



El camino de la tenencia compartida en el Perú: imposiciones sin fundamento

Recibido: 22 de julio de 2024 • Aprobado: 16 de mayo de 2025
<https://doi.org/10.22395/ojum.a4954>

Ana María Amado Mendoza
Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú
aamado@ucsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-2043-6536>

Resumen

El objetivo de la investigación ha sido analizar los fundamentos de la modificatoria y los antecedentes de la Ley 31590, que establece la tenencia compartida como regla general, así como de la Ley 29269, la que reguló por primera vez la tenencia compartida en el Código de los Niños y Adolescentes del Perú, considerándola como una alternativa, no como regla general. Se ha aplicado el método exegético a través de la revisión documental, orientada al análisis de los proyectos de ley, dictámenes de comisiones y el producto final (leyes materia de análisis), en contraste con principio del interés superior del niño, niña y adolescente. La revisión parte de la documentación del Congreso de la República del Perú, publicaciones acerca de la Ley 29269 y la Ley 31590, de los entes involucrados (Defensoría del Pueblo y Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables) y la doctrina relacionada con la materia de análisis. Dentro de los principales hallazgos se tiene que la formulación de ambas leyes no ha cumplido con recibir o tomar en cuenta la opinión de aquellas instituciones que conocen de la problemática que se genera a raíz de un proceso de tenencia; tampoco se han considerado investigaciones respecto a la situación de los procesos de tenencia dentro del marco de la Ley 29269, que sustenten la necesidad de la modificatoria. Si bien en los fundamentos de ambas normas se invoca el principio del interés superior del niño, el contexto de la elaboración de la norma revela que se considera el proceso de tenencia como un derecho de los padres dejando de lado los derechos de los menores.

Palabras clave: derechos del niño, niña y adolescente; protección de los derechos del niño, niña y adolescente; interés superior del niño, niña y adolescente; custodia de los niños, niñas y adolescentes; derecho de familia.

A Path to Shared Custody in Peru: Unfounded Impositions

Abstract

The objective of this research was to analyze the foundations of an amendment and the background of Law 31590, which establishes shared custody as the general rule, as well as Law 29269, which first regulated shared custody in the Peruvian Code for Children and Adolescents, considering it as an alternative, not as the general rule. An exegetical method was applied through documentary review, focused on analyzing the bills, committee reports, and the final product (the laws under analysis), in contrast to the principle of the child's best interests. The review is based on documentation from the Congress of the Republic of Peru, publications about Law 29269 and Law 31590, from the entities involved (the Ombudsman's Office and the Ministry of Women and Vulnerable Populations), and the doctrine related to the subject of analysis. Among the main findings is that the drafting of both laws failed to consider the opinions of institutions familiar with the problems arising from custody proceedings; nor did it take into account research on custody proceedings within the framework of Law 29269 that would support the need for amendment. While the principle of the child's best interest is invoked in the rationale of both laws, the context in which they were drafted reveals that custody is considered a parent's right, disregarding minors' rights.

Keywords: children and adolescents' rights; protection of children and adolescents' rights; children's and adolescents' best interests; child custody; family law.

O caminho da guarda compartilhada no Peru: imposições sem fundamento

Resumo

O objetivo da pesquisa foi analisar os fundamentos da modificação e os antecedentes da Lei 31590, que estabelece a guarda compartilhada como regra geral, bem como da Lei 29269, que regulamentou pela primeira vez a guarda compartilhada no Código da Criança e do Adolescente do Peru, considerando-a uma alternativa, e não uma regra geral. Aplicou-se o método exegético por meio da revisão documental, orientada para a análise dos projetos de lei, pareceres de comissões e o produto final (leis objeto de análise), em contraste com o princípio do interesse superior da criança e do adolescente. A revisão parte da documentação do Congresso da República do Peru, publicações sobre a Lei 29269 e a Lei 31590, dos órgãos envolvidos (Defensoría del Pueblo y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables) e da doutrina relacionada ao assunto em análise. Entre as principais conclusões, destaca-se que a formulação de ambas as leis não cumpriu com a obrigação de receber ou levar em consideração a opinião das instituições que conhecem a problemática gerada a partir de um processo de guarda; tampouco foram consideradas pesquisas sobre a situação dos processos de guarda no âmbito da Lei 29269, que sustentam a necessidade da modificação. Embora os fundamentos de ambas as normas invoquem o princípio do interesse superior da criança, o contexto da elaboração da norma revela que o processo de guarda é considerado um direito dos pais, deixando de lado os direitos dos menores.

Palavras-chave: direitos da criança e do adolescente; proteção dos direitos da criança e do adolescente; interesse superior da criança e do adolescente; guarda de crianças e adolescentes; direito da família.

Introducción

El presente artículo proviene de la actividad investigadora que desarrolla la autora en la Universidad Católica de Santa María, de Arequipa, Perú, donde además dicta el curso de Derecho de Familia y Metodología de la Investigación Jurídica.

Se realiza la revisión de la Ley 31590 (y su antecedente, la Ley 29269), de fecha 24 de octubre del 2022, con base en las observaciones del Comité del Niño y Adolescente, ley en la que se establece como regla general en los procesos de tenencia la aplicación de la tenencia compartida, y plantea una serie de problemas que cuestionan su idoneidad.

En primer lugar, porque su aprobación se produjo por insistencia, con observaciones del Poder Ejecutivo y de los principales organismos relacionados con la materia, como la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, que manifestaron que dada la situación social y económica de nuestro país era inviable la aplicación de una norma de este tipo. En segundo término, porque como muchas otras leyes peruanas, han sido aprobadas sin una revisión del contexto al que se aplicará la norma. En este caso, era primordial revisar las características de los procesos de tenencia, así como los criterios de los jueces al momento de resolver las limitaciones de los equipos multidisciplinarios en el apoyo, que permitieran una real evaluación del núcleo familiar, considerando la importancia de la formación de los niños y niñas en sus primeros años de infancia.

Los objetivos del presente trabajo están orientados a la revisión crítica de las leyes 29269 (2008) y 31590 (2022), así como del principio del interés superior del niño en la regulación de la tenencia.

En primera instancia, se revisará y analizará el proceso de aprobación de las dos leyes, y en un segundo momento se revisarán elementos relacionados con la norma, como es el caso del principio del interés superior del niño y las "medidas necesarias" señaladas en la norma.

Es escasa la producción sobre el análisis del proceso de formulación y aprobación de las normas 29269 y 31590. Se han realizado algunos alcances teóricos relacionados, como el de Camino de Menchaca *et al.* (2023), en el que se cuestiona la norma por no haber hecho mención especial de los niños con discapacidades, y concluye que en general la norma carece de fundamentos. En ese sentido, señala la necesidad de la derogatoria de la ley y una modificatoria que incluya una investigación de la situación actual de los procesos de tenencia, con intervención multidisciplinaria de psicólogos y trabajadores sociales, que permita dar énfasis al interés superior del niño en los procesos de tenencia. Respecto a la viabilidad, resalta que, en el caso del principio del interés superior del niño, se debe individualizar el caso concreto de cada niño o niña, con o sin discapacidad. Así, a fin de evitar discriminación hacia

los niños con discapacidad, se hace necesario que el establecimiento de la tenencia compartida sea a nivel judicial y no mediante una norma que establezca un trato diferenciado, observando siempre las necesidades de cada caso en particular.

De la misma opinión, Bravo Soto (2022), en una revisión documental, concluye que la aplicación de la tenencia compartida debe ser analizada caso a caso. Realiza una revisión de países como España, Francia y Suecia, en los que la tenencia compartida o coparentalidad es aplicada hace más de 20 años, en la que existe un acuerdo entre los padres, y la tenencia unilateral es la excepción que debe ser solicitada al juez, previa prueba de la falta de idoneidad del otro progenitor para seguir adelante con la tenencia compartida.

