



LA TENENCIA COMPARTIDA: ¿PROBLEMA O SOLUCIÓN FRENTE AL DESARROLLO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

*Danaye Anyel Bravo Soto**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
2018100665@ucss.pe

Resumen: A partir de la importancia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el presente artículo académico se busca analizar si la tenencia compartida resultaría el medio más idóneo para el adecuado desarrollo del menor. Partiendo de las variables conceptuales del problema en cuestión, con un tratamiento del derecho comparado y de la misma regulación en nuestro ordenamiento, se buscará la formulación de argumentos con base que contribuyan a determinar si este régimen de tenencia compartida ayuda o afecta al desarrollo del menor, teniendo como piedra angular el interés superior del niño, niña y adolescente.

Palabra clave: Derechos, tenencia compartida, derecho comparado, Interés superior del niño.

SHARED TENURE: PROBLEM OR SOLUTION IN THE DEVELOPMENT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS?

Abstract: Based on the importance of the rights of children and adolescents, this academic article seeks to analyze whether shared custody would be the most suitable means for the adequate development of the minor, starting from the conceptual variables of the problem in question, with a treatment of comparative law and the same regulation in our system, seeking to form arguments based on which contribute to determine whether this regime of shared custody helps or affects the development of the minor, having as a cornerstone the best interest of the child and adolescent.

Keywords: Rights, Shared custody, Comparative law, Best interests of the child.

* Estudiante del onceavo ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

1. Introducción

En nuestra sociedad hoy en día vemos cómo incrementa notablemente la disputa de los padres sobre la tenencia compartida y el cuidado de los hijos. Se ha vuelto habitual que, ante la separación de una pareja, los menores queden al medio de dicha disputa. Es ante ello que los niños se ven protegidos por disposiciones legales tanto nacionales e internacionales. Este tipo de tenencia ha venido acompañada de un intenso debate social y legislativo de alcance interdisciplinar sobre la conveniencia de otorgar preferencia a este tipo de custodia, más aún cuando se tiene de por medio al niño, niña y adolescente, quienes actualmente cuentan con medios que buscan protegerlos por encima de todo. En otras palabras, lo que más debe o debería importar ante situaciones que conlleven a pensar en un tipo de custodia es el interés superior del niño.

Este tema ha llevado incluso a que en algunos casos donde están involucradas personas mediáticas se exponga al menor, viendo entonces como estos son utilizados a conveniencia de los progenitores. Y es lo que suele suceder en los casos de esta índole, más aún con la regulación de la tenencia compartida que ha traído consigo argumentos a favor y en contra, ya que mientras algunos autores aseguran que esta nueva figura resultaría ser lo más favorable, hay quienes pensamos que esta puede traer consecuencias desfavorables en el menor. Por lo tanto, los más afectados de dicha realidad son los niños, por cuanto son objetos de procesos judiciales para el cumplimiento de sus derechos y la responsabilidad de los padres porque son tratados con menos importancia de la que merecen, afectando con las decisiones su desarrollo. Esto nos lleva a preguntarnos si es conveniente el régimen de tenencia compartida para un adecuado desarrollo del niño, niña y adolescente.

Ante esta figura de la tenencia compartida y teniendo como eje al menor, lo que se busca determinar es si esta afecta o no al correcto desarrollo del menor, y si se prioriza o garantiza de manera efectiva el interés superior del niño.

Asimismo, para la elaboración del presente artículo se ha considerado desarrollar dentro de este, acerca de los antecedentes de la problemática y definir aspectos básicos del tema en cuestión, así mismo, se hará una revisión sistemática con respecto a la normativa internacional, se tratará la normativa nacional y la regulación del tema, para finalizar se analizará argumentos de especialistas y doctrinales que nos permitan tener mejores luces sobre el tema de modo que nos permita realizar un mejor análisis del tema.

2. Problema e hipótesis

Nos resulta pertinente e importante primero establecer el problema:

- ¿Es conveniente el régimen de tenencia compartida para un adecuado desarrollo del niño, niña y adolescente?

Teniendo claro el problema, nuestra hipótesis es la siguiente:

- No es conveniente aplicar la Tenencia compartida en todos los casos. Esto debido a que cada caso tiene sus propias complejidades y particularidades, según el desarrollo físico y emocional por el que estén pasando los niños, niñas y adolescentes.

