



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

**La tenencia compartida en el ordenamiento jurídico  
peruano**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Kateryne Isabel Boyer Alata**

**Asesor(es):  
Dra. Claudia Cecilia Morán Morales de Vicenzi**

**Piura, abril de 2024**

## **Aprobación**

La tesis titulada “La tenencia compartida en el ordenamiento jurídico peruano”, presentada por la bachiller Kateryne Isabel Boyer Alata en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de tesis Dra. Claudia Cecilia Morán Morales de Vicenzi.



---

Director de tesis





### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Kateryne Isabel Boyer Alata, egresada del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 70275141.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:  
“La tenencia compartida en el ordenamiento jurídico peruano”  
El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis<sup>1</sup> para optar el Título profesional<sup>2</sup> de Abogado.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
  - Dra. Claudia Cecilia Morán Morales de Vicenzi, identificado con DNI N° 07870968
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 28/11/2023.

.....  
*Firma del autor optante<sup>3</sup>*

<sup>1</sup> Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

<sup>2</sup> Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

<sup>3</sup> Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.

## **Dedicatoria**

A Dios por las bendiciones que me otorga cada día y por la fortaleza que me concede para alcanzar mis metas.

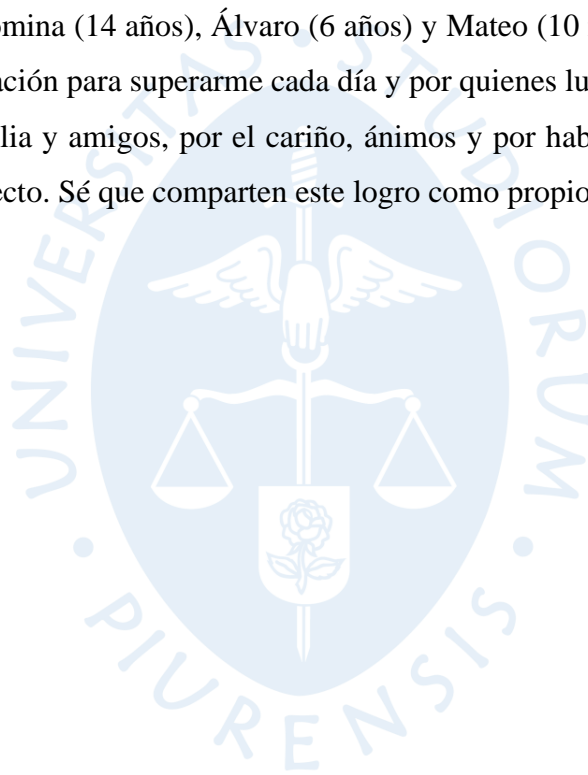
A mis padres, Juan e Isabel, porque gracias a su gran esfuerzo y sacrificio he podido llegar hasta donde estoy. Gracias por siempre confiar en mí y alentarme en el cumplimiento de mis objetivos.

A mi hermano, Juan Manuel, por sus palabras de apoyo y cariño.

A mi compañero de vida, Cesar, quién me ha brindado su apoyo incondicional y alentado a continuar cuando estaba a punto de caer, demostrándome que siempre cuento contigo y que somos un gran equipo.

A mis hijos, Romina (14 años), Álvaro (6 años) y Mateo (10 meses), por ser mi fuente de motivación e inspiración para superarme cada día y por quienes lucho para darles lo mejor.

A toda mi familia y amigos, por el cariño, ánimos y por haberme impulsado a seguir adelante con este proyecto. Sé que comparten este logro como propio y es motivo de felicidad.



## **Agradecimientos**

A mi directora de tesis, Dra. Claudia Cecilia Morán Morales de Vicenzi, por su disposición, paciencia y motivación en la realización de esta tesis. Sus conocimientos y orientaciones han sido fundamentales en este proceso. Mi estima, admiración y agradecimiento por el apoyo y ánimo recibido.



## Resumen

Tras la separación o divorcio de los padres, surge la preocupación de saber con quién de los dos se quedarán los hijos; siendo, en este escenario dónde aparece la figura legal de la tenencia, la misma que puede definirse como un conjunto de derechos y deberes que se expresan en función a ellos, para lo cual no solo debe apreciarse lo regulado por nuestra ley positiva, sino también las aptitudes o habilidades del padre o la madre.

La tenencia puede ser conjunta, compartida y exclusiva. Esta última ha sido una de las opciones por la cual se ha decantado la judicatura, olvidando que se tenía la opción de la tenencia compartida, figura especial que se incorpora legislativamente en el Código de los niños y adolescentes, mediante la Ley N° 29269 de fecha 4 de octubre del 2008, la misma que modifica los artículos 81 y 84, con la finalidad de abordar la crisis familiar que se origina con el divorcio, separación de hecho o relación libre.

La tenencia compartida permite a los niños, niñas y adolescentes realizar una vida familiar en la que pueden gozar de todos sus derechos, especialmente los que implican disfrutar de la presencia, afecto y comunicación de sus dos progenitores, figura que fue dejada de lado por la judicatura, quien mayormente se concentró en decretar una tenencia exclusiva.

Actualmente, esta figura ha sido modificada por la Ley N° 31590 reconociendo a la tenencia compartida como la regla y no la excepción, en atención al principio del interés superior de los niños y adolescentes, sin embargo, tras su dación se han emitido una serie de pronunciamientos en contra y a favor, por lo que, la presente investigación tiene por finalidad analizar su regulación en el ordenamiento jurídico peruano.



3.4.2	Opiniones a favor de la Ley 31590 .....	55
3.4.3	Nuestra postura .....	57
<b>Conclusiones</b>	.....	<b>62</b>
<b>Referencias</b>	.....	<b>63</b>



## Introducción

La llegada de los hijos, convierte en padre y madre a quienes los concibieron y con ello surgen deberes y derechos que podrán ser más fácilmente cumplidos de estar conviviendo todos juntos. No obstante, ante la separación o divorcio de los padres los hijos se quedan con uno, otorgándose al otro un régimen de visitas, con la finalidad de conservar las relaciones paterno filiales, y que estas no se deterioren o destruyan; sin embargo, conforme el ordenamiento nacional se puede optar también por una tenencia compartida para conseguir el mismo fin.

Es por ello que esta investigación tiene por finalidad explicar la figura legal de la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano, la misma que no ha tenido la acogida necesaria por la judicatura, a pesar de ser una opción legal que busca que los progenitores asuman en igualdad de condiciones los derechos y deberes respecto a sus hijos e hija.

En ese sentido, el primer capítulo contiene aspectos generales del derecho de familia como la filiación, la misma que se abordará desde su origen, noción jurídica, la protección constitucional que ha tenido en la carta de 1979 y la que posee en la Constitución peruana vigente, así como, por los tratados internacionales. Además, se tratará el tema de la patria potestad, su definición y se establecerá su relación con el interés superior del niño.

El segundo capítulo, se centrará en la figura legal de la tenencia compartida, su definición y deslinde de figuras como la patria potestad, régimen de visitas y guarda, otorgándose una visión de la misma en el derecho comparado, a partir de la regulación que plantean países europeos como Francia, España e Italia, y países latino americanos como, Colombia, Argentina y Chile, de los cuales además se extraerán algunos criterios jurisprudenciales.

Finalizando la exposición temática, en el capítulo tercero se desarrolla la tenencia compartida a partir de su inserción en el ordenamiento jurídico peruano en el Código de los Niños y Adolescentes hasta su actual regulación con la ley N° 31590, modificación con la que no todos están de acuerdo, por lo que, se decidió hacer un apartado que contiene las opiniones en contra y a favor, así como, la postura por la que se optó.

Cabe indicar, que para la elaboración de esta investigación la metodología empleada fue la cualitativa, por lo que, se utilizó el método dogmático partiendo de las construcciones doctrinarias que giran alrededor de los temas de Derecho de Familia y así generar un marco teórico que permita entender la figura jurídica de la tenencia compartida, complementándose con el análisis normativo, así como, la casuística.

## Capítulo 1

### De la filiación y la patria potestad

#### 1.1 Filiación

Si bien el tema central del trabajo de investigación es la tenencia compartida, es necesario que como conocimiento previo se haga referencia a la institución de la filiación, al ser una figura fundamental del Derecho de Familia

##### 1.1.1 *La filiación: origen y noción jurídica*

Desde su raíz etimológica la palabra filiación proviene del latín *filius*, es decir, hijo. Así, la relación paterno filial puede ser concebida como el vínculo directo que une a padres e hijos. Desde la codificación latina que sigue el modelo napoleónico se distingue entre legítima e ilegítima, la primera que surgía a partir del matrimonio y que implicaba un trato privilegiado, lo que ha sido afirmado por la doctrina<sup>1</sup>; y, la segunda que consideraba a los hijos ilegítimos, es decir, fuera de la unión conyugal.

A partir de esta última clasificación se puede considerar una filiación natural y una ilegítima en sentido estricto. La primera de ellas se daba cuando los hijos habían sido concebidos por personas que, en el momento de la concepción, podían haber contraído nupcias si así lo hubiesen previsto o deseado. Por su parte, la segunda comprendía todos aquellos supuestos en que los hijos extramatrimoniales habían sido procreados por quienes tuvieran prohibido casarse, por las razones que fueran (Lasarte, 2016).

Cabe precisar, que si bien desde la llegada de los principios liberales que se dispersaron durante todo el s. XIX, no existía un trato igualitario entre los hijos, es decir, en el que los nacidos fuera del matrimonio sean tratados sin discriminación, sin embargo, actualmente se puede hacer mención del principio de unidad de filiación con el cual se rompe el paradigma entre los llamados hijos matrimoniales y extramatrimoniales y se exige una igualdad de trato, independientemente del estado civil de los padres, ya sean casados o solteros.

A primera vista se puede señalar que la filiación es una relación nacida de la generación biológica y, que implica una situación de carácter recíproco en que se encuentran los padres respecto de sus hijos, y éstos respecto de aquellos; sin embargo, desde una visión jurídica es una relación que vincula a determinadas personas (progenitores o no) y que da origen a un cúmulo de derechos, facultades y deberes relacionados básicamente a la protección de los hijos. En conclusión, no se puede decir que la relación filial se conecte necesariamente con el hecho biológico de la procreación.

---

<sup>1</sup> Esto lo informa Varsi **Fuente especificada no válida.**

En sí, el legislador no desconoce el hecho biológico de la procreación y, generalmente la toma como sustento para acreditar la filiación, pero éste no es el único criterio utilizado para atribuir una relación de este tipo, por ejemplo, en el caso de la adopción no tiene relevancia alguna. Sin embargo, la doctrina considera como base esta connotación biológica, para presuponer desde la naturaleza un nexo entre el hijo y sus padres, que de acreditarse desde el ámbito jurídico quedan determinadas la paternidad o maternidad<sup>2</sup>.

Con mayor precisión se puede indicar lo que implica la filiación desde la perspectiva del parentesco, concibiéndola como lazos de diverso origen e intensidad, y extendiéndose como un vínculo familiar que existe entre dos o más personas no solo consanguíneamente sino también por afinidad o mediante la adopción<sup>3</sup>.

En cuanto a la filiación matrimonial rige la presunción *pater is est* prescrita en los artículos 361 y 362 del Código Civil Peruano, mediante la cual el hijo nacido dentro del matrimonio tiene por padre al cónyuge. Sobre el particular, en el derecho romano la unión matrimonial fija la certidumbre y estabilidad de los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y las relaciones parentales derivadas de esta.

Por su parte la filiación extramatrimonial se caracteriza por la carencia de un estado legal vinculante entre los progenitores y su descendencia, por lo que la calidad de padre, no está garantizada ya que no existe acto jurídico matrimonial. Por eso es que la voluntad, en el caso del reconocimiento, o la declaración judicial son los únicos medios de establecerla.

### **1.1.2 Protección constitucional de la filiación en las cartas magnas de 1979 y 1993**

Antes de la promulgación de la Constitución Política de 1979, el Código Civil de 1936 preveía una clasificación de las relaciones de filiación. Esta categorización traía consigo un tratamiento diferenciado para los hijos, pues en el caso de los descendientes producto de una filiación legítima, es decir nacidos dentro de un matrimonio, se les otorgaba un status privilegiado en el cual gozaban a plenitud de todos los derechos, tales como: alimentos, nombre y aspectos sucesorios. Respecto a la ilegítima, referida a los hijos nacidos fuera de la relación conyugal, esta se subdividía en naturales que era entre personas sin impedimento para contraer nupcias y no naturales entre aquellos cuya unión era rechazada, ya sea por temas de adulterio, incesto o sacrilegio.

En el caso de las naturales, los hijos veían limitados sus derechos en comparación a los legítimos, a menos de que obrará un reconocimiento voluntario. Por último, los hijos producto

---

<sup>2</sup> Esto ha sido afirmado por Bossert y Zannoni **Fuente especificada no válida.** para quienes esta determinación sería la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.

<sup>3</sup> Esta concepción fue formulada por Varsi (2013)

de una unión ilegítima no natural, solo tenían la posibilidad de acceder al derecho de alimentos, para lo cual tenían que probar el hecho de la filiación.

Para tener una visión de las diferencias entre las diversas filiaciones, se tomará en cuenta lo prescrito en el Código Civil de 1936. Es así que, de la revisión del artículo 361 del citado cuerpo normativo, se señala que, en el caso de los hijos ilegítimos, estos sólo podían llevar el apellido del padre o de la madre, que lo hubiera reconocido o del primero de ellos si fuera reconocido por ambos. Asimismo, y de conformidad con los artículos 366 y 367 del mismo, dicha paternidad sólo podía ser declarada judicialmente en determinados supuestos, tales como: 1) Cuando el padre mediante escrito lo reconozca; 2) Cuando el hijo por actos directos de éste o de su familia se halle en la posesión constante del estado de ilegítimo respecto del padre; 3) En los supuestos de violación, estupro o rapto, siempre que la fecha de su comisión coincida con la época de la concepción; 4) Si durante la época de la concepción el presunto padre hubiese convivido en contubernio con la madre; y, 5) En el caso de seducción de la madre, cumplida con abuso de autoridad o con promesa de matrimonio, en este último supuesto siempre que exista prueba escrita. Cabe precisar que, en el caso de configurarse otros supuestos, el hijo ilegítimo solo podía reclamar una pensión alimenticia hasta los dieciocho años de edad, ello sin que esto signifique que se determine su filiación.

Teniendo en cuenta estos antecedentes y a fin de analizar el tratamiento constitucional vigente en materia de filiación, es necesario remitirnos a la regulación que el legislador de 1993 tuvo como antecedente, esto es, la Constitución Política del Perú de 1979. El artículo 2 señala que todo sujeto tiene derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación alguna, y la intimidad personal y familiar. El artículo 5 y 6 disponen que el estado protege la unión conyugal y la familia, y por otro lado, se ampara la paternidad responsable y se prescribe que todos los hijos tienen los mismos derechos, estando prohibida toda referencia en los registros civiles y en cualquier documento de identidad, del estado civil de los padres y del tipo de filiación.

Del análisis de estas disposiciones se puede advertir que frente a la clasificación de filiaciones que operaba en el Código Civil de 1936 –legítimas e ilegítimas-, lo que se buscó con la Constitución Política de 1979 fue acabar con esta y proclamar la igualdad de los hijos, independientemente de la existencia o no de una unión matrimonial entre los progenitores y de la realidad que envolvía a ambos; vedándose así, toda evocación sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación en los registros civiles o documentos de identidad.

Siguiendo esa lógica, pareciera que con el precepto proclamado de igualdad de los hijos se pondría fin a la discriminación, no obstante, al señalarse expresamente que el estado tutela el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la nación, lo que

realmente se estaría regulando es un sistema de filiación que tiene como base el principio de protección de la familia matrimonial, el cual al proteger a los cónyuges, extiende indirectamente su amparo a los hijos concebidos y nacidos dentro de aquella, permitiéndose que siga existiendo un tratamiento diferenciado sobre la ilegítima.

En cuanto al hijo matrimonial, de la revisión del artículo 299 del Código Civil de 1936, se advierte que regulaba la presunción *pater is est*, mediante la cual el hijo nacido durante el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al cónyuge de su madre y por consiguiente lleva sus apellidos. Asimismo, operaba dicho supuesto aunque la progenitora declare lo contrario o sea declarada adúltera, recayendo en el esposo la acción de poder negar la filiación y solo en determinados supuestos, tales como: 1) Cuando el nacimiento se diera antes de los ciento ochenta días del acto matrimonial; 2) Durante los primeros ciento veintidós días de los trescientos precedentes al del nacimiento del hijo siempre que sea imposible que haya convivido con su esposa; 3) En el tiempo hubiese estado judicialmente separado en la época de la concepción; y, 4) Si adoleciera de impotencia absoluta.

Habiendo realizado un breve análisis del marco legal referente a la filiación, se advierte que se pretendía conservar la paz de las familias legítimas y como consecuencia de ello el matrimonio, limitándose la investigación de la paternidad biológica a ciertos supuestos regulados taxativamente, ocasionando muchas veces que el nexo filial no coincida con la verdad biológica (*favor veritatis*), no siendo predominante el interés del hijo (*favor filii*), pues resultaba suficiente una determinación formal de su filiación.

Asimismo, de la revisión de la Constitución de 1979 se advierte que en la misma no se encuentra reconocido el derecho fundamental a la identidad; sin embargo, si hay una protección expresa a la intimidad personal y familiar, con lo cual es posible concluir que en este sistema de filiación predominó la intimidad de los progenitores frente al derecho de los hijos a conocer a sus padres. Además, bajo el amparo de la paternidad responsable, se puede apreciar que en la determinación de aquella no concurren intereses públicos sino sólo intereses privados.

Como conclusión se puede afirmar que el principio rector del sistema constitucional de 1979, es el de *favor legitimitatis* por el cual se otorgó mayor protección a los hijos de las parejas unidas por una relación estable institucionalizada por el matrimonio, al margen de que existiera o no coincidencia con la verdad biológica, existiendo un tratamiento discriminatorio al momento de determinar la filiación de los hijos ilegítimos.

En cuanto a la regulación de la filiación en la Constitución Política del Perú de 1993, el artículo 2 prescribe que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley por lo que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición

o de cualquier otra índole. De igual forma, a la reputación y el honor, a la intimidad personal y familiar, así como, a la voz e imagen propias.

El artículo 4 regula que el Estado y la comunidad protegen especialmente al niño, al adolescente y la familia, así como, promueven el matrimonio. Por otro lado, el artículo 6 del citado texto constitucional menciona que, se tiene como finalidad difundir y promover la paternidad y maternidad responsables, reconociendo el derecho de las familias y de las personas a decidir. Agregándose que, todos los hijos tienen los mismos derechos y deberes, prohibiéndose toda referencia en los registros civiles y en cualquier documento de identidad sobre el estado civil de los progenitores y el tipo de filiación.

De las disposiciones señaladas se puede observar que el actual marco constitucional de filiación protege a la familia en general, sin importar su procedencia la cual puede ser matrimonial o extramatrimonial. Asimismo, se promueve el matrimonio, sin embargo, esto no limita la investigación de la paternidad o maternidad a fin de que pueda establecerse el verdadero vínculo filial, es decir, que esta coincida con la verdad biológica (principio de *favor veritatis*).

Por otro lado, se reconoce a la identidad como un derecho fundamental frente a la intimidad de los padres, lo cual exige soluciones adecuadas y ponderadas a este conflicto de derechos que tengan como base el principio de interés superior del niño y adolescente (principio de *favor filii*).

Asimismo, al promoverse la maternidad y paternidad responsables, el Estado tiene la obligación de realizar todas las acciones pertinentes para que la filiación coincida con la verdad biológica (*favor veritatis*), concurriendo en esta materia no solo un interés de los particulares, sino también uno público.

### **1.1.3 *Tratados internacionales de Derechos Humanos en materia de filiación aprobados y ratificados por el Perú***

Dada la importancia de los tratados sobre derechos humanos, es relevante hacer una breve mención a su vinculación y/o rango constitucional en nuestro ordenamiento, para luego continuar con aquellos acuerdos en materia de filiación.

Sobre el particular, el artículo 55 de la Constitución Política de 1993 prescribe que son parte del Derecho Constitucional nacional los tratados celebrados por el Estado. Siguiendo ese razonamiento la Cuarta Disposición Final y Transitoria del citado texto constitucional señala que los derechos y las libertades que reconoce deben interpretarse de conformidad con la declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales

ratificados por el Perú. En conclusión, dichos pactos complementan el catálogo de derechos y libertades de las Constituciones codificadas.

De igual forma, el máximo intérprete de nuestra Carta Magna, Tribunal Constitucional, se ha pronunciado señalando lo siguiente: “(...) nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de Derecho Humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no sólo son incorporados a nuestro Derecho nacional –conforme el artículo 55 de la Constitución- sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa”. Expediente N° 047-2004-AJ/TC (fundamento jurídico N° 22).

En cuanto al rango constitucional que ocupan los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico, si bien la Constitución 1993 a diferencia de la de 1979, no prevé de un artículo que establezca: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a Derechos Humanos, tienen jerarquía constitucional”, no obstante, ello no significa que el texto constitucional actual niegue dicho rango, pues en razón de la cuarta disposición final y transitoria que opera como una cláusula interpretativa se puede deducir que ostentan dicha jerarquía.

En lo que respecta a los tratados en materia de filiación, nos remitimos a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo ratificada mediante Resolución Legislativa N° 25278, desde el año 1990. Sobre el particular, el artículo 3 inc. 1 dispone que en todas las medidas que adopten las instituciones públicas o privadas, deberá prevalecer el interés superior del niño. El artículo 7 inc. 1 señala, entre otros, que el niño tendrá derecho desde su nacimiento a un nombre, una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer y a ser cuidado por sus padres.

El artículo 8, del citado texto internacional dispone que, los estados partes se obligan a respetar el derecho del niño a salvaguardar su identidad, debiendo prestar la asistencia y protección apropiadas a fin de restablecerla rápidamente.

Con la adhesión a este tratado el Estado peruano se compromete a preservar la identidad del niño, así como, las relaciones familiares en las que se encuentre inmerso; reconociendo con ello el derecho a la identidad en sus vertientes dinámica y estática.

Asimismo, podemos advertir que ya no se limita la investigación de la paternidad, sino que el Estado tendrá la obligación de hacer lo necesario para que el hijo pueda conocer a sus padres, y una vez determinada la filiación pueda recibir el cuidado y protección de aquellos. Desde el punto de vista dinámico, al preservar las relaciones familiares, tiene el deber de

salvaguardar todos aquellos rasgos que con el transcurso del tiempo van formando la identidad del niño, nos referimos a la familia con la que vive, la cultura, creencias, etc.

En atención a lo expuesto, se resalta que la normativa que regula la filiación es de orden público, por ende, no son plausibles de modificación, lo que implica que no puedan ser pactadas o en su caso limitadas por la voluntad de las partes.

A su vez, se advierte que la filiación amplía la protección hacia un conjunto de derechos como es el caso de la identidad. Esta se entiende como la reunión de atributos que da lugar a la individualización de cada ser humano que se encuentra inserto en una sociedad y que permite distinguirlo unos de otros, la cual puede ir cambiando a lo largo del tiempo tras sus experiencias en la comunidad donde existe (Fernandez Sesarego, 1992)

Así, la identidad es un derecho humano, y como tal ostenta el conjunto de características propias como es su inalienabilidad, intransferible e irrenunciable y, el Estado tiene la obligación de darle reconocimiento legal. Incluye el derecho al nombre y al apellido (artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú).

Desde la perspectiva del derecho comparado, la Convención Internacional de los derechos del niño, prescribe a partir de su precepto N° 8 el deber del legislador de atender como aspecto primordial al interés superior del niño, el cual lo considera como precepto rector de quienes tienen el deber de su educación y orientación, siendo en primer orden sus progenitores.

A su vez, para el Tribunal Constitucional Peruano este derecho implica el ser individualizado por un conjunto de “rasgos distintivos” de carácter objetivo (donde se encuentra el derecho al nombre) y aquellos otros “que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal”. También se incluyen rasgos de carácter subjetivo (como los valores y la reputación)” (STC N° 2273-2005-PHTC, f.j 22)

Como parte del contenido esencial del derecho a la identidad, encontramos al nombre, entendido desde una perspectiva jurídica como la “expresión visible y social” (Fernandez Sesarego, 2006, pág. 98), a través de la cual se le identifica a una persona, no pudiendo variarlo con excepción de razones justificadas y a través de autorización judicial.

## **1.2 Patria potestad**

Otro de los conceptos importantes es la patria potestad, por lo que en este apartado se darán algunos alcances sobre su definición, su relación con el interés superior del niño y su regulación en el ordenamiento jurídico nacional.

### **1.2.1 Definición**

El término patria potestad proviene del latín “patria” que nos lleva al *pater familia*, y, al vocablo “*potestas*” que significa poder sobre algo. Esta figura surge en el Derecho Romano,

por ende, es una de carácter antiguo y, que se caracterizaba por la posición de privilegio y de rasgos absolutos de aquel respecto de los hijos e incluso la mujer, el cual como jefe del hogar ostentaba soberanía y autoridad doméstica.

Esta concepción producto del Derecho Romano fue superada y actualmente es una de las figuras jurídicas más importantes del Derecho de Familia y, puede ser definida como el conglomerado de deberes y derechos que el ordenamiento legal otorga a los progenitores sobre la persona y los bienes de sus hijos, que les permiten el cumplimiento de sus obligaciones. Tiene su origen en la filiación legalmente establecida (consanguínea y civil) y conlleva a funciones de asistencia y protección de los progenitores hacia sus descendientes.

En ese sentido, la patria potestad ya no se configura como un poder absoluto del padre respecto a los hijos menores de edad, sino como una función que implica atribuciones a los titulares de una serie de derechos que les servirán para cumplir los deberes que les es debido. En este sentido, se determina sus caracteres entre los cuales se encuentra el ser intrasmisible, ya que es ajena al comercio, es decir, no es objeto de negociación, aunque si su ejercicio; irrenunciable, es decir, se impone por efecto de la ley es *ex lege* y con carácter imperativo; e, imprescriptible, lo cual “no impide que su ejercicio negligente pueda dar lugar a su extinción” (Pizarro Moreno & Pérez Velázquez, 2015, pág. 190), por ende, no es de carácter perpetua en vista que esta institución exige a los progenitores actuar conforme al principio del interés superior del niño.

Así, la patria potestad se constituye como un conjunto de derechos-deberes que la ley regula y que procede de las relaciones ordinarias entre padres e hijos y del grupo familiar. El fin del ejercicio de estos es el interés del niño y, en última instancia el de la familia.

A su vez, es una figura de orden público, es decir, que no surge de la voluntad de las partes sino por imperio de la ley. Su propósito es la protección de la persona y los bienes de los hijos. Ahora, desde la doctrina nacional, se entiende como una facultad que manifiesta el poder – deber de los progenitores con la finalidad de instruir y mantener a sus descendientes<sup>4</sup>. A su vez, también implica la protección de sus intereses de carácter pecuniario durante su minoría de edad.

La patria potestad se encuentra vinculada al interés del Estado y al de la familia, en este sentido, la función de los padres se encuadra en una de carácter social, de ahí que, las normas que la regulan ostenten la característica de ser de orden público. Por ende, su contenido no puede ser materia de acuerdos privados.

---

<sup>4</sup> Esto ha sido sostenido por el Dr. Plácido (2002)

Dentro de esta figura podemos encontrar el deber y el derecho de tenencia de los hijos, formación, educación, vigilancia, corrección moderada, alimentos y, representación legal. De ahí que se señale en la doctrina que esta institución se dirija a la protección, vigilancia y auxilio de los descendientes menores de edad y, que, no tiene como finalidad destacar la autoridad del padre bajo la figura de derechos subjetivos<sup>5</sup>.

Así mismo, es una institución del derecho de familia que se regula por normas de orden público y social, por cuanto los convenios celebrados por los progenitores destinados a disminuir o modificar de algún modo la normatividad que las rigen son nulos de pleno derecho. Es importante también destacar su carácter tuitivo, el cual es la defensa de la persona y el patrimonio de los hijos menores de edad. Ahora, si la filiación ha sido determinada, la patria potestad corresponde a los padres, por ende, la filiación se origina en el parentesco mientras que aquella de la filiación.

La Convención sobre los Derechos del Niño, señala en su artículo 3º que los tribunales que adopten decisiones deben tener en cuenta el interés superior del niño. De su lectura debe inferirse la relación existente entre la patria potestad y dicho interés, y como este último limita el accionar del juez. Esta normativa internacional ubica a esta institución en su justa dimensión: como un derecho relativo y no absoluto, organizado como un estatuto que atiende a aquel interés, es decir, como un medio y no como un fin en sí mismo.

La doctrina española considera a la patria potestad como la figura legal protectora del menor por excelencia, fundada en una relación de filiación, sea cual fuera su naturaleza (matrimonial, no matrimonial, adoptiva)<sup>6</sup>. Actualmente más que un poder es una función establecida en pro de los hijos menores, ejercida por los progenitores conjuntamente y cuyo contenido está integrado más por deberes que por derechos.

En este sentido, dicha función responde a la exigencia de que las personas desde que nacen hasta que alcanzan su mayoría de edad, no pueden por sí mismas satisfacer sus necesidades esenciales, requiriendo de otro sujeto que le otorgue bienestar y cuidado para evitar exponerse a una situación de peligro. Es por esto, que la patria potestad vela por la integridad del niño, niña y adolescente y como institución, se dirige hacia la formación integral de los hijos menores de edad mientras no hayan logrado la emancipación. Esta premisa se relaciona con lo establecido en el artículo 418 del Código Civil el cual la considera como un deber que tienen los padres y a su vez el derecho de cuidar la persona y el patrimonio de sus descendientes.

---

<sup>5</sup> Lo postula Díez Picazo (1995)

<sup>6</sup> Lo sostuvo Lasarte (2016)

Entonces, la patria potestad no es un derecho exclusivo de los padres ni una facultad disciplinaria respecto de estos para con sus descendientes, es decir, hablamos de una institución legal y propia del Derecho de Familia que ostenta una función tuitiva y obliga a los padres al cuidado de los hijos, para que alcancen su buen desarrollo integral y educación, puesto que, al ser menores son vulnerables y exigen mayor protección.

Su ejercicio comprende muchas actividades, las cuales se deben relacionar directamente con un derecho fundamental de quienes la ostentan: como educar a los hijos, que está enfocada en su pleno desarrollo, el de su personalidad y en beneficio de su convivencia en sociedad. También dicho ejercicio tiene por finalidad que el niño, niña y adolescente gocen de sus derechos y facultades, así como, la satisfacción de sus necesidades y la buena administración y cuidado de las condiciones económicas que van a facilitar el disfrute de sus requerimientos básicos y de recreo.

### **1.2.2 La patria potestad y el principio del interés superior del niño**

La patria potestad se ejerce bajo el precepto del interés superior del niño, niña y adolescente, el cual es entendido como la prioridad en relación a los derechos de cualquier otro sujeto, con el objetivo de dar garantía de lo siguiente: a) Su formación personal que incluye salud, educación y desarrollo personal, b) La promoción de un ambiente de paz exento de cualquier tipo de violencia, c) El desarrollo de su personalidad sin restricciones como también de otros derechos que surjan de su dignidad humana.

Es importante advertir que dicho principio es de interés público, y por consecuencia, jurídicamente protegido.

Es transcendental entonces abordar el principio del interés superior del niño como precepto rector del ejercicio de la patria potestad, el cual se consagra por primera vez en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Con dicha regulación los niños, niñas y adolescentes gozan de una protección de carácter especial e internacional, consagrándose como un principio general del derecho.

De esta manera la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3 considera que las instituciones públicas o privadas en todas aquellas medidas que adopten tendrán como observancia fundamental el principio del interés superior. Esto supone que el niño, niña y adolescente ocupen una posición social que merece una especial protección. Atendiendo a ello, el inciso 3 del artículo 9 de dicho cuerpo normativo prevé que, los descendientes que se encuentren separados de uno o ambos padres tienen derecho a conservar, de manera regular, las relaciones personales y trato directo con ellos, salvo que se contravenga dicho interés. En ese

sentido, considera que el juez cuenta con una segunda alternativa en caso de separación de uno de los progenitores, que es orientar y advertir la instauración de una custodia compartida.

Al ser la Convención un acuerdo suscrito por el Perú, el Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, en su Título Preliminar (artículo IX) exhorta a la administración de justicia aplicar este principio en sus decisiones. Desde esta línea la jurisprudencia no es ajena a su importancia reconociendo que “la interpretación de las decisiones legales sobre menores debe ser interpretadas de la manera más beneficiosa para ellos, de manera extensiva” (Cas. N° 870-2007-Lima. Sala Civil Transitoria. Corte Suprema. Pub. El Peruano 30 de enero de 2009, p. 23708).

En consecuencia, tanto las normas de tutela al menor como las consecuencias de las sentencias deben mirar hacia la garantía de este principio, en salvaguarda de los derechos fundamentales del niño; así, toda interpretación debe ajustarse a este criterio (Cas. N° 870-2007- Lima. Sala Civil Transitoria. Corte Suprema. Pub. El Peruano 30.01.2009, p. 23708).

Entonces, se podría entender que este principio se caracteriza por ser uno indeterminado, sin embargo, no debe ser tomado desde este sentido, ya que, su finalidad en cuanto a su aplicación por las autoridades y más aún las judiciales es “asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los menores, quienes por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismos” (Miranda Estrampes , 2006, pág. 109). Al respecto, la judicatura deberá realizar una valoración conjunta de las circunstancias concurrentes, entre las que debe mencionarse la propia edad y las situaciones personales del menor (Miranda Estrampes , 2006, pág. 109). De esta manera, en la toma de decisiones el interés superior del niño será un criterio a seguir cuando exista un conflicto con otros intereses legítimos, sobre todo, de los padres.

### **1.2.3 Regulación jurídica**

La filiación matrimonial o extramatrimonial al ser determinada, ya sea de manera natural o adoptiva, origina el nacimiento de un conjunto de relaciones jurídicas entre padres e hijos, ya sean menores de edad o incapacitados. Estas incluyen deberes recíprocos como son los alimentos, el cuidado y educación, entre otros; involucrándose a la patria potestad y, por ende, es meritorio su regulación.

El sistema jurídico peruano regula la patria potestad en el artículo 418 del Código Civil, donde se estipula que los progenitores tienen el derecho y el deber de cuidar a la persona y bienes de sus hijos. Para esto, determinada la filiación, su titularidad corresponde a los padres quienes ostentan dichas facultades y obligaciones. De esta manera el Código citado establece la potestad conjunta de los padres sobre sus descendientes sin discriminar el origen de la

relación filial. Añadiendo que, esta es la *conditio sine qua non* de dicha relación<sup>7</sup>. Ahora, en caso de desacuerdo es necesario recurrir a la vía judicial.

Sobre el particular, el jurista hace referencia a las “relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que más que un derecho sea consecuencia de la filiación” (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 240). En consecuencia, se debe tener en claro, que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos de extinción y suspensión de esta), pero no a la inversa.

En este sentido, el sistema civil peruano considera lo regulado en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual recoge el principio de que ambos progenitores tienen responsabilidades comunes en los que se refiere a la formación y desarrollo de sus hijos. Por el contrario, y ante la falta de dicha actuación existe la posibilidad que uno de ellos pueda ejercerla con el asentimiento expreso o tácito del otro (Placido, 2002, pág. 320). Sobre esto último, la normativa civil no hace mención alguna.

Es así que, los padres ostentan obligaciones, de carácter natural, sobre sus menores hijos y, sobre esto (además del 418 del Código Civil) nuestra Constitución, en el artículo 6 señala de manera taxativa que, es “deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Estos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”. Desde esta línea, dichas facultades son resultado de la patria potestad y están reguladas en el artículo 423 del Código Civil y, en el 74 del Código de los Niños y Adolescentes, además desde el derecho internacional, esto está contemplado en el inciso 1 artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Hasta el momento, es posible señalar que la patria potestad incluye un conglomerado de principios claves que la regulan jurídicamente, y son los siguientes: a) Es una institución jurídica que se aplica en beneficio del interés del hijo, b) La intervención judicial debe tender a garantizar aquello, c) En cualquier caso que se presente de discusión acerca de la potestad de los padres con respecto a sus descendientes, debe actuarse con respeto a su personalidad, garantizándose su desarrollo y, d) En general, su ejercicio es conjunto, es decir, corresponde a ambos progenitores.

En este sentido, y cuando existe actuación separada, para atender las necesidades ordinarias o en su caso urgente de los hijos, la patria potestad puede ser ejercitada por uno de los padres con el asentimiento expreso o tácito del otro, excepto aquellos escenarios en que se requiere permiso judicial o cuando se dé el desistimiento entre los progenitores.

Cabe indicar que en caso de surgir algún desacuerdo será el juez de familia el que decidirá lo más acorde en beneficio del menor. Y, si estos son frecuentes u ocurriera algún

---

<sup>7</sup> Esto fue establecido por Varsi (2013).

suceso que entorpezca de manera grave el ejercicio de la patria potestad, el magistrado podrá conferirla total o parcialmente a alguno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Sobre estas posibilidades, Plácido (2002, pág. 321) establece los siguientes alcances:

- a) Atenderá a ambos padres, no siendo una limitación para emitir una decisión la inasistencia o ausencia de quien no solicitó la intervención judicial
- b) En cuanto a la audiencia, es un punto controvertido si resulta o no adecuada la participación del hijo; sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga escuchar a los menores y tomar en cuenta sus opiniones, al afectarles directamente.
- c) La decisión judicial deberá ser adoptada directamente, no obstante, los padres pueden llegar a un acuerdo. Criterio que parece más eficaz y respeta el principio de equiparación plena entre los cónyuges.

Ahora, ante la inobservancia de los deberes propios de la patria potestad resulta contradictorio de que los progenitores la continúen ejerciendo, ya que, con ello, se afecta el interés superior del niño, también es posible que ocurra algún hecho que tenga como consecuencia el impedimento de ejercerla sin que afecte dicho interés. A raíz de esto se procede legalmente a la restricción de esta.

El Código Civil peruano regula las limitaciones a la patria potestad, tales como, la pérdida (artículo 462) y la privación (artículo 463), ello conforme a la trascendencia de los incumplimientos, es decir, muy graves, graves o leves, respectivamente. También tenemos el caso del artículo 466 que hace referencia a las causales de suspensión.

La patria potestad se extingue con el fallecimiento de ambos padres o del hijo, por llegar este último a la mayoría de edad o finalizar su incapacidad relativa, y por la adopción, respecto de los progenitores primigenios.

## Capítulo 2

### La tenencia compartida

#### 2.1 Definición de tenencia compartida y su deslinde con otras instituciones del derecho de familia como la patria potestad, régimen de visitas y guarda

Calderón (2011) sostiene que es una forma de tenencia de los hijos ante la separación de los padres, en la que ambos continúan conviviendo con sus hijos o hijas, ejercitando en igualdad los roles parentales surgidos de la consanguinidad, es decir, comparten sin distinciones sus deberes y obligaciones paterno filiales. En este caso, surge una convivencia con uno de los padres, trasladándose luego el hijo al domicilio de su otro progenitor, conservándose incólumes sus relaciones familiares con ambos.

Es una elección superadora que facilita al padre continuar con la crianza de los hijos pese al divorcio, y que la madre no asuma sola todas las responsabilidades de lo que ello implica, en donde los hijos no pierden a ninguno de sus progenitores en su rol de criador activo (Beltrán P., 2009).

Zuta Vidal (2021) considera que el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes busca que los padres asuman derechos y deberes respecto a sus hijos e hijas en equidad de condiciones, lo cual implica no sólo vivir con ellos en equivalencia de tiempo, sino el adoptar decisiones como por ejemplo el colegio donde estudiará, los gastos que asumirá cada uno, las actividades extra escolares que realizará, las normas de conducta, etc., todo ello de manera compartida y teniendo en cuenta la opinión, edad y madurez del niño. Se trata de una coparentalidad y ello va asociado con el derecho de igualdad entre los progenitores.

La tenencia compartida debe deslindarse de otras instituciones del Derecho de Familia, como la patria potestad, el régimen de visitas y la guarda. Al respecto, la primera constituye los derechos y deberes que los padres ostentan en relación a sus hijos y viceversa, en donde la tenencia compartida sería una particularidad de la patria potestad, por lo que, se requiere tener al hijo bajo custodia para ejercer la relación paterno-filial.

Otra de las instituciones relevantes es la guarda, de la cual se derivan el cuidado, corrección, educación, alimentación, asistencia y prestación de servicios, y que supone vivir en familia, contribuyendo al desarrollo de los hijos (Canales Torres, 2014) o como señala Carranza (2003) implica la función de convivir con una persona que por falta de madurez o de salud mental no puede ejercer a plenitud sus derechos, ello con el objetivo de procurar su desarrollo y protección integral, existiendo cinco tipos de guarda: i) patria potestad, ii) tutela, iii) curatela iv) acogimiento familiar y, v) adopción. Por consiguiente, siendo la guarda el contenido de

orden personal de la patria potestad, la tenencia compartida sería parte de aquella, ya que deriva de ella.

Otra institución es el régimen de visitas, que corresponde al progenitor que no convive con su hijo y podrá ser ordenada de oficio si se prueba el cumplimiento de la obligación alimentaria, en atención al interés superior del niño, si así lo justifica (Varsi, 2012). Asimismo, es un derecho que permite desarrollo afectivo, emocional y físico, así como, la consolidación filial (Aramona, 2002), que es irrenunciable y no solo corresponde a los padres, sino que, según el Código de los niños y adolescentes, se extiende también a los parientes más cercanos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (abuelos, tíos, medios hermanos) y podrá ser determinada por el juez.

Al igual que la tenencia el régimen de visitas deriva de la guarda, sin embargo, ambas difieren en cuanto a su naturaleza pues mientras la tenencia es un derecho-deber de tener en custodia a un hijo, por el contrario, las visitas se conceden a aquel padre que no la posee con el objetivo de que el hijo tenga un desarrollo pleno.

## **2.2 La tenencia compartida en el derecho comparado y criterios jurisprudenciales aplicados**

En este apartado se hará referencia al tratamiento que las legislaciones de España, Francia e Italia han otorgado a la tenencia compartida, así como, de los países de Colombia, Argentina y Chile. Además, se desarrollarán los criterios jurisprudenciales que los países señalados han previsto en relación a la figura jurídica materia de estudio.

### **2.2.1 La tenencia compartida en España**

Conforme al Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil española en materia de separación y divorcio (en adelante, Reforma 2005), el modelo seguido por la legislación civil en lo concerniente a las relaciones paterno filiales únicamente contemplaba el ejercicio conjunto de las funciones de guarda y custodia en los supuestos en que se conservaba la relación de convivencia entre ambos progenitores, dando lugar, en otro caso, a la atribución exclusiva en favor de uno o de otro, salvo muy escasas excepciones.

Con la Ley 15/2005 del 8 de julio, se modifica la Ley de Enjuiciamiento y el Código Civil en materia de separación y divorcio, reconociendo legalmente la llamada guarda y custodia compartida en el artículo 92 y, específicamente, en sus apartados 5, 7 y 8. Así el numeral 5, señala que la guarda y custodia compartida de los hijos se ejercerá cuando los progenitores lo requieran en la propuesta de convenio regulador o cuando lo acuerden durante el procedimiento; además, el Juez dispondrá de las cautelas necesarias para el respeto del régimen de guarda establecido, debiendo optar por no alejar a los hermanos. En el apartado 7

se indica que no corresponde la guarda conjunta cuando alguno de los padres se encuentre inmerso en un proceso penal cuyo bien jurídico tutelado sea la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos; y, cuando el Juez evidencie indicios fundados de violencia doméstica. Por último, el inciso 8 establece que el Juez extraordinariamente a solicitud de una de las partes, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, puede acordar la guarda y custodia compartida, debiendo su decisión estar fundamentada en que solo de esta manera se ampara el interés superior del menor.

Conforme lo indicado, se puede advertir que el artículo 92 incluye dos términos: guarda conjunta (apartado 7), así como, guarda y custodia compartida (apartado 5 y 8). Ambas han sido materia de crítica por la doctrina, por no responder a la dinámica en que consistirían, pues esta guarda no es conjunta y tampoco se comparte, sino que se alterna entre los progenitores en el lugar de estancia y/o en el tiempo. Por eso lo más adecuado sería referirnos a ella como custodia alterna, alternada, alternativa o sucesiva (Pinto, 2015).

El concepto de custodia compartida no obra en el Código Civil español. Su fundamento teórico recae en que la separación o el divorcio ponen un fin a la convivencia entre los progenitores, pero no a los lazos familiares, lo que trae como consecuencia que los derechos y las obligaciones de cada uno de los progenitores respecto a sus hijos comunes, después de la crisis convivencial, deben seguir iguales a los que se tenían con anterioridad. Este fundamento se corresponde con los conceptos de patria potestad y responsabilidad parental de los progenitores, la plena igualdad jurídica de las personas, de los cónyuges y de los hijos ante la ley (Tome, 2004).

También se puede señalar que esta tenencia implica la alternancia de los padres en la posición de visitador y guardador (propios de la guarda exclusiva) que, en abstracto, los coloca en pie de equivalencia y que garantiza el derecho del menor a ser criado por sus dos progenitores a pesar del quiebre de la pareja (Guilarte, 2007).

Esta custodia compartida no debe ser entendida como reparto de los periodos de convivencia de modo equitativo o equivalente, necesariamente iguales, pues debe de buscarse la forma que más favorezca en la vida del hijo y la implicación de ambos progenitores, de modo que la custodia compartida no sea necesariamente un reparto salomónico, sino una distribución lo más equilibrada posible dentro de las circunstancias de cada familia (Aguilar Cuenca, 2008).

Hay que tener en cuenta que a esta tenencia compartida, la corresponsabilidad parental le es un principio aplicable junto a otros como la coparentalidad y la igualdad entre hombre y mujer (Lathrop, 2009), que supone un reparto de los derechos y deberes derivados del ejercicio

de la patria potestad sobre los hijos y destierra el tópico del progenitor custodio y responsable de su crianza, cuidado, atención y educación, y el del progenitor visitador (Pinto, 2015).

**2.2.1.1 Criterios establecidos en España.** En la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones de Barcelona se destaca que cuando se habla de custodia compartida, se refiere especialmente a un sistema de reparto de tiempos y lugares de estancia de los hijos con cada uno de sus progenitores, resolviendo con cuál de sus padres y donde vivirá el menor en cada momento. Se estaría frente a una forma de ejercicio de la responsabilidad parental, después de la crisis de la pareja, en la que ambos padres están aptos para formar una relación viable entre ellos, fundada en el respeto y asistencia, con el objetivo de alcanzar por los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación entre ambos, y de distribuir de manera justa y proporcional la atención de sus requerimientos materiales, con la previsión de un sistema rápido para la resolución de discrepancias que puedan aparecer en el futuro<sup>8</sup>.

La custodia compartida se configura en el Código Civil español, como aquel sistema que requiere ser solicitado por una de las partes para dar inicio a un proceso contencioso, aspecto que ha sido ratificado por el Tribunal Supremo Español, el cual estableció que es un requisito fundamental para acordar este régimen dicha petición. En ese sentido, solo podrá fijarse este sistema de guarda si es que ambos padres o uno de ellos la piden y el juez advierte que, a la vista de los informes requeridos en el párrafo octavo de dicho precepto legal, resulta ser lo más beneficioso para el interés del niño<sup>9</sup>.

En la Sentencia 1ª de 7 de julio de 2011, el Tribunal Supremo Español sostuvo en relación al artículo 92 del Código Civil que: “(...) la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”. Ya desde 2011, la custodia compartida se volvió habitual en caso de separación o divorcio, por encima de la monoparental, pero respetando el favorecimiento de proteger el interés superior del menor con su adopción, que se encuentra siempre en el centro del proceso de guarda y custodia.

Mediante la sentencia del 29 de abril de 2013, finalmente, este mismo tribunal sistematizó su posición sobre la configuración legal de la custodia compartida en el Código Civil vigente, reiterando que la redacción del art. 92 de dicho cuerpo legal no permite colegir que se trate de una medida excepcional sino por el contrario lo usual, porque permite que sea

---

<sup>8</sup> Ver la Resolución 12va del 9 de marzo de 2007

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español, 1ra del 19 de abril de 2012

real el derecho que los hijos tienen de relacionarse con ambos progenitores, aún en escenarios de crisis, y siempre que ello sea factible. Asimismo, declara como doctrina jurisprudencial, que la interpretación de los arts. 92.5,6 y 7 del Código Civil debe estar fundamentada en el interés de los menores, al ser los principales afectados con la medida a tomar, y que se acordará teniendo en cuenta aspectos tales como los vinculados a la práctica previa de los progenitores en sus relaciones con sus hijos; las aptitudes personales que estos poseen; el número de hijos de cada uno; el desempeño de sus deberes en relación con los hijos; los deseos manifestados por los menores; el respeto mutuo en sus relaciones personales; los resultados de los informes requeridos, y, cualquier otro que permita demostrar una vida adecuada de los menores.

### **2.2.2 La tenencia compartida en Francia**

En Francia su Código Civil define ampliamente a la responsabilidad parental y se configura de la misma forma que en el derecho español, tiene las mismas notas características, por lo que, es un compuesto indisoluble de deberes y derechos que se ejercen siempre en beneficio del hijo, estableciendo en su artículo 371.1 párrafo segundo que la titularidad de la *autorité parentale* corresponde a la madre y al padre hasta que él menor alcance la mayoría de edad (Aramburu et al., 2007).

El precepto general, en los supuestos de cese de la convivencia o divorcio es el ejercicio común de la *autorité parentale*, pues la reforma instaurada a través de la Ley 2002-305 de 4 de marzo de 2002 intentó mantener el principio de corresponsabilidad, imponiendo el ejercicio conjunto. No obstante, el Código civil francés en el primer párrafo del artículo 373.2, establece que el Tribunal puede confiar el ejercicio de la *autorité parentale* al padre o a la madre en exclusiva, si el interés del o de la menor así lo requiriera.

Cabe señalar, que el Código Civil francés no incluye el término de guarda y custodia, sin embargo, establece un sistema de residencia de los menores con sus padres, una vez que éstos han terminado su vida en común, el sistema de *résidence alternée* - residencia alterna. Este es muy general e impone dos condicionamientos: la Protección de los intereses de los hijos menores y la Garantía del sostenimiento de los vínculos de estos con cada uno de sus progenitores (Aramburu et al., 2007).

En el régimen de la *résidence alternée*, una vez suscitada la ruptura, los progenitores tienen plena autonomía para establecer de común acuerdo y en la forma en que libremente determinen sus efectos y la residencia del menor, este convenio será sometido a la aprobación judicial.

**2.2.2.1 Criterios jurisprudenciales de la tenencia compartida en Francia.** Como ya se indicaba en el primer párrafo del artículo 373.2 del Código civil francés la ruptura de la

convivencia o matrimonio no produce efectos en la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental, sin embargo, el Tribunal puede atribuir en exclusiva al padre o a la madre el ejercicio de la *autorité parentale*, si el interés de los menores así lo exigiera.

Cabe indicar que en el régimen de la *résidence alternée* los progenitores tienen plena autonomía para acordar sus efectos, estableciendo el domicilio del menor en la forma en que libremente acuerden, sin embargo, este convenio será sometido a la aprobación judicial y puede denegarse en caso de no preservar adecuadamente el interés del menor o cuando el Tribunal constate que el consentimiento no se ha otorgado libremente. Por otro lado, en caso de no haber acuerdo entre los progenitores el artículo 373.2.9 del Código Civil concede facultades al Tribunal de Familia para determinar un sistema de *résidence alternée*, si lo considera conveniente para el interés del menor, durante un plazo de tiempo determinado y con carácter provisional.

En Francia, el Tribunal tiene facultades para el establecer la *résidence alternée* aun cuando los progenitores se pronuncien en contra, y puede ser determinado a modo de prueba a fin de verificar si es el adecuado para proteger los intereses del menor. Una vez finalizado el plazo propuesto, el Juez decidirá, de manera definitiva, qué sistema determina, si el de residencia alterna en el domicilio de cada uno de sus progenitores o en el de uno de ellos.

En los supuestos contenciosos el artículo 373.2.11 del Código Civil prevé que el Tribunal tenga en cuenta determinadas circunstancias, tales como: el desempeño que con anterioridad han venido desarrollando los progenitores, la capacidad para respetar los derechos del otro/a y asumir sus deberes, los acuerdos que se hubiesen suscrito, los sentimientos expresados por el menor y el resultado de las pericias, informes sociales o contra-informes realizados, atendiendo la edad del menor.

### **2.2.3 La tenencia compartida en Italia**

En el Derecho italiano se hacía referencia al concepto de autoridad parental (*potestà genitoriale*), pero este término fue sustituido por el concepto de responsabilidad parental (*responsabilità genitoriale*), conforme la Ley N° 219/2012, que reforma la filiación, y el Decreto legislativo N° 154/2013, que rige desde el 7 de febrero de 2014. La responsabilidad parental se define como el deber no solo de mantener a los hijos sino también de criarlos, educarlos y ofrecerles apoyo moral. La ley impone la responsabilidad parental cuando los progenitores están casados entre sí y en el caso que no lo estén, cuando se da el reconocimiento. En ese sentido, si el reconocimiento lo hicieron ambos, entonces los dos la poseen y ejercen sobre el menor, del mismo modo que si estuvieran casados. Puede darse la situación en que los progenitores no están casados entre sí y no reconocen al menor al mismo tiempo, en dicho caso

el segundo reconocimiento no prosperará sin el consentimiento del progenitor que ya lo ha reconocido (Red Judicial Europea, 2022).

La responsabilidad parental debe ser ejercida por los progenitores de mutuo acuerdo, teniendo en consideración las capacidades, inclinaciones naturales y aspiraciones del menor, es decir, los padres son quienes deben establecer la residencia habitual de sus hijos.

En el caso italiano, desde el 26 de enero de 2006, con la modificación del Código Civil, en caso de separación de los padres se prioriza la custodia compartida, conforme a lo señalado en el artículo 155 de dicho texto normativo, por lo que, la modalidad de la tenencia compartida no se ve determinada por el acuerdo de los progenitores, sino que rige de manera general en situaciones de separación o divorcio de los padres. En ese sentido, las decisiones de mayor interés que hacen referencia a la crianza, educación y salud de los hijos, así como, la elección de su residencia habitual se toma de mutuo acuerdo entre los progenitores y atendiendo en el interés superior del menor; pudiéndose atender por separado las responsabilidades parentales referentes a cuestiones administrativas y rutinarias (artículo 337 del Código Civil).

Esta custodia compartida no implica que el menor divida equitativamente su tiempo entre cada uno de los progenitores, sin embargo, existe dicha posibilidad si los padres viven cerca y tienen estilos de vida similares, a menos que exista un efecto perjudicial en la vida social o escolar de los hijos.

Asimismo, el artículo antes citado establece que el juez puede conceder la custodia exclusiva a un progenitor, si la compartida no satisface el interés superior del menor, mediante una decisión motivada.

**2.2.3.1 Criterios jurisprudenciales de la tenencia compartida en Italia.** En el caso de separación de los padres, es el juez quien tomará las medidas referentes a los niños, atendiendo sus intereses morales y materiales, evaluando la posibilidad de que los menores permanezcan asignados a ambos progenitores o sólo a uno de ellos. Además, determinará la cantidad de tiempo, la forma y como estos deben contribuir al sostenimiento, protección y educación de los niños.

La patria potestad es ejercida por ambos padres, quienes deciden los aspectos más importantes de sus hijos, tales como la educación y salud; siendo, el juez quien decide frente a un desacuerdo. En el caso del mantenimiento de los hijos, salvo diferente acuerdo entre las partes, cada padre se encarga de ello, en proporción a los propios ingresos; si es necesario, el juez ordenará el pago de un cheque periódico.

#### **2.2.4 La tenencia compartida en Colombia**

A través de la Ley N° 1098 de 2006, se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, estableciendo en su artículo 14 la responsabilidad parental, la misma que es definida como aquella que complementa la patria potestad regulada en la legislación civil y que incluye la responsabilidad compartida y la solidaridad de ambos padres del cuidado, acompañamiento, orientación y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes, durante su proceso de desarrollo, para que así sus hijos puedan alcanzar el ejercicio pleno de sus derechos, descartándose todo tipo de violencia física y psicológica.

Asimismo, el artículo 23 de la dicha norma se refiere a la custodia y cuidado personal estableciendo que los padres en forma permanente y solidaria son los que deben asumir de manera directa y oportunamente la custodia de los niños, las niñas y los adolescentes para su desarrollo integral, extendiéndose dicha obligación a quienes convivan con ellos dentro del ámbito familiar, social o institucional, así como, sus representantes legales.

Por otro lado, el Título XII del Código Civil de 2019, se pronuncia sobre los Derechos y Obligaciones de los padres en relación a sus hijos legítimos, como el establecimiento de los gastos de educación y crianza.

Conforme a lo indicado, se advierte que no hay una norma específica sobre tenencia compartida en Colombia, motivo por el cual el progenitor que no ejercite la custodia de su hijo, puede pedir a la autoridad competente la reglamentación de las visitas; y, si bien generalmente en los casos de divorcio se otorga la custodia de los hijos a la madre, donde el padre es el sustento económico de los menores de edad, sin embargo, existen situaciones en las que ambos padres desean compartir la custodia de sus hijos, lo cual desde la perspectiva psicológica es lo ideal, puesto que los niños, niñas o adolescentes tienen un mejor desarrollo emocional, social y académico.

Este tipo de tenencia fija tiempos y responsabilidades por partes iguales entre ambos padres, para que puedan cuidar de forma permanente, solidaria y oportuna al menor de edad, extendiéndose a favor de quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional y a sus representantes legales.

**2.2.4.1 Criterios jurisprudenciales en Colombia.** La fuente de la custodia compartida se encuentra en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, referido al divorcio, el mismo que habilita al Juez paralelamente con la admisión de la demanda o antes, si hubiere urgencia, a decretar medidas como poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos. En este país, se ha hablado de custodia compartida en los últimos años, argumentando que se puede afianzar la solidaridad familiar e impactar de manera positiva en el

desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, especialmente en temas de su personalidad y las relaciones con sus padres.

Así, la Corte Constitucional, en sentencia 12085-2018, señaló que no es impedimento para que se admita el régimen de custodia compartida, la falta de una regulación expresa sobre dicha materia, ya que “es connatural a la progenitura responsable que los padres concurren a una satisfacción de las necesidades del menor, incluso afectivas, con el fin de dar prevalencia a sus derechos, los que, por demás, debe prevalecer sobre las motivaciones que estos abriguen para querer evitarlo, las cuales deben permanecer en el fuero de los ascendientes sin transmitirse al infante, resaltando que ante situaciones de separación o divorcio, el vínculo filial se sobrepone al conyugal” (Gutierrez, 2020).

### **2.2.5 La tenencia compartida en Argentina**

Esta se introdujo con la reforma de la Ley 23.264 del 25 de septiembre de 1985, a favor de los hijos matrimoniales, cuyos sus padres no estén separados o divorciados, siendo la coparentalidad un derecho común a aquellos. Posteriormente en el 2005 se dicta la ley 26.061 se consagró legislativamente la responsabilidad parental conjunta sin discriminar entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

El artículo 649 del Código Civil y comercial argentino establece que el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos, cuando los progenitores no convivan. La preferencia legal es a favor del cuidado compartido, llamada custodia compartida en el Código Civil anterior, según se desprende del artículo 65310 de la norma indicada.

Conforme lo prevé el artículo 650 “el cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto”. En el primero, “el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y las posibilidades de la familia, mientras que, en el segundo, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero respecto de las decisiones y las labores atinentes al cuidado del hijo, se distribuyen de modo equitativo”.

En virtud del artículo 655 del Código Civil y Comercial, los progenitores pueden presentar al juez un “plan de parentalidad”, es decir un acuerdo al que hayan llegado y en el cual se prevé también la participación de los hijos afectados, respecto al lugar y tiempo que el menor pasará con cada uno de ellos (tanto en las fechas ordinarias como en los días festivos),

---

<sup>10</sup> Artículo 653: En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar:

- a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;
  - b) la edad del hijo;
  - c) la opinión del hijo;
  - d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.
- El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.

las responsabilidades, el régimen de visitas y comunicación que se establecerá entre el niño o adolescente y su ascendiente con el cual no conviva.

Si los progenitores no han llegado a ese acuerdo o no se ha homologado el plan, será el juez quien fijará el régimen aplicable, y otorgará, como primera elección, el cuidado compartido con la modalidad indistinta, a menos que no sea factible o resulte nociva para el hijo.

**2.2.5.1 Criterios jurisprudenciales en Argentina.** En este país resulta relevante el cuidado personal compartido, el cual no significa un reparto igualitario del tiempo en que debe estar el hijo con sus padres, aunque sí se ha considerado como criterio que debería ser equitativo, esto la judicatura ha resuelto en relación al tiempo que puedan compartir los niños con sus padres, a fin de que estos puedan cumplir con su cuidado cotidiano y la responsabilidad de asistirlos en sus actividades; más aún si cuentan con el acuerdo del menor involucrado, que debe ser tenido en cuenta<sup>11</sup>. Criterio que fue mantenido en circunstancias excepcionales como el aislamiento social obligatorio decretado, durante la pandemia del COVID-19, pues se hizo hincapié<sup>12</sup> en la distribución equitativa del tiempo en el régimen de alternancia.

Un criterio rector, es el interés superior del niño, al que el Juez debe atender en ocasión de adoptar una decisión en la cual se involucre a menores. Además, es necesario señalar que el Código Civil y Comercial concede a los progenitores un amplio margen de decisión, puesto que presume que son ellos quienes están en una mejor posición para definir el régimen de cuidado personal que resulta más beneficioso para sus hijos porque conocen la realidad familiar, y salvo excepciones, quienes más interesados están en velar por su bienestar.

Otro de los criterios para determinar el régimen de cuidado personal compartido se aprecia cuando no existe acuerdo entre los padres respecto del cómo compartirán la crianza de sus hijos y, ante esta imposibilidad eligen litigar; es decir, una de las partes demanda el cuidado personal de sus hijos y el otro solicita que este sea compartido. Al respecto, el artículo 651, establece que a pedido de uno de los padres o de oficio, el juez otorgará, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, salvo que resulte perjudicial o no sea posible. Se advierte que la regla es el cuidado compartido y la excepción que sea unilateral.

---

<sup>11</sup> Esto se puede ver en C. 2ª Civ. y Com. de La Plata, sala I, 06/08/2019, en autos “T. L. N. c. G. M. V. s/ cuidado personal de hijos.

<sup>12</sup> Se estableció en el contexto indicado que hasta que el niño retome la actividad escolar, debe permanecer alternadamente una semana con cada progenitor: Juzg. Nac. Civ. No. 102, 23/04/2020, en autos “C., E. M. B. c/ G., J. N. s/ denuncia por violencia familiar”, cita online: AR/JUR/13960/2020

La participación del hijo en la decisión sobre su cuidado es otro criterio utilizado, con las diversas formas que aquella pueda adoptar según la edad del niño. En virtud de ello, se asegura el respeto a su persona y su condición protagónica.

Además, en el caso de existir hermanos se debe tener en cuenta que la separación de los mismos debe tener el carácter excepcional, pues lo ideal es que permanezcan juntos tras la ruptura conyugal, lo contrario produciría la separación de uno de los niños del grupo familiar en el cual se encuentran sus hermanos<sup>13</sup>.

Cabe indicar que la jurisprudencia mayoritaria estableció que los hermanos, más aún si son menores de edad, deben vivir y crecer juntos al amparo de un factor tan importante como es la identidad familiar, expresión en definitiva de un derecho personalísimo que les asiste<sup>14</sup>. Además, el hecho de la convivencia de los hermanos favorece a su mejor formación y coadyuva a la consolidación de los lazos familiares y a la unidad educativa<sup>15</sup>.

### **2.2.6 La tenencia compartida en Chile**

Rige desde el 21 de junio de 2013 la Ley 20680, que introduce modificaciones al Código Civil chileno con el objeto de preservar la integridad del menor ante la separación de sus padres. Previa a la entrada en vigencia de dicha ley, el cuidado personal de los hijos concernía a la madre en caso de separación de los padres. Actualmente, los padres separados pueden determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda a cualquiera de ellos o en forma compartida. Para tal fin, dicho acuerdo deberá ser otorgado por escritura pública ante notario o acta extendida ante cualquier oficina del Registro Civil y ser sub inscrito dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Asimismo, se establecerá la periodicidad y modo con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con sus hijos, pudiendo revocarse o modificarse cumpliendo con las mismas formalidades para su constitución.

En caso de no existir acuerdo el cuidado personal de los hijos corresponde al padre o madre con quién estén viviendo, conforme se puede apreciar del contenido del artículo 224, sin embargo, teniendo en consideración el principio de corresponsabilidad, concierne a ambos padres, vivan juntos o separados, la educación y crianza de sus hijos en forma activa, equitativa y permanente.

<sup>13</sup> Ver CNCiv., sala C, 07/08/2017, “D. J. L. c. G. G. E. s/ tenencia de hijos”, *La Ley*, 2017-F, p. 106; *Revista DFyP*, junio 2018, p. 51; y cita online: AR/JUR/70846/2017.

<sup>14</sup> Ver C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 28/12/2004, JUBA sumario B1751126.

<sup>15</sup> Ver C1ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 17/8/1994, JUBA sumario B1401163.

Según el artículo 225 de la norma indicada, el cuidado compartido, es un régimen que permite la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

Además, el precitado artículo establece que cuando el interés superior del hijo lo haga conveniente el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro padre, no pudiendo los progenitores convenir que el cuidado personal de sus hijos sea ejercido por un tercero. Solo en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el Juez de familia tiene la facultad de otorgarla a una u otras personas, prefiriendo a los consanguíneos más próximos y a los ascendientes como los abuelos.

**2.2.6.1 Criterios jurisprudenciales en Chile.** En este país si los progenitores están separados pueden establecer de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos sea a favor de cualquiera de ellos o de ambos en forma compartida. En ese sentido, la tenencia compartida se puede determinar por una conciliación extra judicial (mutuo acuerdo), así como, previa solicitud al Juez de Familia. Además, si bien ello no es cosa juzgada, sin embargo, no se puede volver a pedir hasta después de 6 meses.

En el caso de que ambos padres están fallecidos o inhabilitados, el tribunal otorgará el cuidado personal a los abuelos o un familiar cercano. Cabe indicar, que a través de la autoridad parental existe un ámbito conjunto de actuación de los padres, que opera sobre todo en caso de separación. En Chile no ha sido establecida como modalidad prioritaria o preferente, ni se instituye como una consecuencia legal de la vida separada de los padres.

La judicatura debe considerar que los padres deben asumir de manera plena, vivan juntos o separados, la responsabilidad en la educación, crianza y establecimiento de los hijos, estableciéndose en todos los regímenes de cuidado personal que el principio de corresponsabilidad es un imperativo legal.

La custodia compartida debe ser considerada en la medida que uno de los padres lo solicite, no siendo relevante la oposición del otro. La lógica del Derecho de infancia es que los jueces no deben hacer sólo lo que las leyes les ordenan de forma concreta, sino todo aquello que vaya en beneficio del interés superior del niño, niña o adolescente.

La custodia exclusiva o compartida debe determinarse en concreto, conforme al interés superior y no cabría establecer una regla exclusiva al respecto. Es necesario que el juez solicite la prueba concreta con relación a este régimen que atienda al mejor desarrollo del niño, niña o adolescente.

## Capítulo 3

### La tenencia compartida en el Perú

#### 3.1 La regulación de la tenencia compartida en el Código de los niños y adolescentes antes del dictado de la Ley N° 31590

Dentro de la evolución histórica de la tenencia compartida, tanto la doctrina como la legislación se han orientado en lograr fórmulas que permitan a los niños, niñas y adolescentes realizar una vida familiar en la que gocen plenamente de todos sus derechos como hijos, especialmente en lo que implique disfrutar de la presencia, afecto y comunicación con sus dos progenitores en su vida cotidiana (Espinoza Muñoz, 2019).

En la legislación nacional, la tenencia compartida aparece específicamente en el Nuevo Código de los niños y adolescentes del 8 de agosto de 2000, por la Ley 27337<sup>16</sup>, el cual en su literal e) del artículo 74, la regula como el deber-derecho de los progenitores de tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo si fuese necesario a la autoridad para recuperarlos. Siendo esta una de las relaciones jurídicas en el ejercicio de la patria potestad. Así también, está regulada en el inc. 5 del artículo 423 del Código Civil.

La tenencia consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo, que se puede otorgar a uno de los cónyuges, ambos de forma compartida o a un tercero si fuese necesario. Es una facultad que tienen los padres separados de hecho de acordar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo y que en caso dicho acuerdo no prospere, será determinado por el juez tomando en cuenta el parecer del hijo y lo que resulte más beneficioso para este (Canales Torres, 2014)<sup>17</sup>.

Esta relación jurídica implica un derecho-deber de tener en custodia a un hijo, siendo un derecho subjetivo del progenitor de cuidar al hijo, y de este a vivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca, siendo una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral y no exclusiva del progenitor (Varsi, 2012).

Con el Pleno Jurisdiccional de 1997 se estableció que la patria potestad se distingue de la tenencia en que la primera es un derecho exclusivo, irrenunciable e indisponible de los padres por imperio de la ley, mientras que la segunda es un atributo de ella que se refiere al cuidado

---

<sup>16</sup> Artículo 81 de la Ley 27337: 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, 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.

<sup>17</sup> El Pleno Jurisdiccional de Familia del año 1997, estableció que deberá tenerse en cuenta también la opinión del menor, condicionada bajo ciertos aspectos como el grado de madurez, el grado de instrucción, el entorno psicológico, el carácter programado de la declaración del menor (libertad del menor al hablar).

inmediato del hijo, por lo que, no deben confundirse. En tal sentido, la patria potestad es el derecho y deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores de edad, la cual no puede ser materia de acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio en un acto de disposición de los padres; diferente de la tenencia, que al no tener carácter de definitivo puede ser materia de pacto, encontrándose subordinada a lo que resulte más beneficioso para el niño o adolescente<sup>18</sup>.

El artículo 83° del Código de los niños y adolescentes reconoce al progenitor que le sea arrebatado su hijo, o desee que se le reconozca la custodia, el derecho de demandar la tenencia de los hijos menores de edad, para lo cual debe acompañar el documento que lo identifica, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes que avalen su pedido; ello, mediante el proceso único establecido en el citado código y tener en cuenta lo señalado en el Tercer Pleno Casatorio Civil, celebrado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación N° 4664-2010-Puno.

En dicho pleno se reconoció que la naturaleza del proceso de familia es tuitiva, y que a diferencia del proceso civil, tiene como finalidad solucionar con urgencia los conflictos que surjan dentro de las relaciones familiares y personales, otorgándole la protección necesaria a la parte perjudicada, ya sea, que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., y que imponen al juez una conducta conciliadora y que supere las formalidades, reservando la confrontación como última ratio. Conforme a lo establecido en el artículo X del Código de los Niños y Adolescentes, el Estado además de garantizar un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes, deberá tratar los casos donde estén inmersos aquellos como problemas humanos.

Aunado a ello, mediante Pleno Jurisdiccional distrital de Familia de 17 de noviembre de 2017 se estableció que tienen legitimidad e interés para obrar extraordinariamente los abuelos, esto es, demandar la tenencia y custodia de sus nietos, debiendo ser admitida la demanda en aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño, el artículo VI del Título preliminar del Código Civil y el principio del interés superior del niño. En ese sentido, los sujetos activos para solicitar la tenencia son los padres o abuelos y los sujetos pasivos son los hijos.

En caso de no existir convenio sobre la tenencia, conforme a lo establecido en el artículo 84, el juez resolverá teniendo en cuenta que: 1) Con quien el hijo cohabitó mayor tiempo, siempre que le sea beneficioso; 2) Se quedará con la madre si la edad del hijo es inferior a los

---

<sup>18</sup> Ver sentencia emitida en el Expediente N° 826-97-Lima del 16 de agosto de 1997

tres años; 3) Se otorgará un régimen de visitas a favor del padre que no obtenga la tenencia. Asimismo, en cualquiera de los escenarios, el juez prevalecerá el otorgamiento de la tenencia a favor del progenitor que mejor facilite el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro (Canales Torres, 2014).

La tenencia obtenida judicialmente no es definitiva y puede ser variada. Si éste es el caso, dicha pretensión deberá tramitarse como una nueva acción, la misma que deberá interponerse cuando hayan transcurrido como mínimo seis meses de la resolución original que resolvió la tenencia, salvo que esté en riesgo la integridad del menor (artículo 86° del Código de los niños y adolescentes). En ese mismo razonamiento, dicha variación deberá ser progresiva como norma general y la inmediata como excepción, pues resulta evidente que la separación de hecho de los padres y el proceso judicial de tenencia, suele afectar el estado emocional de los hijos (Chunga L, 1999).

Se debe entender que, el ejercicio de la tenencia no es un derecho subjetivo de los padres sobre sus hijos, sino un conglomerado de derechos y deberes, por lo que, no solo debe valorarse lo regulado por la ley sino también las aptitudes o habilidades que ostentan los progenitores.

La tenencia puede ser conjunta, compartida y exclusiva (Canales Torres, 2014). En ese sentido, la conjunta es aquella que se da cuando ambos progenitores, con o sin matrimonio o unión estable, ejercen conjuntamente la tenencia de los hijos, porque existe una convivencia entre dichos progenitores y sus hijos. La exclusiva o separada es aquella en la que solo uno de ellos ejerce la tenencia de sus hijos con o sin matrimonio. La razón principal de tal supuesto es la separación de hecho de los padres. En ese sentido, ambos pueden tener la titularidad de la patria potestad, sin embargo, de manera exclusiva el ejercicio de sus elementos. La figura que importa a la presente investigación es la que tiene lugar en aquellos supuestos en que, no existiendo dicha convivencia entre los progenitores, estos deciden compartir el tiempo con sus hijos.

Como figura especial la tenencia compartida aparece incorporada en el Código de los niños y adolescentes, mediante la Ley N° 29269 de 4 de octubre del 2008, la misma que modifica los artículos 81 y 84, con la finalidad de abordar la crisis familiar que se origina con el divorcio, separación de hecho o relación libre. En el artículo 81, se faculta al Juez para ordenar la tenencia compartida, y en el 84 se precisa que se prioriza el otorgamiento de la tenencia al progenitor que mejor garantice el derecho del niño o adolescente a mantener contacto con el otro.

A pesar de su introducción en la legislación peruana, los tribunales judiciales no se animaron a utilizarla como opción ante casos de divorcio, y continuaron aplicando la mono - parentalidad.

### **3.2 La tenencia compartida tras el dictado de la Ley 31590**

La Ley 31590 publicada el 26 de octubre de 2022, modificó los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, teniendo como objetivo reconocer la tenencia compartida, ello en beneficio del principio del interés superior de los niños y adolescentes. A continuación, se analizará dicha figura a partir del texto de la ley referida.

#### **3.2.1 *Un régimen de tenencia de acuerdo a la situación fáctica***

Las familias en el mundo son una realidad en constante evolución y en el Perú al privilegiarse el principio constitucional de protección de la familia mediante la Constitución de 1993, se reconoce, defiende y protege el pluralismo familiar, lo cual impone una constante retroalimentación y oxigenación de las leyes, de acorde con las nuevas perspectivas del Derecho de Familia, lo cual obliga al Estado, como garante y protector de derechos, a establecer políticas públicas que permitan entender a la familia no solo como grupo familiar sino también en su individualidad, donde estén comprendidos sus conformantes, en relación al respeto que debe haber a su dignidad. Para ello, es preciso realizar acciones positivas, de afirmación y fortalecimiento.

Vega Mere (2010) desde un enfoque humanista, sostuvo que la familia debe ser vista además de un agregado de seres portadores de dignidad individual, como un medio de concreción de los proyectos de vida de las personas que la integran a largo de los años, y de experiencias domésticas que se esconden de las miradas de los demás.

En ese orden de ideas, en el entorno familiar por la estabilidad y permanencia es manifiesto que sus integrantes se relacionen, lo cual genera un estado de familia sustentado en una identidad familiar, por lo que “sentirse y ser tratado como hijo implica el legítimo reconocimiento de una verdad que no puede ocultarse, de una paternidad que se vive y se siente, conocida modernamente como la paternidad socio afectiva que, por más que se condiga con la biológica debe prevalecer al estar amparada en el máximo componente de la vida social del ser humano, el afecto e interrelacionamiento” (Varsi, 2012, p. 593).

Dentro de esas relaciones importantes y vitales, destaca la paterno – filial, por la cual los padres desempeñan roles básicos en la formación, crianza, y educación de los hijos, aunque por diversos motivos algunas veces no los asuman. Teniendo en cuenta que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos al igual que sus progenitores, sin embargo, los primeros en sus vidas deben estar rodeados de las condiciones y estados que materialicen el ejercicio pleno de sus derechos, para hacer posible su desarrollo íntegro desde sus capacidades, condiciones físicas y psicológicas.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, obliga a rediseñar el ámbito de las relaciones paterno filiales, ya que, al concebir al niño como sujeto de derechos es visualizado en su condición de persona, titular de derechos humanos, esbozándose un nuevo paradigma que asigna el reto de “transformar al menor en ciudadano” y en tal contexto, se le reconoce derechos fundamentales, que el ordenamiento jurídico en ningún caso, podrá desconocer (Montejo Rivero, 2012), lo que lleva a evaluar en forma progresiva el ejercicio autónomo de los derechos por parte de los jóvenes, acotándose en la misma medida, la injerencia de los padres en tales actos.

Esto nos lleva a la corresponsabilidad regulada en el artículo 18 de la citada Convención. Así cuando los padres conviven la responsabilidad que surge de la patria potestad puede ser mantenida de manera eficaz mediante los acuerdos tácitos; sin embargo, al separarse, todo esto puede llegar a cambiar, sobre todo, en la forma de ejercer ciertas facultades, derechos o deberes, que en esencia siguen siendo los mismos y se ejercen de manera conjunta.

Ahí es donde la coparentalidad tiene lugar para la distribución equilibrada y razonada de las responsabilidades, así como, en la fijación de la convivencia de los hijos con cada uno de los padres y, que de ser posible llegue a ser acordada por los mismos no viéndose esta situación como una batalla judicial de quién se queda con los niños ante una fallida unión marital. En este sentido, esta coparentalidad sería una facultad de los padres que le daría un plus a la figura de la tenencia compartida, que en el Perú fue incorporada legislativamente en el año 2008 con la finalidad de calmar la crisis familiar que se origina con relación a los hijos tras los divorcios, separaciones de hecho o relaciones libres. Sin embargo, los jueces difícilmente la conceden. Por consiguiente, se hace necesario el cambio a un modelo de responsabilidad parental, que incluya la facultad de coparentalidad de los padres, más aún, cuando se encuentra regulado en los convenios internacionales sobre protección al menor que han sido ratificados por el Perú.

La coparentalidad es necesaria para reforzar la tenencia compartida porque le otorga seguridad a las relaciones paterno-filiales que se originan en la vida separada de los progenitores, incentivando en ellos la realización de acuerdos que impliquen no solo una distribución igualitaria de los derechos y deberes entre ellos con relación a sus hijos sino un grado óptimo de comunicación y contacto con cada padre.

Si bien en la realidad, la separación de los padres constituirá un desafío para conciliar el derecho de los niños a la coparentalidad en condiciones equitativas, eso no es óbice para que el operador de justicia, tenga claros los lineamientos de esta figura jurídica, en atención del interés superior del niño.

### 3.2.2 *La tenencia compartida según la Ley 31590*

Se establece que el padre o la madre que desee demandar judicialmente la tenencia compartida o exclusiva debe acompañar dicho pedido con el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes que sustenten dicha pretensión; asimismo, se puede solicitar dentro del proceso la medida cautelar que se considere, la misma que el magistrado deberá atender en un plazo máximo de 30 días calendario de presentada<sup>19</sup>.

Asimismo, tras la modificación del artículo 81, se dispuso que, ante el pedido de tenencia, como primera alternativa debe otorgarse la tenencia compartida, en el supuesto que los padres estén separados de hecho, y de manera excepcional se dispondrá la tenencia exclusiva a favor de uno de los padres. Por otro lado, se prescribió que cuando los padres estén separados de hecho la tenencia será responsabilidad de ambos padres. El acuerdo de los padres es considerado para determinar la forma, el que incluso puede formalizarse con una conciliación extrajudicial, considerando el parecer del niño, niña y adolescente.

Se ha considerado además la variación de la tenencia compartida o exclusiva por conciliación extrajudicial o sentencia firme, mediante una nueva conciliación o resolución del mismo juzgado, respectivamente. Sin embargo, en caso de que se judicialice la variación se prescribe que el magistrado considere las conductas que hayan realizado el padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, tales como:

- a) Dañar forma continua, permanente o sistemática la imagen que el hijo tiene del otro padre.
- b) Impedir injustificadamente la relación entre los hijos y el otro padre.
- c) No respetar los acuerdos fijados sobre las visitas a los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, para el caso en que uno de los progenitores esté impedido de tener contacto físico con el menor se ha previsto el uso de la tecnología, como una medida provisional, hasta que finalice el proceso de tenencia; ello, con la finalidad de conservar el vínculo parental y siempre que no se afecte el principio de interés superior del niño, previendo que esta medida se efectúe en forma progresiva con la orientación del equipo multidisciplinario, a fin de que no se produzca algún daño o trastorno al niño, niña o adolescente. Sin embargo, el Juez podrá ordenar que el fallo se cumpla de inmediato, cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en riesgo la integridad del niño, niña o adolescente.

Se otorga al Juez una serie de facultades sobre la tenencia compartida y exclusiva<sup>20</sup>. Así en relación a la primera, se dispuso que puede ser modificada en atención a las necesidades del hijo y en caso que se disponga deberá tener en cuenta lo siguiente:

---

<sup>19</sup> Ver artículo 83

<sup>20</sup> Ver artículo 83

- a) El hijo pasará igual período de tiempo con ambos padres;
- b) Los progenitores tienen igualdad de derechos en la toma de decisiones sobre la educación, crianza, formación y protección del hijo;
- c) Al definir la forma se considerará la distancia entre los domicilios de los padres, sin embargo, la misma no restringe la tenencia compartida;
- d) Compartir con la familia extendida materna y paterna es un derecho que le asiste al hijo;
- e) Las vacaciones de los progenitores y del hijo;
- f) Las fechas relevantes en la vida del menor; y
- g) La edad y opinión del hijo.

En caso el juez disponga la tenencia exclusiva a favor de uno de los progenitores, deberá señalar un régimen de visitas para el otro que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente.

### **3.3 Criterios para decidir la tenencia compartida a partir de algunos pronunciamientos judiciales antes de la modificatoria introducida por la Ley N° 31590**

A partir de una visión jurisprudencial, la tenencia permite establecer con quien vivirán los menores en el caso de que los progenitores estén separados, determinándose de común acuerdo la misma. Ahora bien, en caso de no existir convenio alguno o cuando este resulte pernicioso para el niño o el adolescente, la tenencia la declarará el Juez de familia junto a las medidas para su cumplimiento.

El artículo 81 del CNA, establecía que: “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”.

Si bien todos los criterios que se exponen son considerados para atribuir la tenencia, entre las cuales está la compartida, la misma que se encuentra regulada en el Código de los Niños y Adolescentes previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 31590, no obstante, son pocas las decisiones en las cuales se ha optado por dicha figura legal. A continuación, los criterios para considerar la tenencia compartida son:

- a) Se debe observar el interés superior del niño y adolescente, el cual se traduce en escoger de todas las opciones que se tengan para establecer la tenencia la más beneficiosa para el

niño o adolescente. Este precepto ha sido expresado en determinados pronunciamientos, tales como:

La Casación N° 1738-2000-Callao, estableció que en caso de no otorgarse la tenencia a uno de los padres la misma le correspondería al otro, con el fin de poner al menor bajo el resguardo y cuidado de uno de los padres, al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en pro de su bienestar. De ello se advierte, una visión sesgada puesto que solo se considera la tenencia exclusiva<sup>21</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en la Casación N° 2067-2010-LIMA, fijó como precedente que la opinión vertida por los menores de edad en el contexto del síndrome de alienación parental no es decisiva para la determinación de la custodia, debiéndose valorar con reserva. En ese sentido, si bien se debe ponderar el derecho de opinión de los niños y adolescentes con el derecho a no ser separados de sus padres, no obstante, no se otorgará la tenencia y custodia a quien no ha garantizado dicho derecho, pues debe de aplicarse la norma teniendo como parámetro qué es lo más beneficioso para los niños<sup>22</sup>.

En la Casación N° 380-2011-Huaura, la tenencia de una menor es solicitada con el argumento de que existe una denuncia por violación sexual por presunto descuido de la madre, delito cuya comisión se le atribuye a un integrante de la familia materna. Al respecto, en atención al principio del interés superior del niño y del adolescente, contenido en el artículo noveno del Título Preliminar del CNA, el juez no solo debe valorar lo alegado en la demanda, sino observar todos aquellos factores que tienen relevancia y relación con el adecuado desarrollo de la salud emocional y física del menor. Por consiguiente, el *ad quem* no ha incurrido en la infracción alegada<sup>23</sup>.

- b) El derecho de los menores a ser escuchado en audiencia, está relacionado con la opinión del niño o adolescente. El derecho que tiene el niño a ser oído es un derecho fundamental, reconocido por la normatividad supranacional, con el que se ampara a todo niño, niña y adolescente, para que manifieste lo que sucede y sea escuchado por quienes tomarán las decisiones que se proyectarán en su vida. Por tanto, dicho derecho fundamental impera la obligación de escuchar y tomar las precauciones necesarias para atender el contexto en que el niño se encuentra.

---

<sup>21</sup> Fundamento sexto.

<sup>22</sup> Fundamento tercero de la Casación N° 2067-2010-LIMA

<sup>23</sup> Fundamento sexto de la Casación N° 380-2011-Huaura.

Al respecto, en una reciente Casación N° 2365-2017-Cusco, se estableció que ese derecho a ser oído, no se satisface únicamente con la sola necesidad de escuchar al niño en asuntos de su entorno personal que pudiesen eventualmente afectar sus derechos, sino que este principio encuentra su importancia en la necesidad que el menor o adolescente exprese de manera libre su opinión y sin ningún tipo de presión ni influencias indebidas, así como, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales escuchen sobre el tema en controversia.

- c) Cumplimiento de las obligaciones propias de la patria potestad: con ello lo que se pretende es conservar su titularidad y las obligaciones que se emergen de ella. En tal sentido, un criterio a tenerse en cuenta para el progenitor solicitante de la tenencia es el cumplimiento de las mismas.
- d) En la medida en que sea posible la permanencia de la integración entre los hermanos, surge el principio de no separación: con ello se hace referencia que deben permanecer juntos en razón a que la convivencia, los valores que se desarrollan y las experiencias vividas son importantes en la vida de una persona.
- e) El juez atenderá la edad de los menores para poder otorgar la tenencia. Así el menor de 3 años permanecería con su madre, tal como se regula en el artículo 84 del Código de los niños y adolescentes.
- f) Las condiciones físicas y psicológicas del solicitante, siempre que no sean perjudiciales. Con este criterio interesa que el menor permanezca con alguien que esté estable emocionalmente, a fin de proteger la integridad del menor.
- g) La relación del progenitor solicitante de la tenencia con el menor de edad, debe ser cordial, constante, amorosa, libre de maltratos físicos y psicológicos y no debe suponer riesgos para la integridad y bienestar del hijo (Canales Torres, 2014). Este criterio se advierte en la Casación 1252-2015-LIMA NORTE, de 4 de mayo de 2016, interpuesta contra la sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que declara infundada la demanda y determina a favor del padre un régimen de visitas; asimismo, declara que la demandada es quien debe tener a su hijo. Al ser analizado este fallo se advirtió de autos que el demandante pretendía se le otorgue la tenencia y custodia de su menor hijo en forma exclusiva y por otro lado la demandada, quien no reconvino solicitó se dicte un régimen de tenencia compartida ante la falta de acuerdo con el recurrente.

En cuanto a dicha decisión de haber otorgado la tenencia exclusiva a favor de la demandada, la Sala Suprema determinó que el *Ad quem* habría emitido un fallo *extra petita*; al haberse otorgado cosa distinta a la peticionada, siendo ello una infracción al debido

proceso, por lo que, resuelve declarar fundado el recurso de casación y nula la sentencia recurrida, anotando que la tenencia compartida es factible jurídicamente, de conformidad con el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; toda vez que, en la recurrida no se han advertido conductas en los padres que constituyan riesgos para el desarrollo integral de su hijo, y por el contrario evidencian sentimientos de afecto hacia él y éste desea vivir con ellos.

- h) El tiempo que disponen los progenitores para dedicarse personalmente al cuidado de la persona y de los bienes del menor de edad.
- i) La convivencia del solicitante con otra pareja, cónyuge o conviviente, por el efecto que esto puede tener en el menor.
- j) El lugar de residencia donde el menor pasará la mayor parte de su vida cotidiana, constituye un elemento importante a tener en cuenta en la determinación de la tenencia. Mediante Casación N° 3023-2017-Lima de 17 de septiembre de 2018, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció que el órgano de mérito, en el presente caso, había cumplido con aplicar las normas materiales relativas al principio del Interés Superior del niño y adolescente, esto es, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: “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”; asimismo, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes dispone: “(...) 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 el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas (...)”, como se aprecia considera la permanencia del menor en mayor tiempo, siempre que le sea favorable, pero también se indica que en el supuesto que tenga 3 años permanecerá con la madre y en el caso de tenencia exclusiva, se le otorgará al otro un régimen de visitas.
- k) Expresión de fundamentos que justifiquen la determinación de una tenencia compartida. Al respecto, lo indicado en la Casación N° 4429-2013-Lima, en cuanto a dicha causa se tiene que ambos progenitores demandaron la tenencia y custodia de sus cuatro menores

hijos, por lo que, se acumularon ambos procesos, siendo que el A quo en primera instancia declaró infundada la pretensión del padre y fundada la tenencia a favor de la madre. Posteriormente, elevados los autos a segunda instancia, la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la sentencia apelada y reformándola declara fundadas en parte las demandas acumuladas, y establece una tenencia compartida para los padres demandantes, organizando por bimestres la ejecución del régimen que permitiría a los hijos estar con sus padres en sus hogares respectivos, de manera alternada, sujetándolos además a terapias psicológicas.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundada la casación, al verificar que el dictado de la decisión de vista, no había considerado lo manifestado por los menores de edad en la Audiencia Única Complementaria, así como, no se expresó los fundamentos que justifiquen la tenencia compartida, el modo, ni la manera en que favorecería el interés superior de los cuatro hermanos, por el contrario, ello implicaba que tuviesen que vivir separados por parejas, situación que podría afectar en los vínculos afectivos de ellos; siendo así, se concluye que se ha vulnerado el derecho de los niños a ser oídos y a que se valore su opinión.

Como se puede apreciar la segunda instancia optó por la tenencia compartida; sin embargo, incumplió con el deber de motivar que está consagrado en la Constitución política del Perú, artículo 139 inciso 5. Así lo confirmó la Sala Casatoria, convirtiéndola en una decisión arbitraria y carente de toda objetividad, más aún, cuando no ha tomado en consideración lo señalado por los hermanos, lo que fue corroborado por los informes psicológicos.

En la Sentencia expedida en el Expediente N° 0896-2009-PHC/TC, en su fundamento 7, se sostuvo que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales garantiza que las mismas no se encuentren justificadas en la libre voluntad de los magistrados, sino en datos objetivos que brinde el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso en autos. Sin embargo, no cualquier error constituye una infracción del contenido constitucional de dicho derecho.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3943-2006-PA/TC estableció que se produce una inexistencia de motivación, cuando la misma es inexistente o cuando es solo aparente, en el sentido que no contiene las razones mínimas que sustentan la decisión, no responde a lo peticionado por las partes en el proceso e intenta dar un cumplimiento formal al mandato, con fundamentos sin ningún sustento jurídico o fáctico.

En segunda instancia se desaprovechó la oportunidad de señalar los fundamentos que determinan la tenencia compartida. No obstante, la Sala Casatoria ha señalado uno de los criterios a utilizar para optar por ella: escuchar al menor y tener en cuenta su opinión, reconocido en el artículo 85 del CNA.

- 1) Ante la separación de hecho de los padres del menor, se debe tener en cuenta la existencia o probable relación de colaboración y coordinación constante entre ambos progenitores, con lo cual se garantiza un cuidado armonioso del menor.

Al respecto, a partir de la modificatoria introducida con la Ley N°29269, la Casación N° 3767-2015-Cuzco, de 8 de agosto de 2016, señala que nuestro ordenamiento jurídico se permite optar por la tenencia compartida o coparentalidad de los menores, pese a que los padres vivan separados, ya que, tienen los mismos derechos y deberes sobre los hijos, quedando la patria potestad intacta, estableciendo que uno y otro progenitor vivan de manera alternativa y temporal con sus hijos. Asimismo, indicó que la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9, dispone que el menor no sea separado de sus padres salvo sea necesario para salvaguardar su interés.

Del contexto judicial anterior a la Casación se aprecia que la madre interpone demanda solicitando la tenencia y custodia de su menor hijo, debido a que su padre se lo habría llevado al Cuzco sin su consentimiento; asimismo, argumenta que la convivencia con el demandado fracasó debido al factor económico y problemas de alcoholismo de este, por lo que, le inició un juicio de alimentos, además de que lo había demandado por violencia familiar. Por otro lado, el padre argumenta que, su hijo al convivir con su madre se encontraba prácticamente abandonado, pues la progenitora por motivos de trabajo salía desde muy temprano de su casa y volvía muy tarde por la noche, encontrándose al cuidado de la nana que él contrató; sin embargo, con motivo de una visita a su hijo en Arequipa, los abuelos le dijeron que estaba en peligro la vida e integridad física, psicológica y moral. Por otro lado, refiere que, en otra de sus visitas, habría encontrado al menor con problemas de salud, con ropa no adecuada y sin aseo personal, reclamándole a la demandante, quien le manifestó que lleve a su hijo al Cusco ya que no podía con su cuidado.

En primera instancia el órgano jurisdiccional resolvió otorgar la tenencia del menor a favor de la madre a pesar de haberse comprobado las buenas condiciones económicas que el progenitor le brindaba. Asimismo, con el informe social se advierte que la madre tiene mayor estabilidad emocional y reúne las condiciones necesarias para asumir con responsabilidad la crianza del menor. Sobre el particular, la norma de la materia señala que, al no existir acuerdo entre los progenitores sobre la tenencia del hijo, debe permanecer con

el que vivió mayor tiempo y como no se acredita que el demandado se encuentre al día en sus pensiones alimenticias, no se fijó un régimen de visitas a favor del recurrente.

En segunda instancia se confirmó la sentencia recurrida concluyendo que el demandado es quien propicia el alejamiento del menor de su madre, situación que afecta su estabilidad emocional y resulta atentatoria a su bienestar, conforme se corrobora con las evaluaciones psicológicas practicadas. Asimismo, el menor en las diferentes entrevistas indicó que, desea vivir con su padre, sin embargo, los informes psicológicos evidencian que el menor se halla necesitado de afecto, y que se desenvuelve en un contexto que le impide actuar con libertad, mostrando confusión con respecto a sus sentimientos hacia sus progenitores, no advirtiéndose vinculación afectiva con ellos. Por último, se establece que el incumplimiento de pago de la pensión alimenticia, no es un argumento suficiente para que no se fije régimen de visitas.

Como se aprecia, ambas instancias jurisdiccionales ampararon la demanda (tenencia monoparental) y ordenaron la entrega inmediata del niño a favor de la madre. Ello se sustenta en los informes psicológicos y sociales, que advirtieron que el niño vivía en un ambiente inadecuado para el desarrollo de su personalidad, ya que, su padre se mostraba inestable emocionalmente, vulgar, violento, sarcástico y lo manipulaba en contra de su progenitora, lo que hacía imperioso buscar un mejor ambiente para él, que sería el que ofrece su madre.

La Sala Casatoria advierte que el *Ad quem* al analizar si era conveniente o no que el padre continúe ejerciendo la tenencia en salvaguarda del interés del menor, como condicionante para otorgar la compartida, indicando que, para concederla a sus progenitores debe existir -o ser factible- una relación de colaboración y coordinación constante en beneficio del cuidado y bienestar del menor. Si ello no es posible por el comportamiento negativo de uno de los padres, no podrá otorgarse una tenencia compartida, por tratarse de una situación que pondría en peligro la integridad física y emocional. Como esto no ocurre, no es posible concederla a favor de ambos progenitores.

En tal sentido, los jueces supremos ordenaron que la entrega del niño, en caso de tenencia monoparental, debía ser progresiva con ayuda del equipo multidisciplinario para no provocarle ningún daño o trastorno, lo cual resultaba fundamental y razonable para el caso de autos, en atención al apego emocional que tenía el menor con su padre, con quien convivió los últimos años, así como, su edad.

Con esta decisión se advierten determinados parámetros para conceder la tenencia compartida que antes no habían sido señalados, como los siguientes:

1. La separación de hecho de los padres del menor.
2. Existencia o probable existencia de una relación de coordinación y colaboración constante entre ambos progenitores, garantizando un cuidado armonioso del menor.
3. Inexistencia de comportamientos negativos de uno de los padres, evidenciando con ello una alienación parental, así como, la conducta reiterativa de padre o madre a privar al hijo deliberadamente del contacto con su otro progenitor.

Traigo a colación lo establecido por Mendoza Amaya (2021), quien remarca la importancia de que los padres, siendo mentores en el núcleo familiar, tengan determinado tipo de conducta luego de una separación, ya que, esta siempre repercutirá en la personalidad que forme el menor durante su niñez y adolescencia.

En la decisión bajo análisis resulta relevante el síndrome de alienación parental. Al respecto, Pedrosa y Bouza (2008), lo definen como la situación donde el progenitor que ejercer la tenencia del hijo (s), impide su vínculo con el otro padre y construye una relación abusiva en la cual, ilógicamente, el menor es el verdugo. Por su parte Aguilar Cuenca (2005, p. 72) lo considera un trastorno por el cual un progenitor mediante distintas estrategias altera la conciencia de sus hijos, con la finalidad de impedir o destruir sus vínculos con el otro progenitor.

Ante lo esbozado, “existirá un progenitor alienante o programador (ejerce la tenencia de su hijo), un hijo alienado o programado (principal víctima del proceso de alienación causado por el progenitor con quien convive) y un progenitor no conviviente o alienado (es el que recibe los ataques constantes del hijo alienado)” (Ávalos Pretell, 2019).

- m) La determinación de la tenencia compartida de común acuerdo por los padres: este criterio se aprecia en la Casación N° 5940-2017-CAJAMARCA, del 4 de octubre de 2018. En dicho proceso la madre interpone demanda solicitando la tenencia exclusiva de su hija, quien vivía con su padre. Argumenta que, en un inicio convivió con el demandado, sin embargo, ante los actos de violencia física y psicológica provocados por este, se vio en la obligación de irse con su hija a casa de sus padres, quienes la apoyaron con el cuidado de la menor y con el inicio de sus estudios universitarios, situación que fue aprovechada por el demandado quien le solicitó llevarse a su hija, comprometiéndose a retornarla al tercer día, pero no lo cumplió, motivo por el cual lo denuncia y luego de tomar conocimiento que la menor se encontraba en Lima pudo recuperar su custodia y tenencia desde el 2009; sin embargo, el demandado tiempo después volvió a arrebatarle a la menor de forma violenta, ocasionándole nuevamente un daño psicológico.

La parte demandada señaló que el maltrato físico y psicológico del que se le acusa es falso. Asimismo, sostuvo que el trato de la demandante es hostil y agresivo, y esta dejaba a la menor con sus abuelos no por estudio sino por motivos personales, abandonándola moral y materialmente, motivo por el cual decidió llevársela a vivir con él. Sostiene además que es falso que no haya cumplido con la prestación de alimentos y que fue la demandante quien le permitió que se la llevara.

En primera instancia se otorgó la tenencia compartida estableciendo que permanecería con su madre durante el año escolar y con su padre en las vacaciones, por lo que, el demandado debía devolver a la menor en una fecha determinada, sin embargo, no se dispuso que la entrega sea inmediata, se ordenó que la menor lleve un acompañamiento psicológico y se prohibió al demandado hablar o influenciar a la menor en contra de su madre, bajo apercibimiento de revocarla.

Se otorgó la tenencia compartida habiéndose acreditado que la menor convivió más tiempo con el demandado<sup>24</sup>. En segunda instancia, la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, confirmó la recurrida y de conformidad con el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone la obligación de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, se advirtió indicios de alienación parental que, si bien no fueron advertidos en la pericia psicológica practicada a la menor, pero era evidente de las respuestas dadas. Asimismo, el *A quo*, ha valorado el certificado de estudios y las pericias psicológicas, así como, el interés del hijo, las condiciones de los progenitores respecto de la tenencia y el equilibrio emocional del menor.

La sentencia de vista fue recurrida en casación. En el caso de autos, la Corte Suprema de Justicia de la República sostuvo que, si bien no habría una permanencia continua de la hija con uno de los progenitores, al estar de acuerdo las partes con la tenencia compartida, determinando que en época escolar se quedará con la madre y en vacaciones con el padre, así mismo, ambos tienen la libertad de visitarla, la Sala Superior habría considerado el bienestar emocional, psicológico, físico y educativo de la niña.

Respecto al presunto daño emocional que le causaría vivir con su madre, las instancias de mérito, en atención a las declaraciones e informes psicológicos, establecieron que la menor, por su edad, necesita del apoyo, consejo y orientación de su madre, pues el cuerpo y temperamento de una niña entrando a la adolescencia sufre cambios importantes, y conforme a la experiencia, es más adecuado compartir con la figura materna.

---

<sup>24</sup> En el caso se corrobora, por la declaración referencial de la menor, y lo señalado por la madre, desprendiéndose además del primero, indicios de alienación parental.

En todas las instancias se optó por una tenencia compartida, siendo muy importante que los padres estén de acuerdo en ella, por el hecho que ésta se debe de llevar de manera coordinada. Resulta relevante la mención que realiza la judicatura en relación a la falta de convivencia continua de la menor con uno de los padres, ya que, viviría mayor tiempo con su madre, durante la época escolar, situación que en primer momento parecería desproporcionado en relación a la época de vacaciones que pasará con su padre; sin embargo, en virtud del interés superior del niño se optó por ello, además no existe prohibición alguna y ambos padres coordinando pueden obtener mayor tiempo de calidad con su hija.

- n) Disposición de los padres para coordinar de manera armoniosa los asuntos referidos a sus menores hijos. Mediante Casación N° 1440-2018-CALLAO, de 8 de marzo de 2019, se advierte el caso de un padre que solicitó el reconocimiento de la tenencia que ejerce sobre el menor de iniciales P.J.Q.Y. y se le otorgue la tenencia del menor de iniciales P.M.Q.Y. que vive con su madre. Argumentaba en su demanda que habiendo convivido con la demandada procrearon a los menores, pero aquella voluntariamente se retiró del hogar conyugal llevándose a sus hijos, perjudicando al varón quien no asistió a su colegio, sin embargo, posteriormente con fecha veintiuno de junio de dos mil catorce regresó al hogar y dejó a sus hijos bajo su custodia, para luego en septiembre de catorce regresar y bajo el pretexto de llevarse de paseo a su hijo de iniciales P.M.Q.Y., sacarlo del hogar nuevamente, y mantenerlo bajo su custodia sin permitirle verlo. Por parte de la demandada, no hubo argumento alguno, debido a que fue declarada rebelde.

En primera instancia, se resolvió declarar fundada en parte la demanda ordenando la tenencia compartida a favor de ambos padres, en atención a sus capacidades sociales y psicológicas para ejercerla, el deseo de ambos menores por mantener vínculo con ambos; y, la necesidad de que los progenitores superen el conflicto familiar, el cual viene afectando el derecho de los menores a desarrollarse en un clima familiar pacífico.

En tal sentido, el Juzgador advierte que la tenencia compartida no significa estar la mitad del tiempo con cada uno de los padres, sino que implica una comunicación fluida y una posibilidad concreta de acordar sobre todos los aspectos relacionados al cuidado de sus hijos, sin perjuicio de que resulta adecuada la permanencia de los menores con su progenitor durante los días de semana, por el entorno educacional y los vínculos de relación y arraigo que mantienen estos con su padre. Señala que, la convivencia con el demandante no significa que se esté ante un régimen tradicional tenencia unipersonal, pues ambos son

los titulares, estableciéndose una tenencia compartida, y por tanto, la residencia de forma alternada con los niños<sup>25</sup>.

Asimismo, se determinó que ambos progenitores tienen la responsabilidad parental, por las especiales circunstancias del caso en concreto, imponiendo terapia psicológica para las partes y los menores, la cual deberá prolongarse hasta lograr que ambos padres corrijan su conducta, con la finalidad de mejorar sus relaciones interpersonales como familiares y minimizar el trauma psicológico que están produciendo en ambos niños.

Sin embargo, la Sala de vista revocó esta decisión y dispuso la tenencia y custodia del menor (10 años) de iniciales P.J y P.M a favor de su padre y madre, respectivamente. Ordenándose un régimen de visitas, y terapia psicológica para los involucrados, basándose en que, la tenencia compartida dictada por la *A quo* no podría desarrollarse por la no disposición de los padres en llevarse bien respecto a los asuntos que involucran a sus menores hijos. Además, la pretensión solicitada versa sobre la tenencia y custodia de los menores a favor del demandante y no sobre la tenencia compartida, por lo que, el pronunciamiento de la primera instancia no ha sido adecuado con lo actuado.

Frente a este panorama, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, sostuvo que la instancia de vista no valoró el impacto emocional que se ocasionaría en los menores, a causa de la separación de sus padres, que su madre tenga una nueva pareja sentimental y una hija producto de dicha relación; además, la decisión de vista no expresa las razones de separar a dos hermanos, teniendo en cuenta que la misma es de última *ratio*. Asimismo, sostuvo que en dicha decisión, no se analiza si es que el progenitor garantizará el derecho del niño a conservar el vínculo con el otro progenitor, acorde a la exigencia contenida en el artículo 84 del CNA, ni mucho menos, si existe causa justificada para que el demandante, quien previamente fue demandado por alimentos, pueda solicitar la tenencia del menor de iniciales P.J, a pesar de la prohibición regulada en el artículo 97 del CNA, limitándose a indicar que no le alcanza la excepción, por cuanto la indemnidad física ni psíquica del menor no viene peligrando; sin precisar las razones de dicha

---

<sup>25</sup> Esta alternatividad, indica el juzgador que será de lunes a viernes residirán en el domicilio del padre, y los fines de semana con la madre, en este último caso la madre ejercerá la tenencia desde las seis de la tarde del día viernes hasta las seis de la tarde del día domingo, empezando el primer fin de semana desde la notificación de la presente resolución; La primera mitad de todas las vacaciones escolares con el padre y la otra mitad con la madre; Las fechas sensibles para los menores, como los días de sus cumpleaños, los días de cumpleaños de sus progenitores, el día de la madre y del padre, el progenitor que se encuentre ejerciendo la tenencia, permitirá que el otro progenitor se reúna con los menores por un lapso de tres horas en el horario que previamente deberán coordinar en forma pacífica. La Navidad será también compartida por igual, debiendo pasar los menores un año el día veinticuatro de diciembre con el padre y el día veinticinco de diciembre con la madre, alternando cada año, empezando este año el día veinticuatro con el padre y el veinticinco con la madre.

conclusión, más aún si la “causa debidamente justificada” no se puede circunscribir únicamente a un inminente riesgo en la indemnidad psíquica y física del menor, resolviendo declarar fundado el recurso de casación interpuesto.

Cómo se puede apreciar de lo expuesto en la Casación, las dos instancias tuvieron decisiones contradictorias y con razón, pues en primera instancia no se había hecho una adecuada evaluación, pues la situación entre los padres no era tal que permitiera la tenencia compartida, siendo un error otorgarla al no existir el escenario adecuado para su realización, esto es, un ambiente en que los padres puedan ponerse de acuerdo y coordinar entre ellos.

Si bien se dio en primera instancia el otorgamiento de aquel tipo de tenencia, como se aprecia de la decisión que la contiene, donde hay toda una disposición por parte de la judicatura para su ejercicio, sin embargo, la aleja de la realidad no disponer que se adecue a las circunstancias de vida, pues resulta evidente que se puedan suscitar diversos cambios a dichas reglas, que si se dejan a lo establecido por el juez para siempre serían como una camisa de fuerza. Esa habilitación a las modificaciones es necesaria, pero siempre que sean razonables a las circunstancias propias del caso, ya que, harán suyas las reglas judiciales si es que les funcionan o les permitirán crear las propias.

- o) El criterio del menor maduro: este se aprecia en la Casación 1551-2020-Sullana, emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien recibe una decisión de vista en la que se declara fundada la demanda de tenencia interpuesta por la demandante y determina un régimen de visitas. Al resolver dicho recurso, la Sala establece que dicho criterio, debe ser entendido como el momento en el que el menor tiene la capacidad de acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales, siendo capaz de diferenciar lo bueno y lo malo, comprender las ventajas y riesgos que ello implica, y, en base a ello, decidir lo adecuado.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, resolvió declarar fundado el recurso de casación que formuló la parte demandante, declarando la tenencia del menor a favor del accionante y se estableció un régimen de visitas a favor de la demandada, consideró que la Sala erro al centrarse en la declaración de un menor, quien al momento de la entrevista tenía 5 años de edad, además de que se habría hecho caso omiso al deseo manifestado por el menor de vivir con su hermana, así como de los episodios de violencia física que habrían sufrido por parte de su progenitora, tratando de justificarla, lo cual evidencia notablemente inmadurez del menor al no ser capaz de distinguir lo bueno de lo malo en dicho contexto.

En una sentencia anterior emitida por la Sala Civil transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación N° 2702-2015-LIMA de 6 de mayo de 2016, se estableció que cuando los padres no lleguen a un acuerdo sobre lo más beneficioso para el menor, el Juez deberá valorar lo actuado a fin de buscar su mayor bienestar, y para ello podrá sustentar su decisión en los informes sociales y psicológicos, así como, en la voluntad del menor, siempre que éste demuestre un grado de madurez y conciencia, de modo que sus padres no puedan influenciar.

### **3.4 Posturas frente a la Ley N° 31590**

La actual Ley 31590 ha sido objeto de crítica al establecer la tenencia compartida como regla y no como excepción, en el caso de separación de hecho de los progenitores.

#### **3.4.1 Posturas en contra de Ley N° 31590**

Al respecto, la Defensoría del Pueblo (Philippi y otros, 2015), en su cuenta de Twitter, manifestó su disconformidad con la citada norma, cuestionando la aprobación del Congreso por insistencia, de los Proyectos Legislativos 1096, 1120 y 1687, pues considera que no se estaría garantizando el interés superior de la niñez. Señaló que la “tenencia compartida debe ser evaluada atendiendo a cada caso y no ser priorizada como regla genera”, pudiendo ser utilizada para ejercer algún tipo de violencia contra los progenitores, sobre todo las madres que poseen la tenencia unilateral. Además, de que se estaría afectando el derecho a la pensión alimentaria, en los supuestos en que ya se cuenten con sentencias firmes, a favor de las niñas/os y adolescentes.

En igual sentido, el Ministerio de la Mujer (Philippi y otros, 2015). indicó que “es un error entender la tenencia como un derecho exclusivo de los padres. La capacidad del padre o la madre de velar por las y los hijos tras una separación debe ser evaluada caso por caso”.

Asimismo, en una entrevista que se les hizo a dos profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Dra. Marcela Huaita Alegre y el profesor Benjamín Aguilar Llanos Huaita, ambos expresaron su parecer respecto de la nueva normativa de la tenencia compartida y sostuvieron su desacuerdo con dicha norma indicando sus razones.

Al respecto, la profesora Huaita (Facultad de Derecho, 2022) sostuvo que el principal cambio es hacer mandatoria la tenencia compartida para ambos padres, sin efectuarse el análisis del caso concreto o aspectos tales como la edad del menor o adolescente, haciendo que esta regla sea de aplicación desde el nacimiento y dejándose de lado los demás criterios regulados en el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, como es la doctrina de los años tiernos, según la cual el/la hijo (a) menor de tres años debía permanecer con la madre, o el

dador(a) de cuidados, con la cual el/la hijo (a) debía permanecer con el/la progenitor(a) con quien vivió más tiempo previo a la separación.

Agrega, que dicha norma tiene diversas consideraciones que se alejan del contexto real de las familias, cuya aplicación puede generar una serie de implicancias negativas y presiones familiares. Además, es poco factible la regla que establece que el/la hijo(a) deben permanecer igual período de tiempo con ambos padres, así como, que estos tomen de manera conjunta todas las decisiones respecto de la vida diaria del hijo/a, entre otras previsiones legales. Son reglas aparentemente igualitarias pero que en la realidad son poco prácticas para la mayoría de las personas y hasta peligrosas porque conducen a un conflicto familiar permanente, ya que no están basadas en el análisis del caso concreto. La realidad en el Perú, es que 6 de cada 10 mujeres sufren de violencia por parte de su pareja (INEI, 2021) y son a ellas las que se les pide que compartan la tenencia de sus hijos y se pongan de acuerdo en las decisiones de la cotidianidad, lo cual difícilmente resulta posible.

Asimismo, que la tenencia de nuestros niños y niñas debe obedecer en primer lugar al interés superior de estos, y responder a un análisis del caso concreto para establecer lo más beneficioso para ellos (as). En ese sentido, el art. 84 del CNA derogado establecía que la tenencia en primer lugar se establecía por acuerdo entre los padres, tomando en cuenta la opinión del niño o niña, criterio que debe primar. Sólo en los casos en que los padres no se podían poner de acuerdo, se establecían los criterios antes reseñados, teniendo la posibilidad el juzgado de decretar la tenencia compartida, pero sólo después de haber analizado el caso, por lo que cree que esta modificación debe ser derogada prontamente o inaplicada por el Poder Judicial en coherencia con el principio del interés superior del niño o adolescente, contenido en la Convención de los Derechos del Niño (a) y nuestra normatividad interna.

Por su parte, el profesor Aguilar (Facultad de Derecho, 2022), indicó que la tenencia compartida se da en el caso de padres separados de hecho, previo consenso entre ellos, pero siempre tomando en cuenta lo manifestado por el niño, niña o adolescente, formalizándola con acuerdo conciliatorio y si no lo hay, el juez la toma, como primera opción, para lo cual dictará las medidas correspondientes, sin embargo, no se indica cuáles son.

Indica que no existen razones o cuadros estadísticos que respalden el cambio a la tenencia compartida como primera opción, por lo que, considera que ello no es el mejor, sobre todo porque en el Perú no se ofrecen las condiciones mínimas para que esta figura legal pueda hacerse efectiva en la población peruana. Refiere que hay asimetría total, en la mayoría de los hogares, no solo en cuanto a los ingresos que puedan obtener uno y otro, sino también debido al machismo gobernante en buena parte del pueblo, en donde la subordinación de la mujer con

respecto al varón no va a contribuir a que esta convivencia temporal, de los padres con sus hijos, sea lo más favorable.

### 3.4.2 *Opiniones a favor de la Ley 31590*

Dentro de las posiciones a favor destacan la de la Dra. Sylvia Torres, quien sostuvo que solo el tiempo dirá la pertinencia y eficacia de esta modificatoria, por lo que, si es que tenemos que retroceder para no perder el norte que siempre debe ser “el interés superior del niño”, se tendrá que impulsar y apoyar este retroceso pues, como reza el dicho, “es de sabios cambiar de opinión”.

Entre las razones favorables a esta norma se indica que, se busca salvaguardar el interés superior del niño y del adolescente, en el entendido de que, si existen ambos padres, son estos quienes en igualdad de condiciones deben participar activamente del cuidado presencial de sus menores hijos. Añade, que dicha modificación ha sido impulsada debido a la abundante casuística que se ha presentado, en la que el menor es utilizado para negociar, reclamar o cobrar venganza contra la pareja que generó la separación. En ese sentido, la pareja (que se considera ofendida) tendría que tener en claro que independientemente de que haya sido una pésima compañía, ello no lo desacredita en su calidad de padre, por lo que, no puede impedírsele al menor el amor, cuidado y cariño de este.

Añade que, el legislador con la finalidad de que no se produzcan excesos en contra de alguno de los padres utilizando al menor como un instrumento de negociación y vulnerando sus derechos, se ha preocupado en precisar los motivos por los cuales el juez podría variar la tenencia (artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes), siendo estos, cuando se adviertan conductas del padre/madre que de forma continua se dirijan a destruir la imagen que el hijo tiene del otro padre, lo que se conoce como “alienación parental”<sup>26</sup>; no se permita de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre<sup>27</sup>; y, no se cumplan las decisiones judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas determinado<sup>28</sup>.

Agrega, que es importante que al otorgarse la tenencia compartida se establezcan las reglas claras, pues si bien estar el mismo tiempo con ambos padres se percibe como lo adecuado

---

<sup>26</sup> La autora comentó que es muy común que se dé pues la pareja ofendida trata (equivocadamente) de trasladar su enojo destruyendo ante los ojos de sus hijos, la figura de la supuesta pareja culpable de la ruptura de la relación. Este hecho puede generar que el menor ya no desee ver ni pasar tiempo con el otro padre. El hecho se agrava cuando se pide al menor (poniéndolo entre la espada y la pared) que tome partido por uno de los dos.

<sup>27</sup> Sostiene la autora que, la pareja que cuenta con la tenencia de facto, considera que el menor es de su propiedad y hace todo lo necesario para que no vea al otro padre, movido en muchos casos por motivaciones personales de odio y venganza hacia la pareja, como ya lo detallamos líneas arriba.

<sup>28</sup> Este hecho se observa muy a menudo, cuando se “inventan” motivos para boicotear las visitas del progenitor que no cuenta con la tenencia exclusiva. (Torres, 2022)

y justo, sin embargo, pueden darse situaciones en que se termine perjudicando a los hijos, pues al vivir con padres separados es evidente que se expone a distintas realidades, entornos, lugares y normas de convivencia, aspectos que podrían generarle problemas conductuales, por lo que, resulta importantísimo llegar a un punto medio que no lo afecte, siendo el juez quien determina las reglas en atención a cada caso concreto<sup>29</sup>. (Torres, 2022).

Varsi (2012) también está en favor de la norma e indica que la tenencia es el derecho del hijo, más no del padre. Añade que, se debe analizar cada caso en concreto para evitar posibles afectaciones a los hijos. Sostiene que los procesos judiciales referentes a la tenencia son uno de los más complicados que hay y que pueden extenderse por mucho tiempo, en ese sentido, si bien la nueva norma estipula que la tenencia compartida no se dará si resulta perjudicial para el menor, sin embargo, ello tendría que probarse ante el juez, por lo que, hasta que haya un pronunciamiento al respecto, la tenencia compartida se seguiría aplicando.

Otro de los juristas que está a favor de la norma es Leysser León, consultor del estudio PPU<sup>30</sup> y profesor de derecho de familia, señalando que en el Perú el Poder Judicial había distorsionado la figura de la tenencia y se necesitaba de una corrección, pues en la mayoría de casos la mamá se quedada con el niño, mientras que en Europa, la tenencia compartida es la regla general, por lo que, en ese sentido la norma es favorable; no obstante, critica que la situación haya llegado a este punto y que sea el Poder Legislativo el que tenga que corregir una situación creada por un Poder Judicial sesgado, que ha malinterpretado el concepto de mejor interés del niño a favor de la madre.

Añade, que en caso de existir una afectación psicológica, física o, inclusive, sexual en agravio del menor, lo que se podría solicitar es una medida cautelar para evitar más daños al hijo, por lo que, se necesitaría en todo caso de un juez tutelar que resuelva este tipo de casos velozmente y que no se preste a abogados que dilatan el proceso, como lo que sucede en este tipo de casos, por lo que teme que la norma no sea de aplicación por los jueces, quienes podrían intentar apelar a la Convención Internacional de los Derechos del Niño o a la Constitución para continuar resolviendo como lo hacían antes de la nueva norma.

---

<sup>29</sup> Al respecto, no será lo mismo por ejemplo si ambos padres viven en un mismo distrito donde el menor puede trasladarse fácilmente de un lugar a otro y, en principio, podría estar la mitad de la semana con un padre y la otra mitad con el otro, versus parejas que se encuentran a varios kilómetros de distancia donde este esquema de mitad de semana para cada uno generaría un problema más que una solución; en este caso se podría plantear semanas completas por cada padre o meses completos. Asimismo, se deberá considerar que las obligaciones económicas que podrían haber estado destinadas fundamentalmente para quien tenía la tenencia exclusiva (alimentación, luz, agua, teléfono, entre otros) ahora, bajo este esquema, también tendrá que ser compartido... Son temas cruciales que deberán evaluarse adecuadamente.

<sup>30</sup> Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría. El Estudio Iberoamericano.

### 3.4.3 *Nuestra postura*

Se sabe que la tenencia ha evolucionado, pues de ser un atributo de la patria potestad se ha convertido en un verdadero derecho – deber, que se basa en la tutela integral de los hijos y no en el poder de los progenitores a tenerlos bajo su custodia. El ejercicio de deberes y derechos de los padres con respecto a los/las hijos (as), como promover su desarrollo integral, dotar de lo necesario para su crianza y educación, corregirlos moderadamente, tenerlos bajo su compañía, actuar en su representación en tanto no son capaces y responsables, velar por su educación conforme a su vocación y aptitudes, entre otras, hacen referencia a la corresponsabilidad que todo padre posee.

El anterior artículo 81 del CNA, existente previo a la modificación introducida con la Ley 31590, prescribía que ante la separación de hecho de los padres, de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente, se determinaba la tenencia. De no existir acuerdo, o si éste era perjudicial para los hijos, la tenencia era ordenada por el juez especializado, debiéndose tener en cuenta lo siguiente: que el hijo permanecerá con el progenitor con quien vivió mayor tiempo, siempre que le sea beneficioso; si es menor de tres años permanecerá con la madre; y, un régimen de visitas para el progenitor que no obtenga la tenencia o custodia.

Al respecto y sobre estos factores, la judicatura señala que en la práctica lo que hacían era aplicar los mismos teniendo en cuenta las circunstancias que rodean cada caso, en atención al interés superior del niño y el adolescente; no obstante, con la nueva normativa, se modificó el artículo precitado, lo que en mi opinión no debió de realizarse porque se opta de manera prioritaria por la tenencia compartida, cuando el común acuerdo de los padres era la situación más asequible.

