



MARÍA CORDERO JON TAY
Congresista de la República

*Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres
Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional*

Proyecto de Ley N°

Los Congresistas de la República que suscribe, integrantes del grupo parlamentario FUERZA POPULAR, a iniciativa de la congresista de la República MARÍA DEL PILAR CORDERO JON TAY, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa previsto en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y en el inciso c) del artículo 22 y los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES SOBRE LA TENENCIA COMPARTIDA

Artículo Único. Objeto de la Ley

Modifícanse los artículos 81, 82, 84, 86 y 87 del Código de los Niños y Adolescentes e incorpórese el artículo 87-A en los términos siguientes:

“Artículo 81. Tenencia

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 o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, el juez especializado resuelve la tenencia dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, **disponiendo como primera alternativa, la tenencia compartida, a menos que sea perjudicial tomando en cuenta el interés superior del niño o adolescente.**

En todo caso, el juez efectúa un seguimiento de la ejecución de la sentencia consentida, mediante visitas inopinadas y citaciones periódicas al juzgado.”

“Artículo 82. Variación de la Tenencia

Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordena, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no produzca daño o **trastorno físico o mental al niño o adolescente.**

Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad **moral, psíquica y física**, el Juez, por decisión motivada, ordena que el fallo se cumpla de inmediato.”



MARÍA CORDERO JON TAY
Congresista de la República

*Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres
Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional*

"Artículo 84.- Facultad del juez

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez **resuelve** teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo **permanece** con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres (3) años **permanece** con la madre; y
- c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente se **señala** un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez prioriza 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, **tomándose en cuenta el interés superior del niño o adolescente.**"

"Artículo 86.- Modificación de resoluciones

La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción.

Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad **moral, psíquica y física** del niño o del adolescente."

"Artículo 87. Tenencia provisional

El juez especializado solicita la tenencia provisional del niño cuando está en **peligro su integridad moral, psíquica y física**, debiendo resolver de inmediato.

En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.

Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.

No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso."

"Artículo 87-A. Casos en que no procede la tenencia compartida

No procede la tenencia compartida en los siguientes casos:

- a) Uno de los progenitores manifiesta que no le interesa tener la custodia del niño o adolescente.



MARÍA CORDERO JON TAY

Congresista de la República

*Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres
Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional*

- b) Uno de los progenitores sufre de incapacidad física o psicológica, diagnosticada por un profesional de la salud, que le impida atender adecuadamente a los hijos.
- c) Uno de los progenitores se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad de manera efectiva, mientras dure tal situación.
- d) Uno de los progenitores, su cónyuge o conviviente, es adicto a drogas ilegales o alcohol, mientras dure tal situación.
- e) Uno de los progenitores que ha obtenido tenencia compartida, realiza actos que impidan al otro progenitor tener relación con el niño o adolescente, teniendo en cuenta el interés superior del niño o adolescente.
- f) Cualquier otro caso que corresponda a criterio del juez especializado, teniendo en cuenta el interés superior del niño o adolescente."

Lima, 7 de marzo de 2022

[Signature]
Eduardo Zúñiga

[Signature]
MARIA CORDERO J.T.

[Signature]
Haroldo Guzmán

[Signature]
Victor Ruiz

[Signature]
MARTHA NOYANO

[Signature]
Adrián Leguía

[Signature]
César Pichardo Villanueva

[Signature]
Niza Chacón

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

1.1. Problemática en torno a la separación de padres

La separación de hechos de los padres incluye una problemática referida al cuidado de los hijos, que se constituye en cuanto a la tenencia de los niños o adolescentes, que podría ser de manera exclusiva a cargo de uno de los padres o de manera compartida a cargo de los dos, los cuales se alternarían por tiempos la tenencia de los hijos.

