conciliación, la cual va a tener que ser adjuntada.

e) Régimen de Visitas

La misma que va a poder ser solicitada tanto por el padre o la madre que no vive con los hijos, para lo cual va a ser necesario que se llegue a adjuntar la partida de nacimiento del menor.

f) Variación del régimen de visitas

Únicamente cuando el régimen de visitas se estableció mediante un acta de conciliación.

g) Tenencia

Para lo cual se debe acreditar el reconocimiento de los hijos mediante la partida de nacimiento y/o partida de matrimonio para el caso de los menores que nacieron dentro de una relación matrimonial.

h) Gastos de embarazo, tenencia y alimentos

Referido a los que son mayores de 14 años, los cuales van a poder solicitar procedimientos conciliatorios conforme a los alimentos, la tenencia, los gastos que se den en el embarazo, mediante el parto, y una vez nazca el menor, en base a lo señalado por el artículo 46 del C.C.

En caso de los menores de 14 años, que lleguen a solicitar los gastos referidos al embarazo, podrán ser representados por uno de sus padres.

i) Liquidación de la sociedad de gananciales

Para lo cual será necesario que se presente la partida de matrimonio, y además la preexistencia de los bienes.

j) Liquidación de la sociedad de bienes mediante la unión de hecho

Se deberá acreditar el reconocimiento de la unión de hecho.

2.2 Materias no conciliables

No se podrá llegar a conciliar los siguientes apartados:

a) Extensión de los alimentos

En virtud a lo establecido por el artículo 486 del C.C., por lo que esta obligación solo se podrá extinguir con la muerte del obligado o del alimentista.

b) Prorratio de la pensión alimentaria.

Puesto a que se deberá tramitar ante la vía judicial, según lo establecido por el artículo 477 del C.C.

c) Reducción de la pensión de alimentos

No se podrá tramitar en la vía conciliatoria, cuando la pensión de alimentos lleve a ser establecida mediante la vía judicial.

d) Exoneración de los alimentos

Debe llevarse en sede judicial.

e) La variación de la tenencia

No va a poder ser llevada en sede conciliatoria, si la tenencia fue establecida mediante la vía judicial.

f) Variación del régimen de visitas

Cuando el régimen de visitas fue establecido en la vía judicial.

g) Autorización de viaje o trabajo del menor

Puesto, que deberá de tramitarse en sede judicial, o notarial.

h) Patria potestad

Debido a que la patria potestad únicamente se podrá perder por las causas que son establecidas por la ley.

i) Reconocimiento o conclusión de la unión de hecho

Debido a que la vía adecuada es una notaría, o la sede judicial.

j) Filiación

Solo se podrá tramitar ante la vía administrativa o judicial.

k) Anticipo de Herencia

Puesto que la herencia es un acto de liberalidad, donde no va a existir un conflicto.

l) Donación de muebles e inmuebles

Al igual que la herencia es un acto de liberalidad, donde no va a existir un conflicto.

m) Separación de patrimonios

Puesto que se debe tramitar mediante la vía notarial.

n) Pago de devengados de pensión de alimentos

Debido a que se deberá abordar el pago mediante la ejecución de sentencia referida a la pensión de alimentos.

o) Colación familiar

La vía apropiada para tramitar la colación es la sede judicial.

p) Formación del consejo de familia

Al igual que la colación, se deberá de tramitar en la vía judicial.

q) Impugnación de paternidad

Del mismo modo, se deberá tramitar en la vía judicial.

r) Anulación de partida de nacimiento

Puesto que la partida de nacimiento es un documento público, por lo que no es posible que pueda ser anulado por la voluntad de las partes.

s) Nombramiento del tutor o curador

Se deberá de realizar mediante la vía judicial.

t) Cambio de régimen patrimonial

Se tramitará mediante la vía notarial o judicial.

u) Separación convencional y divorcio ulterior

Se tramita mediante la vía judicial, notarial o municipal.

v) La constitución del patrimonio familiar

Se deberá realizar en vía judicial o notarial.

3. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

3.1 La familia en el ámbito de la conciliación

Díaz⁵⁰ sostiene que dentro de la conciliación familiar se va a contar con un tercero imparcial (haciendo referencia al conciliador) el cual va a tener el deber de apoyar la reorganización de la familia, facilitando la conversación de sus miembros para poder llegar a resolver sus conflictos. En tal sentido será el conciliador quien cumpla un rol trascendente dentro del proceso conciliatorio, donde los acuerdos que se puedan tomar en este proceso van a poder afectar de manera directa hacia los niños que

⁵⁰ J. DÍAZ, *Conciliación Familiar un Enfoque Multidisciplinario*, Lam Graf, Lima, 2013, 1ª ed., p. 47.

forman parte de una familia, por lo que es importante ver por un lado, como es que el conciliador va a poder cumplir con este rol al que se hace mención, y por otro lado, como los acuerdos que se toman en un proceso conciliatorio van a poder afectar de manera directa hacia los niños, respecto a un conflicto que se tenga, y se pretenda solucionar.

3.1.1 ¿Qué rol cumple el conciliador extrajudicial en los procesos de familia?

En palabras de Díaz⁵¹ el principal rol del conciliador en temas de familia es el de poder llegar a facilitar el diálogo entre las personas que participan de la conciliación, procurando tener un clima desapasionado, resaltando las necesidades de los niños, además de llegar a recalcar tanto los sentimientos como las emociones de las partes, para que de esta manera se pueda mejorar las relaciones entre ellas, procurando encontrar soluciones en torno al interés superior del niño. Del mismo modo, el conciliador, es el encargado de ver que los acuerdos que se lleguen a tomar, sean viables respecto a su cumplimiento por cada una de las partes, del mismo modo que sean duraderos. En esta misma línea, va a ser de suma importancia (según el caso en concreto) que los acuerdos que se tomen incluyan normas de conducta, para que de esta manera se eviten actos que puedan derivar en un nuevo conflicto familiar.

Para Ruska y Ledesma⁵² el conciliador deberá tener determinadas habilidades, las cuales van a llegar a constituir una serie de competencias personales que serán fundamentales para poder llevar a cabo de la manera más apropiada la audiencia de conciliación, dentro de estas habilidades se van a encontrar las de comunicación y/o relación, las habilidades de negociación y las habilidades de poder intervenir de forma estratégica.

3.1.2 Impacto a los menores en los procesos conciliatorios

La implicancia que existan conflictos en un entorno familiar donde existan menores, va a poder llegar a generar una presencia reducida de los padres hacia sus hijos, lo cual podría generar a los menores (dependiendo de su perspectiva) una situación de desamparo e inclusive de abandono por parte de sus progenitores o de los adultos responsables del menor, es bajo este sentido que el Defensor del Menor en la

⁵¹ J. DÍAZ HONORES, “El Principio de Oportunidad y la Conciliación Familiar”, pp. 1-14. Disponible en: <<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/792/per-principio-oportunidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consulta: 17 de octubre de 2022.

⁵² C. RUSKA MAGUIÑA Y M. LEDESMA NARVÁEZ, *La conciliación en ...*, cit., p. 32.