3. Marco metodológico

El presente trabajo de investigación, es de tipo dogmático – jurídico. Los métodos que se aplicarán serán el método dogmático y el método exegetico. Por un lado, cabe precisar que el método dogmático propone investigar el ordenamiento jurídico para saber si está acorde con lo que necesita la sociedad y, de este modo, poder mejorarlo. Ello se aplicará a las normas nacionales e internacionales que serán objeto de nuestro trabajo de investigación, con el fin de que se pueda encontrar sentido a nuestros objetivos. Por su parte, el método exegetico es el que interpreta el significado de textos de manera rigurosa y objetiva. Su aplicación será tradicional, lo que incluye el razonamiento mediante doctrina. De igual forma, como herramientas de recolección, se utilizará en nuestra investigación la técnica de análisis documental y doctrina sobre el tema de investigación.

4. Marco teórico normativo

El principio del que se parte en la presente investigación es asegurar que cuando ocurra la situación de una posible tenencia compartida, siempre prime el interés superior del niño, el cual asegura el libre y adecuado desarrollo de la personalidad del menor. En otras palabras, es primordial tener al niño como centro y piedra angular para la toma de decisiones, más aún en temas que los pueden llegar a afectar, ya sea satisfactoriamente o no, en su bienestar.

Para entender mejor esta figura es necesario tener claro las siguientes figuras:

- **Tenencia compartida:** La tenencia compartida se debe dar tanto en el ámbito espacial como temporal del desempeño de las funciones de cuidado,

protección y educación inherentes a la responsabilidad parental (Fernández y Luna, 2017).

- **Interés superior del niño:** Es un principio de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), cuya aplicación busca la mayor satisfacción de todas y cada una de las necesidades de niñas, niños y adolescentes.

En vista de ello, las normas a analizar dentro del tema de investigación serán las siguientes: La constitución Política del Perú, Código Civil, Código de los niños y adolescentes y la Ley 29269: Regulación de la tenencia compartida en el Perú y la nueva Ley N. 31590.

5. Cuestiones generales

5.1. Tenencia

Etimológicamente, la palabra Tenencia, se deriva del verbo Tener. De acuerdo al Derecho Universal y a las normas jurídicas, la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra tuición. Esta palabra, según lo establecido en el Diccionario de Real Academia de Lengua Española, significa: efecto y acción de guardar y defender. Mientras que Guillermo Cabanellas señala que dicha palabra “es la defensa, amparo, protección de un derecho” (Cabanellas, 2005). Por lo tanto, podríamos decir que tuición no es más que custodia, guarda de una persona sobre un menor.

Ya basándonos en un concepto más jurídico tenemos lo que nos dice Chunga (2001). La tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo, por extensión, señala el código, la tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés.

Siguiendo esa línea, la tenencia es un atributo de la patria potestad, y se refiere al derecho del progenitor a vivir con el menor y ser responsable de su crianza, cuidados y atención. Cuando los padres están separados y no se ponen de acuerdo de cuál de ellos ejercerá la tenencia, en caso de que este resulte contraproducente para los hijos, la tenencia la resolverá el juez de familia, quien dictará las medidas necesarias para su cumplimiento.

5.1.1. Tenencia compartida

Actualmente, la doctrina define a la tenencia compartida como el ejercicio conjunto de todos los atributos que conforman la patria potestad, con la diferencia que los padres se encuentran separados (de hecho, o legal), reconociendo a ambos padres (padre y madre)

el derecho de tomar decisiones respecto de sus hijos e hijas, distribuir equitativamente sus recursos, posibilidades, responsabilidades y deberes como si compartieran una vida en común. De otro lado, la tenencia compartida privilegia el derecho de los niños, niñas y adolescentes de mantener inalterable las relaciones cercanas e inmediatas con ambos padres (padre y madre) a pesar de la separación.

Según tratadistas argentinos:

La Tenencia Compartida es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema, por un lado, permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial. Por otro lado, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de desavenencias conyugales. (Domínguez, Fama, y Herrera, 2006)

Para Fernández y Luna (2017) la tenencia compartida se debe dar tanto en el ámbito espacial como temporal del desempeño de las funciones de cuidado, protección y educación inherentes a la responsabilidad parental, sin embargo, en las situaciones de crisis matrimoniales la ruptura convivencial entre los progenitores impide esta simultaneidad espacial y temporal, con lo que el término de “custodia compartida” por lo que resulta impreciso habida cuenta de que en la práctica las funciones que integran el contenido de la responsabilidad parental se ejercen de forma temporalmente alternativa por cada uno de los progenitores en los respectivos períodos de tiempo en que estos convivan con los menores.

