- Comisión de la Mujer

Proy.: 1096/2021-CR
1120/2021-CR
1687/2021-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
AREA DE TRAMITE DIGITALIZACIÓN Y DOCUMENTOS
18 MAYO 2022
RECIBIDO
Firma: Hora: 15:11

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"
"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

OFICIO Nº 138 -2022 –PR

Lima, 18 de mayo de 2022

Señora
MARÍA DEL CARMEN ALVA PRIETO
Presidenta del Congreso de la República
Presente. -

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Autógrafa de Ley que regula la tenencia compartida, modifica los artículos 81, 82 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes. Al respecto consideramos conveniente observar la misma por lo siguiente[1]:

Consideraciones previas

1. En primer lugar, debemos señalar que compartimos la legítima preocupación del Legislativo por atender los casos de un sector de padres y madres que alegan no poder ejercer los derechos parentales referidos a la tenencia de sus hijas e hijos, con lo cual se verían imposibilitados de participar cercanamente de sus procesos de crecimiento y formación, todo lo cual se generaría con la actual configuración de la normativa vigente.

   No obstante, debemos mencionar que la fórmula legal contenida en la Autógrafa de Ley no solucionaría el referido problema ni garantiza la posibilidad de que tanto el padre y la madre puedan tener las mismas posibilidades y garantías legales de ejercer la tenencia de sus hijos cuando exista una separación de hecho.

   En ese sentido, y con el ánimo de generar una reflexión conjunta sobre un tema de la trascendencia y preocupación que atañe a las madres y los padres que requieren contar con un marco legal que les permita ejercer el precitado derecho en forma debida, compartimos a continuación las razones y el sustento técnico correspondiente por el cual consideramos necesario realizar modificaciones a la Autógrafa de ley en cuestión. En ese sentido, al final del presente Oficio se presentará una propuesta alternativa de redacción para la iniciativa legislativa.

   Lo anterior, sobre la base del principio general del Derecho del interés superior del niño, reconocido en la normativa internacional vinculante al Perú, así como en la Constitución y el ordenamiento jurídico interno:

   - <u>Convención sobre los Derechos del Niño (aprobado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 25278, publicada el 3 de agosto de 1990)</u>

     "**Artículo 3**
     1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
     (...)".

[1] Sobre la base del Informe N° D000054-2022-MIMP-DSLD-RAB.

- Constitución Política del Perú

"**Artículo 4.-** La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...)".

- Código de los Niños y Adolescentes

"**TÍTULO PRELIMINAR**
(...)
Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-

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".

- Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño

"**Artículo 1. Objeto de la Ley**

La presente Ley tiene por objeto establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes; en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 2. Interés superior del niño

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos".

De la Autógrafa de Ley

2. La Autógrafa de Ley tiene por objeto modificar los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en los siguientes términos:

Texto del Código de los Niños y Adolescentes vigente	Autógrafa de Ley
Artículo 81.- Tenencia Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre	**Artículo 81**.- Tenencia **Compartida** Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes **es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor.**

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	**Los padres en común acuerdo y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser el caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial.** De no existir acuerdo, **el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida,** dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, **pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres**, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.
Artículo 82.- Variación de Tenencia 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. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.	**Artículo 82.- Variación de Tenencia** **Cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado.** **Para la variación de la tenencia, el juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, haya realizado las siguientes conductas:** **a) Dañar o destruir la imagen, que el hijo tiene del otro padre, en forma continua, permanente o sistemática.** **b) No permitir de manera injustificada, la relación entre los hijos y el otro padre.** **c) No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes.** **En caso que uno de los progenitores esté imposibilitado de tener contacto físico con el menor, el Juez debe disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental siempre que no perjudique el principio de interés superior del niño.** **El Juez ordenará con la asesoría del equipo multidisciplinario, que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente.** **Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del niño, niña o adolescente, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.**
Artículo 83.- Petición El padre o la madre 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	**Artículo 83.- Petición** El padre o la madre **que desee determinar la forma de la tenencia compartida o exclusiva de manera judicial** interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes. **Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, en 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**
Artículo 84.- Facultad del Juez En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y	**Artículo 84.- Facultades del Juez sobre la Tenencia Compartida** En caso de **disponer la tenencia compartida, el juez deberá tener** en cuenta lo siguiente: a. El hijo deberá **pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores**; b. **Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;** c. **La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma;**