Comunidad de Madrid⁵³ establece ciertos efectos que pueden surgir en el menor, los cuales son:

a) Efectos sobre el bienestar físico

El bienestar físico de los menores podría verse perjudicado de manera negativa, llegando inclusive a poder generar sedentarismo, mismo que puede generar cansancio, sobrepeso, faltas de horas de sueño.

b) Efectos sobre el bienestar emocional

Se podría generar en determinados casos por parte de los menores una sensación de desamparo, llegando inclusive a sentir una sensación de abandono, lo que va a producir carencias emocionales. Además, desde una visión psicológica, se podría generar también inseguridad de los menores, debido a la falta de la figura materna, o paterna (según sea el caso), junto con una autoestima decaída, dificultad para que puedan expresar sus emociones, desmotivación y falta de interés.

c) Efectos sobre el rendimiento escolar

Puesto que podría existir una falta de implicación por parte de los padres del menor respecto a la etapa escolar de sus hijos, lo que podrá verse reflejado en la falta de asistencia de los padres a las reuniones de colegio, el no conocer el rendimiento de sus hijos en el colegio. Lo mencionado, puede desencadenar un rendimiento inadecuado de los menores, respecto a sus obligaciones escolares.

d) Efectos sobre su relación con los medios

Se podría generar una falta de control en la utilización de los medios tecnológicos a los que tienen acceso sus hijos, donde se encuentran la televisión, las consolas de videojuegos, el internet junto con las redes sociales, pues la utilización no responsable o no supervisada de estos medios pueden suponer un riesgo para el desarrollo de los menores

⁵³ Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, “impacto de la conciliación de la vida familiar y laboral sobre el bienestar de la infancia”, *efr observatorio*, 2011, pp. 13-15. Disponible en <<https://www.compromisorse.com/upload/estudios/000/125/ConciliacionEFR.pdf>>. Consulta: 17 de octubre de 2022.

Como hemos podido ver en este apartado, van a existir una serie de efectos cuando en un entorno familiar van a existir conflictos, que van a ser fundamentales para que los menores no puedan crecer ni desarrollarse en un ambiente apropiado, es ahí, que la decisión de conciliar un conflicto, mediante un centro de conciliación, va a tomar vital importancia. Pues las soluciones entre las partes, van a terminar favoreciendo a los menores, en virtud del principio del interés superior del niño.

4. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN LOS PROCESOS DE FAMILIA REFERENTES A LA TENENCIA

Para poder abordar este apartado, va a ser necesario que primero se defina que es la tenencia, en tal sentido, como menciona Aguilar⁵⁴ la tenencia será tanto el atributo, la facultad, el derecho que le va a corresponder a los progenitores, respecto a que puedan vivir con sus hijos, por lo que, el ejercicio de este derecho va a implicar un deber de los padres, hacia sus hijos para que los puedan custodiar, velando por su seguridad y protección. En relación a lo mencionado es apropiado mencionar que la tenencia va a ser un derecho, mientras que la custodia será un deber.

Bajo esta misma línea, Díaz⁵⁵ sostiene que la tenencia es un derecho que le corresponde a los progenitores, misma que va a ser una atribución de la patria potestad.

Por otro lado, la Ley 31590, va a implicar una nueva forma de entender la tenencia en relación del interés superior del niño, pues es mediante la presente ley que se modifica la perspectiva de que la regla general sea la tenencia exclusiva es modificada, pues ahora, se va a prevalecer que la tenencia como regla general sea la tenencia compartida, en base a lo dispuesto a raíz de la modificación del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, pues el artículo en mención establece que la tenencia debería ser asumida por los dos padres, a excepción que esto resulte de manera perjudicial a un menor, por lo que se debe buscar un común acuerdo entre los padres, respetando la opinión de los menores, para poder determinar la forma en la que se aplicara la tenencia compartida, y en lo posible llegar a formalizar este acuerdo mediante una conciliación extrajudicial, lo que implica que la norma va a

⁵⁴ B. AGUILAR LLANOS, "La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad ...", cit., p. 192.

⁵⁵ J. DÍAZ, *Conciliación Familiar un Enfoque...*, cit., p. 111.

impulsar que las partes, acudan a un centro de conciliación a fin de realizar un acuerdo referente a la tenencia compartida.

4.1 La tenencia en el Código de los Niños y Adolescentes

El Código de los Niños y Adolescentes regula en el capítulo segundo del Título I del libro tercero, entre los artículos 81 al 87, todo lo concerniente en relación a la institución jurídica de la tenencia de los hijos. El código señala que “La tenencia de los menores cuyos padres se encuentren separados de hecho se determinará por común acuerdo de los padres y ante la ausencia de un acuerdo entre ellos, será el juez de familia quien decidirá quién será el progenitor encargado de ejercer la tenencia teniendo en cuenta determinados supuestos”.

El código enfatiza que, en cualquiera de los supuestos para determinar la tenencia del menor, el juez debe priorizar que quien ejerza la misma debe ser quien garantice el cumplimiento y satisfacción de los derechos del menor y también quien garantice el derecho del menor a mantener contacto con el otro progenitor.

Estos supuestos para la determinación de la tenencia ante la falta de acuerdo de los padres son: A) Deberá ejercer la tenencia el progenitor con quien el menor haya convivido más tiempo; B) Sí el menor no sobrepasa los 3 años de edad, será la madre quien ejerza la tenencia; y C) Para el progenitor que no obtenga la tenencia se señalará un régimen de visitas.

El primer supuesto tiene como fundamento la convivencia del menor con alguno de los padres, pues deberá considerarse cuál de los padres es quien ha llevado mayor cantidad de tiempo viviendo con el menor, esto se basa en la idea que para un menor puede resultar perjudicial y hasta traumático el hecho de encontrarse viviendo con uno de sus padres y cambiar radicalmente de modo de vivir y de hogar.

En ese sentido, la tenencia que se ejerce de forma previa al juicio propiamente resulta importante, pues la convivencia que la menor venía teniendo con alguno de los padres determinará, en caso de desacuerdo entre los padres sobre la tenencia, quien será el escogido por el juez para ejercer la tenencia pues el ámbito físico y emocional del menor priman para el magistrado al momento de tomar una decisión en casos como los presentados.

El segundo supuesto está referido al hecho que en los casos donde la tenencia se discuta sobre un menor de 3 años o menos, la tenencia será otorgada a la madre; esto

se basa en la corta edad del menor y las necesidades propias de su edad que pueden ser únicamente cubiertas por la madre.

Es reconocido que el cuidado materno para los menores de 3 años es irremplazable, así, el padre progenitor no podría cubrir las necesidades del menor de 3 años en cuanto al cuidado materno y la atención especializada que le brinda la madre, como el amamantamiento, cuidados higiénicos, de salud, de funciones del hogar, primeras comidas, etc.

Por ello, el legislador vio por conveniente aplicar ello en el Código de los Niños y Adolescentes, en ese sentido, el juez debe resolver los casos de tenencia de menores de 3 años en sentido favorable a la madre; sin embargo, este criterio no es uno de cumplimiento obligatorio, pues de ser más favorable al menor lo contrario a lo dispuesto en este supuesto, el juez deberá optar por prescindir del cumplimiento de este criterio.

El tercer supuesto no corresponde propiamente a un criterio para determinar la tenencia de los menores, sin embargo, corresponde a un mandato contenido en forma de supuesto. Este mandato señala que, debido a que solo uno de los padres ejercerá la tenencia, el otro deberá contar con un régimen de visitas para no perder contacto con el menor pues mantiene los derechos restantes de su paternidad o maternidad.

Al persistir el derecho del padre que no ejercerá la tenencia, de convivir con el menor, se fijará un régimen de visitas acorde a las posibilidades pueda ver y convivir con el menor protegiendo su interés superior y su derecho a convivir con ambos padres, pues como se ha señalado ello también corresponde a una dimensión de la institución de la tenencia, el derecho del menor a convivir con su familia natural.

