



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

DIRECCIÓN DE SISTEMAS LOCALES Y DEFENSORIAS

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

A : GLORIA ELISA MONJE NÚÑEZ
DIRECTORA II
DIRECCIÓN DE SISTEMAS LOCALES Y DEFENSORIAS

DE : RUBEN ALFREDO APONTE BONIFAZ
ABOGADO
DIRECCIÓN DE SISTEMAS LOCALES Y DEFENSORIAS

ASUNTO : Opinión Técnica respecto al Proyecto de Ley N° 1120/2021-CR,
Proyecto de Ley que garantiza la aplicación de la tenencia
compartida, modificando el Código de los Niños y Adolescentes

REFERENCIA : Oficio N° 0364-PO-2021-2022-CMF/CR
Expediente N° 2022-00001553

Me dirijo a usted para informarle lo siguiente:

I. Antecedentes:

- 1.1.- Mediante oficio de la referencia, la Presidenta de la Comisión de Mujer y Familia del Congreso de la República, congresista Elizabeth Sara Medina Hermosilla, solicita opinión sobre el Proyecto de Ley N° 1120/2021-CR, Ley que garantiza la aplicación de la tenencia compartida, modificando el código de los niños y adolescentes.
- 1.2.- Mediante Oficio N° 00039-2022-INABIF/DE, de fecha 21/01/2022, el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF), remite el Informe N° 00031-2022-INABIF/UAJ, con la opinión emitida por dicho Programa, sobre el Proyecto de Ley N° 1120/2021-CR.
- 1.3.- Mediante Nota N° D00152-2022-MIMP/DVMM, de fecha 28 de febrero de 2022, el Despacho Viceministerial de la Mujer remite el Informe N° D0029-2022-MIMP-DPPDM, de la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres, de la Dirección General de Igualdad de Género y No Discriminación, con la opinión emitida sobre el Proyecto de Ley N° 1120/2021-CR.

II. Análisis:

- 2.1.- El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) es el ente rector en las políticas nacionales y sectoriales sobre mujer y sobre promoción y protección de las poblaciones vulnerables, como son las niñas, niños y adolescentes; conforme a sus objetivos institucionales, genera y promueve diversas acciones dirigidas a superar las diversas formas de inequidad, exclusión y violencia que amenazan o afectan el ejercicio de derechos de las niñas, niños y adolescentes, de la mujer, adultos/as mayores, personas con discapacidad, desplazados y migrantes internos, actuando en el marco de

N° Exp : 2022-0001553



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

un sistema descentralizado de garantías para el desarrollo humano y social que articula los esfuerzos del Estado, la sociedad civil y el sector privado¹.

2.2.- Marco Normativo:

- 2.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.
- 2.2.2. Declaración Interamericana de Derechos Humanos.
- 2.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 2.2.4. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW)
- 2.2.5. Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- 2.2.6. Constitución Política del Perú (1993).
- 2.2.7. Decreto Legislativo Nº 295, Código Civil
- 2.2.8. Decreto Legislativo Nº 768, Código Procesal Civil
- 2.2.9. Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes y sus modificatorias.
- 2.2.10. Ley Nº 28439, Ley que simplifica las reglas del Proceso de Alimentos.
- 2.2.11. Ley Nº 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres
- 2.2.12. Ley 29269, Ley que modifica los artículos 81º y 84º del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida.
- 2.2.13. Ley Nº 30550, Ley que modifica el Código Civil con la finalidad de incorporar en las Resoluciones Judiciales sobre Pensiones Alimentarias el criterio del aporte por Trabajo Doméstico No Remunerado.
- 2.2.14. Ley Nº 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño.
- 2.2.15. Decreto Legislativo Nº 1377, Decreto Legislativo que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes.
- 2.2.16. Decreto Supremo Nº 002-2018-MIMP, Reglamento de la Ley Nº 30466.
- 2.2.17. Decreto Supremo Nº 008-2021-MIMP, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030.
- 2.2.18. Decreto Supremo Nº 012-2021-MIMP, Decreto Supremo que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
- 2.2.19. Resolución Ministerial Nº 208-2021-MIMP, Aprueban el Texto Integrando del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
- 2.2.20. Resolución Administrativa Nº 0266-2010-CE-PJ que dispone la adhesión del Poder Judicial a la implementación de las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condiciones de Vulnerabilidad".
- 2.2.21. Resolución Administrativa Nº 028-2016-CE-PJ que crea el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad.
- 2.2.22. Resolución Administrativa Nº 090-2016-CE-PJ que aprueba el documento denominado "Plan de Nacional de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad-Poder Judicial del Perú 2016-2021".
- 2.2.23. Resolución Administrativa Nº 198-2020-CE-PJ que aprueba la adhesión a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril 2018, Quito-Ecuador).

