



DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

COMISIÓN DE MUJER Y FAMILIA
PERIODO ANUAL DE SESIONES 2021 – 2022

Señora Presidenta:

Han ingresado para dictamen de la Comisión de Mujer y Familia el **Proyecto de Ley 1096/2021-CR**, presentado por la señora congresista Carmen Patricia Juárez Gallegos, integrante del Grupo Parlamentario Fuerza Popular; mediante el cual propone una "Ley que regula la Tenencia Compartida de los Niños y Adolescentes; y el **Proyecto de Ley 1120/2021-CR**, de autoría del señor congresista Alejandro Aurelio Aguinaga Recuenco, integrante del Grupo Parlamentario Fuerza Popular; mediante el cual propone una "Ley que garantiza la aplicación de la Tenencia Compartida, modificando el Código de los Niños y Adolescentes".

Luego del análisis y debate correspondiente realizado de manera presencial bajo la Plataforma Microsoft Teams, la Comisión de Mujer y Familia, en su Décima Segunda Sesión Ordinaria de fecha 28 de febrero de 2022, acordó por **UNANIMIDAD** de los presentes, aprobar el dictamen recaído en los proyectos de ley 1096/2021-CR y 1120/2021-CR; con texto sustitutorio propone la Ley que regula la tenencia compartida, modificando los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de Niños y Adolescentes; con los votos favorables de las señoras congresistas: Elizabeth Sara Medina Hermosilla, Rosangella Andrea Barbarán Reyes, María Jessica Córdova Lobatón, Janet Milagros Rivas Chacara, Jhakeline Ugarte Mamani, Cruz María Zeta Chunga, Pedro Edwin Martínez Talavera, Ruth Luque Ibarra¹, María Jauregui Martínez de Aguayo, Noelia Rossvith Herrera Medina y Yorel Kira Alcarraz Agüero.

I. SITUACIÓN PROCESAL

El **Proyecto de Ley 1096/2021-CR**, fue presentado al Área de Trámite Documentario del Congreso de la República el 30 de diciembre de 2021 e ingresó a la Comisión de Mujer y Familia como primera comisión dictaminadora para su estudio y dictamen el 12

¹ La señora congresista Ruth Luque Ibarra, dejó constancia en su votación a favor con reserva.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

de enero de 2022; siendo la segunda comisión dictaminadora la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

El **Proyecto de Ley 1120/2021-CR**, fue presentado al Área de Trámite Documentario del Congreso de la República el 11 de enero de 2022 e ingresó a la Comisión de Mujer y Familia como primera comisión dictaminadora para su estudio y dictamen el 12 de enero de 2022; siendo la segunda comisión dictaminadora la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

Se deja constancia del voto a favor con reserva del presente dictamen realizado por la señora congresista Ruth Luque Ibarra; quien, de manera literal según la grabación de la Segunda Sesión Ordinaria del 28 de febrero de 2022, señaló:

Transcripción de la intervención de la señora congresista Ruth Luque Ibarra;
manifestó que estaba a favor con reserva, le señaló a la Presidenta de la Comisión de Mujer y Familia que le parece importante la iniciativa, las dos iniciativas que se han acumulado, que plantean un debate importante el tema de la tenencia compartida para niños y adolescente; sin embargo reconociendo esa importancia, la importancia a debatir, creo que al modificarse varios artículos del código del niño y adolescentes con relación al tema de la tenencia si considero presidenta que hubiera sido ideal recibir incluso en esta sesión la opinión, sea del ministerio de la mujer y del poder judicial, porque yo comparto que no deben, los niños no deben ser objetos como lamentablemente a veces sucede cuando hay disputas con relación a ello y que lo más importante es que se debe respetar digamos su integridad, su salud mental, incluso su opinión - no - en las decisiones que se dan, pero también es cierto que en estos casos de tenencia se han presentado innumerables problemas y hay casos de distinta naturaleza, entonces si hago mi atingencia sobre eso presidenta, no sé si hay posibilidades de tener una sesión extraordinaria o de inmediatamente con cargo a este predictamen solicitar tener una comunicacion con el Poder Judicial , digamos tener una certeza clara de los cambios que se están generando, por ejemplo en el caso del artículo 81 , en el segundo párrafo por ejemplo, dice los padres de común acuerdo y tomando en cuenta el parecer del niño, esa por ejemplo, esa redacción –el

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

parecer- qué puede significar presidenta; entiendo que lo que se quiere reconocer el derecho de los niños en el marco de la convención de los derechos del niño y adolescentes, que hay una tendencia jurídica al reconocimiento de su derecho a opinar a opinar, entonces hay unos detalles que es importante considerar, por eso que sería importante rápidamente tener, o quizá a través de la secretaria técnica con el Poder Judicial a través de su instancia para poder garantizar que estas modificaciones recojan y solucionen una problemática que entiendo – a mi me parece bien y que saludo y que parece importante, que efectivamente debería ir en una línea de que no sea perjudicial para el menor, para la niña, para el adolescente – no- y que efectivamente donde se debe privilegiar es el interés superior, su integridad tanto física, tanto mental, pero que también quede claro en el espíritu de la orientación de este predictamen , digamos que cuando hay situaciones graves de violencia, situaciones de amenaza , si creo que es fundamental también expresarla –no- y que fundamentalmente se recoja la opinión en el marco en lo que señala la convención. Quería hacer esa contingencia, reconociendo como digo la importancia de dejar explícito el tema de la tenencia compartida que en mi opinión como digo, me parece fundamental. (Décima Segunda Sesión Ordinaria del lunes 28 de febrero de 2022).

Como antecedente legislativo se cuenta con la Ley 29269², Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescente, donde se incorporó por primera vez en nuestro país la tenencia compartida, siendo esta figura jurídica incorporada en el bagaje normativo pero solo podrá ser aplicada a criterio del Juez en forma excepcional.

Se ha procedido a acumular los proyectos de ley 1096/2021-CR y 1120/2021-CR en razón a que sus contenidos normativos se encuentran relacionados.

Las iniciativas legislativas materia del presente dictamen cumplen con los requisitos generales y específicos señalados en los artículos 75, 76 y 77 del Reglamento del Congreso de la República, por lo cual se realizó el estudio correspondiente.

² Ley 29269 – Ley de la Tenencia Compartida, promulgada el 04 de octubre de 2008.



DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

II. OPINIONES

2.1. Información solicitada

Para la elaboración del presente dictamen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución Política del Perú, en concordancia con los artículos 22 literal b), 69 y 87 del Reglamento del Congreso de la República, se solicitó la opinión especializada de las siguientes entidades:

Cuadro 1
Proyecto de Ley 1096/2021-CR

Entidad	Oficio de solicitud de opinión ³	Respuesta
Ministerio de Mujer y Poblaciones Vulnerables	Oficio 0358-PO-2021-2022-CMF/CR	
Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social	Oficio 0359-PO-2021-2022-CMF/CR	Informe N° D0000045-2022-MIDIS-OAGJ
Defensoría del Pueblo	Oficio 0360-PO-2021-2022-CMF/CR	
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	Oficio 0361-PO-2021-2022-CMF/CR	

Elaboración: Equipo Comisión de Mujer y Familia.

³ A la fecha ningún sector del Ejecutivo ha respondido a los Pedidos de Opinión cursados en fecha 13 de enero de 2022.

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Cuadro 2
Proyecto de Ley 1120/2021-CR

Entidad	Oficio de solicitud de opinión ⁴	Respuesta
Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - INABIF	Oficio 0363-PO-2021-2022-CMF/CR	
Ministerio de Mujer y Poblaciones Vulnerables	Oficio 0364-PO-2021-2022-CMF/CR	
Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social	Oficio 0365-PO-2021-2022-CMF/CR	Informe N° D0000041-2022-MIDIS-OGAJ
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	Oficio 0366-PO-2021-2022-CMF/CR	
Defensoría del Pueblo	Oficio 0367-PO-2021-2022-CMF/CR	

Elaboración: Equipo Comisión de Mujer y Familia.

2.2. Información recibida

La Comisión de Mujer y Familia ha recibido las siguientes respuestas de opinión respecto a los Proyectos de Ley 1096/2021-CR y 1120/2021-CR:

La Comisión de Mujer y Familia a la fecha de aprobación del dictamen que se efectuó en la Décima Segunda Sesión Ordinaria del 28 de febrero de 2022, no se recibió las Respuestas de Opinión de los Proyectos de Ley 1269/2021-CR y 1147/2021-CR de los otros ministerios a quienes se les solicito pedidos de opinión.