El Código del Niño y del Adolescente dentro de su apartado referido a la tenencia señala también que los padres que no la ejerzan podrán solicitar la variación de la misma en mérito al cambio de la situación del menor o por corresponder a la búsqueda de su bienestar general; pudiendo basar tal pedido en el peligro de la integridad del menor o por posibilidad de existencia de daño o trastorno en el menor.

Finalmente, el código señala también que:

“La opinión del niño deberá ser tomada en cuenta para la determinación de la tenencia (Art. 85); que la sentencia sobre tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas debiendo haber transcurrido 6 meses

desde la emisión de la sentencia originaria (Art. 86); y que existe la posibilidad de solicitar una tenencia provisional en los casos en los que el menor fuese menor a 3 años y peligre su integridad física, en orden de salvaguardar su integridad y subsistencia (Art. 87)”.

CAPÍTULO III. LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE CONCILIACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA, EN REFERENCIA A LA TENENCIA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. ALCANCES DEL ARTÍCULO 7 (LAS MATERIAS CONCILIABLES EN MATERIA FAMILIAR)

Es mediante la Ley 26872 que, como se precisó en capítulos anteriores que, se van a establecer cuales son las materias que pueden ser conciliables, a efectos, que las partes, puedan llegar a un acuerdo en un centro de conciliación, en tal sentido, hace mención a la conciliación en materia laboral, y también en materia familiar. La presente normativa, también resalta la importancia del conciliador, al establecer que su actuación deberá estar acorde al principio del interés superior del niño. La ley además especifica mediante el artículo 7-A las materias y los supuestos en donde no se va a poder conciliar, siendo los siguientes:

- a) Cuando no se conozca el domicilio de la parte invitada.
- b) Cuando la parte invitada se encuentre domiciliada en el extranjero, a excepción de que el apoderado cuente con un poder expreso para que pueda formar parte de la conciliación.
- c) Cuando se refiera a los derechos establecidos en el margen del artículo 43 y 44 del C.C.
- d) Cuando se esté frente a procesos cautelares.
- e) En aquellos procesos referentes a las garantías constitucionales.
- f) En aquellos procesos referentes a la ineficiencia, nulidad, anulabilidad (respecto a los incisos 1,3 y 4 del C.C.) del acto jurídico.
- g) Respecto a los casos de petición de herencia.
- h) Donde existan casos referentes a la violencia familiar.
- i) Aquellos casos referentes al desalojo respecto a lo establecido por el Decreto Legislativo 1177.
- j) Todas aquellas pretensiones, las cuales no puedan ser de libre disposición por las partes conciliantes.

2. JURISPRUDENCIA RESPECTO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

▪ **Cas. 1961-2012**⁵⁶

En la presente casación, mediante los fundamentos establecidos por la Suprema Sala, se da una precisión detallada a los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, en tal sentido se señala que lo establecido por el artículo 84.1, cuando establece que el hijo deberá prevalecer con el progenitor con quien convivió más tiempo, no obstante, esta medida debería aplicarse, siempre y cuando sea favorable al menor, pues, no nos encontramos ante una norma imperativa, por el contrario es una regla jurídica la cual es flexible. La presente interpretación pone por delante el interés superior del niño, pues por más que se deba considerar la permanencia que tiene el menor con uno de sus progenitores al momento de establecer la tenencia, no debería ser determinante, en aquellos casos, en que esta decisión no sea favorable para el menor. Bajo esta misma línea, se precisa también, que el artículo 85 del mismo cuerpo normativo, al establecer que el juez deba escuchar al niño, y tomar en cuenta su opinión, pues la opinión de los menores es importante, pero la misma deberá ser evaluada en base a un conjunto de medios probatorios, los cuales van a ser fundamentales para poder establecer que es lo que le conviene al menor.

En tal sentido, los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes deberán ser evaluados bajo el contexto en el cual se encuentran los menores, en base al principio del interés superior del niño, donde será fundamental para una decisión favorable al menor, la existencia de material probatorio.

▪ **Expediente 01817-2009-PHC/TC.**⁵⁷

En la presente se establece la importancia de que el menor pueda contar con una familia, y la de no ser separado de ella, en tal sentido, se precisa lo establecido por el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual dispone que tanto el niño como el adolescente va a tener el derecho a que puedan vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia. Siendo este un derecho implícito en concordancia con el derecho de la dignidad de la persona humana, junto con el derecho a la vida, a la identidad, al desarrollo integral de la personalidad, los cuales son reconocidos por la

⁵⁶Cas. N° 1961-2012 Lima, de 10 de septiembre de 2013.

⁵⁷ STC Exp. N°01817-2009-PHC/TC. del 07 de octubre de 2009.

Constitución, mediante su artículo 1 y 2. En tal sentido, será la familia quien proporcione el cuidado y la protección a los menores, por ende, cuando exista cualquier decisión familiar, la cual limite algún derecho relacionado con la familia, deberá prevalecer el interés superior del niño, debido a que la autoridad que se le llegue a reconocer a la familia, no implica que exista un control arbitrario hacia el menor, pues si esto fuese así, podría existir un daño al desarrollo, la integridad y la estabilidad del menor. El Tribunal, en esta línea precisa que, aunque bajo el interés superior del niño se debe priorizar que los menores estén bajo la custodia de sus padres, pueden existir situaciones donde la separación de ellos con sus padres, sea una necesidad para que pueda prevalecer el bienestar del menor. En este sentido, van a poder existir casos donde, por ejemplo, los menores puedan estar sufriendo algún tipo de maltrato, o en su defecto que exista un descuido por parte de sus padres, por la que la precisión que se hace es apropiada en virtud de preservar el interés superior del niño.

▪ **Casación. 5784-2019**⁵⁸

Mediante la presente, se detalla la variación de tenencia y la custodia legal, en tal sentido se llega a precisar respecto al interés superior del niño, que el mismo se deberá entender como una norma de procedimiento y un principio interpretativo, por lo cual es fundamental considerar la situación en la que se encuentra el menor afectado, para poder establecer una decisión que este acorde a lo que le conviene al menor, respecto a su cuidado, su seguridad y su protección. Por otro lado, respecto a la variación de la tenencia del menor, no puede ser establecida en aquellos casos en los que el progenitor que tenga la tenencia desee estudiar y trabajar, pues esta situación de ninguna manera puede considerarse como una razón suficiente para perder la tenencia de un menor. Por último, en la presente casación se toma la importancia a la opinión del menor, según lo establecido por el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, pues en la presente, se le llegó a preguntar a la menor “¿Cómo te llamas? A lo que su respuesta culmina diciendo “Me gustaría ver a mi mamá, vivir con ella”. Lo cual fue valorado al momento de tomar la decisión.

⁵⁸ Cas. N° 5784- 2019 Lima, de 30 de septiembre de 2021.

▪ **Casación 2151-2016**⁵⁹

En la presente se llega a establecer la importancia de la opinión del menor respecto a la existencia o eliminación de la filiación, que acontece en el caso en mención, por lo que el hecho, de no llegar a entrevistar al menor, de no saber su opinión, de no tomar su declaración, implicaría que no se podría saber cuál sería su sentir respecto al caso específico, por lo que de esta manera, se estaría trasgrediendo el interés superior del niño, es en ese sentido que, mediante la interpretación en minoría que se dio en la casación señalada, por lo que se debería investigar y tener en consideración el sentir del menor, respecto a un caso específico, y respecto a ello, ver si en virtud al interés superior del menor, es conveniente llegar a vulnerar o no, la normativa nacional. Es bajo esta interpretación que se llega a señalar la importancia de la participación del menor respecto a lo que piensa y siente.