¹ Decreto Legislativo Nº 1098, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, pub. 20/01/2012; artículo 1, 3, 5, 6, 7, 8 y 9



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

- 2.2.24. Resolución Administrativa N° 028-2016-CE-PJ que crea el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad.
- 2.3.- La Convención sobre los Derechos del Niño² establece que es deber de los Estados Partes asegurar la protección y cuidado necesarios para el bienestar de la niña, niño y adolescente. Según el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes³, concordante con la Ley N° 30466⁴, en toda medida concerniente a la niña, niño y al adolescente que adopte el Estado a través del poder ejecutivo, legislativo y judicial, los gobiernos locales y demás instituciones se considerará el interés superior de la niña, niño y adolescente, así como el respeto a sus derechos; en tal sentido, deben adoptarse todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a la niña, al niño y al adolescente, conforme a la máxima constitucional que así también lo dispone⁵.
- 2.4.- En el ejercicio de los deberes del padre y la madre para la crianza y protección de sus hijos e hijas, la tenencia del niño, niña y adolescente, como institución del derecho de familia, implica la convivencia y la asistencia directa del padre o la madre a su hijo/a, en un ambiente familiar adecuado donde les brinden los cuidados necesarios; por tanto, la tenencia debe ser entendida desde dos vertientes⁶: una del padre o la madre, como el derecho-deber derivado de la Patria Potestad que lo faculta a vivir con sus hijos/as, y la segunda referida al niño, niña y adolescente, como derecho humano fundamental para la convivencia con su padre o su madre o ambos, quienes son los principales responsables de proveerle las condiciones adecuadas para su desarrollo integral.
- 2.5.- La Convención sobre los Derechos del Niño establece que es deber de los Estados Partes velar por que el/la niño/a no sea separado/a de su padre o madre contra la voluntad de éstos/as, excepto cuando las autoridades competentes determinen que tal separación de uno/a o ambos progenitores es necesaria y favorable a el/la niño/a o adolescente, respetándose su derecho a **mantener sus relaciones personales y el contacto directo** de modo regular, salvo que ello sea contraproducente a su interés superior⁷.
- 2.6.- La norma internacional da un realce importante al derecho a la familia del niño, niña y adolescente, el cual incluye, implícitamente, "el derecho de toda persona a recibir protección contra cualquier injerencia arbitraria o ilegal en su familia"⁸ por lo que su ejercicio no debe verse alterado por el conflicto subsistente al deterioro y ruptura de las relaciones entre el padre y la madre, dado que este trato del hijo o hija con su papá o su

² Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).- Naciones Unidas 1989, ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 03 de Agosto de 1990.- numeral 2, artículo 3

³ Código de los Niños y Adolescentes (CNA).- pub. 07/08/2000: artículo IX del Título Preliminar.- Principio del interés superior del niño, la niña y adolescente.- concordante con el artículo 3° de la CDN.

⁴ Ley N° 30466.- pub. 17/06/2016: ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, conforme a la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño (2013).

⁵ Constitución Política del Perú 1993.- artículo 4° "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente a la madre (...) también protegen a la familia..."

⁶ AGUILAR LLANOS, Benjamín.- La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida; revista "Derecho y Sociedad" pag. 193

⁷ CDN.- artículo 9

⁸ FERNÁNDEZ ESPINOZA, William Homer.- El Derecho del Niño a mantener vínculos familiares con ambos progenitores; Revista del Foro N° 103, Colegio de Abogados de Lima, Tarea Asociación Gráfica Educativa; Lima, febrero 2017; pag. 149-151



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

mamá "no conviviente" obedece a motivos tan humanos y respetables que la ruptura del vínculo matrimonial o de pareja no puede obstaculizar. El rompimiento de estas relaciones familiares resulta contrario al interés superior del niño, niña y adolescente⁹.

- 2.7.- En este sentido, el niño, niña y adolescente tiene derecho a no ser separado de su familia y mantener relaciones personales y contacto directo con su padre y su madre¹⁰; asimismo, el derecho del niño y de la niña a tener una familia, desde el mismo preámbulo de la Convención, reconoce que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño y la niña (incluyendo los/las adolescentes) debe crecer en el seno de la familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, en concordancia con el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes¹¹.
- 2.8.- Por tanto, el derecho de las niñas, niños y adolescentes tener una familia y a no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1 y 2 de la Constitución¹²; derechos que son vulnerados cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, niña o adolescente, es separado/a de su familia o se le impide el contacto con alguno de sus miembros¹³, sin embargo, en función al mismo sentido de su dignidad humana, la permanencia del niño, niña y adolescente en el seno de su familia es viable en la medida que esto represente lo más favorable a su desarrollo integral, caso contrario, ameritará acciones por parte del Estado, la comunidad y su entorno familiar para asegurar un proceso de crianza y cuidado que no vulnere los derechos de la niña, niño o adolescente.
- 2.9.- Por otro lado, como un efecto propio de la conformación del núcleo familiar y los vínculos parentales y afectivos, surge la obligación de proveer alimentos, producto del sentido de responsabilidad y solidaridad que ligan a aquellos que tienen en común el nombre, la sangre y los afectos: "el principal fundamento de los alimentos está, pues, en el derecho a la vida"¹⁴.
- 2.10.- Desde los primeros instrumentos jurídicos internacionales especializados se reconoce el derecho de las niñas y los niños a percibir alimentos por parte de los principales garantes de su supervivencia¹⁵, siendo deber del Estado garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo de la niña y el niño¹⁶, procurando todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres, madres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera de sostenerlos¹⁷.