⁴ A la fecha ningún sector del Ejecutivo ha respondido a los Pedidos de Opinión cursados en fecha 13 de enero de 2022.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

Respecto al Proyecto de Ley 1096/2021-CR

- Se ha recibido respuesta de opinión del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social con el Informe N° D0000045-2022-MIDIS-OGAJ, suscrito por el Jefe de Oficina General de Asesoría Jurídica, de fecha 26 de enero de 2022, en el que se indica lo siguiente:
 - Señala que el proyecto de ley 1096/2021-CR, denominado Ley que regula la Tenencia Compartida de los Niños y Adolescentes, en ese sentido, manifestó el artículo V del Título Preliminar de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece que "Las entidades del Poder Ejecutivo: Se organizan en un régimen jerarquizado y desconcentrado cuando corresponda, sobre la base de funciones y competencias afines, evitando la duplicidad y superposición de funciones.
 - El artículo 22 de la citada Ley 29158, señala que los Ministerios son organismos del Poder Ejecutivo que comprenden uno a varios sectores, considerando su homogeneidad y finalidad; por ende, diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas; estando regulado su ámbito de competencia y estructura básica en su Ley de Organización y Funciones.
 - En dicho contexto, también mencionan los artículos 44, 45 y 47 de la Ley en comento, establecen que los Sistemas están a cargo de un Ente Rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito de competencia; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la normativa general, leyes especiales y disposiciones complementarias.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

- Por lo que manifiestan que conforme lo establecido en los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo 1098, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, establece que son el ente rector en políticas nacionales y sectoriales sobre mujer y promoción y protección de las poblaciones vulnerables; asimismo, el artículo 3 de la citada norma precisa que tiene como finalidad, diseñar, establecer, promover, ejecutar y supervisar políticas públicas a favor de las mujeres y de las poblaciones vulnerables consideradas como grupos de personas que sufren discriminación o situaciones de desprotección: niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, desplazados y migrantes internos, con el objeto de garantizar sus derechos, con visión intersectorial. Por ende, se recomienda a la Comisión de Mujer y Familia contar con la opinión técnica y leal del citado ente rector, previamente a la emisión que se emita con relación al citado proyecto de ley.
- En conclusión, el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, señala que de acuerdo con sus competencias orienta sus actividades, entre otras, a fomentar el desarrollo social, superación de la pobreza y extrema pobreza mediante la promoción de la inclusión y equidad social brindando protección social a las poblaciones en situación de riesgo, vulnerabilidad y abandono; por lo que precisan que la competencias y atribuciones del MIDIS difieren de la materia objeto de regulación en la propuesta normativa, por lo que no corresponde a dicho sector emitir opinión técnica respecto a la viabilidad legal, contenido y efectos jurídicos.

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Respecto al Proyecto de Ley 1120/2021-CR

- [Social con el Informe N° D0000041-2022-MIDIS-OGAJ, suscrito por el Jefe de Oficina General de Asesoría Jurídica, de fecha 24 de enero de 2022, en el que se indica lo siguiente:
 - Señala que el proyecto de ley 1120/2021-CR, denominado Ley que garantiza la aplicación de la Tenencia Compartida, modificando el Código de Niños y Adolescentes, señalando el sector que de acuerdo al artículo V del Título Preliminar de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece que "Las entidades del Poder Ejecutivo: Se organizan en un régimen jerarquizado y desconcentrado cuando corresponda, sobre la base de funciones y competencias afines, evitando la duplicidad y superposición de funciones.
 - El artículo 22 de la citada Ley 29158, señala que los Ministerios son organismos del Poder Ejecutivo que comprenden uno a varios sectores, considerando su homogeneidad y finalidad; por ende, diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas; estando regulado su ámbito de competencia y estructura básica en su Ley de Organización y Funciones.
 - En dicho contexto, también mencionan los artículos 44, 45 y 47 de la Ley en comento, establecen que los Sistemas están a cargo de un Ente Rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito de competencia; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la normativa general, leyes especiales y disposiciones complementarias.
 - Por lo que manifiestan que conforme lo establecido en los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo 1098, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, establece que son el ente rector en políticas nacionales y

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

sectoriales sobre mujer y promoción y protección de las poblaciones vulnerables; asimismo, el artículo 3 de la citada norma precisa que tiene como finalidad, diseñar, establecer, promover, ejecutar y supervisar políticas públicas a favor de las mujeres y de las poblaciones vulnerables consideradas como grupos de personas que sufren discriminación o situaciones de desprotección: niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, desplazados y migrantes internos, con el objeto de garantizar sus derechos, con visión intersectorial. Por ende, se recomienda a la Comisión de Mujer y Familia contar con la opinión técnica y leal del citado ente rector, previamente a la emisión que se emita con relación al citado proyecto de ley.

- En conclusión, el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, señala que de acuerdo con sus competencias orienta sus actividades, entre otras, a fomentar el desarrollo social, superación de la pobreza y extrema pobreza mediante la promoción de la inclusión y equidad social brindando protección social a las poblaciones en situación de riesgo, vulnerabilidad y abandono; por lo que precisan que la competencias y atribuciones del MIDIS difieren de la materia objeto de regulación en la propuesta normativa, por lo que no corresponde a dicho sector emitir opinión técnica respecto a la viabilidad legal, contenido y efectos jurídicos.

III. CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS

Respecto al Proyecto de Ley 1096/2021-CR

El proyecto en mención tiene por objeto modificar los artículos 81, 82 y 84 del Código de Niños y Adolescentes, a fin de establecer la tenencia compartida en beneficio del interés superior de los niños y adolescentes. Las modificaciones propuestas en la iniciativa legislativa son las siguientes:

- La tenencia compartida es la primera opción a establecer por el Juez, siendo, sólo en casos excepcionales, la tenencia exclusiva por uno de los padres.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

- Respecto a la definición de tenencia compartida, se establece que ésta se da cuando los padres están separados de hecho, por lo que ambos ejercen la tenencia del menor, dejando a la voluntad y acuerdo de los padres establecer la forma de tenencia compartida.

En este contexto, la propuesta legislativa pretende establecer que ambos padres asuman la tenencia cuando estén separados, e incorporar la tenencia compartida como primera alternativa, cuando los padres no tengan un acuerdo, luego de una separación de hecho.

Respecto al Proyecto de Ley 1120/2021-CR

El proyecto de ley remitido tiene por objetivo garantizar y modificar mediante una reforma parcial del Código de Niños y Adolescentes, los aspectos importantes de los artículos en materia de Tenencia, Régimen de Visitas y Pensión de Alimentos, teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño y Adolescente para evitar una serie de obstáculos que se vienen presentando y agravando en contra de miles de niños que sufren a pasar tiempo de calidad con ambos padres, teniendo como finalidad modificar los artículos 81 la 85, 87, 88, 91, 93 y 97 del Código de los Niños y Adolescentes. En cuanto a las modificaciones de la propuesta legislativa son los siguientes:

- La iniciativa legislativa propone la incorporación de una figura legal nueva, que es la tenencia compartida, la cual establece que es distinta a la tenencia provisional que ya es regulada por el Código de Niños y Adolescentes.
- Propone siete supuestos (algunos de índole subjetivo) para solicitar la tenencia compartida, no obstante, se omite establecer el criterio que deberá adoptar el Juez en los casos de violencia física y/o psicológica contra el padre o madre que tiene bajo su protección al menor o cuando la violencia se ha producido contra el menor, como si es contemplado actualmente en el Código de Niños y Adolescentes; supuesto que se repite en el caso de las instituciones jurídicas de régimen de alimentos y de visitas, en los cuales su alcance se amplía a "otros responsables" (sin especificar qué grado de consanguinidad) y "apoderado del niño o adolescente", lo que resulta inconsistente con lo establecido en el Código Civil que establece sólo la figura de tutor a los menores que no se encuentran bajo el cuidado de sus padres.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

Dicho esto, resulta pertinente mostrar el siguiente cuadro a efectos de graficar los paralelismos existentes en las propuestas legislativas objeto de análisis:

Cuadro 3
COMPARACIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR

Proyecto de Ley 1096/2021-CR	Proyecto de Ley 1120/2021-CR
Ley que regula la Tenencia Compartida de los Niños y Adolescentes	Ley que garantiza la aplicación de la Tenencia Compartida, modificando el Código de los Niños y Adolescentes
Artículo 1. Objeto La presente ley tiene por objeto modificar los artículos 81, 82 Y 84 del Código de Niños y Adolescentes, a fin de establecer la tenencia compartida en beneficio del interés superior del niño y adolescente.	Artículo 1. Objeto La presente ley tiene por objeto garantizar y modificar mediante una reforma parcial del Código de Niños y Adolescentes, los aspectos importantes de los artículos de la Tenencia, Régimen de Visitas y Pensión de Alimentos, considerando siempre el principio del interés superior del niño y adolescentes para evitar una serie de obstáculos que se vienen presentando y agravando en contra de miles de niños que sufren al no pasar tiempo de calidad con ambos padres.
Artículo 2. Modificación de los artículos 81, 82 y 84 del Código de Niños y Adolescentes Se modifica los artículos 81, 82 y 84 del Código de Niños y Adolescentes en los siguientes términos: "Artículo 81. Tenencia Compartida <i>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</i>	Artículo 2. Modificación de los artículos del Código de Niños y Adolescentes Modifíquese los artículos 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 91, 93 y 97 del Código de Niños y Adolescentes, en los siguientes términos: CAPÍTULO II: TENENCIA DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE Artículo 81. Tenencia Cuando los padres estén separados de hecho,

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

menor. Asimismo, los padres de común acuerdo y tomando en cuenta el parecer del niño, cuando sea el caso, decidirán la forma de la tenencia compartida.

De no existir acuerdo, el juez especializado deber 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.

Artículo 82. Variación de la Tenencia

Si resulta necesaria la variación de la Tenencia compartida o exclusiva, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno.

Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

"Artículo 84. Facultad del Juez

En caso de disponer la tenencia compartida, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;*
- b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;*
- c. Las vacaciones del hijo y progenitores; y,*
- d. La edad y opinión del hijo.*

En caso de disponer la tenencia exclusiva, el

la Tenencia de los niños, niñas o adolescentes es una tenencia compartida por ambos Padres.

Los Padres de común acuerdo y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de llevar esta tenencia compartida, pudiendo formalizarla a través de una conciliación extrajudicial.

De no existir acuerdo entre ambas partes, el Juez especializado determinará la forma de la Tenencia Compartida dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia exclusiva en situaciones excepcionales y con una especial motivación.

Artículo 82. Variación de la Tenencia

Cuando la tenencia compartida o exclusiva fue determinada por Conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado.

Para la variación de la tenencia, el juez, deberá tomar en cuenta especialmente si alguno de los padres, que estuviera al cuidado de los hijos haya realizado las siguientes conductas:

- a. Dañar o destruir la imagen, que el hijo tiene del otro padre, en forma continua, permanente o sistemática.*
- b. No permitir de manera injustificada, la relación entre los hijos y el otro padre.*
- c. No respetar los acuerdos judiciales o*

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas.