3. CONCORDANCIA REFERENTE AL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE CONCILIACIÓN

Lo establecido por el artículo 7 de la Ley de Conciliación va a estar en concordancia por distintos Decretos respecto a las materias que son conciliables, en el tal sentido el Decreto Legislativo 1070 llega a sostener las materias que van a ser conciliables, en donde bajo la materia familiar, resalta que el conciliador, deberá aplicar su actuación en torno al principio del interés superior del niño. Por otro lado, el Decreto Supremo 014-2008-JUS también establece que el conciliador de familiar, va a procurar que las partes lleguen a poder establecer acuerdos conciliatorios, privilegiando el interés superior del niño. Finalmente, el Decreto Supremo 007-2013-JUS, precisa que los Jueces de Paz van a tener la facultad de llegar a conciliar aquellas pretensiones referidas a la pensión de alimentos, y que no va a ser factible las pretensiones referentes a la violencia familiar.

⁵⁹ Cas. N°2151-2016-Junín, de 08 de enero de 2018, voto en minoría.

4. NOCIÓN DEL ARTÍCULO 7 DE LA CONCILIACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA RESPECTO DE LA TENENCIA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

4.1 La Congruencia Procesal en los Procesos de Tenencia

La congruencia procesal es un tema de gran relevancia dentro del desarrollo procesal del derecho de familia, pues en pro de proteger los intereses de los menores, los jueces, en mérito de lo dispuesto en el tercer pleno casatorio civil, pueden flexibilizar la aplicación del principio de congruencia procesal; y así beneficiar los intereses de los menores en los procesos como el de tenencia.

El problema más grave que encuentra solución en esta flexibilización del principio de congruencia procesal es el tema de la imposibilidad de reconvenir cuando se trate de un proceso único, regulado dentro del Código de los Niños y Adolescentes, el problema con esta prohibición expresa de poder reconvenir en este tipo de procesos, es que limita al juez en cuanto a su discrecionalidad para resolver los conflictos jurídicos de manera más adecuada.

La propia naturaleza de un proceso de tenencia implica que los padres ya no continúan con la vida en común familiar, lo que directamente incide en el hecho que entre ellos existen problemas de conflictos de intereses, ello significa también que no necesariamente estarán de acuerdo en cuanto a la tenencia del menor ante lo cual será el juez, quien, aplicando el derecho, deberá darle solución a la controversia jurídica salvaguardando los intereses y derechos del menor.

Ante esta situación, los propios jueces muchas veces se verían atados de manos en cuanto a brindar una solución correcta a los problemas de tenencia de menores, pues, la imposibilidad de reconvenir en este tipo de procesos implica que el juez tendrá que obligatoriamente pronunciarse sobre el fondo del asunto siendo que el demandante del proceso sea o no el adecuado para encargarse de ejercer la tenencia del menor, lo cual no le da solución al problema.

Sin embargo, el tercer pleno casatorio civil, fija como precedente vinculante de observancia obligatoria que, dentro de los procesos de familia, el principio de congruencia procesal el cual puede ser flexibilizado para así alcanzar una solución adecuada a la controversia jurídica.

Así pues, a partir de los fundamentos del tercer pleno casatorio civil, en los procesos de familia, dentro de los cuales están los procesos sobre tenencia, se puede flexibilizar la congruencia procesal; así, cuando el juez observe que el demandante del proceso único no sea el adecuado para ejercer la tenencia del menor, podrá flexibilizar el principio de congruencia procesal y permitir que el progenitor demandado pueda reconvenir, o en todo caso, pronunciarse en el sentido que la tenencia la tenga el padre con mayor aptitud para ejercérsela.

Al respecto se debe aclarar que, la flexibilización del principio de congruencia procesal no debe ser entendida como una carta abierta para que el juez resuelva lo que no ha sido materia de debate, pues se deberá tener en cuenta el pedido expreso de la demanda y el pedido implícito del demandado en un proceso de familia, así, garantizar el derecho de defensa y el contradictorio.

4.2 Los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, establecidos en la Ley 30466

Es mediante la Ley 30466 que se van a establecer tanto los parámetros como las garantías procesales que se deben de considerar en virtud a este interés, por lo que en todos aquellos procedimientos que se encuentren inmersos en aquellos derechos que les corresponden a los menores, en concordancia con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, y la Observancia General 14, además del artículo IX del título preliminar del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. En tal sentido, mencionaremos tanto los parámetros como las garantías procesales que establecen:

Parámetros para la aplicación del interés superior del niño.

- a) El carácter tanto universal, indivisible, independiente, así como también interrelacionado de los derechos del niño.
- b) Reconocer a los niños como titulares de derechos.
- c) Los alcances y la naturaleza establecidos en la Convención sobre los derechos del niño
- d) El respetar, proteger y realizar aquellos derechos establecidos en la Convención sobre los derechos del niño.
- e) La relación con el corto, largo y mediano plazo respecto a los efectos de aquellas medidas que están relacionadas con el desarrollo del menor.

Garantías procesales para la aplicación del interés superior del niño.

En virtud a lo establecido por la Observancia General 14, se establecen las siguientes garantías procesales:

- a) El derecho que tiene el niño de poder expresar su opinión.
- b) Poder llegar a determinar los hechos, donde van a poder participar distintos profesionales a fin de que puedan evaluar el interés superior del niño.
- c) La percepción del tiempo, puesto que, la dilación de tiempo en los procesos va a poder afectar con la evolución de los niños.
- d) Que lleguen a participar profesionales cualificados.
- e) Que el niño pueda ser representado de manera letrada, siempre y cuando lo autoricen los padres.
- f) La argumentación de manera jurídica de la decisión tomada.
- g) Los mecanismos apropiados para poder revisar las decisiones que fueron tomadas.
- h) Llegar a evaluar el impacto de la decisión tomada en virtud a los derechos del niño.

4. LA TENENCIA Y SU RELACIÓN CON LA ESTABILIDAD EMOCIONAL DEL NIÑO DESDE UN ENFOQUE SOCIO – JURÍDICO

Si bien es cierto de que los derechos humanos, por su naturaleza, deben ser reconocidos a todas las personas, sin que exista algún tipo de distinción, por el simple hecho de pertenecer a la raza humana, durante la historia, el reconocimiento y aplicación en favor de los niños y adolescentes no resultó tan sencillo.

Es así, que a partir de la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño materializó este reconocimiento, y a partir de ella, tanto los Estados como las personas lograron tener una conciencia apropiada sobre la existencia de derechos aplicables a este sector de la población, los cuales no solo los van a llegar a favorecer a su titularidad, sino también van a llegar a obligar al Estado a implementar programas, políticas y normas para que de esta manera pueda garantizar su aplicación y, por otra parte, facultan a los menores para que puedan demandar su aplicación o vulneración, pues los mismos, son reconocidos como sujetos de derechos. Dentro de esta misma línea, el Estado peruano ha reconocido Constitucionalmente, una serie de derechos en

favor de los niños y adolescentes donde se encuentran, por ejemplo, el derecho a la vida, a la identidad, a la familia, a su libre desarrollo, a la educación, etc. También, ha implementado mediante el Código de los Niños y Adolescentes un tratamiento especial para los menores infractores y en la jurisdicción de familia ha establecido varios procesos dirigidos a realizar una efectiva protección que deben realizar los padres a sus hijos, donde se encuentra el proceso de tenencia, mediante el cual, se va a llegar a situar al menor con el padre que mejores condiciones le ofrezca para su desarrollo integral, sin desconocer la continuidad de la relación paternal que el otro padre debe ejercer en caso de conflicto.