Aguilar Llanos (2009) escribe acerca de las limitaciones para la aplicación de la tenencia compartida, que van desde la situación económica de los padres, la autoridad sobre los hijos, así como los cuidados que se deben proveer durante el ejercicio de la tenencia. Señala, de manera clara, que el proceso de tenencia, considerando la aplicación del principio del interés superior del niño, es en favor de este y no de los padres. Hace hincapié en la problemática de que surja la alienación parental, a la que el juzgador debe prestar especial cuidado, con miras a proteger a los niños y niñas.

Resulta muy importante el aporte de Justicia-Arráez *et al.* (2019), quienes en un estudio descriptivo señalan que para la aplicación de la custodia compartida es necesario analizar las relaciones de los padres entre sí y con los hijos. Los jueces utilizan fundamentalmente como criterios de la asignación de la custodia compartida, el interés superior del niño, la estabilidad de este, la disponibilidad de los padres, y el cumplimiento de deberes, el vínculo afectivo, que tiene mucha importancia, y lo consideran como base para la formación del menor a futuro. Se resalta la evaluación del impacto del funcionamiento psicológico de los padres en el menor. Los autores concluyen que es importante la intervención de los psicólogos en los procesos de familia mediante los informes periciales.

De opinión contraria es Eduardo Vistín-Castillo (2019), quien opina que la regulación de la tenencia compartida es un avance significativo en beneficio de los niños y niñas, si se mira la experiencia de los países latinoamericanos que lo han incluido en sus legislaciones, en el caso del Ecuador, dentro del marco del *Buen Vivir*.

En esta misma línea, Ana Cecilia Garay (2021) expone una opinión similar, ya que indica que la tenencia o custodia compartida es favorable para los hijos de padres separados o divorciados. Por lo tanto, argumenta que la sociedad debe promoverla como una forma de proteger el interés superior del niño, salvo que existan causas graves que exijan una solución distinta.

Un aporte importante es el de Francisca Fariña *et al.* (2017), quienes hacen referencia a la justicia terapéutica como un elemento que permite gestionar la ruptura de

parejas de manera que favorezca la corresponsabilidad respecto a los hijos. En este sentido, señalan que la tenencia compartida se presenta como una modalidad adecuada para el bienestar de los hijos y la igualdad de los padres, siempre y cuando se considere cada caso de forma particular, se privilegie el interés de los menores, se mantenga una coparentalidad positiva y se humanicen los aspectos legales y judiciales del divorcio.

Asimismo, la posición respecto del análisis del caso a caso también es sustentada por Yazmin Blasquez (2024), quien al analizar las ventajas y desventajas de la tenencia compartida señala que es fundamental que se considere la delimitación del caso a caso en función a las circunstancias personales y familiares, anteriores y posteriores a la ruptura, de cada menor. De igual forma, indica que la inserción en la legislación mexicana debe considerar, por un lado, la educación de los padres, y, por otro, la mediación, con lo que se incentiva la coparentalidad.

De Torres Perea (2021), por su parte, realiza un análisis de la aplicación de la custodia compartida durante la última década y concluye que si bien es cierto que se aplica con mayor frecuencia, se ha producido una bipolarización. Esta divergencia se da entre quienes la consideran un reflejo del derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer y aquellos para quienes el factor prioritario es el interés superior del niño, lo cual impide el establecimiento legal de un tipo de custodia predeterminado. Resulta significativa su observación de que la tensión entre los padres no puede ser un limitante para aplicar la custodia compartida, ya que esto equivaldría a negar la realidad de una ruptura. Asimismo, es enfático al señalar el riesgo de establecer la custodia compartida como regla general, pues se pondría en peligro a los menores que han estado expuestos a entornos de violencia familiar. Finalmente, subraya que el interés superior del niño debe constituir la base fundamental para la aplicación de este régimen de custodia.

Barcia (2019) aporta, en los estudios acerca de la tenencia compartida, el elemento de la alternancia de los padres, la misma que debe ser sustentada en informes psicológicos o de asistentes sociales, que permitan determinar la situación de los progenitores y relieve el interés superior del niño. De igual forma, hace mención de los planes de parentalidad, documento que contiene cómo se desarrollaría la responsabilidad parental de ambos padres.

La problemática planteada por la modificatoria del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N.º 27337, 2000), se encuentra incipiente, queda realizar un análisis de la producción jurisprudencial que otorgue mayores y mejores evidencias de las deficiencias de la norma.

1. Antecedentes de la Ley 29269

En el año 2008 se presentó el Proyecto de Ley 199-2006-CR, referido a la inserción de la tenencia compartida en el Código de los Niños y Adolescentes, en el artículo 81, bajo el siguiente texto:

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos. De no existir acuerdo, el juez especializado, quien será el que resuelva, optará en primer lugar por la tenencia compartida, salvo que advierta que sea perjudicial para aquellos. (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N.º 199/2006-CR, 2007)

Se puede afirmar que esta propuesta constituyó el primer intento de regulación de la tenencia compartida como regla general para los procesos de tenencia, al establecer que sería la primera opción de los jueces al momento de resolver procesos de tenencia, ante la inexistencia de acuerdo entre los padres. Se expresa en la exposición de motivos que el fundamento de la reforma se basa en la necesidad de mayor participación de los padres en la vida los hijos y la preservación de su estabilidad emocional.

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos, en su segunda legislatura ordinaria del año 2007, debate acerca del Proyecto de Ley 199-2006-CR, en el que interviene la autora del Proyecto de Ley, la Sra. Luisa María Cuculiza, quien destaca la importancia de la participación de ambos padres en la formación de los hijos, y señala que la no asistencia a los hijos por parte de alguno de los padres tiene como causa el no tener la tenencia. Por otro lado, la congresista Sra. Rosario Sasieta sostiene que para la aplicación de la tenencia compartida sería importante tomar en cuenta la legislación española, en cuanto se considera como excepcional en su aplicación y solicitada por alguna de las partes y que el juez priorice el otorgar la tenencia a aquel progenitor que garantice el contacto con el otro. De esta forma el Proyecto de Ley es aprobado por unanimidad en dicha comisión (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N.º 199/2006-CR, 2007).

Posteriormente se emite el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos (2008), en el que se desarrolla el tránsito de la protección respecto de los menores, en el sentido de que se ha pasado de la situación irregular a la protección integral de los niños y niñas, con la entrada en vigencia de la Convención de los niños y adolescentes y el Código de los Niños y Adolescentes en nuestro país. Destaca que la propuesta complementa las políticas respecto al fortalecimiento de la familia, regulada mediante la Ley 28542, en la que en su artículo 2, inciso c) regula la promoción de las responsabilidades familiares compartidas entre el padre y la madre.

En dicho dictamen se considera la opinión del Colegio de Psicólogos, que aclaró que la tenencia compartida no consiste en que los hijos permanezcan la mitad del tiempo con cada progenitor, sino en la equitativa distribución de responsabilidades en la crianza, punto muy importante que, al parecer, se obvió más adelante en la

aplicación y en su modificatoria, en las que se asumió como una situación de tiempos e incluso de cumplimiento de la pensión de alimentos.

El Ministerio de Justicia emite opinión desfavorable, por cuanto no se ha tomado en cuenta en la propuesta la participación del menor en el proceso.

En el caso del Ministerio Público, la opinión es favorable, siempre y cuando se considere la intervención del menor en el proceso. El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, por su parte, opina de manera favorable, en la medida en que la propuesta permitirá, a los hijos mantener la situación familiar similar a la que tenían antes del divorcio.