⁹ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex.- Manual de Derecho de Familia, Gaceta Jurídica; Lima 2001, pag 333

¹⁰ FERNÁNDEZ ESPINOZA, William Homer.- op. cit., pag. 152; Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 01814-2009-PCH/TC del 7/10/2009.

¹¹ CDN.- artículo 8.- Derecho a vivir en una familia.

¹² Fundamento 14 de la sentencia del expediente N° 01817-2009-PHC/TC

¹³ Fundamento 17 de la sentencia del expediente N° 01817-2009-PHC/TC

¹⁴ GALLEGOS CANALES, Yolanda y otra.- Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica; Jurista Editores EIRL; primera edición; Lima 2009; página 409.

¹⁵ Declaración de Ginebra 1924.- artículo 2º: "El niño hambriento debe ser alimentado".

Tabla de Derechos del Niño 1927.- artículo 5º: "Derecho a la nutrición completa".

¹⁶ CDN.- artículo 6º, numeral 2

¹⁷ CDN.- artículo 27, numeral 4.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

- 2.11.- Resulta evidente que, como derecho fundamental, la alimentación del niño y de la niña está estrechamente ligado a su subsistencia y desarrollo¹⁸, por lo que con la introducción de la Doctrina de Protección Integral en nuestro sistema normativo¹⁹ y el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos²⁰; el deber del padre y de la madre de proveer alimentos es ejercido en armonía con el derecho de sus hijos e hijas a percibirlos, en función de su "interés superior"²¹.
- 2.12.- Por tal razón, cuando surge el conflicto en las relaciones afectivas o la ruptura del vínculo de pareja de dos personas que han procreado a un/a niño/a, surge la necesidad de establecer mecanismos para garantizar que las hijas o hijos menores de edad permanezcan protegidos/as y perciban el sustento económico necesario para su subsistencia, en especial si uno de los progenitores se aparta de la convivencia en familia o se desentiende de sus obligaciones paterno/materno-filiales, frente a lo cual, garantizar el acceso a la justicia se torna en un elemento sustancial para fortalecer la protección de dicha población en situación de vulnerabilidad²².

Sobre el Proyecto de Ley N° 1120/2021-CR

- 2.13.- Para la revisión del presente proyecto de ley se ha recogido la opinión técnica emitida por el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF), mediante Informe N° 00031-2022-INABIF/UAJ; asimismo, por el Despacho Viceministerial de la Mujer, mediante Informe N° D0029-2022-MIMP-DPPDM, de la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres, de la Dirección General de Igualdad de Género y No Discriminación.
- 2.14.- De conformidad con lo señalado en el artículo 1 del proyecto de ley, la propuesta normativa tiene como objeto garantizar y modificar mediante una reforma parcial del Código de los Niños y Adolescentes, los aspectos importantes de los artículos de 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.
- 2.15.- En principio corresponde que el nombre de la fórmula legal "ley que garantiza la aplicación de la tenencia compartida...", como parte integrante del texto del proyecto, exprese su alcance integral, de conformidad con lo señalado en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 008-2006-JUS²³, en tal sentido, el título debe hacer mención a los otros

¹⁸Gaceta Jurídica S.A.- El Código Civil en su Jurisprudencia; Imprenta Editorial El Búho EIRL; primera edición reimpressa; Lima 2007; página 217.

¹⁹Doctrina sobre la cual se funda la Convención sobre los Derechos del Niño y que se basa en el reconocimiento expreso de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, lo que se desprende de su carácter de persona humana que amerita atención específica conforme a las etapas de su desarrollo.

²⁰CNA, Título Preliminar, artículo II

²¹CILLERO BRUÑOL, Miguel.- El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; - página 13-14.

²²Resolución Administrativa N° 266-2010-CE-PJ, que dispone la adhesión del Poder Judicial a la implementación de las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condiciones de Vulnerabilidad".

²³Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, pub. 24/03/2006.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

aspectos que pretende modificar, que son el régimen de visitas y los alimentos, según lo indicado en el artículo 1 del proyecto de ley.

- 2.16.- Los preceptos cuya modificación se propone en el proyecto de ley son los artículos 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 91, 93 y 97 del Código de los Niños y Adolescentes, según la fórmula legal siguiente:

| Texto del Código de los Niños y Adolescentes vigente | Proyecto de Ley N° 1120/2021-CR |
|---|---|
| <p>Artículo 81.- Tenencia</p> <p>Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente.</p> <p>De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente</p> | <p>Artículo 81.- Tenencia</p> <p>Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es una tenencia compartida por ambos padres.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> |
| <p>Artículo 82.- Variación de Tenencia</p> <p>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.</p> <p>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.</p> | <p>Artículo 82.- Variación de Tenencia</p> <p>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.</p> <p>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:</p> <p>a) Dañar o destruir la imagen, que el hijo tiene del otro padre, en forma continua, permanente o sistemática.</p> <p>b) No permitir de manera injustificada, la relación entre los hijos y el otro padre.</p> |