En la realidad judicial estas determinaciones son tomadas por un juez atendiendo siempre al interés superior del niño, es decir, a las circunstancias que más le favorezcan al menor, y obviamente en el menor tiempo posible para que el niño no pierda su estabilidad emocional.

Este objetivo resulta coherente y hasta deseable, pero, la realidad nos aleja de tal situación, pues en nuestro aparato judicial un proceso de tenencia puede prorrogarse por años, cuando se presentan pruebas y contrapruebas durante el proceso, lo que dilata la urgencia del caso. Situaciones cotidianas, pero urgentes para el desarrollo del menor pueden verse entroncadas por la extensión de estos procesos; por ejemplo cuando al menor deba de inscribirse en un centro educativo cercano al domicilio donde habitará, cuando el menor debe de viajar, cuando el menor deba de acudir al médico, es decir es urgente establecer al progenitor que ostentará la tenencia, puesto que en él recaerá el deber de resguardar los intereses del niño así como velar por su integridad física, y psicológica, ya que será quien conviva y en primer grado dirija los deberes, y el comportamiento del niño para su bienestar y correcto desarrollo en sociedad.

Pero este ideal propósito con el que concluye un proceso de tenencia fijado por un juez puede tardar años, es por eso que nuestra ley ha previsto otras formas de llegar a un acuerdo para delimitar la situación del menor cuando una pareja decide poner fin a su relación convivencial o conyugal, como es el proceso de conciliación extrajudicial en temas de familia, que muchas veces representa la mejor salida y opción de los progenitores para finiquitar el tema mediante un “acuerdo” de ambos.

Empero somos de la crítica que el proceso extrajudicial sobre tenencia tiene un proceder débil, puesto que al no existir ninguna exigencia o documento que respalde la voluntad

de las partes, más que su sola palabra, muchas veces se confía en el actuar de los padres, para delimitar la tenencia del menor, y dar por concluido el tema sobre la responsabilidad con los niños e infantes y si ocurriese algún incumplimiento del acta celebrado pues al tener valor de título ejecutivo su cumplimiento se realizaría también mediante un proceso “célere” o de ejecución puesto que, los acuerdos ya están establecidos y “solo es cuestión de cumplirse”.

Sin embargo, esto, a nuestro punto de vista debe tratarse con pinzas, pues no estamos hablando de derechos disponibles o patrimoniales, estamos hablando de derechos indisponibles, es decir aquellos que no se pueden negociar, transar, ceder y son irrenunciables, el derecho a la salud mental del niño no se puede negociar, transar o ceder así sin más que una retribución por pensión alimenticia, es necesario evaluar y resguardar aunque por lo menos, exigiendo alguna constancia o informe valorativo que de consistencia a la voluntad del progenitor de tener consigo y bajo su cuidado al niño la tenencia que se disputa, puesto como hemos desarrollado en el ítem anterior, no se puede confiar el cuidado de nuestros niños menores a padres que sufran de algún problema psicológico o sean maltratadores. Apoyamos esta aseveración con el estudio de Cavelte⁶⁰ cuya investigación mostró que los maltratadores tienden a obtener puntuaciones altas en algunos trastornos de personalidad, especialmente en los tipos narcisista, antisocial y "borderline".

Es importante recalcar que la protección al interés superior del niño en aquellos procesos conciliatorios en donde se determine la tenencia, va a implicar también según Canales⁶¹ que exista una protección a los niños y adolescentes, misma que va a significar tener la custodia física del menor a fin de poder cuidarlo y asistirlo. Al respecto, es importante señalar lo establecido por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes el cual llega a sostener que si existiera un acuerdo respecto a la tenencia del menor entre sus progenitores, y este resultara perjudicial para el menor, la tenencia la tendrá que resolver el juez especializado, dictando las medidas que sean necesarias para su cumplimiento; esto debido a que el presente principio va a imponer al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que lleguen a asegurar la protección de los niños ante la

⁶⁰E. CALVETE. Características de salud mental de los hombres que maltratan a su pareja. *Rev. esp. sanid. penit.* [online]. 2008, vol.10, n.2, pp.49-56. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202008000200004&lng=es&nrm=iso>.

⁶¹ C.CANALES TORRES, *Patria potestad, tenencia y alimentos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 101-115.

existencia de malos tratos por parte de sus relaciones familiares, sus relaciones públicas y sus relaciones individuales.

Con base a lo mencionado, debe ser el Estado el que, mediante sus distintos órganos, llegue a asumir un deber positivo a fin de implementar todas las medidas y acciones legislativas, sociales, administrativas y educativas, que sean necesarias para proteger a los niños ante cualquier tipo de violencia. Por otro lado, la guía de evaluación y determinación del Interés superior de la niñez en los procesos judiciales⁶² elaborada por el consejo de la judicatura de Ecuador establece que en aquellos procesos en donde se tome decisiones sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes será necesario que los jueces tengan conocimiento de la existencia otros procesos judiciales, investigaciones previas y sentencias penales, las cuales lleguen a involucrar a los progenitores del menor, aunque no se hace mención con lo señalado a la conciliación, dicha precisión pueda calcar perfectamente a la información con la que podría ser requerida en un proceso conciliatorio el cual llega a implicar los derechos de los menores.

5. ¿QUÉ PARÁMETROS DEBE VALORAR EL CONCILIADOR PARA MEDIAR EN UN PROCESO DE CONCILIACIÓN?

Como lo hemos indicado en un proceso judicializado, el juez basa su decisión sobre tenencia tomando en consideración varios hechos palpables y pruebas ofrecidas que denotan, por ejemplo; el tiempo de convivencia del menor con el progenitor, el lugar donde se desarrolla diariamente el menor, los cuidados de los que es provisto como la indumentaria, espacio, alimento, comodidad, etc. Es decir, se valora la cuestión material, pero la naturaleza del proceso va más allá, la esencia del proceso es asignar el cuidado de menor indefenso que está en un proceso de formación física, intelectual, emocional al progenitor o adulto que reúna las mejores condiciones a fin de que se pueda garantizar el pleno desarrollo del menor, en función al principio del interés superior del niño.

⁶² Consejo De La Judicatura, *Guía Evaluación Y Determinación Del Interés Superior De La Niñez En Los Procesos Judiciales*, Gaceta Jurídica, Guayaquil. Disponible en: <<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf>>.

Ahora vayamos a un procedimiento extrajudicial, me refiero al proceso de conciliación para fijar la tenencia del menor, para poder entender la fundamentación de mi estudio, es necesario entender y conocer cómo se realiza el procedimiento extrajudicial de familia en nuestra comunidad y si el conciliador logra actuar como un mediador y agente de la realidad para obtener el acuerdo más óptimo en salvaguarda del principio del interés superior del niño que rige toda pretensión que se refiera a la familia.

Para empezar este procedimiento cuando dos personas acuden a dichas instituciones, el conciliador extrajudicial les solicita 3 documentos: 1) copia de DNI de los progenitores. 2) Copia del DNI o partida de nacimiento de los menores de edad. 3) Número de cuenta bancaria donde se realizará el depósito de la pensión alimenticia. Como se evidencia, no se exige la presentación de documentos dirigidos al tema de la tenencia, como tampoco, se exige documentos que acrediten la solvencia económica de los padres para poder fijar los alimentos, pues como es de suponer, no es un proceso judicial, no es su naturaleza, al contrario, el procedimiento de conciliación es lo opuesto de un proceso judicial, he ahí su naturaleza y por lo que fue creada, para agilizar y evitar verse inmerso en el engranaje judicial.