c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. 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.	**d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna** **e. Las vacaciones del hijo y progenitores.** **f. Las fechas importantes en la vida del menor; y** **g. La edad y opinión del hijo** **En caso de disponer la tenencia exclusiva, el juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas.** **La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo.**

Observaciones a la Autógrafa de Ley

3. Actualmente, la doctrina define a la tenencia compartida como "*el ejercicio conjunto de todos los atributos que conforman la patria potestad, con la diferencia que los padres se encuentran separados (de hecho o legal), reconociendo a ambos padres (*padre y madre) *el derecho de tomar decisiones respecto de sus hijos e hijas, distribuir equitativamente sus recursos, posibilidades, responsabilidades y deberes como si compartieran una vida en común. De otro lado, la tenencia compartida privilegia el derecho de los niños, niñas y adolescentes de mantener inalterable las relaciones cercanas e inmediatas con ambos padres* (padre y madre) *a pesar de la separación*"; sin embargo, "***la tenencia compartida no siempre resulta ser la opción más beneficiosa para las niñas, niños y adolescentes****, debido a que la separación de los padres muchas veces es producto de violencia familiar, abuso y maltrato. Por ello, es importante que en cada caso se efectúe un estudio social y psicológico de los padres* (padre y madre) *e hijos* (hijo e hija), *para determinar qué tipo de tenencia es el que beneficiará el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y garantizará su interés superior*"[2].

4. El debate y la regulación de la tenencia de los padres separados de hecho, respecto de sus hijas e hijos, debe armonizarse necesariamente con los derechos del niño, niña o adolescente, de manera que, en ese debate se priorice y garantice por encima de todo su interés superior. Este mandato vinculante para todo el Estado y la sociedad en su conjunto deriva de la obligación de protección especial hacia las niñas, niños y adolescentes reconocido en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y el artículo 2 de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Dicho marco constitucional y legal, se condice con la Convención sobre los Derechos del Niño, del cual el Perú es signatario.

5. En ese sentido, consideramos que los cambios introducidos por la Autógrafa deben contar con el sustento necesario para explicar en qué medida impactan en la protección integral y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Precisamente por ello, estimamos que no se ha fundamentado adecuadamente la relación entre la fórmula legal propuesta y el problema a solucionar sobre la tenencia de padres y madres y, la afectación de su relación con sus hijos e hijas, a raíz de la aplicación de la norma actualmente vigente. Dicha omisión de información suficiente no permite dimensionar si se trata de un problema público o de circunstancias excepcionales y particulares. En tal sentido, no resulta suficiente la sola mención del marco normativo asociado al contexto de la tenencia.

---

2 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.

6. Con la Autógrafa, tal como ha sido redactada, se corre el riesgo de incumplimiento del Estado peruano de obligaciones internacionales, en la medida que contraviene la Convención de los Derechos del Niño, sobre todo de los artículos 3 (ya citado) y 9, además de otros que reconocen la vigencia del principio del interés superior del niño. Asimismo, se vulnera el artículo 6, inciso 2, que establece que los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño, siendo este el foco principal de las políticas públicas vinculadas a la tenencia.

7. Como se ha mencionado, el ejercicio de la tenencia también implica el ejercicio de derechos fundamentales de los hijos e hijas menores de edad, según lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

   "**Artículo 9**
   1. 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**. 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.
   2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
   3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, **salvo si ello es contrario al interés superior del niño**.
   4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas".