En esos casos generalmente se dan conflictos entre los padres por quien se queda al cuidado de los hijos, quienes son los más perjudicados ya que su formación y crecimiento se ve afectada por circunstancias que le causarían malestar y trastornos físicos o mentales, como el hecho de observar a sus padres como se pelean entre sí de manera violenta por tenerlos.

Una nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI de fecha 13 de febrero de 2020 afirma que, según la información proporcionada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec, en el año 2018 se inscribieron 92,440 matrimonios civiles a nivel nacional y se registró 16,742 divorcios, esto es cerca de un 20% de los matrimonios civiles¹.

En cuanto a los divorcios, legalmente reconocidos, el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI reportó que la tasa de divorcios en el país alcanzó a 5 de cada 10,000 habitantes, siendo la Provincia Constitucional del Callao la que registra la tasa más alta, al reportar 13 por cada 10,000 habitantes. A esto hay que anotar que no se considera las uniones de hecho, que ese año de 2018 alcanzó la cifra de 6'195,795, representando el 26.7 % de la población total, con una fuerte tendencia al crecimiento en comparación a periodos anteriores.

Dichas cifras ilustran sobre la frecuencia con que se da esa situación de precariedad de los hijos cuyos padres se han separado de hecho y arroja información objetiva referente a que un buen porcentaje de menores en el país están expuestos a estar inmersos en un conflicto de tenencia.

1.2. Institución jurídica de la tenencia compartida.

La tenencia es una figura jurídica del derecho de familia tratada en los artículos 81 al 87 del Código de los Niños y Adolescentes, aunque no le da una definición formal, ésta se entiende como la situación de cuidado y custodia de manera directa de un niño

¹ Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.
<https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-pais-se-celebraron-mas-de-noventa-y-dos-mil-matrimonios-durante-el-ano-2018-12057/> Visto: 3 de marzo de 2022.

o adolescente por parte de uno de los padres en situación de alternancia exclusiva o de ambos en situación de alternancia compartida, en casos de separaciones de hecho.

Así, el artículo 81 de ese código establece que la tenencia se determina de común acuerdo con los padres separados, y que en caso no lo hubiere lo determina el juez especializado, salvaguardando el interés superior del niño o adolescente, es decir evaluando sobre el progenitor que le dé más estabilidad emocional y bienestar físico y mental, entre otros.

Al respecto, el catedrático Benjamín Aguilar afirma que la tenencia se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos, de manera que genera una relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos del niño o adolescente y del cumplimiento de deberes, generados por la vida en común y el vivir bajo un mismo techo². Es decir, explica, que *tenencia* significa que los padres, o el padre o la madre, tengan al hijo en su compañía³.

Además, explica el autor, que quien ejerce la tenencia del hijo no sólo goza del derecho de vivir con el hijo, sino que también ejerce los demás atributos que le confiere la patria potestad, tales como dirigir su proceso educativo, guiar sus relaciones con terceras personas, incluso sus comunicaciones, corregirle moderadamente, aprovechar de sus servicios de manera pertinente en cuanto ello no atente contra la salud ni su proceso educativo, administrar sus bienes en caso los tuviera, entre otros⁴.

Por otro lado, María Consuelo Barletta Villarán sostiene que la tenencia se refiere al derecho y deber de los padres de tener consigo a sus hijos en su domicilio, a fin de brindarles cuidado y atención y que para fijarla se debe tener en cuenta la opinión del niño y adolescente, así como el resguardo del interés superior del niño.

También añade que aun viviendo separados los padres son partícipes y responsables directos de la crianza, educación y orientación de los hijos⁵.

En efecto, el derecho a vivir en una familia de un menor está recogido en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que dispone que el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia y que, si en caso de carecer de una familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado, dejándose abierta esta posibilidad que se aplica cuando los padres se separan de hecho.

Al respecto, en la normativa de la tenencia que regula el Código de los Niños y Adolescentes se tiene en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y Adolescente, conforme está establecido en el artículo IX del título preliminar, el cual dice a la letra: *En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en*

² Aguilar Llanos, Benjamín. *La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia Compartida*. En Revista Derecho & Sociedad. Año XX, N° 32-2009. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. pp. 191-197. P. 192.