El dictamen desarrolla de manera amplia las consideraciones teóricas relacionadas con el principio del interés superior del niño y su relación con la opinión del menor, sobre todo en los procesos de tenencia, y destaca el amparo legal que tiene este derecho a nivel supranacional a través de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos de los derechos de los Niños, y a nivel nacional en el Código de los Niños y Adolescentes. Concluye recomendando la aprobación por unanimidad, y propone un texto sustitutorio para la modificación del artículo 81 del código en mención:

Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer de los niños y el adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del Niño y el Adolescente. (Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley N.º 199/2006-CR, 2008)

Resultan importantes los aportes de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, en cuanto que es el juez el que resuelve por la tenencia de manera opcional, considerando el interés superior del niño. Existía la preocupación respecto a la intervención del menor en el proceso, a fin de dar cumplimiento a lo establecido por las normas; sin embargo, en ese momento se hacía necesario un informe acerca de la situación de los equipos multidisciplinarios, los cuales brindarían apoyo en la toma de declaraciones de los menores, para no ser consideradas en el caso de existir alienación parental. También había preocupación por la inexistencia de normas o protocolos que regulen la participación de los menores en el proceso.

Igualmente, la Comisión sugiere la inserción de la mediación familiar en los procesos de tenencia, lo cual constituye un aporte importante para un adecuado manejo de conflictos familiares.

Se debe indicar que no se reglamentó la Ley 29269 con el fin de aclarar "las medidas necesarias para su cumplimiento" señaladas en el caso de que sea el juez el que resuelva respecto de la tenencia, por lo que no debió tomarse en cuenta en la

fórmula legal, si no había intención de reglamentar, o, en todo caso, no existía fórmula legal para ello o imposibilidad de implementación, considerando las características de la administración de justicia del Perú.

La Comisión de la Mujer y Desarrollo Social elabora su dictamen con base en las opiniones recibidas del Ministerio de Justicia, Colegio de Psicólogos, Ministerio Público, Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, lo que muestra una preocupación por convocar a aquellas entidades que se encuentran relacionadas con la dación de la norma. En el caso del Ministerio de Justicia (alta dirección), realiza un análisis de la figura de la tenencia compartida, y menciona que en legislaciones como la americana y la canadiense se regula la coparentalidad, que implica una igualdad de intervención de los padres, aunque estén separados, en la formación de los hijos. Resulta importante la referencia que hace a la realidad de las familias peruanas, las cuales ante una ruptura buscan menoscabar el cariño que el o los hijos sienten por el otro progenitor, y la dificultad para que los hijos sean trasladados físicamente de un hogar a otro, por lo que sugiere que debe entenderse la tenencia compartida como el entregar la tenencia a uno de los padres y que el otro participe de manera activa, pero implementada de manera progresiva. Destaca que la tenencia es un derecho de los hijos.

Por su parte, el Colegio de Psicólogos del Perú alerta inicialmente acerca de la escasa información que se tiene respecto de la tenencia compartida. Aclara que la base de esta no consiste en que los hijos permanezcan la mitad de tiempo con cada progenitor, sino la equitativa distribución de responsabilidades en la crianza, cuidados y educación de los hijos, lo que requiere la convivencia alterna con los padres. Menciona otra forma de tenencia compartida, que es la anidación, modalidad en la que los padres son los que se mudan a un domicilio en el que viven los hijos. Sin embargo, es evidente que, por la realidad económica y social de nuestro país, esta opción se hace inviable. De igual forma, el Colegio de Psicólogos señala la importancia de la mediación familiar, en cuanto procura la comprensión de las partes en sus reales necesidades y la importancia de la resolución conjunta de los problemas. Concluye que de producirse una modificatoria, debe incluirse que el juez disponga obligatoriamente la mediación familiar. Lamentablemente el aporte del Colegio de Psicólogos no fue incluido en el texto final de la norma, pese a que la opinión de esta institución era de las más importantes para la elaboración de la propuesta final de la norma. Es recién, 18 años después, que se está dando importancia a la inclusión de la mediación por medio de los equipos multidisciplinarios, en mejora de la aplicación de la Ley 31590, materia de análisis del presente.

En el caso del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, ente rector de la implementación de políticas relacionadas con las poblaciones vulnerables, en este caso los menores, fundamenta su opinión en la Convención de los Derechos del Niño, en la que se establece que ambos padres tienen obligaciones respecto de la crianza y

desarrollo de los niños, también, en la Constitución, que establece la protección de los niños. Concluye indicando que la modificatoria implica un gran avance en el derecho de familia, al permitir la convivencia igualitaria de los padres con los hijos, siendo su opinión favorable (Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley N.º 199/2006-CR, 2008).

El debate del Proyecto de Ley se centra en la importancia de la presencia de los padres en la vida de los hijos, pero se relieva el conflicto que genera la separación y que, por tanto, asumiendo la posición de la legislación española, la tenencia compartida debe ser aplicada de manera excepcional. Se aprueba en primera votación con 89 votos a favor, cero abstenciones y cero votos en contra. Dispensado de segunda votación (Ley N.º 29269, 2008).

El 4 de octubre de 2008 se remite la autógrafa (proposición de ley o de resolución legislativa aprobada que será enviada al presidente de la República) de la Ley 29269, del Proyecto de Ley 199-2006, a partir del texto sustitutorio propuesto por las Comisiones de Justicia y Derechos Humanos (Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley N.º 199/2006-CR, 2008) y de la Mujer y Desarrollo Social (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N.º 199/2006-CR, 2007), la que es publicada con fecha 17 de octubre del 2008.

2. Ley 31590: La Modificatoria

La Ley 31590, promovida por la Comisión de Mujer y Familia, modifica el Código de los Niños y Adolescentes, en los artículos referidos a la tenencia, e incide en el establecimiento la tenencia compartida como regla general.

Proyectos de ley que sustentan la Modificatoria

Proyecto de Ley N.º 1096/2021- CR: Ley que regula la tenencia compartida de los niños y adolescentes. El proyecto es presentado en diciembre del 2021 y plantea una fórmula legal que establece cómo la tenencia compartida debería aplicarse como regla general en los procesos de tenencia, ya sea por acuerdo de los padres o por resolución del juez, considerando la tenencia exclusiva como una excepción. Asimismo, se mantiene la fórmula legal de "dictando las medidas necesarias para su cumplimiento".

Este Proyecto de Ley guarda relación con la política 16 del Acuerdo Nacional referido al fortalecimiento de la familia, promoción y protección de la niñez, la adolescencia y la juventud, y la agenda legislativa, tema 66: Defensa de la mujer y la familia (Resolución Legislativa N.º 002-2021-2022-CR, 2021).

Fundamentan la propuesta en el hecho de que la tenencia compartida permite la alternancia entre ambos progenitores, para lo cual resulta importante la colaboración entre ellos. Igualmente, la propuesta considera la elaboración conceptual de "corresponsabilidad parental" proveniente de la legislación española, la cual permite que los

padres compartan sus roles, sin que exista una superioridad del uno sobre el otro y el derecho del menor de mantener contacto con ambos padres.

En enero del 2022, el Proyecto de Ley fue remitido a la Comisión de Mujer y Familia y justicia y Derechos Humanos. La problemática central planteada radica en que la aplicación de la norma materia de modificatoria, Ley 29269, tiende a otorgar la tenencia de los hijos a la madre en la mayoría de los casos, basándose en el argumento de que ella se dedica principalmente a las labores del hogar, mientras que el padre asume el rol de proveedor, Sin embargo, se presentaron estadísticas del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) que evidencian que ambos progenitores trabajan y que los roles tradicionales han experimentado un cambio significativo en la dinámica familiar.