8. Como puede visualizarse, la normativa internacional obliga a los Estados Partes a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, exceptuando ello en caso de que la separación sea necesaria en el interés superior de la niña, niño y adolescente.

9. 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 superior; por lo que la Autógrafa de Ley contraviene la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otro lado, no hay uniformidad en la redacción, pues en algunos casos se intenta aplicar una fórmula inclusiva (padre – madre o niño-niña-adolescente) mientras que en otros casos se obvia (los padres – el progenitor - el hijo).

10. **Ahora bien, la fórmula modificatoria del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes** no ha tomado en cuenta 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 para decidir sobre ella; por tanto, el nuevo modelo de Tenencia Compartida que propone la Autógrafa de Ley no estaría considerando la naturaleza del conflicto que motiva la necesidad de resolver sobre ésta, por lo que agudiza el riesgo de que no se visibilicen graves afectaciones a los derechos de niñas y niños. Asimismo, la fórmula legal del artículo 81 se mantiene redundante, pues señala que frente al desacuerdo "el juez otorga como primera opción la tenencia compartida". Por otro lado, el mandato de privilegiar en sede judicial la tenencia compartida es incompatible con una pauta de actuación judicial respetuosa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Deberían ser los juzgados de familia los que en cada proceso deberán resolver la disputa sobre la tenencia atendiendo a las características que rodean el caso y escuchando la opinión del niño o la niña[3].

11. **Respecto a la modificación del artículo 82 de dicho Código**, se mantiene innecesariamente la especificación 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 tenencia. Asimismo, no se ha sustentado la justificación necesaria de los elementos propuestos a ser considerados por el juez o la jueza para la variación de la tenencia; así, la Autógrafa, al establecer estos criterios, podría restringir la evaluación de otros criterios y, por tanto, resultaría restrictiva frente a la fórmula abierta que actualmente se aplica. Además, entre los criterios de la Autógrafa no se considera a la violencia que puede ejercerse en contra de los hijos e hijas ni contra el otro/a progenitor/a. En el mismo sentido, no se ha desarrollado el sustento suficiente ni los criterios para aplicar la progresividad en la variación de la tenencia, ya que esto debe depender de cada circunstancia y de la necesidad de la niña, niño y adolescente, y no solo del impacto en el padre o madre que ha perdido la tenencia; de similar manera, en la determinación de las circunstancias que ameriten su ejecución inmediata.

12. **En lo que concierne a la propuesta de modificación del artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes**, la Autógrafa de Ley elimina, sin justificación, la protección expresa al padre o la madre que ha sufrido el arrebato de su hijo e hija; asimismo mantiene la inserción de un segundo párrafo que desarrolla la idea de la tenencia compartida y la tenencia exclusiva como medidas cautelares, señalando un plazo de 30 días calendario para su resolución, sin explicación de motivo del porqué se establece dicho plazo que resultaría muy extenso y perjudicial para el niño, niña o adolescente, por el solo hecho de la demora.

13. **En la propuesta de modificación del artículo 84 del Código**, se insiste en un enfoque de "equidad" entre el padre y de la madre, pero no hace un análisis respecto al interés superior de la niña, niño y adolescente y su afectación en el conflicto que motiva la necesidad de resolver sobre la titularidad de la tenencia; redundando, además en el último párrafo señalando que cualquier modificación de la tenencia, "será dentro de la forma de la tenencia compartida"; por otro lado, reiteramos 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 y, dicha disposición ya se establece en el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, por lo que resulta innecesario que se incluya en el presente artículo.

Contexto actual de violencia, no tomado en cuenta por la Autógrafa de Ley

---

3 UNICEF, UNFPA y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2022). Informe técnico sobre los Proyectos de Ley que regulan la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en padres separados -por ser aprobados por el Pleno del Congreso, pág 2.