La Dra. Huaita, ya había indicado que la nueva norma se encontraría desconectada de la realidad de las familias, situación que provocaría consecuencias negativas en su aplicación, además de ser poco factible que ambos padres tengan en igualdad de tiempo a sus hijos, y más aún cuando se tiene la alarmante estadística que un promedio de 6 de cada 10 mujeres son víctimas de violencia por parte de su pareja, agente con el cual se les pide que compartan la tenencia de sus hijos.

El artículo 88° del mismo código, el cual regula la tenencia exclusiva a favor de uno de los padres, estableció que el progenitor que no la ejerza tiene derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberá probar el cumplimiento de la obligación alimentaria o la imposibilidad de la misma. Cabe destacar que la patria potestad se suspende por el divorcio o separación de los padres, con lo cual, solo el padre que conserva la patria potestad mantiene la tenencia de los

hijos, mientras que el otro progenitor tendrá el derecho a visitarlos, siempre que acredite el cumplimiento de la obligación alimentaria. Para ello, el Juez, respetando el acuerdo arribado, establecerá un régimen de visitas en atención al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, pudiendo variarlo de acuerdo a las circunstancias.

En virtud de ello, si bien en la mayoría de los fallos se concede la tenencia exclusiva para uno de los padres y para el otro le conceden el régimen de visitas, en donde efectivamente la tenencia compartida a pesar de ser una opción no tiene cabida, sin embargo, lo que no debió hacer el legislador con la Ley 31590 es prescribir a la alternativa como la regla.

Que, si bien los tribunales de familia han ido registrando una serie de criterios para su aplicación de la tenencia exclusiva, dicha práctica también se ha extendido a la compartida, aunque en menor cantidad, entre los que resalta la Casación 3767-2015-CUSCO. En esta se establece que es necesario que entre los padres exista una relación de colaboración y coordinación constante para otorgar la tenencia compartida, toda vez que con ello se puede garantizar que puedan compartir el cuidado del menor, los gastos de su crianza y otras responsabilidades en su beneficio. Actualmente, con esta modificatoria para variar la tenencia compartida o exclusiva, ya sea que se hubiera determinado por conciliación extrajudicial o decisión judicial firme, el juez deberá tomar en cuenta determinados criterios establecidos en el artículo 82, sin embargo, se habrían omitido los que ya estaban regulados por la derogada norma.

Las buenas relaciones entre padres e hijos, no se dan con frecuencia cuando la tenencia es monoparental, ya que, con esta figura quien tiene el régimen de visitas termina debilitando las relaciones filiales, por lo que, no estaría siendo la mejor opción, sin embargo, es el que más se otorga y se ejecuta. La Dra. Reyes Vallejo Orellana, psicóloga de la Universidad de Sevilla en España, indicó que entre los inconvenientes de la tenencia monoparental (o lo que ella llama tenencia en solitario) surgen perjuicios sobre el menor como: el progenitor malicioso, el síndrome de alienación parental, etc., éste último analizado en el punto anterior, con lo que se confirma lo señalado por la especialista.

Por ello, la respuesta más consecuente con el rol que ambos padres deben cumplir es la tenencia compartida. Ella surge con la finalidad que ambos progenitores puedan ejercer estos derechos y obligaciones de convivir con los hijos, de protegerlos y vigilarlos, en igualdad de condiciones, por lo que, ambos tomarían decisiones sobre la educación del menor y los momentos que los hijos pasen con mamá o papá tal como cuando vivían juntos. Pero, no con ello se va a estandarizar la tenencia compartida, siendo necesario apreciar el caso concreto,

como parece que se han olvidado en esta modificación ya que estando separados los padres determinan la tenencia compartida sin apreciar las circunstancias que rodean el caso.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9.3 establece que los Estados deberán respetar el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a conservar de modo regular los lazos personales y trato directo con ambos, salvo sea perjudicial para el interés superior del niño. El último párrafo del artículo 84 del CNA establece que “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”.

La norma obliga al juez a realizar un examen detallado de los diversos medios probatorios ofrecidos, de parte o de oficio, y actuados a lo largo del proceso de tenencia, con el objetivo de determinar cuál de los progenitores garantizará el derecho de comunicación de su hijo y esto también lo harán si es que se decantan por una tenencia compartida, además debe comprobarse la existencia o posible colaboración entre los padres. De ahí que la pericia psicológica, el informe social y la entrevista reservada con el niño, niña o adolescente son relevantes en este proceso.

En atención a las Casaciones en las que se hace referencia a una tenencia compartida, se advierten diversos criterios, tales como: el supuesto de hecho de padres separados, escuchar al hijo (a) teniendo en cuenta el contexto en el que se desenvuelve, existencia o probable relación de colaboración y coordinación constante entre ambos padres, inexistencia de conducta negativa de uno de los progenitores que evidencie una alineación parental o conducta reiterativa de padre o madre a privar al hijo (a) deliberadamente del contacto con su padre o madre, adecuación a las circunstancias del caso, favorecimiento del interés del niño, niña y adolescente, la edad de los menores, cumplimiento de las obligaciones emergentes de la patria potestad, el principio de no separación de hermanos, tiempo del que disponen los progenitores, convivencia del solicitante con una tercera persona, el lugar de residencia, expresión de fundamentos y criterios que justifiquen la determinación de una tenencia compartida, acuerdo de los padres sobre tenencia compartida, predisposición de los padres en llevarse bien respecto a los asuntos referidos a sus menores hijos y el menor maduro.

Estos criterios orientan al Juez para que pueda establecer una tenencia compartida; sin embargo, debe existir un modo de ejecución. Al analizar la Casación N° 1440-2018-Callao, se adelantó un punto de vista al respecto, el juez con la finalidad de ejecutar la sentencia debe proponer un orden de los tiempos que los hijos deben estar con sus padres, como una prueba sujeta a un plazo prudencial probablemente de 6 meses o 1 año para ir evaluando los resultados de la dinámica familiar o como una recomendación.

Además de ese plazo, siempre se debe disponer en la sentencia que todas estas reglas de ejecución, se adecuen a las circunstancias de vida de la familia, para no alejarse de la realidad de cada caso, por lo que, la ejecución de la tenencia no puede estar estandarizada. Ello se considera porque si bien se establecen unos criterios para ordenar su ejercicio en un principio, la inclusión de adecuación a las circunstancias del caso, se hace necesaria para una posterior modificación de estas “reglas” en el entendido que la tenencia compartida corresponde a ambos padres, el ejercicio de la corresponsabilidad, que si se deja a lo ordenado por el juez para siempre sería una camisa de fuerza. Esta posibilidad de variación es necesaria, ya que los padres harán suyas las reglas judiciales si les funcionó o se les permitirá crear las propias.

En Perú se dieron 2 proyectos de ley sobre la tenencia compartida 1096/2021-CR y 1120/2021-CR por parte del Congreso de la República. Cecibel Jiménez, asesora legal de la ONG Flora Tristán (Editorial, 2022) consideró que aquella en caso de padres separados de hecho debe ser evaluada de manera individual y no ser obligada. Dicha figura legal en los proyectos de ley es la primera opción que tiene el juez para otorgar contemplándose como excepcional la exclusiva, y como ya se ha señalado no puede ser impuesta la tenencia compartida. La evaluación para su otorgamiento debe ser individual y lo que el caso concreto informe, esto dará al Juez, la información suficiente sobre que régimen de tenencia otorgar. Es decir, no se puede estandarizar la tenencia compartida.

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones vulnerables (Editorial, 2022) consideró respecto de estos proyectos que “se recurría en un error al entender la tenencia como un derecho exclusivo de los padres. En realidad, la capacidad del padre o la madre de velar por las hijas y los hijos tras una separación debe ser evaluada caso por caso debido a que la tenencia es un derecho fundamental de los hijos e hijas menores de edad”. Como se mencionó, de acuerdo al Código de los Niños y Adolescentes, ante la separación de hecho de los padres, se determina la tenencia de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña y el adolescente. Ante la falta de acuerdo, o si éste resulta dañino para aquellos, la tenencia la resolverá el juez, esto es lo que considero debió haberse mantenido y no imponer una tenencia compartida según lo establece la Ley N° 31590.

Fernández (Editorial, 2022) sostuvo que como resultado del estudio de la casuística se evidencia que, la tenencia compartida es viable y beneficiosa para las hijas e hijos solo cuando existe una buena relación y comunicación entre el padre y la madre, lo que deberá analizarse caso por caso, tomando en cuenta todas las circunstancias familiares, escuchando a los/las menores y siempre poniendo por delante su interés superior.

Reitero que, la tenencia compartida no puede ser impuesta, se deben evaluar las circunstancias de cada caso, en concordancia con el interés del niño, niña y el adolescente. En ese sentido, si uno de los padres ha sido acusado o sentenciado de violencia contra su expareja, esa información será trascendental para determinar la tenencia, pues su no evaluación pone en riesgo físico y emocional a los hijos e hijas. Si el padre incurre en actos de violencia sobre la madre, eso se transfiere a los niños, que son las personas más vulnerables dentro de la familia, señala Yanet Niquen, especialista de Protección de Save the Children (Editorial, 2022).

El Tribunal Supremo Español determinó que la custodia compartida se puede establecer siempre que exista una buena comunicación entre ambos padres, lo que es lógico, porque son ellos quienes deben estar pendientes de muchas situaciones como: vestido, alimentación, salud, las actividades extraescolares, entre otras (Arranz, 2015)

El Juez español Ruiz-Jarabo (Arranz, 2015), promueve la tenencia compartida y tiene sus criterios para decidir que los hijos estén con sus padres en igual o menor tiempo, como son: que exista comunicación entre ellos y que su mala relación no afecte a los menores, que sus domicilios estén cerca, los periodos de estancia tienen que ser cortos y frecuentes, incluso hasta se puede repartir el día en dos, la mañana para uno y la tarde para el otro, en el caso de los bebés. Además, hay que escuchar a los hijos si son mayores de 12 años o tienen madurez suficiente.

Los criterios son importantes, porque orientan y se han establecido a partir de los casos concretos que se advierten en las Casaciones antes mencionadas y también del análisis que ha otorgado la doctrina, por lo que, considero deben ser incorporados a la legislación, pero no taxativamente ya que cada caso es distinto, pero sí servirían al Juez al momento de dictar sentencia.

La tenencia compartida es una figura legal que promueve la corresponsabilidad, pero no por ello salvará todas las relaciones familiares en conflicto. Esta debe replantearse a ser una alternativa, su imposición sin evaluar el caso concreto como ha sucedido con la Ley 31590 no es la manera correcta, a pesar que se quiera combatir la alienación parental con ella. Debe atenderse el interés superior de los menores o adolescentes y no imponerse por el hecho de la corresponsabilidad, sino que debe ser sancionada, según las circunstancias del caso.

## Conclusiones

Primera. Antes de la entrada en vigencia de la Ley 31590, la tenencia compartida en el ordenamiento peruano no tenía una regulación detallada que auxilie al juzgador para decretarla en el caso concreto y que le sea oportuno conocer. Actualmente, existe una mayor regulación; sin embargo, existen opiniones en contra y a favor.

Segunda. Dentro de la búsqueda jurisprudencial realizada, no fue una opción recurrente que esté presente la figura de la tenencia compartida en las decisiones de instancia, en el entendido que la primera opción de los Jueces es decretar una tenencia exclusiva, asignando un régimen de visitas al otro progenitor que no tendrá al hijo, pero siempre dependerá del caso concreto, el optar por ella.

Tercera. La tenencia compartida según como se ha manifestado no es una opción que debe imponerse, a pesar de que se considere que permite un mejor desarrollo de la corresponsabilidad parental, porque eso lo dirá el caso concreto, siendo necesario que exista una regulación más detallada de dicha figura que incluya los criterios que orientarían su otorgamiento, no taxativamente, donde la jurisprudencia será la que vaya perfilando sus aristas en virtud de la casuística que se presente.

Cuarta. De la casuística que se tuvo acceso se ha podido encontrar una serie de criterios, tales como: el supuesto de hecho de padres separados, escuchar al hijo (a) teniendo en cuenta el contexto en el que se desenvuelve, existencia o probable relación de colaboración y coordinación constante entre ambos padres, inexistencia de conducta negativa de uno de los progenitores que evidencie una alineación parental o conducta reiterativa de padre o madre a privar al hijo (a) deliberadamente del contacto con su padre o madre, adecuación a las circunstancias del caso, favorecimiento del interés del niño, niña y adolescente, la edad de los menores, cumplimiento de las obligaciones emergentes de la patria potestad, el principio de no separación de hermanos, tiempo del que disponen los progenitores, convivencia del solicitante con una tercera persona, el lugar de residencia, expresión de fundamentos y criterios que justifiquen la determinación de una tenencia compartida, acuerdo de los padres sobre tenencia compartida, predisposición de los padres en llevarse bien respecto a los asuntos referidos a sus menores hijos y el menor maduro. Estos criterios funcionarían como orientadores no solo del Juez sino de todo operador jurídico para considerarlos ante una posible demanda donde se peticione este tipo de tenencia.

## Referencias

- Aguilar Cuenca, J. (2005). El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental. *Revista de Familia*(29).
- Aguilar Cuenca, J. (2008). *Tenemos que hablar*. Madrid: Taurus.
- Aguilar Llanos, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*, 191-197.
- Aramburu, I., Chato, M., Martín, B., & Pérez-Villar, R. (2007). *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*. Madrid: Themis. Asociación de Mujeres Juristas.
- Aramona, J. (2002). *Derecho de Familia*. Lima: Triunfaremos.
- Arranz, P. (27 de abril de 2015). Custodia compartida, ¿lo mejor para los hijos? *Diario El Mundo*. <http://www.elmundo.es/yodona/2015/04/27/5537d55fe2704e64448b4576.html>
- Ávalos Pretell, B. (21 de julio de 2019). *Cómo identificar el síndrome de alienación parental*. LP Pasión por el Derecho: <https://lpderecho.pe/identificar-sindrome-alienacion-parental/>
- Beltrán P., P. (2009). El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? *Boletín del Instituto de Familia Unife*.
- Calderón B, J. (2011). ¿La madre cría, el padre provee? desaterrando el mito respecto de la tenencia. *Diálogo con la Jurisprudencia*(159).
- Canales Torres, C. (2014). *Patria Potestad y Tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Carranza, C. (2003). La guarda como institución civil con soporte constitucional . *La Ley*.
- Chunga L, F. (1999). *Derecho de menores*. Lima: Grijley.
- Diez Picazo, L. (1995). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico reales. El registro de propiedad. La posesión* (cuarta edición ed., Vol. III). Civitas.
- Editorial. (2 de junio de 2022). *Enfoque Derecho*. <https://www.enfoquederecho.com/2022/06/02/tenencia-compartida-deberia-establecerse-en-todos-los-casos/>
- Espinoza Muñoz, M. d. (2019). Tenencia comprtida en el Perú. ¿Una utopía para los niños, niñas, adolescentes y sus familias en crisis? *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 217-237.
- Facultad de Derecho. (31 de octubre de 2022). *¿Cuáles son las implicancias de la nueva ley que regula la tenencia compartida?* Ventana Jurídica: <https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana-juridica/cuales-son-las-implicancias-de-la-nueva-ley-que-regula-la-tenencia-compartida/>

- Fernandez Sesarego. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires : Astrea-Depalma.
- Fernandez Sesarego. (2006). *Derecho de las personas*. Lima: Ediciones Jurídicas .
- Guilarte, C. (2007). Comentarios del nuevo art. 92 CC. En AAVV, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio Lay 15/2005*. Madrid: Lex Nova.
- Gutierrez, M. (2020). *La custodia compartida en la legislación colombiana. Una figura controversial*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- INEI. (2021). *Perú encuesta demográfica y de salud familiar ENDES 2021 Nacional y Departamental*.  
[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1838/](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1838/)
- Lasarte, C. (2016). *Derecho de Familia. Principios del Derecho Civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Lathrop, F. (29 de Junio de 2009). Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas. *La Ley*(7206).
- Mendoza Amaya, L. Á. (18 de abril de 2021). *Parámetros conductuales para obtener una tenencia compartida (Casación 3767-2015, Cusco)*. LP Pasión por el Derecho:  
<https://lpderecho.pe/parametros-conductuales-obtener-tenencia-compartida-casacion-3767-2015-cusco/>
- Miranda Estrampes , M. (2006). La Convención frente al desamparo del menor. En *Desarrollo de la Convención sobre los derecho del niño en España*. Barcelona: Bosch.
- Pedrosa, D., & Bouza, J. (2008). *Síndrome de Alienación Parental: Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores*. Buenos Aires: García Alonso.
- Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero, & DU & Uría (PPU). (2015). *Estudio Iberoamericana*.  
<https://ppulegal.com/>
- Pinto, C. (2015). La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución. *Misión Jurídica*, 8(9), 143-175.
- Pizarro Moreno, E., & Pérez Velázquez, J. P. (2015). *Manual de Derecho de Familia*. Valencia : Tirant lo blanch.
- Placido, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Red Judicial Europea. (21 de julio de 2022). *European e-justice*. Responsabilidad parental: custodia de menores y derecho de visita.
- Tome, H. (2004). La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales. *Aranzadi Civil*(III).
- Torres, S. (31 de octubre de 2022). Tenencia compartida ¿solución o problema?. Torres y Torres Lara. *Expreso*. <https://www.expreso.com.pe/opinion/tenencia-compartida-solucion-o-problema/>

- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de Filiación*. Lima: Gaceta Jurídica .
- Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia* (Vol. III). Lima: Gaceta Jurídica.
- Vega, Y. (2010). El rostro de la familia. *Revista de Derecho Foro Jurídico*, 30.
- Zuta V., E. (15 de octubre de 2021). *Enfoque derecho*.  
<https://www.enfoquederecho.com/2011/11/08/tenencia-compartida-o-responsabilidad-parental-conjunta-es-una-solucion-viable/>