³ Idem. P. 195.

⁴ Idem. P. 195.

⁵ María Consuelo Barletta Villarán. *Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018. P. 110.

la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

La catedrática Soledad Torrecuadrada García-Lozano sostiene que el interés superior del menor es un derecho subjetivo de los niños y un principio inspirador y fundamental de los derechos de los que son titulares; y, que posee un propósito protector de los menores debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía. Ello se agrava en el caso de darse los conflictos de tenencia en caso de separación de hecho.

Asimismo, detalla que se trata de un principio jurídico interpretativo fundamental, que consiste en que en toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor, ésta ha de interpretarse a la luz de su interés superior, lo que conduce a que el órgano encargado de la aplicación de una norma ha de considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que pueda aportar una norma aplicable favorablemente a un caso que afecta directa o indirectamente a un niño o de considerar aquella que satisfaga en mayor medida el interés de este último⁶.

Es decir que, el principio del interés superior del niño y del adolescente se convierte en un principio rector del derecho de familia y de interpretación a la normativa referida a los derechos de los niños y adolescentes.

Es por ello que la aplicación de este principio se torna en elemental para el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes en casos de separación de hecho de los padres, siendo, además, reconocida de manera expresa en el Código de los Niños y Adolescentes, tornándose en pieza clave para la propuesta normativa de la presente iniciativa legislativa.

1.3. Antecedentes de iniciativas legislativas

La temática de la tenencia de los hijos en caso de separación de hecho de los padres no ha sido ajena a las iniciativas legislativas presentadas en el Congreso de la República en el presente periodo anual de sesiones 2021 – 2022, así fue presentado el 11 de enero de 2022 el Proyecto de Ley 1120/2021-CR, que propone la *Ley que garantiza la aplicación de la tenencia compartida modificando el Código de los Niños y Adolescentes*, por el congresista Alejandro Aguinaga Recuenco; y, el 30 de diciembre de 2021 el Proyecto de Ley 1096/2021-CR, que propone la *Ley que regula la tenencia compartida de los Niños y Adolescentes*, por la congresista Patricia Juárez Gallegos, ambos del grupo parlamentario Fuerza Popular, abordando esta temática en beneficio de los niños y adolescentes y del libre ejercicio de sus derechos.

1.4. Regulación actual y fórmula legal de la propuesta

⁶ Torrecuadrada García-Lozano, Soledad. El interés superior del niño.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100131 Visto: 3 de marzo de 2022.

La problemática del niño o adolescente desprotegido ante las circunstancias de una separación de hecho de los padres que pueden afectar su integridad moral, psíquica y física es bastante compleja por cuanto pertenece a un ámbito familiar que podría calificarse de privado; y, que por lo tanto es difícil saber con certeza la solución que podría mejorar el estado situacional del menor y su entorno familiar.

Empero ello, la tendencia de la normativa jurídica que protege al menor debe ir en ese sentido y es por ello que la presente propuesta legislativa propone medidas que busquen el bienestar del menor.

En efecto, en la problemática sobre los hijos que genera una separación de hecho de los padres se trate la tenencia de los hijos por parte de estos.

Así, la tenencia compartida es una institución de derecho familiar de carácter complejo y que se constituye en una consecuencia directa en situaciones en que existe separación de hecho de los padres.

Al respecto, como se mencionó líneas arriba, generalmente sobreviene el conflicto entre los padres sobre cuál de ellos tendrá la tenencia de los hijos, así se presenta la figura de la tenencia compartida cuando ello es compartida por ambos progenitores en lapsos de tiempo distintos y alternados y la tenencia exclusiva cuando recae sólo en uno de ellos.

El capítulo 2 del título I del Libro tercero del Código de los Niños y Adolescentes trata de la tenencia del niño y del adolescente y en las siguientes líneas se abordará la normativa vigente y la propuesta de la presente iniciativa legislativa.

1.4.1. Propuesta de modificación del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes

El artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes trata de la figura jurídica de derecho familiar de la tenencia *per se* regulando que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño o adolescente, pero que de no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, el juez especializado resuelve la tenencia dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño o adolescente.

Se observa que la norma prevé que en esa situación de no existir acuerdo entre los padres sobre quien tendrá la tenencia de los menores, el juez especializado puede disponer la tenencia compartida. Es decir, que no necesariamente puede darse tal hecho, porque se usa el término *puede*.

En ese sentido, la presente propuesta legislativa propone que el juez especializado dispone, de manera obligatoria, la tenencia alternativa como primera alternativa, a fin de evitar el conflicto de los padres y de crear una situación de equidad para ambas partes sobre la tenencia y custodia de los menores. Es decir, es de prioridad la resolución por parte del juez de la tenencia compartida por considerarse el derecho de ambos progenitores a la custodia de los menores.

Es obvio que ello no siempre se va a dar, por lo que la propuesta considera una excepción que es el caso cuando tal situación de tenencia compartida presenta una situación desfavorable y perjudicial al menor; así, en aplicación del principio del interés superior del niño o adolescente, esa tenencia compartida no sería vista como primera alternativa y el juez especializado tendría el deber fijar la más conveniente para el menor.

Para dar efectividad a ello en la práctica, la propuesta agrega un último párrafo que dispone que, en todo caso, el juez debe efectuar un seguimiento de la ejecución de la sentencia consentida, mediante visitas inopinadas, entendiéndose al lugar donde está el menor, y citaciones periódicas al juzgado.

1.4.2. Propuesta de modificación del artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes

El artículo 82 establece que, si resulta necesaria la variación de la tenencia, el juez especializado resuelve, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que tal se efectúe en forma progresiva de manera que no produzca daño o trastorno al menor y que solo cuando las circunstancias lo ameriten, por encontrarse en peligro su integridad, el juez ordenará que el fallo se cumpla de inmediato, mediante decisión motivada.

Ello se da, en los casos que el juez especializado considere que la tenencia compartida varíe a tenencia exclusiva, o viceversa, y que en estos casos no se aplique de manera repentina sino gradual para no generar trastornos en los menores.

Al respecto, se propone la modificación de dicho texto en el sentido de especificar que el daño o trastorno causado sea físico o mental a fin que no exista incertidumbre sobre la amplitud del concepto, puesto que puede darse situaciones que el daño al ser mental no es visible y exista el riesgo de una mala interpretación de la norma al tomar en cuenta solo los aspectos físicos.

En efecto, cabe resaltar que el artículo 1 del Código de los Niños y adolescentes dice que el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción y que se garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo *físico o mental*, por lo que esa normativa también tuvo en cuenta la especificación de que el daño sea físico o mental, guardando con ello, además, la coherencia que debe haber en la normativa de dicho código.

Siguiendo el mismo lineamiento, en el segundo párrafo se añade para definir la mención a la integridad del menor que ésta sea *moral, psíquica y física*. Ello conforme al artículo 4 del código que establece que el niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Tomándose, en cuenta, pues, el uso de dichas características para definir la aplicación del término *integridad* en la evaluación del juez y del proceso de tenencia en general.

También se cambió el uso del tiempo del término *ordenar* que está en el texto de la norma vigente en tiempo futuro. En la presente iniciativa se propone el término *ordena*, usándose el tiempo presente indicativo, lo que hace el mandato de la norma con carácter más imperativo y definido.

Dicha modificación se propone, además, en cumplimiento de lo dispuesto en el Manual de Técnica Legislativa, aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva 106-2020-2021/MESA-CR en el capítulo V, referida al lenguaje de la Ley.

También se cambia el uso del término *transtorno*, por el de *trastorno*, que se torna en su uso adecuado conforme a la Real Academia Española, siendo de esa manera redactada su uso correcto.

1.4.3. Texto actual del artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes

El artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes vigente establece que el padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató 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.

De esta manera, se legitima y regula la interposición de cada uno de los progenitores el derecho a solicitar la tenencia, y estableciéndose los requisitos formales para su presentación, los cuales serían el documento de identidad, esto es el Documento Nacional de Identidad – DNI (entendiéndose pasaporte en caso de extranjeros), la partida de nacimiento para demostrar el vínculo, y las pruebas pertinentes que demuestren de manera fehaciente tal situación.

Al respecto, la presente iniciativa legislativa no ha considerado pertinente efectuar alguna modificación.

1.4.4. Propuesta de modificación del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes

El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes vigente establece que, en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta determinadas pautas, como que el hijo permanece con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, el hijo menor de 3 años permanezca con la madre; y, para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o adolescente se señale un régimen de visitas.

Al igual que en la modificatoria del artículo 82, se cambia el uso de los verbos que están redactados en modo futuro, por el modo presente indicativo, conforme lo sugieren las pautas del Manual de Técnica Legislativa, aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva 106-2020-2021/MESA-CR en el capítulo V, referida al lenguaje de la Ley.

También se dispone que, en dichos casos, 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.

Sobre ello, la presente iniciativa legal propone que para dicha priorización para el otorgamiento de la tenencia a quien mejor garantice el derecho del menor a tener relación con la otra parte, se haga tomándose en cuenta el interés superior del niño y adolescente.

Ello para que la decisión del juez sobre la instauración de la tenencia, se haga sobre todo respetando los intereses del menor, esto es la salvaguarda de su integridad

moral, psíquica y física, independiente y sobre cualquier intención de cada uno de los progenitores respecto de la tenencia.

Es decir, que en caso el juez especializado deba otorgar la tenencia a uno de los progenitores, por cuanto es el que más presenta condiciones para que el menor tenga contacto con el otro progenitor, evalúe sobre si ello conviene o no al menor, si se afecta su integridad moral, psíquica y física, si va tener mejores condiciones de vida, entre otros parecidos, respetando la primacía del interés superior del niño y adolescente.

1.4.5. Texto actual del artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes

El artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes vigente establece que el juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Se instaura así de manera obligatoria para el juez especializado escuche y considere la opinión del menor en las etapas de los procesos judiciales, entendiéndose ello, por interpretación objetiva, que es aplicable a todas las etapas del proceso judicial de la tenencia; y, en una generalidad, a todos los procesos judiciales en que se vea involucrado los derechos de un niño o adolescente.

Al respecto, la presente iniciativa legislativa no ha considerado pertinente efectuar alguna modificación.

1.4.6. Propuesta de modificación del artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes

El artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes vigente establece que la resolución sobre tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas y que la solicitud deberá tramitarse como una nueva acción.

Además, la norma dice que esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente.

Sobre ello, la presente iniciativa legal propone que, para la excepción de la interposición de dicha acción en el plazo de 6 meses, se tenga en cuenta la integridad moral, psíquica y física del menor. Al igual que la modificatoria en el texto del artículo 82, aquello se da porque pueden presentarse situaciones que el daño al ser moral o psíquico no sea visible y exista el riesgo de una mala interpretación de la norma al tomar en cuenta solo los aspectos físicos.

Ello, también, conforme al artículo 4 del código que establece que el niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; y, como se trató líneas arriba, considerando el uso de dichas características para definir la aplicación del término integridad en la evaluación del juez y del proceso de tenencia en general.

1.4.7. Propuesta de modificación del artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes

El artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes vigente establece que se podrá solicitar la tenencia provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el juez especializado resolver en los plazos de veinticuatro horas, pudiéndose presentar por el progenitor que no tuviese la tenencia; y, que, en los demás casos, el juez especializado resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.