Seguidamente, el conciliador, los notifica en el acto y programa una cita presencial para la audiencia, consiguientemente el día de la audiencia ambos progenitores, acuden a fijar tales acuerdos, que previamente ya han estipulado, así que simplemente lo que realiza el conciliador es tipear el documento y cambiar los datos que en la plantilla ya está estipulado, concluye la audiencia con las firmas de ambas partes y con la firma de verificación del abogado conciliador que dará legalidad al acta, para finalizar dicho procedimiento, se expiden copias a ambas partes y se archiva una copia del acta acompañada de los anexos primigenios en el archivo del centro de conciliación para su constancia.

Vemos que en definitiva es un procedimiento simple, sin mucho trámite burocrático, como lo señala su naturaleza normativa, no obstante, evidenciamos que la función del conciliador se ha automatizado, puesto que se limita a redactar y dar por establecido el acuerdo de las partes, todas las funciones (facilitador, comunicación, traductor, diferenciador de posiciones e intereses, agente de realidad, entre otras) que la doctrina le ha provisto no la personifica, no se brinda la oportunidad de valorar los criterios de las partes para llegar al acuerdo pactado, puesto que ha mecanizado su función, y solo

plasma los acuerdos de las partes en el documento, mirando de reojo el principio del interés superior del niño.

En ese entender, no seremos tan rigurosos en el proceder de los conciliadores, puesto que atendemos que ellos también responden a una serie de factores para su proceder, en primer orden obedecen a la voluntad de las partes, que sin más son tajantes en su acuerdo y simplemente acuden al centro de conciliación porque necesitan otorgarle validez (o como coloquialmente dicen “tener un documento de respaldo”) a dicho convenio con la firma del conciliador, otro factor puede ser también, la demanda laboral del centro de conciliación que no se da a vasto con la atención de cada caso en específico, mediar, hacer entender, proponer, demanda tiempo y vocación, puesto que ellos también se rigen a las disposiciones que acoge la ley de conciliación. Por ende, a ellos (los conciliadores) no se les puede exigir más de lo que su norma contempla y estos tampoco pueden exigir a sus usuarios más de lo que su norma dispone.

Este mismo panorama se puede apreciar no solo en centros conciliatorios privados, sino también en centros dependientes a las Municipalidades, como las DEMUNAS cuyos servicios conciliatorios son gratuitos, en lo que concierne a los derechos de los niños (alimentos, tenencia y régimen de visitas), este servicio como su reglamento contempla, se encuentra conformado por un equipo de profesionales; psicólogo, trabajador social y abogado, donde la función de cada profesional encuentra también sus límites conforme a su reglamento, pero sin temor a equivocarnos aseveramos que la conciliación que se realiza en estos servicios públicos son más reales, puesto que el psicólogo y el defensor municipal realiza su labor logrando intervenir como facilitador, comunicador, traductor, diferenciador de posiciones e intereses, agente de realidad, y ello logra realizarse porque encuentra apoyo en su equipo humano. El abogado cumple la función de darle validez legal al acta con los acuerdos pactados, el psicólogo cumple la función de analizar la situación emocional de cada parte incluido la del menor e incluso darle soporte emocional a cada parte interviniente; por último, el trabajador social cumple la función de corroborar las manifestaciones de ambas partes, así como darle seguimiento, post acta de conciliación a la situación de ambos padres y del menor.

Es por ello que con la propuesta con la que hemos dado inicio a nuestro trabajo investigativo, exigir una constancia o documento análogo que respalde la sanidad o cordura mental del progenitor que pretende tener la tenencia podría coadyuvar a velar

el interés superior del niño. No representa una imposible realización, al menos no más de la que ya se viene practicando en los centros de conciliación que están a cargo del Estado.

CAPÍTULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES

1. Respecto al primer objetivo, el interés superior del niño, tiene la función principal de asegurar la integridad tanto física y psicológica del menor, en tal sentido, el sistema jurídico peruano mediante la Ley 30466 establece al interés superior del niño como un principio, del mismo modo llega a establecer, los parámetros de su aplicación en concordancia con la Observancia General 14, junto con las garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Por otro lado, mediante la Ley 27337, se va a establecer el desarrollo de los menores en un ambiente apropiado. Respecto al ámbito jurisprudencial, según lo establecido por Sokolich, el cual sostiene que el único límite que pueda existir respecto a la aplicación del interés superior del niño, a través de la instancia judicial, es que la decisión que se establezca, esté debidamente fundamentada, pero siempre, contribuyendo de la manera más beneficiosa hacia el menor, que se encuentre involucrado. De acuerdo a la jurisprudencia, según lo establecido por la Casación 1961, los artículos 84 y 85, del Código de los Niños y Adolescentes (referentes a la tenencia y la opinión del menor) se deberán evaluar bajo el contexto en el que se encuentren los menores, en este mismo sentido el Expediente 01817-2009-PHC/TC. va a establecer que, existirán casos, en que los menores, en base al interés superior del niño, tengan que ser separados de sus progenitores o de uno de ellos, pues esta medida será de vital importancia para que pueda prevalecer el bienestar del menor. Finalmente, la Casación 5784-2019 llega a sostener, por otro lado, que la tenencia no podrá perderse en aquellos casos en los que el progenitor que viva con el menor decida trabajar y estudiar, puesto que, esta razón no es suficiente para establecer una variación de tenencia.
2. Se concluyo que los procedimientos para determinar la tenencia del menor, respecto a las conciliaciones familiares, no protegen al principio del interés superior del niño, puesto que los agentes de conciliación obran como cumplidores de la voluntad de las partes. De igual manera, se evidencia que la ley proyecta una estructura rígida en las conciliaciones de familia, y su labor del conciliador se va a limitar a aceptar los acuerdos de las partes. Sin embargo, el artículo 81 del Código de los Niños y

Adolescentes llega a sostener que, si existiera un acuerdo respecto a la tenencia del menor entre sus progenitores, y este resultara perjudicial para el menor, la tenencia la tendrá que resolver el juez especializado, dictando las medidas que sean necesarias para su cumplimiento pues ello debido a que el presente principio va a imponer al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que lleguen a asegurar la protección de los niños.

3. En proporción al tercer objetivo específico, la Ley 30466 al establecer como un principio el interés superior del niño, va a llegar a otorgar al niño el derecho a que se establezca de manera primordial su interés superior, respecto a aquellas medidas, las cuales lleguen a afectar al menor de manera directa o indirecta. En este orden de ideas, Pacheco sostiene que, mediante la Ley 30466 se busca otorgar al menor el derecho a que se tome de manera primordial su interés superior frente a otros derechos cuando entren en colisión. Por otro lado, mediante la Ley 27337 se va a reconocer el derecho a que los menores vivan, crezcan y se desarrollen en el seno de una familia, y si el menor, no cuenta con una familia natural, tendrá el derecho de crecer en un ambiente familiar adecuado. De igual forma, el Código de Niños y Adolescentes en su artículo IX del título preliminar establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado sea considerada en virtud al principio del interés superior del niño y del adolescente. Por consiguiente, el interés superior del niño, es un principio interpretativo que requiere una evaluación de las circunstancias en cuestión a la situación más propicia para su cuidado, protección y seguridad.
4. Respecto a la conclusión final, si bien es cierto, que la normativa nacional mediante el artículo 7 de la Ley de Conciliación. Ley 26872, señala que el conciliador deberá aplicar el principio del interés superior del niño, no se precisa de qué manera se deberá establecer el presente principio, pues la conciliación al ser un acto de voluntad entre las partes, el conciliador va a terminar obrando en base a la voluntad y los acuerdos en que lleguen las partes, por lo que estos acuerdos respecto a los procesos para otorgar la tenencia del menor, no siempre van a terminar protegiendo el interés superior del niño.