Proyecto de Ley N.º 01120/2021-CR (2022): Ley que garantiza la aplicación de la tenencia compartida y modifica el Código de los Niños y Adolescentes.

Difiere del Proyecto de Ley 1096 en cuanto hace referencia a una conciliación extrajudicial entre los padres y que de aplicar tenencia uniparental, esta debe ser con una “especial motivación” por parte del juez.

El Proyecto de ley es remitido a la Comisión de Mujer y Familia, donde se acumula con el Proyecto de Ley 1096/2021/CR, por tener contenidos normativos relacionados, así como a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, donde se considera como sustento para su aprobación los testimonios de un grupo de padres que conforman la asociación Tenencia Compartida, creada en el año 2016.

De la lectura de los dictámenes recaídos en los Proyectos de Ley 1096-2021 y 1120-2021-CR, se puede verificar que no se solicitó la opinión del Colegio de Psicólogos del Perú; solamente del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Desarrollo e Inclusión, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Programa Integral Nacional para el bienestar Familiar (Inabif). Con respecto al Proyecto de Ley 1096-2021-CR, únicamente se recibió la respuesta del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, indicando que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables es el ente rector relacionado con las políticas públicas dirigidas a las poblaciones vulnerables, por lo que se debe contar con su opinión técnica.

Se evidencia que la norma modificada era conservadora en cuanto a la aplicación de la tenencia compartida, que quedaba sujeta a la discrecionalidad del juez dependiendo de la situación específica del niño o niña. Si bien es cierto que la regulación de la tenencia compartida data del año 2008 y podría argumentarse que debido al tiempo transcurrido las consideraciones sobre su aplicación podrían haber variado, lo cierto es que la norma original mantenía un enfoque cauteloso en estos procesos, considerando las situaciones de alienación parental y violencia familiar. No obstante,

con la modificatoria se establece la tenencia compartida como regla "imposición" y la tenencia uniparental pasa a ser considerada como excepción.

Respecto a la cautela en cuanto a la tenencia compartida podemos considerar la opinión de Aguilar Saldívar (2009), quien sostiene:

La tenencia compartida, es un híbrido, una situación tal, que deja al hijo o hijos, sin un hogar fijo, o que los cosifica, sin tener presente que los niños necesitan de un lugar estable donde vivir y desarrollarse y, a su vez, de un código coherente bajo el cual desenvolverse; vale decir, reglas claras y uniformes que los guíen y conduzcan.

Se deben considerar las circunstancias que dan lugar a la tenencia en nuestro país, que provienen de la ruptura de las relaciones personales entre los cónyuges, acompañadas de actos de violencia familiar.

El 35,6 % de las mujeres de entre 15 a 49 años fueron víctimas de violencia familiar en los últimos 12 meses anteriores a la encuesta. El 34,8 % indicó que en los últimos 12 meses había sido víctima de agresión psicológica y/o verbal, el 8,1 % de violencia física y el 2,2 % de violencia sexual. (INEI, 2023)

¿El menor deberá someterse a estar un tiempo con ambos progenitores, sin haberse considerado cómo es la relación del menor con cada uno de sus padres? ¿Han logrado los padres superar sus conflictos personales para tomar decisiones de manera conjunta en beneficio de sus hijos? ¿Tienen la misma situación económica? Estas cuestiones son esenciales para garantizar un desarrollo adecuado del menor en un entorno equilibrado y estable.

Se emite un dictamen conjunto de la Comisión de Mujer y Familia, respecto de los Proyectos de Ley 1096 y 1120. En su análisis meramente doctrinario, aborda la normativa referida a la intervención de los niños en los procesos de tenencia, como un derecho que los asiste. Asimismo, desarrolla conceptualmente el síndrome de alienación parental, y señala que la forma en que está regulada la tenencia podría propiciar la aparición de este síndrome.

De igual manera, se toma en cuenta que en un proceso de separación se debe buscar que los menores sean los menos perjudicados y la tenencia compartida procura ello, siempre y cuando las reglas de su aplicación estén correctamente definidas.

Se hace mención a la regulación de la tenencia compartida en Chile, Argentina y Colombia.

Se propone el siguiente texto sustitutorio, contenido en el Dictamen de la Comisión de Mujer y Familia:

Artículo 81: Tenencia compartida

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor.

Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial.

De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente. (Dictamen de insistencia recaído en las observaciones del Poder Ejecutivo a la autógrafo de la ley "Ley que regula la tenencia compartida, modificando los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, 2022)

Uno de los cambios significativos respecto de la fórmula inicial es considerar que la tenencia es para ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor, ya que ello debe implicar la consideración de casos como el de la violencia intrafamiliar. De igual forma, de manera expresa se establece que la tenencia compartida es la primera opción.

La presidenta de la Comisión de Mujer y Familia solicita que se exonere del plazo de publicación a los dictámenes de los proyectos 1120 y 1096, lo que es aceptado por la Junta de Portavoces.

Llevada a votación la propuesta en el pleno del 07 de abril del 2022, se plantea una cuestión previa, a fin de que la propuesta retorne a la Comisión de la Mujer, el documento solo indica la votación que rechaza dicha cuestión previa, aceptando la acumulación del Proyecto de Ley 1687/2021/CR. El aporte del Proyecto de Ley se sustenta en el seguimiento posterior, por parte del juez, mediante visitas inopinadas y citas al juzgado, cuyos fundamentos se encuentran en elaboraciones teóricas de la tenencia compartida como institución y una escueta sustentación legal, mas no alcanza una investigación acerca de la viabilidad de la propuesta, en cuanto la disponibilidad de personal jurisdiccional para las visitas inopinadas, error bastante frecuente en las propuestas legislativas, que siendo aprobadas, en su aplicación se revelan las deficiencias de su proceso.

La autógrafo de los proyectos de ley 1120, 1096 y 1687 es enviada al Poder Ejecutivo, el cual formula observaciones. En primer lugar, argumentó que la tenencia compartida no siempre resulta la mejor opción para los hijos. Asimismo, sostuvo que no se ha fundamentado la relación entre la fórmula legal y el problema de la tenencia. Además, advirtió que, tal como se encuentra redactada, la norma podría generar el incumplimiento de obligaciones internacionales por las consideraciones del interés superior del niño.

El principal aporte de las observaciones del Poder Ejecutivo radica en haber señalado que la tenencia no es un derecho exclusivo de los padres, sino de los hijos, y que su regulación debe estar orientada a contrarrestar cualquier efecto negativo

sobre estos. En este sentido, consideramos que el argumento más relevante expuesto por el Poder Ejecutivo es el siguiente:

El mandato de privilegiar en sede judicial la tenencia compartida es incompatible con una pauta de actuación judicial respetuosa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Deberían ser los juzgados de familia los que en cada proceso deberán resolver la disputa sobre la tenencia atendiendo a las características que rodean el caso y escuchando la opinión del niño o la niña. (Oficio N.^o 138, 2022, numeral 10)

No se puede entregar a los jueces de familia la potestad de fijar en todos los casos la tenencia compartida, en la consideración de que los hijos deben "pasar igual tiempo" con ambos progenitores, ya que esto no necesariamente se traduce en una verdadera tenencia compartida. Es fundamental evaluar, previamente, la situación familiar desde una perspectiva psicológica para garantizar que la decisión sea la más adecuada para el bienestar del menor. En cuanto a la participación del menor, esta debe analizarse de manera individual en cada caso, con el fin de evitar recibirla cuando hay alienación parental.