14. La Autógrafa de Ley invisibiliza graves afectaciones a los derechos de niños, niñas, adolescentes, así como de las madres, quienes usualmente asumen la tenencia[4]. En ese sentido, no se consideran los casos de violencia contra niños, niñas y adolescentes, desde los casos de maltrato físico o psicológico hasta los casos de abuso sexual, ni los de violencia contra las mujeres, como criterios que los jueces deben considerar al momento de resolver sobre la tenencia compartida. Así, se expone a estas personas a mantener vínculo obligatorio con uno de los padres, pese a que es posiblemente agresor/a.

15. De esta forma, estaría contraviniendo lo establecido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Committee on the Elimination of Discrimination against Women, CEDAW)[5] de Naciones Unidas que 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[6].

16. 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[7]. 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[8]; 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; por otro lado, la Autógrafa no contempla la protección prioritaria que ameritan las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia, frente a la actual situación que se presenta en el país, donde seis de cada diez mujeres entre 15 y 49 años de edad han sido víctimas de violencia familiar por parte de su cónyuge, conviviente o pareja. y en el que también 68,9% de niñas y

---

4 UNICEF, UNFPA y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2022). Informe técnico sobre los Proyectos de Ley que regulan la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en padres separados -por ser aprobados por el Pleno del Congreso, pág 1.

5 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 Nº 23432 de fecha 05/06/1982.

6 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*, párrafo16.

7 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

8 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).

niños han sido víctimas de violencia familiar, alguna vez en su vida[9]; cifras que se habrían incrementado, a raíz del aislamiento social por la pandemia del COVID 19.

17. El Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, del Ministerio Público, reporta un incremento de los casos de feminicidios al año 2021, donde se llegaron a registrar 208, frente a lo ocurrido en el año 2020, en que se registraron 197 casos; por otro lado, en el año 2021, las fiscalía provinciales especializadas en violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar resolvieron 142,309 denuncias en que las 77.6% son víctimas mujeres[10]. En consecuencia, no se puede desconocer la realidad de la violencia en el planteamiento del problema relacionado al ejercicio de la tenencia compartida como "regla general" a ser impuesta al padre y a la madre que se separan, sin reparar en los motivos y consecuencias de dicha separación.

18. Asimismo, señalan UNICEF, UNFPA y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos lo siguiente: *"De acuerdo con la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES para el año 2020, el 54,8% de mujeres fueron víctimas de violencia ejercida alguna vez por el esposo o compañero (INEI, 2021). En el área urbana la violencia ascendía hasta el 55,3%, mientras que en el área rural alcanzaba el 52,3%. Asimismo, en los últimos 12 meses la ENDES da cuenta que el 8.8% de las mujeres reportaron algún tipo de violencia por parte de su pareja o expareja. Cabe señalar además que el incremento de las situaciones de violencia basada en género en el contexto de la pandemia de la COVID-19. Durante el periodo comprendido entre el 17 de marzo hasta el 31 de agosto del 2020, periodo de confinamiento por la pandemia del Covid-19, los Equipos Itinerantes de Urgencia del MIMP atendieron 14,583 casos de violencia contra las mujeres. (Plan Internacional Perú, 2021)"*[11].

19. Otro aspecto que no ha sido considerado, es el efecto en la exigencia de la pensión de alimentos del niño, niña y adolescente, cuya obligación corresponde ser asumida por quien no ejerce la tenencia, sin embargo, el proyecto no plantea ninguna deliberación sobre este efecto, por otro lado, muchas madres no estarían en condición económica de asumir un "reparto de la obligación alimentaria" como consecuencia de la tenencia compartida, por cuanto la autógrafa no ha considerado el problema de la desigualdad económica, laboral y productiva de las mujeres en el Perú, en la que sólo el 64% de las mujeres en edad de trabajar, vienen laborando o se encuentran buscando un trabajo, frente al 80% de hombres en similar situación[12].