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

| | |
|---|--|
| | <p>c) No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre regímenes de visitas a los hijos.</p> <p>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.</p> |
| <p>Artículo 83.- Petición</p> <p>El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebate a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes</p> | <p>Artículo 83.- Petición</p> <p>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.</p> <p>Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, en respeto 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</p> |
| <p>Artículo 84.- Facultad del Juez</p> <p>En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:</p> <p>a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;</p> <p>b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y</p> <p>c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.</p> <p>En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.</p> | <p>Artículo 84 A.- Facultad del Juez sobre la Tenencia Compartida</p> <p>El juez definirá la forma de la tenencia compartida considerando, entre otros, lo siguiente:</p> <p>a) El hijo deberá compartir tiempo, espacio y crianza con ambos padres.</p> <p>b) La distancia entre los domicilios en los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma</p> <p>c) El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna.</p> <p>d) Las fechas importantes en la vida del menor.</p> <p>e) las vacaciones del menor y de los padres.</p> <p>f) El horario y jornada de trabajo de los padres.</p> <p>g) Situaciones excepcionales que podrían darse.</p> |
| | <p>Artículo 84B.- Facultad del Juez sobre la Tenencia Exclusiva</p> |



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

| | |
|--|--|
| | <p>El juez puede otorgar una tenencia exclusiva en los siguientes casos:</p> <p>a) Cuando la tenencia compartida, es obstruida, ilimitada, negada o condicionada por uno de los progenitores.</p> <p>b) Cuando uno de los progenitores amenaza o pone en peligro la integridad física/psicológica del menor.</p> <p>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.</p> <p>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 el otro progenitor.</p> |
| <p>Artículo 85.- Opinión.-</p> <p>El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente</p> | <p>Artículo 85.- Opinión</p> <p>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</p> |
| <p>Artículo 87.- Tenencia provisional.-</p> <p>Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en el plazo de veinticuatro horas.</p> <p>En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.</p> <p>Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.</p> <p>No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.</p> | <p>Artículo 87.- Tenencia Provisional</p> <p>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.</p> <p>No debe confundirse la tenencia provisional con una medida cautelar de tenencia dentro de un proceso judicial de tenencia.</p> |



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

| | |
|--|---|
| | |
| <p>Capítulo III Régimen de Visitas</p> <p>Artículo 88.- Las visitas.-</p> <p>Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara 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.</p> <p>El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de 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.</p> | <p>Capítulo III: Régimen de Visitas</p> <p>Artículo 88.- Las Visitas</p> <p>Los padres que no ejerzan la tenencia tienen derecho a visitar a sus hijos. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara 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.</p> <p>El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de 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.</p> |
| <p>Artículo 91.- Incumplimiento del Régimen de Visitas.-</p> <p>El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso.</p> | <p>Artículo 91.- Incumplimiento del Régimen de Visitas.</p> <p>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.</p> |
| <p>Artículo 93.- Obligados a prestar alimentos.-</p> <p>Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los hermanos mayores de edad; 2. Los abuelos; | <p>Capítulo IV: Alimentos</p> <p>Artículo 93.- Obligación de prestar alimentos</p> <p>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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los hermanos mayores de edad |



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

| | |
|--|--|
| 3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y 4. Otros responsables del niño o del adolescente. | 2. Los abuelos 3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y 4. Otros responsables o apoderado del niño o del adolescente. |
| Artículo 97.- Impedimento El demandado por alimentos no puede iniciar un proceso posterior de Tenencia, salvo causa debidamente justificada. | 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 del proceso de alimentos |

2.17.- La patria potestad es una institución de derecho de familia consagrada en el Código Civil²⁴ como el “deber y el derecho de cuidar a la persona y bienes de sus hijos e hijas menores de edad”, en tal sentido, durante el proceso de crianza, los derechos y deberes asociados a la patria potestad se ejercen en forma conjunta entre el padre y la madre, sin ponderación; en tal sentido, el Código de los Niños y Adolescente recalca como “deberes y derechos” del padre y de la madre que ejerce la patria potestad, los siguientes:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer su sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d) *(Literal derogado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30403, publicada el 30 diciembre 2015).*
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil²⁵.

2.18.- Recalcamos que la Tenencia es un derecho y un deber del padre y de la madre, pero además es uno de los derechos fundamentales de los hijos e hijas menores de edad, conforme a lo señalado en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el mismo artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que tiene relevancia cuando el padre y la madre están separados de hecho, lo que motiva la necesidad de tomar decisiones consensuadas sobre el ejercicio de la tenencia, por lo que en principio se busca la autorregulación entre ambos titulares y, sólo cuando esto no es posible o cuando se está produciendo perjuicio al niño, niña y adolescente, se recurre al juez, quien incluso, puede disponer la tenencia compartida. Cabe señalar que la pérdida de la

²⁴ Código Civil.- artículo 418

²⁵ Código Civil.- artículo 1004.- “Cuando el usufructo legal recae sobre los productos a que se refiere el artículo 894, los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos”.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

tenencia no significa la suspensión o pérdida de la patria potestad, según lo que señalan los artículos 75, 76 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes²⁶.