Respecto de la tenencia provisional, que es la figura jurídica que trata ese artículo 87, se propone que el juez especializado solicite la tenencia provisional del niño cuando está en peligro su integridad moral, psíquica y física, debiendo resolver de inmediato.

Así, se propone la eliminación de la parte que regula que la tenencia provisional se trate de un menor de 3 años, pudiendo abarcar a los menores hasta la mayoría de edad, pues no existe un motivo taxativo para dicha limitación, ya que los casos para ameritar una tenencia provisional se pueden dar ante cualquier edad y circunstancias.

También se agregando al uso del término *integridad* las características de *moral y psíquica*, ya que la norma vigente solo tiene prevista para otorgar la tenencia provisional la integridad física. Ello también, en concordancia con las propuestas de modificación de los artículos 82 y 86; y, también, como en esos casos, siguiendo el lineamiento del artículo 4 del código que establece que el niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

1.4.8. Propuesta de incorporación del artículo 87-A del Código de los Niños y Adolescentes

Cumpliendo la tendencia de mejorar la normativa que regula la tenencia en beneficio de los menores cuyos padres están separados de hecho, considerando el interés superior de estos que debe prevalecer sobre cualquier acto procesal o circunstancia fáctica, la presente iniciativa añade una nueva normativa a fin de prever los supuestos en los cuales no procede la tenencia compartida por resultar perjudicial al menor.

En el texto legal vigente del Código de los Niños y Adolescentes se incorporaría como una nueva normativa, signada con la numeración 87-A del articulado.

Así, la propuesta de añadido establece que no procede la tenencia compartida en los siguientes casos:

- Uno de los progenitores manifiesta que no le interesa tener la custodia del niño o adolescente.

En efecto, mal podría resolver un juez especializado tomando como base la normativa vigente disponer la tenencia compartida o exclusiva cuando uno de los progenitores no está interesado en la tenencia del menor, con lo cual no procedería la tenencia compartida ni la variación de tenencia en ese sentido, como tampoco se aplicaría las facultades del juez especializado previstas en el artículo 84, por lo que se supeditaría a ello.



MARÍA CORDERO JON TAY
Congresista de la República

*Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres
Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional*

- Uno de los progenitores sufre de incapacidad física o psicológica, diagnosticada por un profesional de la salud, que le impida atender adecuadamente a los hijos.

Así, la incapacidad física o psicológica en el progenitor lo inhabilitan para la tenencia del menor, puesto que éste no tendría las condiciones mínimas que garanticen salvaguarda de su integridad física o psicológica, como tampoco su bienestar económico y social.

- Uno de los progenitores se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad, mientras dure tal situación.

El cumplimiento de la pena privativa de libertad inhabilita por completo al progenitor para la custodia y tenencia del menor, al no poder estar presente de manera física. Al respecto, se ha considerado que ese impedimento solo se da en el tiempo que el progenitor esté cumpliendo la pena, no considerándose los antecedentes penales por cuanto ello tendría que ser considerado por el juez especializado al momento de resolver.

- Uno de los progenitores, su cónyuge o conviviente es adicto a drogas ilegales o alcohol, mientras dure tal situación.

La adicción a drogas o alcohol genera estados alterados en quien los padece, por lo cual no estaría en condiciones de otorgar un ambiente saludable al menos bajo tenencia.

Aquello se aplicaría mientras dure tal situación, pues al no tener ese síntoma de adicción el progenitor podrá tener una oportunidad de tener la tenencia del menor, siempre que se cumplan las condiciones adecuadas.

- Uno de los progenitores que ha obtenido tenencia compartida, realiza actos que impidan al otro progenitor tener relación con el niño o adolescente.

Tal actitud pondría en evidencia la mala intención del progenitor de impedir que el otro progenitor puede tener relación con el niño o adolescente, por lo que ese acto doloso implica que el menor no estaría en un ambiente adecuado a su formación física o psicológica.