La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo".

conciliaciones extrajudiciales, sobre regímenes de visitas a los hijos.

Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno.

Artículo 83. Petición

El padre o la madre que desee determinar la forma de la tenencia compartida o exclusiva de manera judicial interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, en respecto a los derechos del niño y la familia, el Juez debe resolver en un plazo máximo de 30 días calendario de presentada la medida cautelar.

Artículo 84. Facultad del Juez sobre la Tenencia Compartida

El juez definirá la forma de la tenencia compartida considerando, entre otros, lo siguiente:

- a. El hijo deberá compartir tiempo, espacio y crianza con ambos Padres.
- b. La distancia entre los domicilios de los Padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma.
- c. El hijo tiene derecho a compartir con la

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

	familia extendida materna y paterna. d. Las fechas importantes en la vida del menor. e. Las vacaciones del menor y de los Padres. f. El horario y jornada de trabajo de los Padres. g. Situaciones excepcionales que podrían darse. Artículo 84-B. Facultad del Juez sobre la Tenencia Exclusiva El Juez puede otorgar una tenencia exclusiva en los siguientes casos: a. Cuando la tenencia compartida, es obstruida, limitada, negada o condicionada por uno de los progenitores. b. Cuando uno de los progenitores amenaza o pone en peligro la integridad física/psicológica del menor. c. Cuando uno de los progenitores no ha estado presente de forma continua y voluntaria en la vida del menor. Debe señalarse un Régimen de Visitas con externamiento que asegure y promueva la sana relación del menor con ambos Padres en calidad y tiempo adecuado. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la Tenencia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con
--	--

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

el otro progenitor.

Artículo 85. Opinión

Concluidas las evaluaciones psicológicas del niño, niña o adolescente que afine que no ha sido expuesto a manipulación o injerencia por uno de los progenitores, el juez especializado escuchará la opinión libre del niño mayor de ocho (8) años y tomará en cuenta la del adolescente.

Artículo 87. Tenencia Provisional

La Tenencia Provisional es una medida de urgencia en la que el Juez dispone la tenencia exclusiva si estuviera en peligro la integridad física o psicológica de un niño, niña o adolescente, debiendo el Juez resolver en el plazo de veinticuatro horas. Dicha tenencia provisional tendrá una vigencia de 3, 6 o 12 meses según criterio del Juez.

No debe confundirse la tenencia provisional con una medida cautelar de tenencia dentro de un proceso judicial de tenencia.

CAPÍTULO III: RÉGIMEN DE VISITAS

Artículo 88. Las Visitas

Los padres que no ejerzan la tenencia tienen derecho a visitar a sus hijos. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrará fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar **y considerando incluir a todo el entorno familiar del niño.**

Artículo 91. Incumplimiento del Régimen de Visitas

El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente o por conciliación extrajudicial es causal de apercibimiento. En caso dicho incumplimiento persista el progenitor afectado en su derecho puede solicitar la variación de la tenencia la cual deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció el primer proceso.

El juez debe priorizar el derecho del menor a mantener contacto y comunicación con ambos padres. Además, el incumplimiento debe ser debidamente constatado.

CAPÍTULO IV: ALIMENTOS

Artículo 93. Obligación de prestar alimentos

Es obligación de ambos padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:

1. Los hermanos mayores de edad;
2. Los abuelos;
3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y
4. Otros responsables o **apoderado** del niño o

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

	del adolescente.
	Artículo 97. Impedimento El demandado por alimentos puede iniciar un proceso posterior de tenencia. Además, debe informar al Juez del proceso de tenencia sobre el estado de proceso de alimentos.
	DISPOSICIONES FINALES
	PRIMERA. Reglamentación El Poder Ejecutivo aprobará por Decreto Supremo el reglamento de la presente ley en un plazo no mayor de 120 días a la entrada en vigencia de la presente ley.
	SEGUNDA. Derogación Deróguense todas las normas legales que se opongan a la presente Ley.
	TERCERA. Vigencia La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación.

Elaboración: Equipo Comisión de Mujer y Familia.

IV. MARCO NORMATIVO

Marco normativo nacional

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Ley 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar.
- Código de Niños y Adolescentes.
- Código Civil
- Código Procesal Civil.
- Ley 28542, Ley de Fortalecimiento de la Familia.

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

- Ley 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades.

Marco normativo internacional

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.
- Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño (CIDN).
- Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, aprobada setiembre de 2015.
- Legislación Internacional de Argentina, Chile, Colombia y Europea.

V. ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS

1. Análisis Técnico

La Constitución Política del Perú, artículo 1, sobre la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, que son el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que, toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...) asimismo, a gozar de paz, tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

El artículo 4º de la Constitución Política del Perú, literalmente precisa: *"La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)"*

En este contexto, el artículo 6º de la Constitución Política del Perú, también precisa: *"La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber respetar y asistir a sus padres (...)"*

La familia es una institución jurídico-privada si nos atenemos, como creemos que es lo más realista, a un criterio subjetivo en la delimitación de la *suma divisio* del Derecho en

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

público y privado, que es, por cierto, tan importante mantener para garantizar del mejor modo la afectiva sumisión del conjunto heterogéneo de las relaciones interpersonales a lo requerido por la justicia. Pero es a la vez una institución cuya gran relevancia social justifica desde luego, su vieja comprensión como *quasi seminarium rei publicae* que es algo que nada tiene que ver, de suyo, con "una concepción publicista de la familia"⁵.

La simple lectura de los artículo 4 y 6 de la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere este último precepto; manifestándose, además, bien significativamente, una especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos.

Todos los textos internacionales que, desde el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948 proclaman que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tienen derecho a la protección de la sociedad y del Estado, sitúan esta institución explícita o implícitamente en relación intrínseca con el hecho capital de la generación de nuevas personas humanas⁶.

La aprobación en 1989 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

El análisis histórico-jurídico⁷, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

⁵ Contra lo afirmado por PERLINGIERI, Pietro. La familia en el sistema constitucional español. Revista de Derecho Privado, Febrero 1988, pág. 110.

⁶ Daniel O'Danell explica que "el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por el artículo 16 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político y 17 de la Convención Americana.

⁷ El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Miguel Cillero Bruñol.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

El nuevo derecho de la infancia – adolescencia surgida en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normatividad que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase artículo 41 de la Convención). Los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del "interés superior del niño".

Lo que se deduce del artículo 4º de la Constitución Política del Perú, reforzado además por todo lo anteriormente planteado, es que los textos internacionales contienen implícitamente la misma idea básica; concuerdan con la significación común que la palabra familia tiene en la lengua castellana.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

El diccionario de la Lengua que, en su significación primaria y más común señala: que la palabra "familia" es un "grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas. El vínculo de parentesco es lo decisivo, y este no es, según el mismo Diccionario, sino "vínculo, conexión, enlace por consanguinidad o afinidad"; conceptos uno y otro vinculados necesariamente al hecho de la generación biológica (el de la consanguinidad) o a este más el de la unión conyugal, también intrínseca y directamente relacionado de suyo con la generación (la afinidad).

El Principio del Interés Superior del Niño⁸

El Perú es Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989.⁹ Esta Convención desarrolla una serie de normas relativas a la situación jurídica de los niños, o más precisamente de esas personas que son menores de edad para el Derecho. Así, el principio del interés superior del niño tiene su sustento en el artículo 3 de esta Convención, que señala:

- "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**.*
- 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*
- 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."*

La norma nacional que incorpora y declara el principio del interés superior del niño es el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, que en el Título Preliminar artículo IX señala:

⁸ Tesis Universidad San Martín de Porres, 2008 *¿Es posible incorporar la figura de la Tenencia Compartida en nuestra legislación?*, Abogada Tania Sabbagg. Especialista en Derecho de Familia.

⁹ Esta Convención fue suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990 y aprobada por Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990. Cuyo instrumento de ratificación es del 14 de agosto de 1990.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

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

La primera impresión que nos produce este artículo es ¿qué es el interés superior del niño?, en palabras del maestro Fermín CHUNGA LAMONJA, dedicado estudioso e investigador del derecho de los menores, señala que el interés superior del niño es *"el desarrollo integral del niño y adolescente en el seno de una familia que reúna las 3 características: amor, comprensión, felicidad, pudiendo también interpretarse como darle bienestar"*.¹⁰

Bienestar, la palabra es muy significativa, la entendemos como "lo mejor para el desarrollo del niño o adolescente como persona", y que, en la búsqueda de lo mejor, deberá dedicársele los recursos materiales, sociales, económicos, y afectivos que coadyuven en el logro de ese bienestar. Entonces, ¿será medible, cuantificable, los medios o recursos que sean necesarios para alcanzar este objetivo de "lo mejor para el niño"?

Así, la búsqueda del logro del bienestar del menor, lleva a que la noción del "interés superior del niño" sea un concepto jurídico indeterminado, donde para precisar qué es lo más conveniente para el menor se requiere darle contenido, de acuerdo a las circunstancias que presente cada caso concreto.¹¹ Un derrotero lo será el tomar conocimiento de la opinión del niño, conocer qué trato le brindan las personas de su entorno (familiares, conocidos), la empatía con estas personas para con él (ella), las condiciones económicas y sociales que le rodean, el grado de desarrollo educativo alcanzado, entre otros aspectos.