Se concluye en las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo que no se ha tomado en cuenta la real naturaleza del conflicto, considerando que, en el Perú, de manera mayoritaria, la tenencia es otorgada a la madre, lo que podría generar una discriminación estructural, ya que no se llega a un común acuerdo, sino a una imposición por parte del juzgador.

Plantea una propuesta de modificatoria:

Artículo 81.- Tenencia

Cuando están separados de hecho, el padre y la madre conservan en igual medida los derechos y deberes para el cuidado y crianza de sus hijos e hijas, tomando en cuenta su opinión y determinando de común acuerdo el ejercicio de la tenencia. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer cualquiera de las formas de tenencia que salvaguarden el interés superior del niño, niña o adolescente.

El texto de alguna manera refleja la actitud conservadora de la Ley 29269, en cuanto a la incorporación de la tenencia compartida. Esta no se establece como una norma obligatoria, sino como una opción sujeta a evaluación previa de cada caso en particular. Al estipular que los padres mantienen sus derechos y deberes en la medida de lo posible, se adopta una fórmula que, en la práctica, podría resultar ineficaz o letra muerta, dado el alto nivel de conflictividad que suele presentarse durante los procesos de separación y divorcio, sumado a la falta de mecanismos que garanticen su cumplimiento.

Con fecha 4 de julio del 2022, la Comisión de la Mujer y Familia del Congreso de la República (2022) emitió un dictamen de insistencia sobre las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo respecto a la propuesta de modificatoria del artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes. En dicho dictamen, la comisión señaló que la objeción referida a la autógrafa no resuelve el problema de la tenencia de los hijos y carece de fundamento, ya que es precisamente la norma vigente (Ley 29269), que establece la tenencia exclusiva, la que genera los conflictos al dejar como "visitante" al progenitor que no la tiene. Asimismo, la comisión argumentó que se ha mantenido la tenencia exclusiva para casos excepcionales debidamente fundamentados, en los que la tenencia compartida no es la mejor opción para los niños y niñas. En este sentido, la comisión sostiene que se parte del argumento de que los padres tienen los mismos derechos y deberes respecto de los hijos, y en esa línea, la tenencia compartida debe ser la regla general para aplicar en los casos de tenencia.

Es evidente que el argumento de los legisladores se encuentra basado en que la tenencia es un proceso que favorece los deberes y derechos de los padres. Nada más lejano de lo que realmente debe ser un proceso de tenencia, que debe estar encaminado a salvaguardar los derechos de los hijos.

Se menciona que la autógrafa considera el interés superior del niño y el derecho del niño a mantener relaciones personales y de contacto personal con sus padres de manera regular, puntos observados por el Ejecutivo al considerar que no se tomaron en cuenta los artículos 6 y 9 de la Convención sobre los derechos del niño. Pese a tener nuevamente la oportunidad de recibir la opinión de entidades como el Colegio de Psicólogos, que resulta importante para la dación de este tipo de normas, se limita a un sustento doctrinario.

La Comisión de Mujer y Familia recomienda insistir en la autógrafa, la cual es sostenida ante el Congreso con fecha 13 de octubre del 2022 por la presidenta de la Comisión de Mujer. Llevada a votación se aprueba por 68 votos, 28 en contra y 18 abstenciones.

La Ley 31590 es publicada en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 24 de octubre del 2022, sin variación alguna de la autógrafa, ni considerar algún aporte de la propuesta del Poder Ejecutivo.

Es importante mencionar que el Proyecto de Ley 1096-2021 recibió 23 observaciones del Poder Ejecutivo, pero, a pesar de ello, el Congreso decidió aprobarlo por la vía de la insistencia. Este mecanismo permite que aunque el Ejecutivo plantee objeciones al texto final, el Congreso mantenga su decisión y la norma se promulgue. Así, Juan-Andrés Fuentes (2004) afirma que durante el periodo parlamentario 2021-2023, aproximadamente el 10 % de las leyes se aprobaron por insistencia. Ya en el periodo anual de sesiones 2023-2024, esta proporción se elevó de manera significativa hasta

alcanzar el 23 %. El uso excesivo de este mecanismo no favorece el desarrollo nacional y debilita el sistema de pesos y contrapesos.

En los últimos años, ver que el Congreso aprobó leyes de esta manera, deja claro que muchas veces se legisla sin el cuidado técnico necesario. Esto termina afectando la economía de la gente y refuerza el poder del Congreso en lugar de mantener el equilibrio que debería existir entre las distintas instituciones, algo fundamental para que la democracia funcione bien y se pueda hacer una adecuada evaluación de la producción normativa.

A través de diversas publicaciones, la Defensoría del Pueblo se manifestó en contra de la dación de la norma y basó sus argumentos en que esta no permitiría analizar el caso a caso a fin de resolver de acuerdo con el interés superior del niño y sobre todo en la situación de violencia contra las mujeres. Por esta razón, la tenencia compartida se constituiría en una nueva forma de violencia. Asimismo, la Defensoría destaca la ausencia de debate y de la consideración de la opinión de las instituciones especializadas. Concluye que hay una clara contravención a la Convención de los derechos del niño (Defensoría del Pueblo de la República del Perú, 2022).

De la misma forma, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables considera que la norma afecta el principio del interés superior del niño, y genera un riesgo para su estabilidad física y emocional. Destaca igualmente la importancia de que en el caso de los procesos de tenencia exista la obligación de los juzgadores de evaluar cada caso en particular (Diario Oficial El Peruano, 2022).

En el mismo sentido opina la Jueza Suprema Carmen Julia Cabello Matamala, en declaraciones para el *Diario Oficial El Peruano* (2023), quien indica que cada caso debe ser estudiado de manera individual y que mal se hace en fijar como regla general la tenencia compartida, la que ya se encontraba regulada y no requería de una modificatoria encaminada a su imposición.

Es cierto que la norma es perfectible, considerando el contexto de acuerdo con su especialidad, lo que permite, se entiende, una mejor respuesta a la problemática que pretende solucionar, como es el caso del proceso de tenencia que a través de la modificatoria se buscó solucionar la situación de los hijos cuando los padres se separan o divorcian, en cuanto a mantener su derecho a las relaciones personales y de contacto directo, siempre a la luz del interés superior del niño. En ese sentido, León (2022) afirma:

Es más, es legítimo afirmar que la reforma en favor de la tenencia compartida tiene hasta un indiscutible valor pedagógico, para que nuestra magistratura comience, a partir de ahora, a reflexionar, en su análisis de estos casos, sobre "lo que más convenga al menor" (el *best interest of the child* de la normativa internacional sobre los derechos del niño), y no, como ordinariamente se ha hecho, en función de la idea de un "interés superior del niño", a la cual son atribuibles muchos de los

errores y distorsiones verificables en la práctica jurisprudencial. Basta hacer notar que, en el derecho viviente, esa práctica ha consistido en parifcar ese "interés superior" o "interés supremo" con el de uno –solo uno– de los padres. Razonar, como siempre debió hacerse, en torno a lo que más convenga al menor –hay que tener esperanza en ello– debería suponer una mejora cualitativa de la jurisprudencia en materia.

Pero ¿realmente están los jueces peruanos preparados para este cambio?

3. Tenencia compartida como alternativa o regla general

Es importante diferenciar *compartir* de *alternar*, cuyos significados, en sus efectos, aclararán que no hablamos de una tenencia compartida, sino más bien alterna.

La definición de *compartir* que ofrece la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es: "Dicho de una persona: Hacer a otra partícipe de algo que es suyo." (Diccionario de la Lengua Española, s. f.a), mientras que *alternar* es definido como "Distribuir algo entre personas o cosas que se turnan sucesivamente." Diccionario de la Lengua Española, s. f.b).