- 2.19.- En consecuencia, no puede visualizarse a la tenencia únicamente como un derecho exclusivo del padre o la madre, sino también como un derecho de los/las hijos/as, en especial cuando se deben tomar decisiones a fin de contrarrestar circunstancias que puedan perjudicarlos/as, teniendo en cuenta el principio del interés superior²⁷
- 2.20.- La propuesta de modificación del artículo 81 establece como fórmula general que la tenencia es compartida, señalando, incluso que, de no haber acuerdo, el Juez debe establecer "la forma de la tenencia compartida". Cabe precisar que actualmente, la tenencia implica que, al haberse producido la separación, corresponde al padre y a la madre decidir el ejercicio de la tenencia y, solo cuando no pueden ponerse de acuerdo, pueden recurrir a un Juez (o a la conciliación²⁸) para decidir sobre ella. La fórmula legal propuesta no repara en el posible origen del diferendo que motiva concurrir ante un/a juez/a y la misma naturaleza jurídica de la tenencia compartida, ya que dicha figura actualmente es un mecanismo al cual se puede recurrir, previa valoración de cada caso en particular²⁹.
- 2.21.- La tenencia compartida fue incorporada a nuestra legislación a través de la Ley N° 29269, publicada el 17/10/2008, la cual modificó los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, tomando en cuenta para ello, no tanto los intereses legítimos que puedan tener el padre o la madre, sino más bien, el "interés superior del niño, niña y

²⁶ CNA. **artículo 75: Suspensión de la Patria Potestad.** - "(...) en los siguientes casos: a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil; b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre; c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; e) Por maltratarlos física o mentalmente; f) Por negarse a prestarles alimentos; g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282 y 340 de Código Civil. h) Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por delito en agravio de sus hijos, o en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, 153, 153-A, 153-B, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 182-A, 183, 183-A y 183-B del Código Penal, o por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio; i) Por declaración de desprotección familiar provisional de un niño o adolescente". **Artículo 76.- Vigencia de la Patria Potestad.** - "En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad". **Artículo 77.- Extinción o pérdida de la Patria Potestad.** - "(...):a) Por muerte de los padres o del hijo; b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad; c) Por declaración judicial de desprotección familiar; d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, 153, 153-A, 153-B, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 182-A, 183, 183-A y 183-B del Código Penal, o por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio; e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del Artículo 75; y, f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al Artículo 46 del Código Civil.

²⁷ AGUILAR LLANOS, Benjamín.- "La Tenencia como atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida"; Derecho y Sociedad, Asociación Civil; Lima, Perú, pag. 193

²⁸ CNA.- artículo 45, párrafo 45.1, inciso c).- Son funciones de la Defensoría de la Niña, Niño y Adolescente: "efectuar conciliación extrajudicial especializada sin necesidad de constituirse en Centros de Conciliación, emitiendo actas que constituyen título ejecutivo en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas, siempre que las mismas no hayan sido resueltas por instancia judicial".

²⁹ Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, "Patria Potestad y Tenencia", folleto informativo para Defensorías del Niño y del Adolescente, Lima, Perú, 2010, pag. 15 .



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

adolescente, lo que obliga a la autoridad jurisdiccional que conoce de una confrontación por tenencia, a resolver por lo que resulta más adecuado y conveniente a los intereses del hijo o hija; por otro lado, cabe reiterar que no es fácil aplicar una tenencia compartida, más aún como regla general, debido a que la situación en que se encuentran el padre y la madre suele ser muy diferente entre uno y otro caso, por razones económicas, de vivienda, entornos familiares, cercanía o lejanía al lugar de estudio, empatía, alienación parental, y otros problemas más que se deben resolver antes de otorgarse una tenencia compartida³⁰.