Después de leer con detenimiento lo que nos dicen cada uno de estos autores, resulta más fácil poder comprender esta figura, por lo cual, en efecto, está claro hablar de un rol compartido entre ambos progenitores.

5.2. Interés superior del niño, niña y adolescentes

Para poder referirnos al Interés superior del menor es importante que primero delimitemos el tema del “niño, niña y adolescente” como tal, teniendo como base la Declaración de los Derechos del niño al cual el Perú se suscribió y ratificó el 4 de setiembre de 1990. En este tratado se reconoce la condición de sujetos de derechos a los niños, niñas y adolescentes, así como el deber en conjunto del Estado; de la familia de garantizar los

derechos de los mismos, entendiendo que por sobre todo se busca hacer prevalecer al menor.

En la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo I, señala que: “Se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Si bien aquí se establece la edad para ser considerado como niño, tenemos en nuestro ordenamiento lo establecido en título I del Título Preliminar de Código de los niños y adolescentes, que nos dice lo siguiente:

Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si es que existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considera niño y adolescente mientras no se pruebe lo contrario. (2000, p. 5; las cursivas son nuestras).

En este artículo se habla de manera más detallada sobre a quién debemos considerar como niño y a quién como adolescente, pues tratarlos a ambos requiere de un tratamiento diferenciado y minucioso, ya que la edad constituye un factor muy importante.

Una vez delimitado todo aquello líneas arriba, podemos hablar y referirnos sobre el principio del interés superior del niño que se encuentra regulado en el Código de los niños y adolescentes, en su título preliminar, donde señala que:

Artículo IX. Interés superior del niño.- En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. (2000, p. 7; las cursivas son nuestras)

Este principio, por lo tanto, busca que se garantice al menor una vida digna y un desarrollo que le sea realmente favorable, cosa que el estado debe tutelar y hacer que se respeten. Este principio queda a criterio del juez para cada caso en concreto, buscando siempre lo más beneficioso para el menor y donde prevalezca su interés superior, que es piedra angular en cualquier régimen de divorcio o tenencia y en consecuencia requiere el contacto frecuente y continuo del menor con ambos padres tras la separación de estos.

5.2.1. *Desarrollo de los niños, niñas y adolescentes*

El desarrollo del menor es un factor importante, ya que siguiendo lo que nos dice el principio del interés del niño, esto determina que tan bien pueda un niño, niña y adolescente afrontar la vida adulta.

Los niños, niñas y adolescentes se desarrollan de diferentes maneras, su desarrollo incluye cambios físicos, intelectuales, sociales y emocionales, y esto ocurre en velocidades diferentes y lo que se debe buscar es que estos puedan crecer y satisfacer sus necesidades sociales, emocionales y educativas. Es muy importante que los niños vivan en un hogar donde haya amor y cuidados y es aquí sobre todo donde los padres juegan un rol muy importante, pues de ellos depende la calidad de vida en la que el menor se desarrolle.

6. El tratamiento de la tenencia compartida en el derecho comparado

El derecho comparado es sumamente importante, más aún en temas de familia como es el caso de verse. Se considera como punto de partida que la familia es la base de la sociedad. Por ello, en aras de hacer un mejor análisis, se tendrá en cuenta lo establecido por otros países, lo que resultará realmente enriquecedor para que más adelante en nuestra investigación podamos tener mejores luces con lo que respecta a aspectos que puedan ser parecidos o no con nuestro ordenamiento. Inclusive se pueda llegar a ver mediante esto qué tanto se ha tratado dicho tema. Para ello, en nuestra investigación hablaremos de España, Francia y Suecia, países que han regulado este tipo de régimen dentro de su ordenamiento.