Las bases de la dación de la norma, la exposición de motivos, los dictámenes y la producción jurisprudencial así lo denotan, en cuanto lo que se hace es que los hijos se alternan unos días con el padre y otros con la madre. El Colegio de Psicólogos advirtió en su opinión sobre la norma que este modelo termina reduciendo la responsabilidad parental a una simple cuestión de tiempo, llevada incluso al extremo de suponer que la semana debe "dividirse" en partes iguales entre ambos progenitores.

Desde una perspectiva histórica, cabe resaltar que la codificación peruana asumió la tenencia como unilateral, considerando los roles asignados socialmente a hombres y mujeres, en los que el varón tenía prevalencia sobre la mujer. Es por ello que en el Código Civil de 1852 (Ley del 23 de diciembre, 1851) se establecía la tenencia en favor del padre:

Art. 201. Los hijos del matrimonio cuyo divorcio ó [sic] nulidad se pretende, continuarán, durante el juicio, al cuidado del marido, á [sic] no ser que razones de convivencia de ellos, determinen al juez a encargarlos á [sic] la madre, ó [sic] á [sic] ponerlos bajo de un guardador provisional. Ninguna de estas disposiciones exime á [sic] los padres de la obligación que tienen de alimentar a sus hijos.

Avanzados los años y reconociendo derechos a la mujer dentro y fuera de la familia es que aplica la doctrina de los años tiernos, impulsada por Caroline Norton, en el siglo XIX, ideario que establece que la mujer es la persona más adecuada para hacerse cargo del cuidado de los hijos. Constituyó un hito positivo y negativo para las mujeres. Positivo, ya que se revertía la situación de la tenencia a su favor, pero negativo porque fortalecía paradigmas respecto de su rol dentro de la familia. Esta doctrina fue asumida por el Código Civil de 1936 codificación del 36:

Artículo 285.- Los hijos continuarán durante el juicio al cuidado de la mujer, a no ser que determine el juez, en bien de ellos, encargarlos al marido, o a los dos cónyuges o a un tutor provisional. La mujer, en todo caso, puede conservar los hijos hasta la edad de siete años, salvo motivo grave. (Ley N.º 8305, 1936)

Más adelante, con la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes se asumió la doctrina del interés superior del niño, en cuanto se decide de forma conjunta teniendo en cuenta la opinión de los niños y niñas. Sin embargo, a la par se considera la Doctrina del dador de cuidados, que establece que cuando no exista acuerdo entre los padres respecto de la tenencia, el menor debe permanecer con el progenitor con el que mantuvo mejores lazos afectivos antes de que se produjera la ruptura familiar:

Artículo 84º.- Facultad del Juez.- En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable. (Ley N.º 27337, 2000)

Recién en el año 2008 se consideró la inserción de la tenencia compartida como una alternativa, cuya decisión se dejó en manos del juez, cuándo debía aplicarse, cuando existiera acuerdo de los padres, ya que ese acuerdo refleja que se mantiene una relación personal entre ellos, pese a la ruptura emocional, que permite que sea llevada de manera adecuada. Más adelante, en el 2022, con la nueva modificatoria del artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes, la tenencia compartida se fija como regla general y la tenencia unilateral queda como una excepción, al amparo del interés superior del niño, sin embargo, la modificatoria se muestra deficiente, ya que no ha considerado que la separación y divorcio en nuestro país no pasa por una justicia restaurativa que permita superar la ruptura de la relación personal entre los cónyuges y los hijos, cuya situación conflictiva se hace más latente en el proceso de tenencia, y por lo tanto, en muchos casos, los niños y niñas asumen las consecuencias.

4. Medidas necesarias

La norma modificada a través de la Ley 31590, en su redacción, considera "dictando las medidas necesarias para su cumplimiento" respecto de la tenencia compartida, sin embargo, no existe un reglamento que las regule o aclare. Es evidente que se incluyó dicho texto con la finalidad de tratar de brindar una mayor seguridad a los niños y niñas al momento de la decisión judicial, pero resulta confusa para los operadores jurídicos por cuanto no se sabe si las medidas son obligaciones del juzgado, como un seguimiento, o son respecto de los padres. De ser el caso que se haya considerado respecto a un posible seguimiento por parte de los jueces, se deben tener en cuenta las limitaciones que tienen en la administración de justicia en los casos de familia.

La participación de los equipos multidisciplinarios en los procesos relacionados con los niños y niñas es imprescindible. Ellos fueron creados en el 2008, en respuesta

a la complejidad que se presentaba en los casos de familia. Están conformados por cuatro tipos de profesionales: psicólogo, médico, trabajador social y educador social, y cumplen una función pericial a requerimiento de los jueces de familia para brindar diagnóstico y opiniones científicas sobre los procesos familiares que son motivo de investigación (Resolución Administrativa N.º 0429-2018-P-CSJSA/PJ, 2018).

Actualmente, la labor de los equipos multidisciplinarios en los procesos de tenencia y régimen de visitas se encuentra encaminada a la mediación, como parte de la implementación del proyecto piloto de oralidad en dichos procesos. Crean un clima de diálogo a fin de permitir el acuerdo entre las partes. Son utilizados en procesos de baja complejidad, ya que los de alta complejidad deben culminar el proceso único. Se determina que es un proceso de alta complejidad si reúne cualquiera de las siguientes características:

- a. Cuando las partes están involucradas entre sí en procesos de violencia familiar, procesos penales y de otra materia, salvo que se trate de procesos de alimentos.
- b. Cuando las partes (o una de ellas) estén implicadas en el consumo habitual de sustancias psicoactivas.
- c. Cuando una de las partes esté privada de su libertad, sea en prisión preventiva o acatando una sentencia.
- d. Cuando las partes (o una de ellas) tengan discapacidad psicosocial que limite severamente su capacidad de entendimiento, comunicación o toma de decisiones.
- e. Cuando las partes (o una de ellas) estén implicadas en delitos contra la libertad sexual o la vida.
- f. Cuando a criterio del juez, este considera que puedan existir circunstancias que perturben la intervención en la mediación y posterior conciliación. (Resolución Administrativa N.º 000440-2024-CE-PJ, 2024).

Como parte de las medidas necesarias a las que hace mención la norma, para la aplicación de la tenencia compartida se debe considerar el Plan de Parentalidad y Coordinador Parental a fin de optimizar la aplicación del régimen de la tenencia compartida, cuya propuesta fue a través de la Casación 4811-2021-Lima Norte (2024), sobre variación de la tenencia, en la que se dispone oficiar al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin embargo, a la fecha, no hay resultados acerca de la propuesta formulada.

En el caso de Arequipa (Oficina de Administración de los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa) se tramitaron 376 casos de tenencia en los 4 juzgados de familia en el año de 2023, y se contó con el apoyo en Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Arequipa de once psicólogos y tres asistentes sociales,

cifras que revelan que "medidas necesarias" hacia referencia a un posible seguimiento, resulta materialmente imposible.

Es importante que los legisladores en ejercicio de su labor consideren una adecuada redacción en la norma, a fin de no confundir la labor jurisdiccional y menos crear obligaciones imposibles de cumplir.

5. Aplicación del principio del interés superior del niño

Hablar del interés superior del niño en sede judicial significa poner en el centro de toda decisión la vida; ante todo, un llamado a mirar cada historia con sensibilidad y entender que, detrás de expedientes y procedimientos, hay infancias que requieren protección. Implica escapar de soluciones genéricas y adentrarse en la realidad de cada niño y cada niña, para asegurar que las decisiones que se tomen respondan, realmente, a sus necesidades y derechos. Tiene un propósito fundamental: garantizar que las resoluciones sobre tenencia y custodia aseguren el bienestar de los niños y niñas.