2. RECOMENDACIONES.

1. Con base en lo expuesto, podemos concluir que es necesaria la modificación de la Ley 26872 y su reglamento (DS N°014-2008-JUS) para que a futuro se les pueda exigir a los progenitores que presenten un informe psicológico que avale su intención y posibilidad de cuidar al niño cuando soliciten extrajudicialmente la tenencia del niño. Dicha modificación en la ley no modificaría la política de protección de los derechos del niño que mantiene el Estado peruano, del mismo modo, guarda completa armonía con los estándares de la Convención y no contraviene alguna disposición normativa vigente, ni tiene vicios de inconstitucionalidad. En tal sentido, es importante recalcar que el informe psicológico, al que se hace referencia, va a poder demostrar que, las partes que lleguen solicitar la tenencia de un menor mediante un proceso de conciliación van a contar con una adecuada estabilidad, tanto psicológica como emocional, puesto que el presente informe va a llegar a establecer una revisión de la anamnesis y el historial familiar, donde se evidencie que las partes que pretenden tener la tenencia del menor, cuenten con un perfil psicológico estable en concordancia con las normas sociales, no presentando rasgos de algún tipo de patología, la cual pueda ser perjudicial para el menor; además que con la inclusión de estos documentos se va a poder contar con información apropiada sobre el estado de las partes que buscan la custodia del menor mediante datos que sean objetivos y fiables a fin de establecer la estabilidad o inestabilidad que podrían presentar las partes en cuestión. Si bien es cierto, el presente informe que se recomienda, podría llegar a implementar la presentación de documentos adicionales para las partes del proceso de conciliación, el fin de estos documentos, están en base a proteger el interés superior del niño.
2. En segundo orden, se debe de concientizar a los conciliadores privados, puesto que ellos mismos representan una autoridad que apoya a resolver una controversia que en términos intrapersonales no se pudo lograr, para que provean de su servicio de una manera más empática con el usuario que acuda a su dependencia, para que de tal forma actúe como observador y mediador y no solo transcriptor de acuerdos, puesto que muchas veces es solo una de las partes quien acepta los intereses del otro, conociendo que quizás la otra parte no es la mejor opción para tener el cuidado del

menor, pero con el fin de no acudir a la vía judicial, (porque como sabemos es un desgaste emocional y económico acudir a un juicio) se subordina a los intereses de la otra parte.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

LEGISLACIÓN:

1. Congreso de la República del Perú, Ley N.º 27337, *Código De Los Niños Y Adolescentes*, Perú, entrado en vigencia el 08 de agosto de 2000.
2. Congreso de la República del Perú, Ley N.º 26872, *Ley de Conciliación*, Perú, entrado en vigencia el 13 de noviembre de 1997
3. Congreso de la República del Perú, Ley N.º 30466, *Ley que establece parámetros y Garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño*, Perú, entrado en vigencia el 17 de junio del 2016.
4. Congreso de la República del Perú, Ley N.º 31590, *Ley que regula la tenencia compartida*, Perú, entrado en vigencia el 27 de octubre de 2022.
5. Congreso de la República del Perú, *Resolución Directoral N.º 069-2016-JUS/DGDP*, Perú, entrado en vigencia el 12 de agosto del 2016
6. Congreso de la República, *Constitución Política del Perú*, entrado en vigencia el 31 de diciembre de 1993
7. Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, entrado en vigencia el 2 de septiembre de 1990.
8. Organización de las Naciones Unidas. Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Establecido el 29 de mayo del 2013.

DOCTRINA:

9. A. CHOPITEA FALCÓN, “Vulneración del principio del interés superior del niño por la inaplicación de la tenencia compartida en los procesos de divorcio y tenencia, tramitados en el primer juzgado de familia de Tarapoto durante el 2015-2016”, *Universidad Cesar Vallejo*, 2017. Disponible en <<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/23374>>
10. A. PLACIDO, *Manual del derecho de familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 51.
11. ALVITES-SUITO, P. & CHANG-CABREJOS, A. *Análisis de la tenencia compartida extrajudicial en aceptación al principio del interés superior del niño en el Perú*, Universidad César Vallejo, Piura, 2021, p 2. Disponible en <<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/66976#:~:text=En%20la%20tenencia%20compartida%20extrajudicial,m%C3%ADnimos%20filtros%2C%20controles%20y%20garant%C3%ADas.>>
12. B. AGUILAR LLANOS, “La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida”, *Derecho & Sociedad*, N.º32, 2019, pp. 193-194. Disponible en

- <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425/17705>>
13. C. CANALES TORRES, *Patria potestad, tenencia y alimentos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 101-115.
 14. C. GUZMÁN BARRÓN, “La Conciliación: principales antecedentes y características”, *Dialnet*, pp. 67-74. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5002590.pdf>>
 15. C. MARTÍNEZ GARCÍA Y C. MORAL BLASCO, “Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño”, *Comillas edu*, Madrid, 2017, pp. 8-27. Disponible en: <https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018_StC_Guia_para_la_evaluacion_y_determdetermi_A4_online_version-ilovepdf-compressed.pdf>
 16. C. RUSKA MAGUIÑA Y M. LEDESMA NARVÁEZ, *La conciliación en familia*, Lima, 2007. <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/818cc900476afde580b2e41f51d74444/ConciliacionEnFamilia110708.pdf?MOD=AJPERES&attachment=true&id=1309448928875>>
 17. CASTRO-VILLENA, A. & CHALCO LUQUE, K., “Principio del Interés Superior del Niño en los procesos únicos de ejecución de actas de conciliación extrajudicial de tenencia y régimen de visitas”, *Revista Peruana de Derecho y Política*, N° 1, 2021, pp.31-73. Disponible en: <<https://idicap.com/ojs/index.php/dike/article/view/43/62>>
 18. D. CERQUÍN HUAMÁN Y E. HUACCHA CACHI, “Criterios jurídicos para fijar la tenencia compartida en el Perú”, *Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo*, 2019, pp. 48-49. Disponible en <<http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/1021/TESIS%20HUACCHA%20-%20CERQUIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
 19. D. CHACAFE, H. FORNO Y P. NINAS, “La conciliación en el Perú: una breve reflexión basada en la teoría del juego y el análisis económico del derecho.”, *Revista de derecho de la PUCO*, 2015, pp. 95-125. Disponible en: <<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168206>>. Consulta: 9 de junio de 2022.
 20. D. CONTRERAS CASTRO, “La conciliación hacia la construcción de un mecanismo efectivo de acceso a la justicia”, *Universidad Libre*, 2010, pp. 18-19. Disponible en<<https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/6081/ContrerasCastroDianaEsther2010.pdf?sequence=1>>
 21. D. PATIÑO MARIACA, “Conciliador- Juez, un rol del conciliador para la descongestión de los despachos judiciales desde la Constitución.”, *Estudios De Derecho*, 62(140), 2005, pp. 15-41.