20. Asimismo, el Comité CEDAW ha cuestionado el uso de argumentos asociados al Síndrome de Alienación Parental (SAP), por reforzar estereotipos que prolongan la violencia contra las mujeres, por lo que dicho "Síndrome" ha sido rechazado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Asociación Americana de Psicología (APA), habiendo sido retirada de la lista de trastornos patológicos y del índice de clasificación de la OMS; en tal sentido, El Comité CEDAW ha recomendado a algunos

---

9 INEI.- Encuesta Nacional de Relaciones Sociales (ENARES) 2019

10 Ministerio Público, Observatorio Nacional de la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar- Ley 30364: https://observatorioviolencia.pe/mpfn/#6Delitos_de_violencia_contra_las_mujeres_e_integrantes_del_grupo_familiar

11 UNICEF, UNFPA y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2022). Informe técnico sobre los Proyectos de Ley que regulan la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en padres separados -por ser aprobados por el Pleno del Congreso, pág 1.

12 Decreto Supremo Nº 008-2019-MIMP: Política Nacional de Igualdad de Género, pub. 04/04/2019; pag. 19

Estados como España, Italia y Nueva Zelanda a que modifiquen leyes e interpretaciones judiciales referidas al SAP[13].

21. Cabe precisar que, actualmente el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes sí otorga a Juez/a la posibilidad de disponer la tenencia compartida, la misma que también puede acordarse a través de la conciliación extrajudicial, ya que no está restringida por la Ley de Tenencia Compartida Nº 29269; no obstante advertimos que ni el Código de los Niños y Adolescentes ni el Código Civil ni la Ley Nº 29269 contienen una definición específica de la tenencia compartida, lo cual pude haber motivado que los/las ciudadanos/as, no acceden al entendimiento del real significado de dicha institución jurídica, percibiendo que ésta ha generado el problema identificado por la propuesta legislativa, relacionado al posible abuso que comete un/a progenitor o progenitora, en perjuicio del otro/a que no ejerce la tenencia, lo cual también perjudica el ejercicio de derechos del hijo e hija, y a pesar que el mismo artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes otorga igual derecho al padre y a la madre, al señalar que *"cuando los padres están 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* (...)*"*.

22. Es decir que, actualmente, al momento de la separación, el padre y la madre **tienen igual derecho sobre el cuidado y crianza del hijo/a, por lo que**, en este punto, la autógrafa cambia innecesariamente el título del artículo y además cambia la idea de "común acuerdo" por una imposición: "es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial al menor (hijo o hija)". En la práctica **el efecto sigue siendo el mismo**, porque no contrarresta la acción de el/la progenitor/a que cree tener más derechos que el otro, por una construcción mental o social, pero no por la ley. Frente a este problema, concordamos en la necesidad de establecer mecanismos de respuesta frente al abuso que ejerce un progenitor frente a otro que directamente son perjudiciales al hijo e hija, para la cual la tenencia compartida no es la solución.

23. Por otro lado, reiteramos la necesidad de aplicar correctamente el lenguaje inclusivo en todo el texto de la Autógrafa de Ley, conforme a lo estipulado en la Ley Nº 28983, y evitar el uso de términos como "menor" al referirnos a niñas, niños o adolescentes, por ser contrario a su condición de sujetos de derechos consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes.

Experiencia internacional

24. En España, Costa Rica, Italia y Nueva Zelanda, ha habido pedidos expresos del CEDAW de que se modifiquen leyes e interpretaciones judiciales que reconocían la tenencia compartida sin considerar situaciones de violencia doméstica contra la madre o el niño, como factores para que el juez decida sobre el cuidado del niño.