6.1. España

En el año 2005 se introdujo la custodia compartida en el Código Civil Español a través de la Ley 15/2005 en el que se procedió a modificar el código adjetivo y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. A su vez, se modificó el Art. 92 de su Código Civil que refería que la custodia compartida “Consiste en la atribución a ambos progenitores de la custodia de los hijos menores o incapacitados, en igualdad de derechos y deberes, tras una separación o divorcio” (Jefatura del Estado, 2005) y, específicamente, se procedió a regular la custodia compartida en sus apartados 5, 7 y 8. Al principio esta medida era muy poco común hasta que fue tomando un poco más de forma, lo que generó que al paso de los años sea tomado más en cuenta, por lo que el 29 de abril del 2013 el Tribunal Supremo estableció mediante Sentencia 257 que “la custodia compartida habrá de considerarse como una figura normal e incluso deseable” (Tribunal Supremo, 2013).

Mediante Sentencia 96/2015, de 16 de febrero, el Tribunal Supremo señala que:

... la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Además, este ha aclarado que la existencia de una custodia compartida no impide al juez acordar un sistema de pensión a favor de una de las partes cuando esta se haya visto más perjudicada con la ruptura y exista un desequilibrio entre las partes.

Esta legislación hace menester tener en cuenta que la custodia compartida no implica necesariamente que los periodos que pase el menor con cada uno de sus progenitores deban ser de igual duración.

Entonces, podemos hablar así de que la custodia compartida está plantada en el ordenamiento español como una figura que ha traído beneficios en la resolución de este tipo de casos en el ámbito familiar, en el que, además, a través del tiempo, se le ha ido dando mayor importancia, y aunque en un primer momento causó varios debates e incluso muchos comentarios en contra, mediante su aplicación se ha ido incrementando este tipo de custodias en su ámbito nacional.

6.2. Francia

En Francia existe la Ley 2002-305, que se encuentra vigente desde el 4 de marzo de 2002 como norma general. A través de esta se establece que los padres del menor deben presentar un plan de coparentalidad de mutuo acuerdo, es decir, que ellos se pongan de acuerdo o lleguen a un acuerdo en cuanto al tiempo que cada uno debe compartir con sus hijos, sin necesidad de que exista un litigio en los juzgados.

En el ordenamiento francés no se habla de custodia o tenencia compartida, sino que más bien se define a esta figura como coparentalidad. El Gobierno de este país ha decidido incorporar esta figura en razón que la custodia monoparental resultaría a su parecer un tanto discriminatorio hacia el padre o la madre que no posea la tenencia. Además, considera que tanto el padre como la madre tienen los mismos derechos sobre su hijo o sus hijos.

Se puede inferir entonces que mediante la aplicación de esta figura se puede evitar llegar a litigios, y que bastaría con que los padres puedan ponerse de acuerdo sobre la misma, es decir, de una manera más simple y menos tediosa, mediante un consenso.

En caso de no ser así, según su artículo 373-2, inciso 1 de su Código Civil, el régimen posee una vocación general, más allá de la situación que, en concreto, origina su adopción, recibiendo aplicación por la sola separación de los padres, salvo en los casos de excepción previstos por el legislador.

6.3. Suecia

En este país sus mismas leyes internas establecen que ante un divorcio o separación podrán los padres ponerse de acuerdo para elegir el tipo de custodia compartida. Sin embargo, si en caso los jueces no lo creen pertinente, podrán dejar sin efecto dicho acuerdo. Solo cuando un progenitor este impedido por cualquier causa, el otro podrá tomar decisiones unilaterales de carácter urgente. En los demás casos en donde haya o exista un desacuerdo entre progenitores, necesitará la aprobación de la autoridad de bienestar social, más no de la autoridad judicial.

La custodia compartida y su forma de reparto de tiempos de cuidado de los hijos debe ser comunicada a la Agencia Tributaria del Gobierno sueco, a fin de poder aplicar las deducciones por hijo en la misma proporción que cada progenitor tiene atribuidos los tiempos de cuidado del hijo. La custodia compartida alterna es la forma más común de vivir que poseen los niños de padres divorciados en Suecia, aunque ello no signifique que estén la mitad del tiempo con cada progenitor. Empero, ello se da en la mayoría de los casos.

Este sistema legal de custodia de los niños en este país ha traído consigo que apenas se produzcan juicios por la lucha por la custodia, lo cual es considerado como algo muy beneficioso, este hace que en caso de que el progenitor que pretenda la custodia en razón individual, deberá justificar y probar ante un Tribunal de Justicia que el otro progenitor no es idóneo, y si no lo logra, deber pagar todos los costes judiciales del Estado y de las partes, que son reclamados por la agencia tributaria al litigante. Con este tipo de sistema, se evita judicializar la vida de los niños y también el de las familias en conflicto, se evita procesos tediosos y largos y se logra que acudan a los servicios sociales para resolver sus problemas, es decir, que acudan a la mediación para lograr un acuerdo razonable de custodia compartida, que sea aceptable para bienestar social.