22. E. CALVETE. Características de salud mental de los hombres que maltratan a su pareja. *Rev. esp. sanid. penit.* [online]. 2008, vol.10, n.2, pp.49-56. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202008000200004&lng=es&nrm=iso>
23. F. PAREJA ACUÑA Y C. PAREJA MUJICA, La importancia de la conciliación extrajudicial en el Perú. Disponible en: < <https://polemos.pe/conciliacion-extrajudicial/> >. (Consultado: 09/06 /2023).
24. G. CHILÓN VALENCIA, Y G. CHILÓN OCAS “Naturaleza jurídica del principio del interés superior del niño y adolescente en los casos de maltrato infantil”, *Universidad privada Antonio Guillermo Urrelos* , 2021, p. 35. Disponible en <<http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/1921/TEESIS%20FINAL%20-%20PRINCIPIO%20DEL%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20NI%C3%91O%20Y%20ADOLESCENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
25. GONZALO-QUIROGA, M. et al, (2011). *Métodos alternos de solución de conflictos herramientas de paz y modernización de la justicia*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 1^{ra} ed., pp. 29-40.
26. I. ORMACHEA CHOQUE, “Violencia familiar y Conciliación”, *Derecho PUCP*, 1999, pp. 75-105. Disponible en: <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6240>>
27. J. DE LA ROSA SANTANA. et al. *Maltrato infantil. Una revisión bibliográfica*. Revista científica estudiantil 2 de diciembre, 2020, vol. 3, no 1 (p. 39).2020.
28. J. DÍAZ HONORES, “El Principio de Oportunidad y la Conciliación Familiar”, pp. 1-14. Disponible en: <<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/792/per-principio-oportunidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Consulta: 17 de octubre de 2022.
29. J. DÍAZ, *Conciliación Familiar un Enfoque Multidisciplinario*, Lam Graf, Lima, 2013, 1^a ed., p. 47.
30. J. LA ROSA CALLE, “Los principios de la Conciliación y la Ley N° 26872”, Dialnet, pp. 107-117. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5002593.pdf> >
31. J. PERALTA ANDÍA, “Derecho de Familia en el Código Civil”, *Idemsa*, Lima, 2008, p. 39.
32. J. Vargas, “Otorgamiento de Tenencia de niños y adolescentes a personas distintas de los padres, en salvaguarda del Principio Constitucional del Interés Superior del Niño. Arequipa, 2017”, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2018, pp. 48 – 50. Disponible en: < <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3344168> >. Consultado: 24 de julio de 2023.
33. J. ZERMATTEN, “El interés superior del niño del análisis literal al alcance filosófico”, *Institut international droits enfant*, 2003, pp. 1-28. Disponible en <

https://nanopdf.com/download/el-interes-superior-del-nio-del-analisis-literal-al-alcance-filosofico_pdf >

34. K. ESCALANTE BARBOZA Y M. BRENES VILLALOBOS, “Nueva visión de la Conciliación en Materia de Familia y su relación con el interés superior del niño (a)”, *Medicina legal de Costa Rica*, 21 (2), 2004, pp.85-100. Disponible en:<https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152004000200010#:~:text=La%20conciliaci%C3%B3n%20es%20un%20proceso,una%20amplia%20gama%20de%20posibilidades.>
35. K. ESCALANTE BARBOZA Y M. BRENES VILLALOBOS, “Nueva visión de la conciliación en materia de familia y su relación con el interés superior del niño (a).”, *Medicina Legal de Costa Rica*, Vol. 21, 2004, pp. 85-100. Disponible en: <https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00152004000200010&script=sci_abstract&tlng=es>. Consulta: 9 de junio de 2022.
36. K. PAULETTE MURILLO, “El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano”, *Universidad y Sociedad*, 12(2), pp. 392. Disponible en <<http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v12n2/2218-3620-rus-12-02-385.pdf>>
37. L. PACHECO – ZERGA, La Jurisprudencia Constitucional Peruana en torno al Interés Superior del Niño, *Universidad de Piura*, Lima, 2017, pp. 3 – 7. Disponible en: <<https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3872> >
38. M. CARMONA LUQUE, “La convención sobre los derechos del niño Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos”, Universidad de Cádiz, 2009, p. 104. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=51801>>
39. M. MARGARITA RENTERÍA, “La conciliación en familia” *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, pp. 1-19. Disponible en: <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2434>>
40. M. SANTAMARÍA, “El concepto del interés superior del niño y su dimensión constitucional” Sistema de Información sobre la primera infancia en América Latina (SIPI), Núm.7, 2019, p.19. Disponible en <<https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/123416/Santamar%C3%ADa%20-%20El%20concepto%20del%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%20y%20su%20dimensi%C3%B3n%20constitucional.pdf?sequence=1> >
41. M. SOKOLICH ALVA, “La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano”, *Vox Juris*, vol. 25, 2013, pp. 81-90. Disponible en: <<https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/1083> >
42. M. SOKOLICH ALVA, “protección y bienestar de los niños privados de cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación”, *Lumen*, N°13, 2017, pp.117-118. Disponible en: <<http://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/578> >

43. N. GATICA Y C. CHAIMOVIC, “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios, 2002 contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, *La semana Jurídica*, 2022, pp. 13-19.
44. Organización de las Naciones Unidas, Día Universal del Niño, 20 de noviembre. Disponible en: <<https://www.un.org/es/events/childrenday/declaration.shtml> >
45. PACHECO-FERNÁNDEZ, C. *Protección del principio de interés superior del niño en la tenencia convenida en los centros de conciliación extrajudicial*, Universidad César Vallejo, Trujillo, 2020, p. 5. Disponible en: <<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/61189> >
46. S. ALEGRE, “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas” Sistema de Información sobre la primera infancia en América Latina (SIPI), Cuaderno.5, 2014, p.4. Disponible en <<https://dif.slp.gob.mx/wp-content/uploads/2022/11/EL-INTERES-SUPERIOR-DEL-NINO.INTERPRETACIONES-Y-EXPERIENCIAS-LATINOAMERICANAS-Silvina-Alegre-y-Otros.pdf> >
47. S. NOBLECILLA ULLOA, “Factores determinantes de la tenencia de los menores en los juzgados de familia de Trujillo: La primacía del interés superior del niño”, *Universidad Privada del Norte*, 2014, p. 11. Disponible en <<https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/1370/Noblecilla%20Ulloa%20c%20Sandra%20Patricia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
48. SUÁREZ-PALACIO, P. & VÉLEZ-MÚNERA, M. “El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental”, *Psicoespacios*, Vol. 12 N° 20, 2018, pp. 174-197. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6573534>. > Consultado: 12 de enero de 2023.

JURISPRUDENCIA:

49. Cas. N° 1961-2012 Lima, de 10 de septiembre de 2013.
50. Cas. N° 5784- 2019 Lima, de 30 de septiembre de 2021.
51. Cas. N°2151-2016-Junín, de 08 de enero de 2018, voto en minoría.
52. STC Exp. N° 2079-2009-PHC/TC, del 09 de setiembre de 2010, F.J. 13
53. STC Exp. N°01817-2009-PHC/TC. del 07 de octubre de 2009

PÁGINAS WEB:

54. La Ley, Ya es oficial: La tenencia compartida será la regla en caso de separación de los padres. Disponible en: <<https://laley.pe/art/14049/aprobado-insistencia-tenencia-compartida-regla-caso-separacion-padres>>

55. Consejo De La Judicatura, *Guía Evaluación Y Determinación Del Interés Superior De La Niñez En Los Procesos Judiciales*, Gaceta Jurídica, Guayaquil. Disponible en: <<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf>>.

INFORMACIÓN ADICIONAL:

56. Datos proporcionados por El Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual a través de los Centros de Emergencia Mujer (CEM 2010).
57. Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, “impacto de la conciliación de la vida familiar y laboral sobre el bienestar de la infancia”, *efr observatorio*, 2011, pp. 13-15. Disponible en <<https://www.compromisorse.com/upload/estudios/000/125/ConciliacionEFR.pdf>>