- Cualquier otro caso que corresponda a criterio del juez especializado, teniendo en cuenta el interés superior del niño y adolescente.

Al respecto, se deja abierta la posibilidad a que el juez especializado aplicando un criterio fáctico y jurídico pueda evaluar en que otras condiciones no se podría aplicar la tenencia, teniendo en cuenta para ello, obviamente, la normativa vigente y el interés superior del niño y adolescente.

En efecto, podría darse situaciones que un pariente cercano como un hermano, primo, tío o abuelo, quien haya tenido en custodia el niño por mucho tiempo sea más conveniente para el menor que se encargue de la tenencia,

pudiéndose resolver que se disponga una pensión alimentaria a cargo de los padres para contribuir con la manutención de los hijos por ese pariente cercano, que muchas veces o por la edad no tendrían posibilidades económicas por carecer de los recursos económicos, un empleo adecuado o bien tratarse de jubilados, entre otros.

Aquello quedaría a criterio del juez especializados, que tendría lata responsabilidad en su resolución en cuanto al bienestar de los menores.

1.5. Sustentación constitucional y legal de la fórmula legal de la propuesta

El numeral 1 del artículo 2 del Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Además, el artículo 4 dispone que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono y que también protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociendo a estos últimos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad.

Así, la norma constitucional reconoce los derechos del niño en cuanto al derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, mereciendo especial atención por cuanto la norma constitucional menciona que el Estado los protege especialmente, consignándose su derecho a la familia, considerada institución fundamental de la sociedad.

Así, el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley 27337, publicada el 7 de agosto de 2000, establece normativa particular que busca proteger y garantizar el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes que reconoce la Constitución.

Al respecto, el artículo I del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes consigna que el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica; y, el artículo IX establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

En ese sentido, cabe mencionar el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, aprobada el 20 de noviembre de 1989, afirma que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño y que tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Reconociéndose en ambas normativas el principio rector del derecho de familia del interés superior del niño y adolescente.

La misma norma también prevé que se respetará el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La fórmula legal de la presente propuesta legislativa no genera gastos adicionales al presupuesto público, por cuanto se está proponiendo modificaciones en la normativa vigente del Código de los Niños y Adolescentes que no involucran creación de nuevas áreas en el sector público o acciones que ameriten un presupuesto o una gestión pública.

El beneficio está vinculado a la mejora en el tratamiento judicial al caso de tenencia de hijos cuyos padres están separados de hecho, salvaguardando su bienestar e integridad física o psicológica. Con ello los progenitores separados tendrán mayor oportunidad para hacer valer el derecho que tienen de ejercer la tenencia sobre sus hijos y tendrán la oportunidad de tener contactos y cierta relación con sus hijos.

En general, existiría una norma legal que aumente la protección a los niños y adolescentes, cuyos padres se han separado y que haga valer con mayor efectividad, al constar de manera expresa en la norma, el interés superior del niño y adolescente.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legal modifica los artículos 81, 82, 84, 86 y 87 del Código de los Niños y Adolescentes y añade el artículo 87-A, el cual se constituye como nueva normativa.

Dicha propuesta no transgrede la Constitución Política del Perú ni la normativa legal vigente.

IV. VÍNCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La propuesta se realiza en cumplimiento del objetivo 16, Fortalecimiento de la familia, promoción y protección de la niñez, la adolescencia y la juventud, de la Segunda Política de Estado referida a la Equidad y Justicia Social, suscrito el 22 de julio de 2002.

En particular, el citado objetivo 16 busca garantizar el bienestar, el desarrollo integral y una vida digna para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, en especial de aquellos que se encuentran en situación de riesgo, pobreza y exclusión; promoviendo espacios institucionales y entornos barriales que permitan la convivencia pacífica y la seguridad personal, así como una cultura de respeto a los valores morales, culturales y sociales, entre otros.