- 2.22.- La tenencia compartida, siempre que sea favorable para la niña, niño y/o adolescente, contribuye a promover la corresponsabilidad entre los progenitores; permitiendo involucrar a más hombres en las tareas de cuidado de las/los hijas/os; lo cual a su vez remedia la asignación desigual de roles que relegan a las mujeres a labores reproductivas. Sin embargo, se advierte que la propuesta normativa pretende establecer como regla general la tenencia compartida y de forma excepcional la tenencia exclusiva; limitando que el juez especializado realice una evaluación y disponga las medidas más idóneas para la niña, niño o adolescente, lo que implicaría reducir los estándares de su protección.
- 2.23.- La exposición de motivos del proyecto de ley no cumple con fundamentar adecuadamente la relación entre la fórmula legal propuesta y el problema de padres y madres que ven afectada la relación cercana a sus hijos e hijas, a raíz de sufrir limitaciones al ejercicio de las visitas; dado que no brinda información suficiente que permita dimensionar si se trata de un problema público o de circunstancias excepcionales y particulares; asimismo, el proyecto de ley no establece un análisis sobre el impacto que esta regulación tendría sobre el problema.
- 2.24.- El actual texto del Código de los Niños y Adolescentes no plantea la excepcionalidad de la tenencia compartida como se señala en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, sino que faculta al juez a aplicarla, si esta es la más beneficiosa para la niña, niño o adolescente. En ese sentido, cuando la decisión sobre la tenencia no se ha podido tomar de común acuerdo entre los padres y madres, es resuelta por el juez salvaguardando el interés superior del niño, niña o adolescente, esto es, analizando cada caso y evaluando las circunstancias particulares de cada niña, niño y adolescente, así como la de sus padres y madres.
- 2.25.- Por su parte, se considera que la tenencia se encuentra vinculada al derecho de la niña, niño y adolescente a vivir con su familia, conforme a lo señalado en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, concordante con el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual los/las hijos/as tienen el derecho de vivir con sus progenitores y a no ser separados de ellos a no ser que las circunstancias lo justifiquen, por lo que la tenencia compartida representa el ejercicio conjunto de todos los atributos de la patria potestad, con la diferencia que el padre y la madre se encuentran separados o no comparten vida en común, reconociendo a cada uno el derecho de tomar decisiones respecto de sus hijos/as, distribuir equitativamente sus recursos, posibilidades, responsabilidades y deberes, como si compartieran una vida en común. La tenencia compartida privilegia el derecho de la niña, niño o adolescente de mantener inalterable las relaciones cercanas e inmediatas con su padre y su madre, a pesar que

³⁰ Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, "Patria Potestad y Tenencia", op cit, pag. 15 .



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

no sostengan relaciones personales entre ellos; sin embargo no siempre es la opción más beneficiosa para las niñas, niños y adolescentes debido a que la separación del padre y de la madre puede estar asociada a problemas de violencia familiar, abuso, maltrato u otras situaciones que hacen inviable compartir la tenencia, por ello se requiere que en cada caso se realice un estudio social y psicológico de toda la familia para evaluar la opción más beneficiosa para los/las hijos/as y conocer si existe capacidad del padre y de la madre de tomar decisiones consensuadas respecto a la crianza de sus hijos/as, a fin de determinar qué tipo de tenencia es la más beneficiosa para el desarrollo integral de sus hijos/as y garantizará su interés superior³¹; por lo que consideramos que establecer la tenencia compartida como fórmula general en el Código de los Niños y Adolescentes no resulta adecuada para las niñas, niños y adolescentes.

- 2.26.- Respecto a la modificación del artículo 82, cabe considerar que el artículo actual desarrolla situaciones vinculadas al proceso judicial de tenencia, por lo que no resultaría pertinente introducir referencias a la conciliación extrajudicial, por otro lado, las conductas señaladas como “causales” para variar la tenencia no han sido desarrolladas y sustentadas en la exposición de motivos, lo que no permite un análisis sobre la viabilidad de dicha propuesta.
- 2.27.- En la fórmula legal propuesta del artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes sobre “petición”, el proyecto de ley no sustenta el motivo del cambio realizado que modifica la referencia sobre el derecho del padre o de la madre que ha sufrido el arrebato de su hijo o hija, así mismo, es necesario que se aclare la finalidad del segundo párrafo de este artículo que se propone incorporar, donde se desarrolla la idea de la tenencia compartida y la tenencia exclusiva como medidas cautelares, señalando un plazo de 30 días calendario para que dicha medida sea resuelta por el Juez; sin embargo, no se precisa en la exposición de motivos la finalidad de esta reforma ni la razón por la cual se establece dicho plazo para el otorgamiento de la medida cautelar.
- 2.28.- Respecto a la propuesta del artículo 84 (84 A), el proyecto de ley no ha desarrollado en su exposición de motivos la justificación de los elementos propuestos a ser considerados por el juez, ahora asociados a la “tenencia compartida”; por otro lado las nuevas consideraciones están referidas a comportamientos que deben desarrollar el padre y la madre en el ejercicio de la tenencia o a derechos que ya se encuentran reconocidos (como la familia) y no a elementos que deben orientar la decisión del juez al momento de resolver, por lo que consideramos que la fórmula legal vigente del artículo 84 es más apropiada. En el mismo sentido, con relación al artículo que se inserta al Código como “84B” “Tenencia Exclusiva” la exposición de motivos no ha desarrollado el sustento de las nuevas circunstancias que debe considerar el juez para otorgar esta tenencia; por otro lado, no correspondería que se desarrolle en este punto lo concerniente al régimen de visitas ni que se restrinja la forma en que debe otorgarse, siendo que dicho régimen no solo debe ser consecuencia inmediata de no otorgar la tenencia, ya que se tiene que valorar si ésta es beneficiosa para el hijo o hija.
- 2.29.- La fórmula modificatoria del artículo 85 “opinión” restringe la opinión del niño al momento posterior a las evaluaciones psicológicas y sólo para ser escuchado a partir de los 8 años y además se podría “considerar” la opinión si es un/a adolescente. Esta

³¹ AGUILAR LLANOS, Benjamín.- “La Tenencia como atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida”; op cit, pag. 195 y 196



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

propuesta resultaría regresiva y opuesta a los derechos del niño, niña y adolescente consagrados en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, concordante con el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes; por otro lado, no se sustenta en el proyecto de ley las razones que motivan dicha propuesta. Cabe precisar que actualmente, la opinión del hijo/a hija es un elemento que debe incluir el Juez al momento de dictar su fallo, en función de lo señalado en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, concordante con el numeral 9.1 del artículo 9 y el artículo 26 del Reglamento de la Ley N° 30466, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP.