Para el Juez, al resolver un problema relacionado con el niño o adolescente, además de conocer entorno familiar, los medios económicos y sociales de su familia, el grado de desenvolvimiento afectivo, educativo y físico que ha alcanzado el menor, deberá

¹⁰ CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de Menores*. Quinta edición. Lima: Grijley, 2001. p.292

¹¹ Al respecto, recomendamos ver, BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "¿En qué caso el juez resuelve dar la tenencia de los hijos al papá? El Principio del Interés Superior del Niño y los criterios a tener en cuenta para el otorgamiento de la tenencia de los hijos a favor del padre". En: *Revista DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, Año 8, N° 50, noviembre del 2002.p.97-111. Así como, "Tenencia de los hijos y régimen de visitas como atributos de la Patria Potestad. Aplicación del principio del interés superior del niño". En: *Compendio Especializado. Tenencia y Patria Potestad. Doctrina y Jurisprudencia*. Suplemento de la REVISTA PERUANA DE JURISPRUDENCIA. Trujillo, Editora Normas Legales, N° 20, octubre del 2002.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

también conocer cuál es su opinión.

En ese sentido, hay un mandato claro que aparece del artículo 85° del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, cuando refiere que, el juez deberá escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente¹².

En un estudio de la UNICEF se propone que para la determinación de lo que es más favorable al interés superior del niño, debe tenerse en cuenta que las acciones o medidas a deben corresponder al espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño en su totalidad, y, en concreto al énfasis que ésta pone en el niño como individuo, con sus opiniones y sentimientos propios, y como persona con plenos derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales. En ese sentido, los Estados Partes de la Convención no pueden subordinar el interés superior a sus prácticas culturales y utilizar dicha interpretación para negar al niño derechos que le son garantizados por la Convención, como por ejemplo la protección contra las prácticas tradicionales y los castigos violentos.¹³

Es necesario que, en los casos en que se diluciden derechos y obligaciones sobre los menores, el juez no tenga tener interés personal en el caso (si lo tuviere debiera abstenerse de conocer el proceso); debe estar tan bien informado como sea posible acerca de todas las circunstancias del caso; y debe poder demostrar que ha escuchado a todas las partes antes del fallo final, y que las partes han comprendido bien el contenido de las actuaciones judiciales¹⁴.

La objetividad del juez es un requisito consustancial para determinar lo más favorable, lo mejor, al resolver el caso aplicando el interés superior del niño, en este sentido, el Estado debe asegurarse de que los jueces ejerzan sus facultades jurisdiccionales con objetividad.

¹² Si bien las manifestaciones del menor no son jurídicamente vinculantes para el juzgador, éstas deben manejarse con cuidado, pues pueden proporcionar una valiosa información, que hay que saberla interpretar. En todo caso, el valor de la opinión que exponga el niño o adolescente dependerá de su autenticidad (es decir, que sean realmente suyos, y no que sean inducidos por otra persona), razonabilidad (esto es, su coherencia, realizabilidad de sus deseos, frente a idealismos y utopías), y conveniencia para el propio menor, con proyección más allá del corto plazo. Indudablemente, el juez habrá de manejar un elemento perturbador: la carga propia de su posición ideológica y jurídica del juzgador, de clara connotación subjetivista. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*, p.137 y ss.

¹³ FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Preparado por Rachel Hodgkin y Peter Newell. Suiza, diciembre de 2001. p.40

¹⁴ FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. Op. Cit., p.128

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño expresa en el artículo 9 que:

- "1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*
- 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*
- 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*
- 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas."*

Para el logro de esta objetividad, el juez debe garantizar que todas las personas interesadas en el proceso serán escuchadas. Por ello, les recuerda a los Estados Partes que suscribieron y adoptaron la Convención que, se debe oír a los padres, a los familiares, a la gente del entorno del niño. Asimismo, que, las demás "partes interesadas" puedan acceder al juez y expresar sus peticiones, o coadyuvar en el desarrollo del proceso referido a un menor. Las "partes interesadas" no están definidas en la Convención, por lo que su identificación corresponde al derecho interno o al juez del caso; sin embargo, se debe presumir que es necesaria la interpretación más amplia posible, puesto que para tomar una decisión acertada sobre el interés superior del niño debe disponerse de la máxima información, y si puede citarse a la profesora, a la tutora de la escuela, en fin, puede ser beneficioso para comprender lo que será la decisión

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

acorde al interés superior del niño.

El juez debe manejar una apreciación discrecional y razonable, no arbitraria, de los aspectos materia del pronunciamiento sobre dilucidación de derechos del menor. Debiendo anotarse que la discrecionalidad y la arbitrariedad son conceptos antagónicos que no se pueden confundir: la discrecionalidad debe basarse en motivaciones y justificación suficientes (discutibles a veces, pero considerables en todo caso), mientras que lo arbitrario no tiene motivación respetable o se reduce a la de la voluntad de quien lo impone. La diferencia entre una y otra radica precisamente en la racionalidad del juicio de valor que haga el juzgador a partir de los datos y circunstancias del caso concreto, la sensata ponderación de los hechos, la equilibrada valoración de lo que convenga al menor, sus beneficios y riesgos, las ventajas e inconvenientes de cada opción posible; todo lo cual debe conducir a una prudente decisión al respecto en procura de la mejor protección de los derechos fundamentales del menor (su dignidad humana, el desarrollo de su personalidad), con una visión de futuro más que de presente, y predominio de los bienes y valores espirituales sobre los materiales.¹⁵

En esa línea, encontramos que, el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes prescribe en el artículo X del Título Preliminar que: "El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos", esta disposición busca imprimirle la nota de humanidad que se requiere en el desarrollo del proceso judicial sobre temas relacionados con el niño o adolescente.

Diferencias entre Patria Potestad, Custodia y Tenencia¹⁶

Es conveniente que se diferencie perfectamente entre ejercicio de la patria potestad y la custodia y la tenencia. La primera es propia de los padres y la segunda de cualquier persona que tenga legítimo interés.

¹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. p.242

¹⁶ Tesis Universidad San Martín de Porres, 2008 *¿Es posible incorporar la figura de la Tenencia Compartida en nuestra legislación?*. Abogada Tania Sabbagg. Especialista en Derecho de Familia.

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Cuadro 4
Diferencia entre Patria Potestad, Custodia y Tenencia

Patria Potestad	Custodia	Tenencia
Concepto. Es un derecho o una obligación, la patria potestad es una función por la que se confía a los padres el cuidado del menor, la provisión de lo necesario para su subsistencia, proteger y defender sus intereses, sus derechos, formar su personalidad	Concepto. Es el ejercicio físico inmediato de un padre o madre hacia su hijo y los bienes de este. Desde un punto de vista práctico, es la relación inmediata que tienen los padres del cuidado y atención de los hijos.¹⁷	Concepto. La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse ellos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.
Ejercicio: Respecto al ejercicio de la Patria Potestad, ésta la ejercen conjunta e indistintamente los padres. Si están separados, igualmente la ejercen los padres (subsiste la obligación alimenticia, por ejemplo), aunque uno de ellos ejerza la tenencia del menor (tenerlo físicamente).	Ejercicio: La ejerce el padre que tiene la patria potestad y el que solicita la tenencia.	Ejercicio: La tenencia la ejerce por el padre que de común acuerdo han señalado los padres al separarse de él, indicando como una innovación que se "tomará en cuenta el parecer del niño y del adolescente". El segundo supuesto, es que de no existir acuerdo o si este resulta perjudicial, deberá ser el Juez de Familia quien decida de acuerdo con el interés superior del niño, el que debe tener al hijo.

¹⁷ Exégesis: Derecho de Familia. Dr. Max Arias-Shereiber Peste. Pág. 172.

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Propia de los padres.	Persona con legítimo interés.	Persona con legítimo interés.
-----------------------	-------------------------------	-------------------------------



El legítimo interés es aquel que mejor convenga al interés superior del niño, en su desarrollo integral dentro del seno de una familia, por ejemplo, los parientes consanguíneos, los colaterales y también los padrinos, aun cuando estos solamente están unidos por un carácter religioso.

El Síndrome de Alineación Parental¹⁸

La problemática del Síndrome de Alineación Parental, se presenta usualmente después de un divorcio o separación, según sea el caso, y una vez establecida la tenencia de los hijos y/o hijas, el Estado garantiza el derecho de los menores de edad y de los progenitores a relacionarse y mantener el vínculo familiar.

En ese sentido, el doctor Javier Arrieta García¹⁹, señala que *"La tenencia monoparental ha dado muchas veces lugar al llamado Síndrome de Alineación Parental, que podríamos decir que en términos simples es la manipulación que hace uno de los padres sobre su menor hijo con el fin que este tome una actitud de rechazo frente al otro progenitor"*.

En esta misma línea, el doctor Bouza y Pedroza señala que el síndrome de alineación parental *"se define por el hecho que un padre ejerce la tenencia y obstruye o impide el"*

¹⁸ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1096/2021-CR. Pág. 3.

¹⁹ Javier Arrieta García, artículo Aplicación de la Tenencia Compartida, fuente exposición de motivos del Proyecto de Ley 1096/2022-CR.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

vínculo del hijo con el otro padre y construye una relación abusiva en la cual paradójicamente, la víctima es el verdugo".

La legislación peruana fomenta la tenencia exclusiva, la cual ha generado el incremento de casos por alineación parental, debido a que los padres se enfrentan por la tenencia y custodia del menor, en consecuencia, terminan alterando y afectando el correcto desarrollo integral del menor.

La Tenencia Compartida en la legislación nacional

Se definirá el término "tenencia"²⁰ que dice: ocupación y posesión actual y corporal de algo (...)

En este contexto, se toma en cuenta la opinión del doctor Varsi Rospigliosi²¹, quien describe el concepto de Tenencia, señalando, que es la facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el Juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (artículo 81 y siguientes del nuestro Código de los Niños y Adolescentes). Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el Juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica.