7. Tenencia compartida en el Perú

7.1. Regulación

Según el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, en un primer momento el Estado peruano solo otorgaba la tenencia monoparental, otorgando la tenencia de los menores solo a uno de los progenitores, para que conviva y vele por el desarrollo integral de sus hijos. Al otro progenitor que no tenía la tenencia se le otorgaba un régimen de visitas para que no pierda el vínculo con sus hijos.

La figura de tenencia compartida fue regulada primero en Perú por la Ley N. 29269 publicada en octubre del 2008, modificando los artículos 81 y 84 del código del niño y adolescente:

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia lo resuelve el juez especializado, estableciendo medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo otorgar la tenencia compartida, garantizando en todo momento el interés superior del niño o adolescente. (Congreso de la República del Perú, 2008)

Esta modificación introducía la figura de tenencia compartida, ampliándose la tenencia, brindando derechos y obligaciones a los padres sobre la educación y cuidado de sus hijos pese a estar separados. Sin embargo, se consideró que no estaba debidamente reglamentada, ya que no contaba con factores o criterios preestablecidos con los que los jueces de Familia deberían tener en cuenta al momento de otorgar tenencia compartida, quedando solo al criterio del juez, al momento de decidir sobre casos de tenencia compartida.

En la actualidad, la figura de la tenencia compartida se encuentra regulada bajo la Ley N. 31590 que fue aprobada el 26 de octubre. La norma fue publicada en el Boletín de Normas Legales del Diario Oficial *El Peruano*, y modifica los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, bajo el principio del interés superior de los menores. Previo a esto fue que el 13 de octubre el Pleno del Congreso aprobó, vía insistencia, con 68 votos a favor, 28 en contra y 18 abstenciones la autógrafa, observada por el Poder Ejecutivo, que regula la tenencia compartida. En el siguiente punto se establecerá las modificaciones que trajo consigo esta nueva ley.

7.1.1. *Modificaciones de la nueva ley de tenencia compartida ley N. 31590*

Las modificaciones que establece la nueva ley son muy notorias e incluso a diferencia de la primera ley, esta modifica 4 artículos del Código en los que estos quedan establecidos de la siguiente manera:

- Artículo 81: Dicho artículo precisa que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los menores será asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para los hijos. “Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial”. De no existir acuerdo, el juez especializado deberá otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor.
- Artículo 82: Este artículo refiere que, cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado. Para la variación, el juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, y que haya realizado las siguientes conductas:
 - Dañar o destruir la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma continua, permanente o sistemática.
 - No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre.
 - No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los menores.

En caso de que uno de los progenitores esté imposibilitado de tener contacto físico con el menor, el juez debe disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental siempre que no perjudique el principio de interés superior del niño. El juez ordenará, con la asesoría de un equipo multidisciplinario, que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente. Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del niño, niña o adolescente, el juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

- Artículo 83: Según este artículo, el padre o la madre que desee determinar la forma de la tenencia compartida o exclusiva de manera judicial interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, que el juez deberá resolver en un plazo máximo de 30 días calendario de presentada dicha solicitud.

- a. Artículo 84: En caso de disponer la tenencia compartida, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente:
 - El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores
 - Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo.
 - La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma.
 - El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna.
 - Las vacaciones del hijo y progenitores.
 - Las fechas importantes en la vida del menor.
 - La edad y opinión del hijo.

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

7.2. Importancia del interés superior del menor para determinar una tenencia compartida

En los procesos de tenencia es de suma importancia, es decir, es primordial que se resguarde el interés superior del niño, niña o adolescente. Como nos dice O'Donnell (2004), el interés superior del menor es “todo aquello que favorece a su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad” (p. 19). Este autor, además, hace énfasis en lo estipulado por la declaración de los derechos del niño, todo niño o adolescente al señalar que

... gozarán de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo aquello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse

física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. (2004, p. 19)

Así como en lo señalado por La convención sobre los Derechos del Niño “el interés deberá ser observado por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” (1990).