- 2.30.- Con relación a la propuesta del artículo 87 del Código, consideramos importante que se incluya el "peligro a la integridad psicológica" como motivo para el otorgamiento de la tenencia provisional; sin embargo consideramos innecesario que se definan "tipos de tenencia", por lo que debe mantenerse la fórmula abierta del actual texto del artículo 87. En este artículo también se propone fijar vigencia de la tenencia provisional; sin embargo el proyecto no sustenta el motivo por el cual se han establecido estos plazos. Otro aspecto que amerita aclaración en el proyecto es lo concerniente al último párrafo de la propuesta modificatoria del artículo 87.
- 2.31.- El artículo 88 propuesto hace un ajuste correcto al cambiar el término "patria potestad" por el de "tenencia", a efectos de concordar dicho artículo con lo señalado en el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, ya que la tenencia es un elemento de la patria potestad que al perderse permite la subsistencia de otros deberes y derechos propios del vínculo paterno/materno-filial; sin embargo no se sustenta en el proyecto el motivo por el cual se ha suprimido la obligación del padre o de la madre de probar el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria para ejercer la visita, lo cual podría afectar este derecho fundamental del niño, niña y adolescente que es esencial para su subsistencia.
- 2.32.- Con relación a la modificación del artículo 91, la nueva fórmula legal introduce nuevamente elementos que no corresponderían señalarse en el articulado, como la conciliación extrajudicial, además no se ha sustentado cómo estos cambios mejoran la acción frente al incumplimiento del régimen de visitas, por lo que consideramos que el texto vigente es más apropiado.
- 2.33.- En lo concerniente a la modificación del artículo 93, sólo se aprecian cambios de texto que no son sustanciales para la finalidad del artículo, haciendo presente que cuando el numeral 4 del artículo 93 señala que "otros responsables" pueden prestar alimentos, esto también incluye a los/las apoderados/as, por lo que no resultaría necesario modificar el artículo.
- 2.34.- Con respecto a la modificación del artículo 97 del Código de los Niños y Adolescentes, el proyecto de ley no sustenta el motivo por el cual se deja sin efecto el impedimento sobre el/la deudor/a alimentario para solicitar régimen de visitas, por otro lado, con la fórmula modificatoria, el contenido del artículo ya no guarda relación con el encabezado del mismo, por lo que dicha fórmula no es adecuada.
- 2.35.- La descripción de la problemática y justificación en la exposición de motivos muestra que el proyecto de ley se enfoca básicamente en el problema causado por uno de los progenitores en el ejercicio de la tenencia, según los testimonios recogidos por el



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

proyecto; sin embargo no se identifica cuáles de estos problemas son derivados de la inviabilidad o defecto en la norma actual, asimismo no establece un nexo conector entre las propuestas modificatorias y la solución del problema planteado.

- 2.36.- Con relación al principio del interés superior, en su proceso de formulación, todo proyecto normativo debe incluir los criterios de análisis asociados a dicho principio³², según lo siguiente:
- a) Concordar el proceso de iniciativas legislativas y aprobación de leyes con los instrumentos de planeamiento estratégico en el marco del Sistema Nacional de Planeamiento – SINAPLAN, y los parámetros de la Ley N° 30466.
 - b) Considerar los resultados de su ejecución en el corto, mediano y largo plazo.
 - c) Asegurar el bienestar y desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes.
 - d) Analizar y desarrollar el contenido del interés superior del niño en el proyecto normativo, así como los efectos o consecuencias negativas y positivas de la ley respecto a la niñez y la adolescencia.
 - e) Conocer la opinión de grupos representativos de niñas, niños y adolescentes y tener debidamente en cuenta su opinión al adoptar decisiones legislativas que les afecten directa o indirectamente.
- 2.37.- En tal sentido, el proyecto de ley debe desarrollar la respectiva valoración de las características, condiciones y derechos de las niñas, niños o adolescentes, así como que se expongan los motivos por los cuales el impacto del cambio normativo propuesto representa dicho interés superior frente a otras alternativas, en base a un análisis y ponderación de derechos que considere lo previsto en la Ley N° 30466 y su Reglamento³³; por lo que no es suficiente la sola mención de dicho principio.
- 2.38.- Otro aspecto que deber ser considerado en el análisis de la propuesta, es lo concerniente al impacto de la misma en la/el progenitor/a que ejerce la tenencia. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)³⁴ de Naciones Unidas establece la obligación de los Estados partes de seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en todas sus formas, incluyendo la discriminación indirecta que tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica aparenta ser neutra, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra las mujeres, dado que no se han tenido en cuenta las desigualdades preexistentes, pudiendo exacerbarlas por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre las mujeres y los hombres³⁵.