Ricardo Vargas (2020), respecto al interés superior del niño, indica:

Se ha criticado el ISN por ser una fórmula 'mágica' destinada a cubrir conveniencias personales y hacer superfluas todas las instituciones de derecho de familia con base en decisiones subjetivas. La indeterminación a la que se presta sirve para fundamentar cualquier decisión adoptada por la magistratura. (p. 305)

De igual opinión es Andrés Acuña (2019), quien señala que no pueden desconocerse los inconvenientes que existen en torno a precisar su contenido y alcance, lo que trae consigo ciertas dificultades prácticas en su aplicación en casos en los que se encuentra vinculado el resguardo y protección de los derechos de los menores de edad. De tal situación, surge la necesidad de establecer como propósito el determinar cómo los tribunales de familia chilenos concretan el sentido y alcance de este principio a la hora de tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. No podemos dejar de lado, la Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), y que en su considerando 60, respecto de la custodia de los menores, señala la importancia del derecho de los niños de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Es sabido que los procesos de tenencia se generan a raíz de una ruptura entre los cónyuges, que generalmente proviene de circunstancias que dañan gravemente las relaciones personales entre ellos, situación que se refleja en el momento de solicitar la tenencia del o los hijos y en la percepción de que este proceso "favorece" a uno de los padres. La norma en cuestión, bajo el "amparo" del principio del interés superior del niño es el texto final de la Ley 31590:

Artículo 81. Tenencia compartida

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor.

Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial.

De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente.

La primera consideración que se relieva de esta norma es la importancia de la aplicación del principio en ambos tipos de tenencia, es decir, la exclusiva y la compartida. Si bien es cierto "los principios operarían para perfeccionar el ordenamiento y entrarían en juego cuando las normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida" (Zagrebelsky, 2003, p. 117). En el caso del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes que contiene una norma que regula la tenencia de los padres en compartida y exclusiva o uniparental, sí requiere al momento de ser aplicada por los jueces ser perfeccionada mediante el principio del interés superior del niño "se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos" (Ley 30466, 2016), que tiene mucha importancia y peso en esta materia, ya que mediante este proceso se va a determinar con cuál de los padres (o ambos) el o los menores podrán desarrollarse como personas, considerando que la etapa de la infancia es de vital importancia en su formación.

El proceso de tenencia implica la determinación de lo que será la vida de una persona. En el caso de la tenencia compartida, que en nuestra opinión resulta más peligrosa, dado que el que el niño o niña puede estar más expuesta a la alienación parental y a una inestabilidad emocional, al permanecer indistintamente con el padre y la madre que no han pasado por un proceso de justicia terapéutica que les permita disminuir el grado de conflictividad propio de la separación, es cuando este principio debe actuar como la válvula de seguridad del ordenamiento (Zagrebelsky, 2003).

La segunda consideración es la de la aplicación del principio del interés superior del niño por los juzgadores en los procesos de tenencia. Se entiende que los magistrados deben considerar las circunstancias propias del menor al momento de su aplicación, tales como sus necesidades emocionales, físicas y educativas, y el posible efecto de cambiar su situación, por ejemplo, de dinámica familiar. Nos preguntamos si en la justicia peruana existen medios de soporte para los jueces que les permitan

aplicar correctamente este principio, tomando en cuenta la parte que a nuestra consideración es la más importante: las necesidades emocionales de los niños y niñas, situación que debe ser el aspecto fundamental de un proceso de tenencia.

El juez en este proceso debe ponerse al servicio de la realidad, en el sentido de que esté a favor de los menores y no de sus padres, y exija el apoyo de los psicólogos para conocer las verdaderas condiciones de la familia. Es cierto que la estabilidad económica es importante, pero mayor importancia reviste la emocional y de formación, considerando la situación actual de la salud mental en nuestro país. Que el proceso de tenencia otorgue un real paso del derecho por reglas, al derecho por principios.

La modificatoria de la tenencia compartida ha carecido de un real estudio que le pueda brindar sustento y que realmente garantice la protección de los niños y niñas en su aplicación. Recae toda la responsabilidad en los jueces, y estos no cuentan con los elementos necesarios de apoyo, tal como un equipo multidisciplinario fortalecido que le permita analizar el caso a caso y aplicar de manera real el interés superior del niño. El proceso de tenencia con la modificatoria ha dejado de ser un proceso que proteja a los niños y niñas y ha fijado la mirada tan solo hacia los padres.

Conclusiones

El proceso de formulación de la modificatoria de la Ley 29269 contenida en la Ley 31590 ha sido deficiente al no contar con los elementos necesarios orientados sobre todo a salvaguardar el interés superior del niño. Finalmente, ha establecido como obligatoria la tenencia compartida y como una excepción la tenencia exclusiva de uno de los padres.

Si bien es cierto la modificatoria plasmada en la Ley 31590 considera la aplicación del interés superior del niño, la propia redacción del artículo la dificulta, ya que el juzgador prestará minuciosa atención solo en los casos excepcionales, en los que tendrá que evaluar realmente "el caso a caso" y hacer uso de todos los medios que permitan garantizar el desarrollo en todos los aspectos de los niños y niñas, sobre todo el emocional.

La regulación de la tenencia en nuestro país no ha considerado las características de las rupturas familiares, que tienen fuerte carga de conflictividad, y las limitaciones de la administración de justicia.

En un país con las características del Perú en lo que respecta a la dinámica familiar cuando se producen las separaciones, no se pueden dejar las decisiones a los padres, o al criterio de los jueces, sin apoyo de los equipos multidisciplinarios (sobre todo de los psicólogos), porque se arriesgan los primeros años de vida de los niños y niñas, años que resultan de vital importancia en su formación.

Referencias

- Acuña Bustos, A. P. (2019). Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena. *Opinión Jurídica*, 18(36), 17–35. <https://doi.org/10.22395/ojum.v18n36a1>
- Aguilar Saldívar, A. (2009). La tenencia compartida: Comentario a la Ley N.º 29269, que incorpora esta figura al Código de los niños y adolescentes. *Derecho y cambio social*, 6(16). <https://ojs.revistadcs.com/index.php/revista/article/view/688>
- Aguilar Llanos, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho y sociedad*, (32), 191-197. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>
- Barcia Lehmann, R. (2019). Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo (primera parte). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(153), 457-480. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.153.13647>
- Blasquez Hernández, Y. A. (2024). La guarda y custodia compartida como figura que garantiza el interés superior del menor. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho y Justicia*, 9(27), 77-101. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v9i27.465>
- Bravo Soto, D. A. (2022). La tenencia compartida: ¿problema o solución frente al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes? *Sapientia & Iustitia*, 3(6), 103-129. <https://doi.org/10.35626/sapientia.6.3.50>
- Camino de Menchaca, M. J., Pardo Castro, M. y Varsi-Rospigliosi, E. (2023). Inviabilidad de un régimen especial para la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad en el Perú. *Acta Bioethica*, 29(1), 113-125. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2023000100113>
- Comisión de Mujer y Familia del Congreso de la República del Perú. (2022, 4 de julio). *Dictamen de insistencia recaído en las observaciones del poder ejecutivo a la autógrafo de la ley "Ley que regula la tenencia compartida, modificando los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes"*.
- Comisión de la Mujer y Desarrollo Social del Congreso de la República del Perú. (2007, 20 de noviembre). *Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N.º 199/2006-CR por el que propone modificar los artículos 81º y 84º del Código de Niños y Adolescentes, referente a incorporar la Tenencia Compartida*. [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/22f5d7d6627c24200525739a0010963a/\\$FILE/00199DC13MAY201107.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/22f5d7d6627c24200525739a0010963a/$FILE/00199DC13MAY201107.pdf)
- Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú. (2008, 29 de mayo). *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley N.º 199/2006-CR, que propone modificar el Código de Niños y Adolescentes, a fin de incorporar la Tenencia Compartida*. [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/a205e09c42a3ead5052574580072f8b4/\\$FILE/00199DC12MAY290508.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/a205e09c42a3ead5052574580072f8b4/$FILE/00199DC12MAY290508.pdf)
- Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. (2013, 29 de mayo). *Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* (CRC/C/GC/14). <https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/crc/2013/es/95780>
- Congreso Constituyente del Perú. (1936, 30 de agosto). *Ley N.º 8305 [Código Civil de 1936]*. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Codigos/006679/index.html>
- Congreso de la República del Perú, Comisión de Mujer y Familia. (2022). *Dictamen de insistencia recaído en las observaciones del Poder Ejecutivo a la autógrafo de ley "Ley que regula la tenencia compartida, modificando los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes"*.