El doctor Bustamante Oyague²² en su análisis y crítica jurisprudencial del Expediente N° 1517-97, comenta al respecto de la tenencia, donde lo normal, o mejor dicho lo ideal, es que papá y mamá siempre vivan juntos con los hijos en el seno del hogar familiar, ya sea porque los padres se encuentren casados o estén conviviendo. En tales casos, ambos padres no solo tienen la titularidad de la patria potestad y en tal calidad la ejercen en común. Cuando los padres viven con los hijos, la toma de decisiones y el cuidado, crianza, educación de los hijos se hace de común acuerdo. Ésta es la noción básica de guarda o tenencia, esto es, la vida en familia de padres e hijos, todos juntos, viviendo bajo un mismo techo, y los padres ejerciendo sus facultades en la búsqueda del desarrollo integral de los hijos.

²⁰ Según el Diccionario de la Real Lengua Española, pág. 2154.

²¹ Varsi Rospigliosi, Enrique. Divorcio. Filiación y Patria Potestad. Edición 2005. Pág. 259.

²² Bustamante Oyague, Emilia. Diálogo con la Jurisprudencia. Edición N° 50. Año 2002. Gaceta Jurídica.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

La tenencia o guarda es un atributo exclusivo de la patria potestad y que solo lo pueden tener los padres y no terceras personas. En los casos en que un tercero deba asumir la tenencia del menor, entonces estaremos ante el caso de la tutela²³ si el ejercicio del cargo es permanente, o de colocación familiar²⁴ si es de carácter provisional.

Según, el Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, se señala en el artículo 81 y siguientes, que en los casos en que 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 del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resuelve el juez²⁵, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. Esto se puede dar tanto ante los supuestos en que los hijos son matrimoniales y los padres no conviven en un mismo techo, o en los casos de los hijos producto de una relación convivencial.

Está prevista la posibilidad del otorgamiento de la tenencia provisional, regulada en el artículo 87 del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, cuando se indica que la tenencia provisional podrá solicitarse cuando el niño fuese menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el juez resolver en el plazo de veinticuatro horas. En los demás casos –debiendo entenderse cuando el niño tiene más de tres años o no estuviese en peligro su integridad física-, el juez resolverá teniendo en cuenta el informe del equipo multidisciplinario, previo dictamen fiscal. Determinándose que la acción solo procede a solicitud de padre o de la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procediendo la solicitud de tenencia provisional como medida cautelar fuera de proceso.

La Jurisprudencia referente a la tenencia que concuerda con el **artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes** comenta lo siguiente: La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse ellos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro²⁶.

²³ El artículo 502° del Código Civil señala que al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes.

²⁴ El artículo 104° de la Ley N° 27337, Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, expresa que mediante la colocación familiar el niño o adolescente es acogido por una persona, familia o institución que se hace responsable de él transitoriamente. Esta medida pueda ser dispuesta por la instancia administrativa o judicial y puede ser remunerada o gratuita.

²⁵ La tenencia para ser reconocida a favor de uno de los padres que tiene en su poder a su hijo o cuando algunos de los padres desea recobrar el hijo que le fuera arrebatado ya sea por su cónyuge o conviviente, se debe interponer una demanda solicitando la custodia y tenencia, acompañándose de un documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes (art. 83° del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes).

²⁶ Cas. N° 1805-2000-Lima. El Peruano 30-01-2001. Pág. 6810



**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

Etimológicamente deriva del latín "tenere" y "minor" (vocabulario usual en la protección de menores del Instituto Interamericano del Niño, OEA).

De las definiciones y planteamientos anteriores, se desprende que la tenencia es un derecho que está inherente, inmerso dentro de la patria potestad a los padres, la misma que es solicitada como una pretensión dentro de la demanda de divorcio, y que es solicitada de Oficio o de Parte por cualquiera de los padres o aquél familiar que tiene legítimo interés al menor o el adolescente, lo que pretende es que el menor permanezca o esté en el mismo techo de uno de los padres, brindándole las consideraciones que le sean más favorables al menor o adolescente teniendo como primer objetivo encima de cualquier otro derecho el interés superior del niño.

Una de las características que se ha podido observar, luego del análisis normativo, es que la figura de la tenencia es la que el Juez determinará a favor de quien se otorga la misma, y en consecuencia, la otra parte que muchas veces en quien causa la separación por ende el divorcio es la más afectada en cuanto a este derecho, ya que esta tenencia monoparental será otorgada en forma restringida a uno de ellos, y no se valora de ninguna manera el interés superior del niño, sino poniendo en juego, inclinando la balanza solamente hacia un lado, casi siempre hacia la madre, y el padre muchas veces queda recortado en sus derechos más no en sus deberes, pero la igualdad que debería existir entre ambos conyugues como "padres" como "progenitores" como personas que desean lo mejor para sus hijos no se ve reflejada en este tipo de tenencia que ahora visualizamos en nuestra legislación.

En los casos que el Juez de Familia determine que un tercero con legítimo interés obtenga la tenencia del niño, niña u adolescente, se estaría hablando de la figura de la tutela.

En este contexto de estudio de las dos propuestas legislativas en mención, soslayamos que el problema en mención y que se debe solucionar en beneficio del desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, es que los menos perjudicados ante la separación y/o divorcio de los conyugues deben ser los menores, ya que ellos gozan de derechos tanto en el ámbito nacional e internacional, y el deber del legislador es cuidar que dicha población goce dentro de un ámbito familiar sano, estable y armonioso, ante ello, es que la tenencia compartida dentro de nuestra legislación es una alternativa que permite que el menor pueda mantener contacto con sus padres a pesar de la separación o divorcio, con el propósito de prevalecer la relación paterno-filial padre-hijo (a), madre-hijo(a), por lo que se deja claro que la tenencia compartida necesita de supuestos, a fin de que funcione en la relación de ambos padres tales como: establecer reglas y sanciones entre los progenitores (padres) respecto de los

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

menores, establecer los gastos y sobre todo que exista un contacto físico-emocional que no hará más que fortalecer el crecimiento y el desarrollo integral del menor.

Dentro de la doctrina nacional, se menciona los comentarios del doctor Javier Arrieta García, quien señala en su artículo de tenencia compartida: *"se encuentra sustentada a la igualdad de derechos que debe existir entre ambos padres, y principalmente, en el Principio del Interés Superior del Niño, toda vez que este tiene el derecho de disfrutar del amor y cuidado de sus dos progenitores"*²⁷.

Asimismo, otra opinión del sector del Derecho de Familia, lo menciona la doctora Eugenia Gonzáles Martínez, quien comenta: "La custodia compartida es la modalidad de ejercicio de la patria potestad, que como regla general es la que mejor protege el interés del menor, del mismo modo, posibilita la mejor relación en condiciones de paridad con ambos padres y consecuentemente, respeta en mayor medida el principio de igualdad entre ellos"²⁸.

En conclusión, opinamos de manera conjunta lo sostenido en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 1096/2021-CR, que sostiene que la figura de la tenencia compartida es un mecanismo que genera un período de alternancia equilibrada con ambos progenitores, salvo que no sea posible o resulte perjudicial para el menor. En ese sentido, proponen que los padres tendrán la potestad de decidir la forma de tenencia compartida, sin la necesidad de acudir a un Juez, esto en aras del Principio Superior del Niño y del Adolescente.

Descripción de los deberes que abarca la Tenencia

El derecho a la tenencia ejercido por los progenitores, en su caso sea la madre o el padre, es un derecho inherente a la Patria Potestad está conformada por un complejo de obligaciones de tracto sucesivo, de manera tal que las relaciones entre padres e hijos son numerosas y de diversa índole, pudiéndolas clasificar de la siguiente manera:

- a. **Guarda.** El contenido de orden personal de la patria potestad es la guarda, de la cual se derivan la corrección, la educación, la asistencia y la prestación de servicios. La guarda se traduce en el hecho de vivir en familia prestando la atención al desarrollo de los hijos, en este sentido, el ejercicio de la patria potestad requiere de

²⁷ Javier Arrieta García (2012). Aplicación de la tenencia compartida. Revista Jurídica del Perú, número 36. Pág. 260. Datos obtenidos de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1096/2021-CR. Pág. 6.

²⁸ Datos obtenidos de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1096/2021-CR. Pág. 6.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

manera fundamental la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar y es un derecho – deber de los padres el tener a sus hijos consigo.

- b. **Régimen de Visitas.** El régimen de visitas forma parte del Derecho de relación. Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial. Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita. Es una relación jurídica familiar básica que se identifica con un derecho – deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente.
- c. **La Educación.** La educación es indiscutiblemente, dentro del sinnúmero de obligaciones que tienen los padres, la más importante, en cierta manera, subsume a todas las demás. La educación es la formación física, espiritual y moral que permitirá al menor integrarse de manera satisfactoria y plena en la sociedad. Educar es cultivar las virtualidades positivas y desalentar las negativas. La educación comprende la escolar y la superior, incluyendo la universitaria o tecnológica.
- d. **La Corrección.** Es deber de los hijos respetar, obedecer y honrar a sus padres; este es un deber de orden ético y moral, así mismos legal. Su incumplimiento puede acarrear medidas disciplinarias legítimas como la corrección o aplicarse las causales de desheredación.
- e. **La Asistencia.** También conocida como "sostenimiento" y, como tal, es recíproca, siendo de padres a hijos y de hijos a padres. En su sentido genérico, implica el cuidado, el resguardo y la atención de la persona y los bienes del asistido. En su sentido especial, la asistencia se ha vinculado con la institución de los alimentos. Los alimentos comprenden la satisfacción de las necesidades fundamentales que permiten el desarrollo integral de la persona y se deben, no obstante, el mal comportamiento del hijo o la conducta inmoral que lo haya llevado a carecer de aptitud para atender su subsistencia.



**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

Regulación de la Tenencia en el Código Civil

La Tenencia como figura individual no se encuentra regulada en el Código Civil, esta figura se encuentra inmersa en la figura de la Patria Potestad.

El artículo 340 como el artículo 420 indican que los hijos se confían (se dan en tenencia) a uno de los cónyuges (el inocente, el culpable a criterio del Juez o tercera persona), quien ejercerá la patria potestad en tanto que el otro queda suspendido de su ejercicio.

El artículo 340 del Código Civil el cual regula el ejercicio de la patria potestad, dentro de la jurisprudencia, señala que los efectos de la separación de cuerpos pueden ser distribuidos en dos grupos: Los que se refieren a los cónyuges, y los que aluden a la situación de los hijos comunes; con respecto a estos últimos, el artículo 340 primera parte del Código Civil, dispone que los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causal específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona, la norma acotada responde al criterio establecido por el legislador de considerar las causales de separación de cuerpos, así como el divorcio, como una sanción (**llamado también el sistema de sanción**) en la que se imputa al cónyuge culpable la causa de la separación, por ende, merecedor de ciertas restricciones punitivas, como el de suspender el ejercicio de la patria potestad de los hijos; la sanción de suspensión de patria potestad en los casos de separación de cuerpos por causal específica obedece a un imperativo mandato de la ley.

El artículo 420 del Código Civil²⁹ el cual regula el ejercicio unilateral de la patria potestad, la doctrina comenta al respecto que los supuestos de dicho artículo están referidos a una situación de conflicto: el resquebrajamiento del matrimonio sea por la separación de cuerpos, el divorcio o la invalidación el vínculo matrimonial de los padres.

Lo que D'ANTONIO denomina la sujeción de las voluntades al poder organizador que representaba la comunicación de las adhesiones individuales, se ve sustancialmente afectada por las circunstancias antes descritas.

La respuesta del legislador, consagrada en el artículo 420 del Código Civil, son: a) fijar la patria potestad a favor del padre o de la madre a quien se confían los hijos; y, b)

²⁹ Código Civil Comentado. Derecho de Familia. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Año 2003.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

suspender mientras tanto a la otra, en el ejercicio de la potestad que le correspondía de manera conjunta.

El artículo 420 del Código Civil regula el ejercicio unilateral y la suspensión de la patria potestad sólo para los casos de separación de cuerpos y divorcio por causal específica, como invalidación de matrimonio.

La Corte Superior de Lima, mediante sentencias de fecha 21 de julio de 1997 y 5 de marzo de 1998, recaídas en los expedientes números 99-98 y 1547-97, ha resaltado el concepto de patria potestad como institución reguladora de la relación paterno filial para destacar que ella no puede ser objeto de convenio o renuncia en tanto no tiene carácter indisponible de los padres.

Asimismo, la sentencia dictada también por la Corte Superior de Lima, con fecha 16 de octubre de 1997, en el expediente número 826-97, expresa que es la tenencia y no la patria potestad, la que admite convenio entre los padres, aunque no con carácter definitivo.

La Tenencia en el Código de Niños y Adolescentes

Desde el punto de vista jurídico³⁰ al artículo 81 referente a la tenencia, tiene sus antecedentes en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, comenta que la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo, por extensión señala el Código, la Tenencia también puede otorgarse a quien tenga el legítimo interés.

La tenencia la ejerce por el padre que de común acuerdo han señalado los padres al separarse de él, indicando como una innovación que se "tomará en cuenta el parecer del niño y del adolescente". El segundo supuesto, es que de no existir acuerdo o si este resulta perjudicial, deberá ser el Juez de Familia quien decida de acuerdo con el interés superior del niño, el que debe tener al hijo.

Desde el punto de vista jurídico³¹ al artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes referente a la Facultad del Juez, señala que, en caso de no existir acuerdo entre los padres referente a la tenencia del niño o adolescente, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo dispuesto en los incisos a), b) y c) del artículo en comentario. El inciso b) ha sido variado en cuanto a la edad, señalando que el hijo

³⁰ El Código de los Niños y Adolescente - Ley 2733. Fermín G. Chunga LaMonja. Págs. 144, 145, 146.

³¹ El Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) Fermín G. Chunga LaMonja. Págs. 144, 145, 146.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

menor de tres años permanecerá con la madre. Cabe preguntarse si este inciso ha modificado el artículo 340 del Código Civil en la parte que señala que "si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa. El autor hace una interpretación literal que lo lleva a contestar afirmativamente; sin embargo, un nuevo elemento gravitante, decisivo se ha introducido en nuestra legislación de menores y es el referente al interés superior del niño, contenido en el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño. En todo caso el Juez para designar al que debe tener la tenencia, ha de cumplir con el principio del "interés superior".

Continuando con lo que la doctrina³² comenta sobre tenencia, es la autoridad que se tiene sobre el menor de edad en caso de resquebrajamiento conyugal y se acuerda la separación de hecho de los cónyuges. Incluso se aplica a la separación de los convivientes. Se trata de la "distribución" de los hijos de manera voluntariamente acordada por los padres, o, en caso de desacuerdo, conforme lo disponga el juez, debidamente asesorado por un equipo multidisciplinario (Asistente Social, Psicólogo), atendiendo al interés superior del niño.

El régimen de tenencia (o convivencia o guarda o custodia personal, como lo llaman algunos), acordado para los hijos debe incluir un régimen de visitas a favor del padre que no se vea favorecido por la tenencia.

Se distingue la tenencia provisional (artículo 87º del Código de Niños y Adolescentes) al interior de la tramitación del juicio de separación o divorcio, de la tenencia definitiva (que no lo es tal, pues circunstancias y situaciones posteriores pueden hacerla variar) que resulta al final de un proceso judicial. La variación de la tenencia débese tramitar cuando al menos hayan transcurrido 6 meses desde el último pronunciamiento judicial firme, para evitar el manoseo y vaivenes que pueden afectar el equilibrio emocional del menor. La variación de la tenencia puede tener lugar cuando el que tiene la custodia del menor impide sin causa justa el cumplimiento del Régimen de Visitas acordado a favor del otro progenitor.

El menor de 3 años debe permanecer con la madre, señala la ley (artículo 84, inciso b), salvo excepciones que ameriten variar esta regla.

³² Los Derechos Humanos de los Niños y el Código de los Niños y Adolescentes. R.F. Jaracea. Págs. 91,92.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

Subsidiariamente, puede aplicarse el criterio señalado por el artículo 340 del Código Civil. El cónyuge (o conviviente) inocente (que no motivó) de la separación o divorcio obtiene la tenencia. Y si ambos fueran culpables, los hijos varones mayores de 7 años quedan a cargo del padre, y las hijas menores (sin distinción de edad, es decir hasta los 17 años) y los menores de 7 años de edad (niños, niñas) deben quedar al cuidado (tenencia) de la madre. También señala esta última norma que en caso fallezca el progenitor favorecido con la tenencia, el otro asume automáticamente la tenencia.

La Tenencia Compartida en la Legislación Sud Americana y Europea³³

Legislación Chilena³⁴

El parlamento chileno tiene un Proyecto de Ley que ampara la Tuición Compartida, la que se sustenta en los principios de igualdad entre el hombre y la mujer y que la tuición de los hijos corresponde tanto a los padres por igual. Comenta también en su artículo 2, que en el caso de los padres que no cohabitan efectivamente, se observará un régimen de custodia alternada, por períodos iguales de tiempo. Este régimen determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres, y legalizado ante el Tribunal. A falta de acuerdo, el Tribunal correspondiente determinará el régimen de Custodia Alternada más adecuado, protegiendo el interés superior de los hijos.

Legislación Colombia³⁵

La Cámara de Representantes de la República de Colombia en el Proyecto de Ley 162/2007, que propone establecer "El Régimen de Custodia Compartida de los hijos menores" presentado por Honorable Representante Guillermo Antonio Santos Marín³⁶, ingresado el 17 de octubre del 2007, encuentra ingresado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes del Parlamento Colombiano, con publicación en Gac. 515/2007 pendiente de ponencia y el ponente designado es el Honorable Representante Germán Olano Becerra. Siendo el artículo 2º el siguiente:

³³ Tesis Universidad San Martín de Porres, 2008 *¿Es posible incorporar la figura de la Tenencia Compartida en nuestra legislación?*. Abogada Tania Sabbagg. Especialista en Derecho de Familia.

³⁴ Proyecto Ley. Parlamento Chileno.

³⁵ Proyecto Ley N° 162.07.2007. Por medio del cual se establece el Régimen de Custodia Compartida de los Hijos Menores.

³⁶ Fuente: Página web del Parlamento Colombiano.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

Artículo 2. En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial contemplado en el artículo 31º de la Ley 640 del 2001, y refrendada por el Juez de Familia. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el régimen de Custodia Alternada más adecuado mediante el Proceso Verbal Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, pero siempre protegiendo el interés superior de los menores.

Con este proyecto se busca que la custodia de los hijos sea compartida simultáneamente por ambos padres, y que el ejercicio de estos derechos sea ejercido por períodos iguales y alternados, así el padre tendrá el cuidado personal de los hijos por un tiempo determinado y la madre tendrá tiempo de realizar otros quehaceres.

Así mismo, comenta este Proyecto de Ley el derecho constitucional prevalente al derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, comenta el mismo que la familia es la institución fundamental que permite el normal desarrollo de la persona humana, y el derecho de todo niño a tener una familia y no ser separado de ella.

Argentina³⁷

Se consultó a los expertos del Centro Médico Ballester, señalaron lo siguiente: "La tenencia compartida, es una opción superadora en la actualidad, alguno de sus beneficios son que ambos padres siguen cumpliendo un rol activo en la educación y crianza del niño, que los padres acuerden las decisiones importantes respecto a los hijos en común tales como establecimientos educativos donde concurren, lugares de residencia, tratamientos médicos, vacaciones, cumpleaños y otras fiestas; que comparten los gastos de manutención; que los niños no padezcan el sentimiento de abandono que suele provocar la situación de ruptura familiar".

Otras legislaciones Europeas

En la actualidad muchos países Europeos ya han legislado sobre la Tuición Compartida, la que está arrasando en Europa. Primero fue Bélgica, luego Francia, ahora Suiza, y en Italia probablemente será una realidad en breve. A la inversa, España, no acusa recibo de estos cambios, dado el feminismo imperante.

³⁷ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1096/2021-CR. Pág. 6.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

En Alemania, aunque la nueva legislación sobre las relaciones entre padres e hijos de 1998, propicia la guarda y custodia compartidas por ambos padres, tal práctica no es aún frecuente, debido a que la ley permite que uno de los padres pueda negarse a aceptar esta modalidad, en cuyo caso el juez tiene que decidir. En opinión de los jueces, el bienestar de los niños no está garantizado si los padres no tienen los mismos objetivos. Así pues, la mayoría de los jueces deciden entregar los niños a la madre e imponer al padre la obligación de pagar la manutención de todos.

En Francia, la Ministra delegada de la Familia y la Infancia del Gobierno Francés Ségolène Royal, presentó el 27 de febrero de 2001 un proyecto denominado "la Reforma de la Autoridad Parental: los Nuevos Derechos de las Familias", cuyo aspecto más espectacular es la previsión legal de la custodia compartida y la convivencia de los hijos separados con ambos padres (alternancia semanal). Esta iniciativa tiene un valor innegable, ya que por primera vez un gobierno europeo reconoce abiertamente, que el régimen de alternancia en la convivencia es el más conveniente para el desarrollo del niño.

En este contexto, la Asamblea Nacional Francesa aprobó el 13 de diciembre de 2001, el proyecto de ley que equipara los derechos y deberes de padres y madres. La ley estableció la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto a la guardia y custodia de los hijos tras la separación de la pareja y otorga una autoridad compartida por ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, sea cual sea la situación de la pareja.

Finalmente se consultó la doctrina Española, quienes han desarrollado el principio de corresponsabilidad parental, mediante el cual se busca promover las relaciones de familia, a fin de permitir a los padres decidir la mejor forma de convivencias, siempre en condiciones de igualdad³⁸.

De lo anteriormente planteado, el equipo técnico de la Comisión de Mujer y Familia, luego del análisis de las dos propuestas legislativas concluye en los siguientes puntos que son importantes tomar en cuenta:

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es un instrumento de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la infancia, y dentro de sus principios que la Convención ha recogido se encuentra la

³⁸ Datos obtenidos en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1096/2021-CR. Pág. 6.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

figura "del interés superior del niño", lo que favorece la figura consagrada en el Derecho de Familia "la coparentalidad" (tenencia compartida) que es el espíritu de la propuesta legislativa en estudio y que se pretende agregar con la modificación de los artículos 81, 82 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes. La Constitución Política del Perú consagra en la cúspide de la pirámide de jerarquía de las normas a los Convenios y Tratados Internacionales, en la que encontramos la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, la Constitución Política del Perú, consagra en su articulado la protección que brinda el Estado a la Familia (..) protegen especialmente al niño, al adolescente, en este sentido, asegura la prevalencia de la unión de la familia, como también promueve la paternidad y maternidad responsables, (...) es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (...) Por los preceptos señalados, tanto el niño y el adolescente debe ser protegido por su familia "padre" y "madre" y sobre todo ésta debe prevalecer el interés superior de su hijo o hija. Fundamentos que se amparan en la tenencia compartida llamada en el Derecho de Familia "la coparentalidad".

Por otro lado, nos amparamos en la Ley de Igualdad de Oportunidades³⁹, la que plantea que tanto las mujeres y los hombres ejerzan sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad. Razón por la cual en esta situación de tenencia restringida monoparental que es otorgada a uno de los padres y siendo el otro padre quien pierde sus derechos para su hijo o hija, consideramos que esta situación contraviene los preceptos de la Ley de Igualdad de Oportunidades, por lo que planteamos que tendrían que ser los dos progenitores por igual los que asuman indiscriminadamente una tenencia compartida de su menor hijo o adolescente.

En este contexto, el Código de los Niños y Adolescentes contempla el tema de la coparentalidad, ya que en su artículo 81 le otorga una fuerza especial al acuerdo entre los padres en el sentido que serán ellos los que, de creerlo conveniente, pueden ejercer una tenencia compartida, teniéndose en cuenta, por lógica que el parecer del niño o adolescente. Por su parte, el artículo 83 ha restringido la posibilidad de que la tenencia puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés. La coparentalidad consolida la relación paterno-filial en su sentido de que la patria potestad no pierde consistencia por la separación de los padres.

³⁹ Ley 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

Es importante señalar que la tenencia compartida es una figura jurídica del Derecho de Familia, que surge en contrapartida al denominado Síndrome de Alineación Parental (SAP) el cual es un fenómeno que perjudica los intereses de los hijos y se presenta cuando el progenitor que ejerce la tenencia del menor o menores programa o condiciona la conducta de éstos para que muestren sentimientos negativos hacia el progenitor que no vive con él o ellos (recelo, cólera, temor, resentimiento, odio) y que en la generalidad de los casos lo realiza sin motivo justificado, lo que a la postre devendrá en la destrucción de los lazos existentes entre progenitor e hijos sobre todo si se encuentra separados por largos periodos de tiempo; todo ello, evidentemente, lo único que a significar es un enorme daño para los menores, quienes crecerán con serie deficiencias en lo emocional y afectivo (baja autoestima, depresión, etc).

Por lo que, el problema surge cuando se da la separación de los padres, ya que resulta de difícil comprensión la idea de que ambos puedan compartir las responsabilidades si residen en lugares separados; en realidad, no se trata de trasladar físicamente al menor de la casa de un progenitor a la del otro, de lo que se pretende con la tenencia compartida es que se entienda que debe haber un tiempo mínimo de convivencia que permita un mayor y mejor contacto con los hijos y siempre y cuando se trate de un padre responsable, es decir, que cuando un Juez de Familia resuelva la tenencia a favor de uno de los progenitores, a falta de acuerdo entre ello, deberá señalar un tiempo mínimo de horas a favor del otro con la finalidad de no destruir la relación filial con éste; por ende, la tenencia deberá ser entendida como aquella institución del Derecho de Familia que permite que uno de los progenitores viva con su hijo y que el otro participe de manera activa en su crianza, y no limitarse a establecer un régimen de visitas, si tenemos en cuenta que los padres no son solo visitantes.

Precisamente, con la finalidad de evitar ese deterioro en la formación integral del niño, es que algunas legislaciones, como la canadiense y la norteamericana, regulan la denominada coparentabilidad, la misma que es entendida como la igual implicación de ambos progenitores, aun cuando se encuentren separados, en la formación de sus hijos, atendiéndolos de manera común en todas sus necesidades y conviviendo en ellos la mayor cantidad de tiempo posible.

Otro punto importante en tomar en cuenta es la realidad social de nuestro país, la cual nos muestra, lamentablemente, que cuando los progenitores deciden recurrir al divorcio o a la separación, uno de ellos muchas veces orienta sus acciones a mellar o menoscabar el cariño que el hijo siente por el otro progenitor, y para conseguir ello, suelen denigrarlo de manera reiterada trayendo como consecuencia que el menor se aparte de uno de los progenitores, en consecuencia, se ve mellado el respeto y el amor

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

que los hijos deben mostrar a sus padres, sobre todo a los que no viven con ellos y finalmente, las consecuencias directas serán a los menores de edad.

En este contexto, luego del análisis de las propuestas legislativas el equipo técnico de la Comisión de Mujer y Familia coincide con la argumentación planteada por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, quienes señalan lo siguiente:

El Proyecto de Ley 1096/2021- CR, luego del estudio y análisis del texto sustitutorio propuesto, se recomienda que las normas modificatorias propuestas debieron ser previamente concordadas con otras normas especiales, caso contrario sólo se aprobaría una norma para un caso específico, del cual no se ha estimado otras situaciones que se pueden dar cuando se produce la separación de hecho de los padres de forma no consensuada, situación que en la práctica es la más común, en ese sentido, es pertinente señalar que la finalidad de la dación de una norma nueva es para corregir o cubrir un vacío legal de alcance general y no de manera específica para casos concretos⁴⁰.

Por su lado, opinan que el Proyecto de Ley 1120/2021-CR, evidencia que las normas modificatorias propuestas no han sido concordadas con otras normas especiales y de marco general y que actualmente son parte de la normativa vigente en materia del derecho de familia y de protección de los niños y adolescentes, como son: i) La Ley 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, la que establece los procedimientos de tutela y de ejecución inmediata que faculta al Juez a dictar medidas cautelares que tienen como finalidad la protección integral del menor, y del progenitor o persona que se encuentra a cargo del cuidado del menor; facultad que involucra acciones procesales en materia de tenencia, cualquiera de ellas que se aplique, asimismo, no se ha previsto el régimen de visitas y de la petición alimentaria de los menores; ii) El Código Civil, en materia de familia, amparo familiar y en los casos cuando el menor adquiere capacidad por matrimonio o título oficial; y iii) el Código Procesal Civil, en razón que, en los procesos de separación de cuerpos o de divorcio pro causal, establecidos en los artículos 480 al

⁴⁰ Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. Informe de Trabajo N° D000007-2022-MIDIS-OGAJ-CMR. Análisis Técnico del Proyecto de Ley 1096/2021-CR.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

485 del citado código adjetivo, la facultad del cónyuge que interpuso la demanda de solicitar medidas cautelares en materia de alimentos y de tenencia⁴¹.

Con lo anteriormente planteado la Comisión de Mujer y Familia, señala que resulta viable que paulatinamente se promueva la tenencia compartida en la legislación nacional, recomendando la modificación de los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, soslayando cada caso presentado en una situación de separación y/o divorcio, considerando por encima de cada circunstancia la aplicación del principio del interés superior del niño, lo que coadyuvará en la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de manera igualitaria y sin distinto para que se consagre el derecho del desarrollo integral de los menores de edad, asimismo, permitirá la norma otorgarles derechos igualitarios a ambos padres en igualdad de condiciones.

VI. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Los Proyectos de Ley 1096/2021-CR y 1120/2021-CR tiene por objeto modificar los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de Niños y Adolescentes, a fin de establecer la tenencia compartida en beneficio del interés superior de los niños y adolescentes

La Comisión de Mujer y Familia estima que la aprobación de las propuestas legislativas por el Congreso de la República servirá como marco normativo que permita al Estado peruano poner en marcha con urgencia acciones afirmativas que hagan posible que, más allá de la igualdad formal, los derechos de las niñas, niños y adolescentes que instan al Estado proteger los derechos de la infancia en cualquiera de sus condiciones y con la obligación de aplicar con el criterio de razonabilidad del principio del interés superior del niño, lo cual coadyuvará en garantizar el adecuado desarrollo integral del menor.

Resulta pertinente señalar que las propuestas legislativas **1096/2021-CR y 1120/2021-CR**; ya que permitirán tomar medidas afirmativas que garantizan el fortalecimiento de las familias en el país, y pone en un primer plano la problemática suscitada en los casos de separación y/o divorcio de los progenitores en cuanto a la tenencia compartida de las niñas, niños y adolescentes, amparándose teóricamente en el principio del interés superior del niño, que no hace más que proteger los derechos del desarrollo integral de los menores en todos sus ámbitos de vida.

⁴¹ Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. Informe de Trabajo N° D000007-2022-MIDIS-OGAJ-CMR. Análisis Técnico del Proyecto de Ley 1096/2021-CR.

**DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.**

Acompañado a dicho argumento, a la fecha no se cuentan con las respuestas de opinión de los sectores involucrados en la materia a debatir y aprobar, como son el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Programa Nacional para el Bienestar Familiar – INABIF, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Defensoría del Pueblo, asimismo, solo se cuenta con la respuesta de opinión del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social la cual expone su falta de competencia para opinar sobre el tema de tenencia compartida.

En consecuencia, el equipo técnico realiza un texto sustitutorio que no colisione con el Código Civil, Código Procesal Civil y otras normas especiales que regulan la tenencia, por lo que recomienda, realizar un estudio cauteloso sobre el tema.

VI. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Comisión de Mujer y Familia, de conformidad con el literal b) del artículo 70 del Reglamento del Congreso de la República, recomienda la **APROBACIÓN** de los **Proyectos de Ley 1096/2021-CR y 1120/2021-CR** con el siguiente texto sustitutorio:

TEXTO SUSTITUTORIO

LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICA LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto modificar los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, a fin de establecer la tenencia compartida en beneficio del principio del interés superior de los niños y adolescentes.

Artículo 2. Modificación de los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes

Se modifican los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescente, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

"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 deber 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.

Artículo 82. Variación de la Tenencia

Cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado.

Para la variación de la tenencia el Juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, haya realizado las siguientes conductas:

- a. Dañar o destruir la imagen, que el hijo tiene del otro padre, en forma continua, permanente o sistemática.**
- b. No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre.**
- c. No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes.**

El Juez ordenará con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente.

DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del niño, niña o adolescente el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

Artículo 83. Petición

El padre o la madre que desee determinar la forma de la tenencia compartida o exclusiva de manera judicial interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, en respecto a los derechos del niño y la familia, el Juez debe resolver en un plazo máximo de 30 días calendario de presentada la medida cautelar.

Artículo 84. Facultad del Juez sobre la Tenencia Compartida

En caso de disponer la tenencia compartida, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

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



DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

En caso de disponer la tenencia exclusiva, el juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas.

La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo".

Dese cuenta
Plataforma Microsoft Teams.
Lima, 28 de febrero de 2022.



Firmado digitalmente por:
JAUREGUI MARTINEZ DE
AGUAYO Maria De Los Milagros
Jackeline FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 06/03/2022 11:16:56-0500



Firmado digitalmente por:
MEDINA HERMOSILLA
Elizabeth Sara FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 04/03/2022 17:01:30-0500

ELIZABETH SARA MEDINA HERMOSILLA
Presidenta

ROSANGELLA ANDREA BARBARAN REYES
Vice Presidenta



Firmado digitalmente por:
BARBARAN REYES Rosangella
Andrea FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 04/03/2022 17:37:23-0500

MARIA JESSICA CORDOVA LOBATON
Secretaria



Firmado digitalmente por:
CORDOVA LOBATON Maria
Jessica FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 07/03/2022 08:47:49-0500



Firmado digitalmente por:
CORDOVA LOBATON Maria
Jessica FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 07/03/2022 08:46:17-0500



DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

MIEMBROS TITULARES

PAÚL SILVIO GUTIÉRREZ TICONA
MIEMBRO TITULAR

JANET MILAGROS RIVAS CHACARA
MIEMBRO TITULAR



Firmado digitalmente por:
UGARTE MAMANI Jhakeline
Katy FAU 20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 07/03/2022 11:43:17-0500

JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI
MIEMBRO TITULAR

ALEX RANDU FLORES RAMÍREZ
MIEMBRO TITULAR

RUTH LUQUE IBARRA
MIEMBRO TITULAR



Firmado digitalmente por:
LUQUE IBARRA Ruth FAU
20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 07/03/2022 15:40:10-0500



DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y 1120/2021-CR; CON UN TEXTO SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA, MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82, 83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

JENY LUZ LÓPEZ MORALES
MIEMBRO TITULAR

CRUZ MARÍA ZETA CHUNGA
MIEMBRO TITULAR



Firmado digitalmente por:
LOPEZ MORALES Jeny Luz
FAU 20161740128 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 04/03/2022 18:29:14-0500



Firmado digitalmente por:
MARTINEZ TALAVERA Pedro
Edwin FAU 20161740128 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 07/03/2022 09:21:35-0500



Firmado digitalmente por:
ZETA CHUNGA Cruz Maria
FAU 20161740128 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 07/03/2022 09:38:48-0500

PEDRO EDWIN MARTINEZ TALAVERA
MIEMBRO TITULAR

HILDA MARLENY PORTERO LOPEZ
MIEMBRO TITULAR



DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.

MAGALY ROSMERY RUIZ RODRIGUEZ
MIEMBRO TITULAR

MARIA JAUREGUI MARTÍNEZ DE AGUAYO
MIEMBRO TITULAR

NOELIA ROSSVITH HERRERA MEDINA
MIEMBRO TITULAR



Firmado digitalmente por:
HERRERA MEDINA Noelia
Rossvith FAU 20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 07/03/2022 12:52:48-0500

YOREL KIRA ALCARRAZ AGÜERO
MIEMBRO TITULAR



Firmado digitalmente por:
ALCARRAZ AGÜERO Yorel
Kira FAU 20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 06/03/2022 21:53:03-0500



DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.

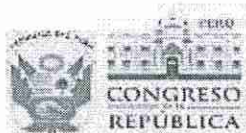
MIEMBROS ACCESITARIOS

BETSY BETZABE CHAVEZ CHINO
MIEMBRO ACCESITARIO

MERY ELIANA INFANTES CASTAÑEDA
MIEMBRO ACCESITARIO

TANIA ESTEFANY RAMIREZ GARCIA
MIEMBRO ACCESITARIO

NILZA MERLY CHACON TRUJILLO
MIEMBRO ACCESITARIO



DICTAMEN RECAÍDO EN LOS
PROYECTOS DE LEY 1096/2021-CR Y
1120/2021-CR; CON UN TEXTO
SUSTITUTORIO PROPONE LA LEY QUE
REGULA LA TENENCIA COMPARTIDA,
MODIFICANDO LOS ARTÍCULOS 81, 82,
83 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES.

HEIDY LISBETH JUAREZ CALLE
MIEMBRO ACCESITARIO

YESSICA ROSELLI AMURUZ DULANTO
MIEMBRO ACCESITARIO

ALEJANDRO MUNANTE BARRIOS
MIEMBRO ACCESITARIO

MARIA DEL PILAR CORDERO JONTAY
MIEMBRO ACCESITARIO

HERNANDO GUERRA GARCIA CAMPOS
MIEMBRO ACCESITARIO

EDUARDO ENRIQUE CASTILLO RIVAS
MIEMBRO ACCESITARIO

mp.interno

De: mesadepartesvirtual@congreso.gob.pe
Enviado el: lunes, 07 de marzo de 2022 04:19 p.m.
Para: tsabbagg@congreso.gob.pe
Asunto: Mensaje Usuario Interno - Dictámenes
Datos adjuntos: 1a796b862b1c317826786edd9e2626e1.pdf

Marca de seguimiento: Seguimiento
Estado de marca: Marcado

[Solicitante]: tsabbagg@congreso.gob.pe

[Asunto]: Mensaje Usuario Interno - Dictámenes

[Mensaje]: Buenas tardes: Sirva el presente para remitirles el Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 1096/2021-CR y 1120/2021-CR; con texto sustitutorio propone la Ley que Regula la Tenencia Compartida, modificando los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de Niños y Adolescentes. Se deja constancia que en la Décima Segunda Sesión Ordinaria de la Comisión de Mujer y Familia, se votó por Unanimidad la Dispensa del Acta para ejecutar los acuerdos. Cabe indicar que el Dictamen fue aprobado por Unanimidad en mencionada sesión ordinaria y a la fecha se han presentado inconvenientes en la firma digital de la señora congresista Janet Milagros Rivas Chacara. Atentamente, Tania Sabbagg Chacón. Especialista Parlamentaria Comisión de Mujer y Familia.

[Fecha]: 2022-03-07 16:19:06

[IP]: 192.168.10.219

Su mensaje ha sido recibido.

Por favor, **NO responda a este mensaje**, es un envío automático de una cuenta no supervisada.