³²Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, Reglamento de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, pub 01/06/2018; artículos 2, 3, 11 (11.2 y 11.7) y 29,

³³Ley N° 30466.- artículo 2, 3, 4 (incisos 6 y 8), y artículo 5; concordante con los artículos 7, 8, 9, 10, 11 (numerales 11.2 y 11.3) y 12 del reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, pub. 01/06/2018.

³⁴Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 34/180 del 18/12/1979 y suscrita por el Perú con fecha 23/07/1981. El CEDAW es un tratado del Sistema Universal de Derechos Humanos suscrito y ratificado sin reservas por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 23432 de fecha 05/06/1982

³⁵Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2010). Recomendación General N° 28. *Las obligaciones básicas de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer*, párrafo 16.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

- 2.39.- En ese sentido, si bien la propuesta normativa se presenta como neutra, su vigencia tendría un impacto diferenciado sobre las mujeres, ya que son las madres quienes suelen ejercer la tenencia de las/os hijas/os³⁶. Es así que, la aprobación de esta norma podría ser perjudicial para las mujeres, si se tiene en cuenta que, debido a la discriminación estructural, ellas ven limitado el ejercicio de diversos derechos, entre ellos, el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, conforme lo señala el Comité CEDAW³⁷; por tanto, se advierte que las mujeres se podrían encontrar en una situación de desventaja para ostentar la tenencia exclusiva y fundamentar que su caso forma parte de la excepción que la norma prevé, afectando tanto a aquellas que actualmente se encuentran inmersas en un proceso judicial, así como a aquellas que vienen ejerciendo la tenencia de sus hijas e hijos.
- 2.40.- Es así que, si bien coincidimos en que la tenencia compartida, siempre que sea beneficioso para las niñas, niños y adolescentes, contribuye con promover la corresponsabilidad, el presente proyecto de ley se limita a establecer como regla general la tenencia compartida sin considerar las implicancias que dicha regulación podría significar en el bienestar de las niñas, niños y adolescentes, así como el impacto diferenciado que tendría frente al ejercicio de los derechos de las mujeres, quienes son principalmente las que tienen la tenencia de sus hijas e hijos.
- 2.41.- Finalmente, de conformidad con la Ley N° 28983, se recomienda la aplicación del lenguaje inclusivo en todo el texto del proyecto de ley, de conformidad con lo estipulado en la "Guía para el uso del lenguaje inclusivo. Si no me nombras, no existo", aprobada mediante Resolución Ministerial N° 015-2015-MIMP, evitando el uso de términos como "menor" y haciendo mención específica de la condición de niño, niña o adolescentes de las personas menores de edad, según corresponda, conforme a su condición de sujetos de derechos consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes.

III. Conclusiones:

- 3.1.- El Viceministerio de Poblaciones Vulnerables y el Viceministerio de la Mujer, han emitido opinión técnica sobre el Proyecto de Ley N° 1120/2021-CR, desde el análisis centrado en el interés superior del niño, la niña y adolescentes y en el análisis de la discriminación estructural contra las mujeres, respectivamente; concluyendo que la tenencia compartida es un mecanismo ideal para garantizar que el niño, niña y adolescente mantenga sus relaciones paterno/materno-filiales con el padre o la madre que no vive con él o ella, conforme a su interés superior y según las consideraciones expuestas en el presente informe.

³⁶ La Defensoría del Pueblo advierte que, en los procesos de alimentos, en más del 90% de estos casos, es la madre quien tiene la tenencia de sus hijas e hijos. En: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/DEFENSORIA-ALIMENTOS-JMD-27-07-18-2.pdf>

³⁷ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha observado una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, que se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como estereotipos de género, leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación, que constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2015. Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párrafo 3).



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

DIRECCIÓN DE SISTEMAS LOCALES Y DEFENSORIAS

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

- 3.2.- El proyecto de ley N° 1120/2021-CR no ha desarrollado el sustento legal necesario para modificar el Código de los Niños y Adolescentes e incorporar un nuevo tipo de tenencia compartida como fórmula general para resolver conflictos parentales sobre el ejercicio de la Tenencia y el cuidado de sus hijos e hijas; siendo necesario aplicar para dicho análisis los parámetros establecidos en la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP.
- 3.3.- Por lo expuesto en el presente informe, opinamos que el Proyecto de Ley N° 1120/2021-CR, Ley que regula la tenencia compartida de los niños y adolescentes es no viable.

IV. Recomendaciones:

- 4.1.- Se recomienda elevar el presente informe a efectos de dar respuesta a lo solicitado por el Despacho congresal, conforme a lo proveído.

Es cuanto tengo que informar para los fines que estime conveniente.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente

Abog. RUBÉN ALFREDO APONTE BONIFAZ

Equipo Profesional de la Dirección de Sistemas
Locales y Defensorías