Congreso de la República del Perú. (1851, 23 de diciembre). *Ley del 23 de diciembre de 1851 [Código Civil de 1852]*. http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf

Congreso de la República del Perú. (2000, 2 de agosto). *Ley N.º 27337. Código de los Niños y Adolescentes*. Diario Oficial El Peruano de 7 de agosto de 2000. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=8>

Congreso de la República del Perú. (2008, 16 de octubre). *Ley N.º 29269. Ley que modifica los artículos 81º y 84º del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la tenencia compartida*. Diario Oficial El Peruano de 17 de octubre de 2008. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29269.pdf>

Congreso de la República del Perú. (2016, 27 de mayo). *Ley N.º 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño*. Diario Oficial El Peruano de 17 de junio de 2016. <https://leyes.congreso.gob.pe/documentos/leyes/30466.pdf>

Congreso de la República del Perú. (2021, 22 de octubre). *Resolución Legislativa N.º 002-2021-2022-CR: Aprueba la Agenda Legislativa para el Período Anual de Sesiones 2021-2022*. Diario Oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2004447-1>

Congreso de la República del Perú. (2021, 30 de diciembre). *Proyecto de Ley N.º 1096/2021 – CR. Proyecto que regula a la Tenencia compartida de los Niños y Adolescentes* (Carmen Patricia Juárez Gallegos, C. P.). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/01/Proyecto-de-Ley-1096-2021-CR-LPDerecho.pdf>

Congreso de la República del Perú. (2022, 7 de abril). *Proyecto de Ley N.º 01687/2021-CR. Ley que garantiza la aplicación de la tenencia compartida, modificando el Código de los Niños y Adolescentes*.

Congreso de la República del Perú. (2022, 11 de enero). *Proyecto de Ley N.º 01120/2021-CR*.

Congreso de la República del Perú. (2022, octubre 13). Asistencia de la Sesión del 13 de octubre de 2022.

Congreso de la República del Perú. (2022, 24 de octubre). *Ley N.º 31590. Ley que regula la tenencia compartida, modifica los artículos 81, 82 y 84 del código de los niños y adolescentes*. Diario Oficial El Peruano de 26 de octubre de 2022. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2119047-1>

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú. (2024, 17 de diciembre). *Resolución Administrativa N.º 000440-2024-CE-PJ*. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a016ec00437453b58c8afdc55454d062/RESOLUCION+ADMINISTRATIVA-000440-2024-CEanexo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e79bcf0046b1513dad10ff5d3cd1c288/01.7.+RESADM.+N%C2%B0+0429-2018+-+MOF+del+Equipo+Multidisciplinario.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e79bcf0046b1513dad10ff5d3cd1c288](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a016ec00437453b58c8afdc55454d062/RESOLUCION+ADMINISTRATIVA-000440-2024-CEanexo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a016ec00437453b58c8afdc55454d062)

Corte Superior de Justicia del Santa. (2018, 19 de marzo). *Resolución Administrativa N.º 0429-2018-P-CSJSA/PJ*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e79bcf0046b1513dad10ff5d3cd1c288/01.7.+RESADM.+N%C2%B0+0429-2018+-+MOF+del+Equipo+Multidisciplinario.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e79bcf0046b1513dad10ff5d3cd1c288>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Civil Transitoria. (2024, 4 de julio). *Casación N.º 4811-2021 Lima Norte: Variación de tenencia* <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2025/01/Casacion-4811-2021-Lima-Norte-LPDerecho.pdf>

Defensoría del Pueblo de la República del Perú. (2022, 9 de abril). *Defensoría del Pueblo rechaza aprobación de propuestas legislativas que proponen regular tenencia compartida obligatoria*. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-rechaza-aprobacion-de-propuestas-legislativas-que-proponen-regular-tenencia-compartida-obligatoria/>

- De Torres Perea, J. M. (2021). Estudio de la custodia compartida en la última década: Una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 136-172. <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i4.04>
- Diario Oficial El Peruano. (2022, 14 de octubre). *Congreso insiste en norma. Mimp cuestiona ley de tenencia*. <https://elperuano.pe/noticia/193896-mimp-cuestiona-ley-de-tenencia>
- Diario Oficial El Peruano. (2023, 9 de mayo). *Carmen Cabello: "Nueva ley que regula la tenencia compartida limita trabajo de magistrados"*. El Peruano. <https://elperuano.pe/noticia/212242-carmen-cabello-nueva-ley-que-regula-la-tenencia-compartida-limita-trabajo-de-magistrados>
- Diccionario de la Lengua Española. (s. f.a). *Compartir*. Real Academia de la Lengua Española (RAE). Consultado el 20 de junio de 2024. <https://dle.rae.es/compartir>
- Diccionario de la Lengua Española. (s. f.b). *Alternar*. Real Academia de la Lengua Española (RAE). Consultado el 20 de junio de 2024. <https://dle.rae.es/alternar>
- Fariña Rivera, F., Seijo Martínez, D., Arce Fernández, R. y Vázquez Figueiredo, M. J. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27(1), 107-113. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.11.001>
- Fuentes, J. A. (2024). Aprobación de leyes por insistencia: abuso por parte del Congreso peruano y soluciones desde el derecho comparado. *Hechos y derechos*, 15(80), 1-4. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/19002>
- Garay Molina, A. C. (2021). La custodia compartida en las relaciones familiares en conflicto. *Ius Vocatio*, 4(4), 73-98. <https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v4i4.542>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI]. (2023, 25 de noviembre). El 35,6% de mujeres de entre 15 y 49 años ha sido víctima de violencia familiar en los últimos 12 meses, 25 de diciembre. *Nota de Prensa Inei*, (180). <https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-n-180-2023-inei.pdf>
- Justicia-Arráez, A., Justicia, M. D., Alba, G. y Arco, C. (2019). Custodia compartida: razonamientos judiciales y criterios psicológicos. *Revista iberoamericana de psicología*, 12(1), 7-18. <https://doi.org/10.33881/2027-1786.rip.12101>
- León, L. (2022, 7 de noviembre). *Leysser León: "La constitucionalidad de la tenencia compartida no admite discusión"*. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). <https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana-juridica/leysser-leon-la-constitucionalidad-de-la-tenencia-compartida-no-admite-discusion/>
- Presidencia de la República del Perú. (2022, 18 de mayo). Oficio N.º 138 -2022 -PR.
- Vargas Morales, R. A. (2020). Interés superior del niño: revisión de su origen, evolución y tendencias interpretativas actuales en Chile. *Opinión Jurídica*, 19(39), 289-309. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a12>
- Vistín-Castillo, E. M. (2019). Ventajas de la custodia compartida en tiempos de desintegración familiar en el Ecuador. *Dominio de las Ciencias*, 5(2), 512-535. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7343672>
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.