25. **España:** Mediante Comunicación 47/2012, la CEDAW presenta su Dictamen del 18 de julio de 2014 en el caso Ángela González Carreño contra España, por el que responsabiliza al Reino español por el homicidio de una niña por parte de su progenitor, en la medida que aplicó indebidamente un régimen de visitas vía judicial, y que se tuvo como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, pese a la situación de violencia doméstica que se vivía en el hogar por acciones de dicho padre:

---

13 Naciones Unidas, UNFPA, UNICEF, Informe técnico sobre los proyectos de ley que regulan la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes

"9.4 El Comité observa que durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento de F.R.C. Las decisiones pertinentes no traslucen un interés por parte de esas autoridades de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto. También se observa que la decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audición de la autora y su hija, y que el continuo impago por parte de F.R.C. de la pensión de alimentos no fue tenido en consideración en este marco. Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad. A este respecto, el Comité recuerda que en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica"[14].

26. **Italia:** en este caso, CEDAW expresa su preocupación en tanto que la legislación italiana no aborda adecuadamente la consideración que debe darse a los casos de violencia de género en el ámbito doméstico a la hora de determinar la custodia de los hijos. Así, efectúa diversas recomendaciones al Estado italiano, según lo siguiente:

"52. El Comité recomienda que el Estado parte:
a) adopte todas las medidas necesarias para desalentar el recurso al "síndrome de alienación parental" por los expertos y los tribunales en los casos de custodia;
b) considere adecuadamente las necesidades específicas de las mujeres y los niños a la hora de determinar la custodia de los hijos en los casos de violencia de género en el ámbito doméstico"[15].

27. **Nueva Zelanda:** en este caso, CEDAW muestra su preocupación por la crisis del sistema de los tribunales de familia, que se refleja en el trato inadecuado a las mujeres, sobre todo a las víctimas de violencia doméstica. En ese sentido, recomienda al Estado, entre otros, lo siguiente:

"c) Adopte todas las medidas necesarias, incluida la elaboración de legislación y directrices de política, a fin de asegurar que la violencia doméstica contra el niño o contra la madre se tenga debidamente en cuenta en las controversias sobre la custodia de los hijos, en particular cuando se contempla la custodia física compartida, y analice los efectos que tiene la custodia física compartida en el desarrollo y el bienestar de los niños"[16].

28. **Costa Rica:** respecto a este país, CEDAW, al igual que en los casos anteriores, expresa su preocupación pues los mecanismos legislativos vigentes no tienen en cuenta la

---

14 Dictamen adoptado por el Comité en su 58° período de sesiones. CEDAW/C/58/D/47/2012, pág. 17.
15 Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Italia, aprobadas por el Comité en su 67° período de sesiones. CEDAW/C/ITA/CO/7. Fundamentos 51-52. Págs. 19-20.
16 Observaciones finales sobre el octavo informe periódico de Nueva Zelandia, aprobadas por el Comité en su 70° período de sesiones. CEDAW/C/NZL/CO/8. Fundamentos 47-48. Págs. 16-17.

violencia de género en el ámbito doméstico al determinar la custodia de los hijos. Así, entre otros, CEDAW recomienda al Estado lo siguiente:

> "a) Aborde de manera apropiada la consideración de las necesidades específicas de las mujeres y los niños a la hora de determinar la custodia de los hijos en los casos de violencia de género en el ámbito doméstico"[17].

Propuesta de redacción alternativa de la Autógrafa de Ley

29. Ahora bien, creemos que todo marco legal puede ser perfeccionado y, por tanto, modificado, atendiendo a la realidad social que se pretende regular para solucionar un problema público concreto. En ese sentido, nos permitimos compartir algunas propuestas que pueden ser objeto de discusión, análisis y mayores aportes que vayan en la línea de lo que venimos señalando: garantizar el derecho de los padres y las madres por igual a ejercer el derecho de tenencia respecto de sus hijos e hijas, cuando ocurra una separación de hecho, en armonía con el interés superior del niño, niña y adolescente, y teniendo como estándares mínimos lo establecido en la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes mencionadas precedentemente:

Propuesta del Poder Ejecutivo
Artículo 81.- **Tenencia** **Cuando están separados de hecho, el padre y la madre conservan en igual medida los derechos y deberes para el cuidado y crianza de sus hijos e hijas, tomando en cuenta su opinión y determinando de común acuerdo el ejercicio de la tenencia.** De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer cualquiera de las formas de tenencia que salvaguarden el interés superior del niño, niña o adolescente
Artículo 82.- Variación de Tenencia **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.** 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. *(Se mantiene texto actual del Código de los Niños y Adolescentes)*
Artículo 83.- Petición El padre o la madre que **desee 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. **Asimismo, puede solicitar Tenencia, sin perjuicio de otras acciones que correspondan, cuando:** **a) El padre o la madre sufra el arrebato de su hijo o hija** **b) Si quien ejerce la tenencia calumnia o difama en forma reiterada, al otro progenitor perjudicando su relación con el hijo o hija.** **c) Se impida, de manera injustificada, la relación de los hijos o hijas con el otro progenitor o progenitora, o entre los/las mismos/as hermanos/as.** **d) No se cumpla con los mandatos judiciales o con los acuerdos conciliatorios celebrados en favor de los niños, niñas y adolescentes.**

17 Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica, aprobadas por el Comité en su 67° período de sesiones. CEDAW/C/CRI/CO/7. Fundamentos 42-43. Págs. 14-15.

e) Se ejerza violencia en contra del otro progenitor o de los hijos/as.
Artículo 84.- **Facultad del Juez** En caso de **no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá priorizando el interés superior del niño, niña o adolescente y, siempre que le sea favorable, tendrá** en cuenta lo siguiente: **a)** El hijo **o hija permanecerá, preferentemente,** con **el/la progenitor/a** con quien convivió mayor tiempo; **b) El hijo o hija lactante permanecerá con la madre;** **c) Que el hijo o hija mantenga una relación saludable con su familia extensa, materna y paterna.** **d) La opinión y necesidades específicas del hijo o hija.** **e) Otorgar un régimen de visitas al padre o madre que no ejerza la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente.**

Consideramos que es importante aportar a la solución de una problemática que se viene presentando en nuestra sociedad, pero es imprescindible hacerlo teniendo en el centro del objeto de regulación la protección del estatus de persona con derechos humanos y fundamentales que corresponde a cada niño, niña y adolescente, quienes no deben verse perjudicados por el conflicto o el desacuerdo entre el padre y la madre, en ninguna circunstancia. Es deber del Estado en su conjunto hacer los esfuerzos necesarios para alcanzar ese propósito.

Por las razones expuestas, se observa la Autógrafa de Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,

JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES
Presidente de la República

ANÍBAL TORRES VASQUEZ
Presidente del Consejo de Ministros

Proyecto de Ley: 1096/2021-CR;
1120/2021-CR
y 1687/2021-CR.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **18** de **mayo** del **2022**

Pase a la Comisión de **MUJER Y FAMILIA**, con cargo de dar cuenta de este procedimiento al Consejo Directivo.

HUGO ROVIRA ZAGAL
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

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

Artículo 1. Objeto de la Ley

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

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

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

*"**Artículo 81. Tenencia compartida***

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

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

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

Artículo 82. Variación de la Tenencia

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

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

a. Dañar o destruir la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma continua, permanente o sistemática.

b. No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre.

c. No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes.

En caso de que uno de los progenitores esté imposibilitado de tener contacto físico con el menor, el juez debe disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental siempre que no perjudique el principio de interés superior del niño.

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

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

Artículo 83. Petición

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

Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, en 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.

Artículo 84. Facultades del Juez sobre la Tenencia Compartida

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

a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;

b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;

c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma;

d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna;

e. Las vacaciones del hijo y progenitores;

f. Las fechas importantes en la vida del menor; y

g. La edad y opinión del hijo.

En caso de disponer la tenencia exclusiva, el Juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas. La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo".

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.
En Lima, a los veintiséis días del mes de abril de dos mil veintidós.

MARÍA DEL CARMEN ALVA PRIETO
Presidenta del Congreso de la República

LADY MERCEDES CAMONES SORIANO
Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA