



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° 1096/2021-CR,  
Proyecto de Ley que regula la tenencia compartida de los niños y  
adolescentes

REFERENCIA : Oficio N° 0358-PO-2021-2022-CMF/CR  
Expediente N° 2022-00001555

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° 1096/2021-CR, Ley que regula la tenencia compartida de los niños y adolescentes.
- 1.2.- Mediante Oficio N° 00040-2022-INABIF/DE, de fecha 21 de enero de 2022, el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF), remite el Informe N° 00032-2022-INABIF/UAJ, con la opinión emitida por dicho Programa, sobre el Proyecto de Ley N° 1096/2021-CR.
- 1.3.- Mediante Nota N° D00154-2022-MIMP/DVMM, de fecha 28 de febrero de 2022, el Despacho Viceministerial de la Mujer remite el Informe N° D0032-2022-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° 1096/2021-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 : 2022-0001555



"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 privado<sup>1</sup>.

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 N° 295, Código Civil
- 2.2.8. Decreto Legislativo N° 768, Código Procesal Civil
- 2.2.9. Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes y sus modificatorias.
- 2.2.10. Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres
- 2.2.11. Ley 29269, Ley que modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la tenencia compartida.
- 2.2.12. Decreto Legislativo N° 1377, Decreto Legislativo que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes.
- 2.2.13. Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño.
- 2.2.14. Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, Reglamento de la Ley N° 30466.
- 2.2.15. Decreto Supremo N° 008-2021-MIMP, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030.
- 2.2.16. Decreto Supremo N° 012-2021-MIMP, Decreto Supremo que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
- 2.2.17. Resolución Ministerial N° 208-2021-MIMP, Aprueban el Texto Integrando del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

- 2.3.- La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>2</sup> 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 Adolescentes<sup>3</sup>, concordante con la Ley N° 30466<sup>4</sup>, 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

<sup>1</sup> Decreto Legislativo N° 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

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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).



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

apropiadas para proteger a la niña, al niño y al adolescente, conforme a la máxima constitucional que así también lo dispone<sup>5</sup>.

- 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 vertientes<sup>6</sup>: 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 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 superior<sup>7</sup>.
- 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"<sup>8</sup> 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 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 adolescente<sup>9</sup>.
- 2.7.- En este sentido, existe vasta jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en las que se ha respaldado el derecho del niño, niña y adolescentes a no ser separado de su familia y mantener relaciones personales y contacto directo con su padre y su madre<sup>10</sup>. El derecho del niño y de la niña a tener una familia, desde el mismo preámbulo de la Convención, reconoce que el/la niño/a, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, 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 Adolescentes<sup>11</sup>.

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

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

<sup>7</sup> CDN.- artículo 9

<sup>8</sup> 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

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

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

<sup>11</sup> CDN.- artículo 8.- Derecho a vivir en una familia.



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

- 2.8.- Por tanto, el derecho de la niña, niño y adolescentes a 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 Constitución<sup>12</sup>; 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 miembros<sup>13</sup>, 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.

### Sobre el Proyecto de Ley N° 01096/2021-CR

- 2.9.- 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° 00032-2022-INABIF/UAJ; asimismo, por el Despacho Viceministerial de la Mujer, mediante Informe N° D0032-2022-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.
- 2.10.- El proyecto de ley tiene como objeto modificar los artículos 81, 82 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, con la finalidad de establecer la tenencia compartida en beneficio del interés superior de los niños y adolescentes, según la fórmula siguiente:

Texto del Código de los Niños y Adolescentes vigente	Proyecto de Ley N° 1096/2021-CR
<p><b>Artículo 81.- Tenencia</b></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. 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><b>Artículo 81.- Tenencia Compartida</b></p> <p>Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes <b>es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el 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.</b></p> <p>De no existir acuerdo, <b>el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el</b></p>

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

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



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

	interés superior del niño, niña o adolescente.
<p><b>Artículo 82.- Variación de Tenencia</b></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><b>Artículo 82.- Variación de Tenencia</b></p> <p>Si resulta necesaria la variación de la Tenencia <b>compartida o exclusiva</b>, 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><b>Artículo 84.- Facultad del Juez</b></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><b>Artículo 84.- Facultad del Juez</b></p> <p>En caso de <b>disponer la tenencia compartida, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente:</b></p> <p>a) El hijo deberá <b>pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores;</b></p> <p>b) <b>Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo</b></p> <p>c) <b>Las vacaciones del hijo y progenitores; y</b></p> <p>d) <b>La edad y opinión del hijo</b></p> <p><b>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</b></p>

- 2.11.- La patria potestad es una institución de derecho de familia consagrada en el Código Civil<sup>14</sup> 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:
- Velar por su desarrollo integral;
  - Proveer su sostenimiento y educación;

<sup>14</sup> Código Civil.- artículo 418



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

- 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 Civil<sup>15</sup>.

2.12.- 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 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 Adolescentes<sup>16</sup>.

2.13.- 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

<sup>15</sup> 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”.*

<sup>16</sup> 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.*



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

especial cuando se deben tomar decisiones a fin de contrarrestar circunstancias que puedan perjudicarlos/as, teniendo en cuenta el principio del interés superior<sup>17</sup>.

- 2.14.- La propuesta de modificación del artículo 81 establece como fórmula general que la tenencia es compartida; no obstante, 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 conciliación<sup>18</sup>) para decidir sobre ella. Asimismo, la fórmula legal propuesta redundante en que, frente a este desacuerdo "el juez otorga como primera opción la tenencia compartida", lo que implicaría desconocer el origen del diferendo que motiva concurrir ante un/a juez/a y a la misma naturaleza jurídica de la tenencia compartida, como institución a la cual se puede recurrir para resolver la contienda por tenencia, previa valoración de cada caso en particular<sup>19</sup>.
- 2.15.- La descripción de la problemática en la exposición de motivos muestra que el proyecto de ley se enfoca básicamente en el problema causado por los progenitores en el ejercicio de la tenencia, incluyendo el síndrome de alienación parental y otros factores asociados a la disputa del ejercicio de este derecho entre el padre y la madre; sin embargo no desarrolla en qué medida el conflicto del padre y la madre puede afectar la convivencia con el hijo/a, lo cual es fundamental para el ejercicio de una tenencia compartida, "sustentada en la igualdad de derechos entre el padre y la madre y principalmente en el principio del Interés superior del niño"<sup>20</sup>.
- 2.16.- 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 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 compartida<sup>21</sup>.
- 2.17.- 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

<sup>17</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín.- "La Tenencia como atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida"; Derecho y Sociedad, Asociación Civil; Lima, Perú, pag. 193

<sup>18</sup> 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".

<sup>19</sup> 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 .

<sup>20</sup> Proyecto de Ley N° 1096/2021-CR, Exposición de Motivos, página 6, cita del jurista Javier Arrieta García (2012).

<sup>21</sup> 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"

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.

- 2.18.- 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.
- 2.19.- 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.
- 2.20.- 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 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 superior<sup>22</sup>; 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.

<sup>22</sup>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"

- 2.21.- Con relación al principio del interés superior, en su proceso de formulación, todo proyecto normativo debe incluir los criterios de análisis asociados a dicho principio<sup>23</sup>, según lo siguiente:
- 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.
  - Considerar los resultados de su ejecución en el corto, mediano y largo plazo.
  - Asegurar el bienestar y desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes.
  - 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.
  - 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.
- 2.22.- 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 Reglamento<sup>24</sup>; por lo que no es suficiente la sola mención de dicho principio.
- 2.23.- Respecto a la modificación del artículo 82, consideramos innecesario precisar que se trata de “tenencia compartida o exclusiva”, ya que al usar el término “tenencia” –como en la fórmula legal actual– se entiende que está referida a toda forma de ésta. Respecto a la modificación propuesta del artículo 84, 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 (como el tiempo para cada progenitor, igualdad de derechos) 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. Asimismo precisamos 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 en el artículo 26 del Reglamento de la Ley N° 30466, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP.
- 2.24.- Asimismo, según el último párrafo de la propuesta de modificación del artículo 84, “en caso de no disponer la tenencia exclusiva, el juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas”. Consideramos que el otorgamiento de visitas 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, por otro lado, dicha disposición ya se establece en el artículo 88 del Código de los Niños y

<sup>23</sup> Decreto 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,

<sup>24</sup> Ley 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.



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

Adolescentes, en el capítulo que corresponde al régimen de visitas, por lo que resulta innecesario que se incluya en el presente artículo.

- 2.25.- 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)<sup>25</sup> 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 hombres<sup>26</sup>.
- 2.26.- 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/os<sup>27</sup>. 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 CEDAW<sup>28</sup>; 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.
- 2.27.- 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.

<sup>25</sup> Aprobado 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

<sup>26</sup> Comité 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.

<sup>27</sup> 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>

<sup>28</sup> 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"

2.28.- 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° 1096/2021-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.
- 3.2.- El proyecto de ley N° 1096/2021-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° 1096/2021-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