El velar por el interés superior del menor supone el desarrollo integral, físico y psíquico, lo cual permite que el menor goce de sus derechos inalienables e irrenunciables de vestimenta, alimentación, salud, vivienda, recreación, educación y otros que permitan su libre desarrollo integral.

En ese sentido, los jueces de familia deben tener como directriz, en los procesos de Tenencia compartida y en todos los procesos en general que intervengan o involucren a menores de edad, al Principio del Interés superior del niño y adolescente; resolviendo según lo que resulta ser más favorable para ese menor.

7.3. Complejidad de los casos para establecer una tenencia compartida

Es menester entender que la complejidad de cada caso en concreto en este tema es de mucha importancia partiendo de que, este debe ser un factor que influya en la decisión de establecer una tenencia compartida.

Después de haber visto la importancia del interés superior del menor en el acápite anterior, claro está que no es un punto que se encuentre en discusión y que debe primar ante cualquier situación, es decir, que aun cuando el caso sea simple o el más complejo que se pueda presentar este seguirá siendo el punto de partida.

Si bien la nueva ley de tenencia compartida suple de cierta manera los vacíos que presentaba la declarada anterior a esta con respecto de la aplicación de esta figura, no podemos dejar en segundo plano el grado de complejidad de los casos. Por complejidad nos referimos a que cada caso es generalmente distinto, de tal manera que lo que al juez le pueda parecer bien para un caso “a” no es necesariamente lo mismo que deba aplicar a un caso “b”, ya que entran a batallar aquí contextos familiares diferentes, pero lo más primordial son los niños, niñas y adolescentes que se encuentren de por medio y no es un secreto que como cualquiera, cada uno de ellos tienen emociones distintas, cada uno asimila y afronta las cosas de distinta manera.

No es lo mismo, por ejemplo, que se establezca una tenencia compartida para un menor que fue criado en un hogar dulce, en donde a pesar de las diferencias de sus padres el término o separación de los mismos fue buena, sin problemas; que de lo contrario establecer este tipo de figura jurídica para un niño que se crió en un ambiente de violencia, de caos. Son realidades totalmente distintas, las cuales deben ser tratadas y examinadas minuciosamente, ya que se tiene de por medio al menor que, recalándolo una vez más, es a quien se busca proteger en interés.

7.4. Análisis según doctrina

Para poder analizar un poco mejor la figura de la tenencia compartida, no podemos restarles importancia a las opiniones de algunos profesionales en el ámbito del derecho, y de personas que se encuentran familiarizadas con el tema del trabajo.

Es así que, en opinión de Varsi (2020),

La Tenencia Compartida “es una novedosa institución del Derecho de Familia aplicada en el sistema anglosajón mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica de esta institución es que ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la Patria Potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola a través de la coparentalidad o, como también se le conoce, guarda compartida. (p. 335)

Varsi hace hincapié en el hecho de que ambos padres deberán de participar de la vida y desarrollo del menor, es decir, ambos tienen que estar presentes.

Otra opinión a favor acerca de esta figura es la de García (2015) quién hace hincapié en lo que señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18.^a de 20 febrero, que los beneficios de la custodia compartida radican en que

a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática. (p. 14)

Al igual que el primer autor, se hace clara referencia al hecho de la presencia de ambos padres, pero aquí se habla ya además de un aspecto que resulta significativo y es cuando este refiere a que esto haría que, ante una separación, el menor tenga una experiencia traumática. Podemos suponer con esto que se refiere a que el niño al no dejar de convivir con alguno de los padres podrá sobrellevar la situación de una manera menos pesada hablando de su lado emocional.

Quintanilla (2018) establece algunas ventajas de la tenencia compartida: ambos progenitores son importantes y su participación es igualitaria, ya que el tiempo de convivencia con ambos es similar, además de estar cada uno implicado en la crianza de sus hijos. Sobre el disfrute igualitario del tiempo, existen cambios, pero la manera habitual se mantiene, pudiendo los hijos gozar de la convivencia simultánea con sus padres. Se mantiene el vínculo afectivo con cada progenitor, por lo cual, aporta mayor autoestima y confianza en el menor ya que la relación padre-hijo se sigue fortaleciendo. Hay una mayor comprensión sobre lo que sucede con los hijos, puesto que al existir un trabajo en equipo no se cuestiona la aptitud de ninguno de los progenitores, porque ambos padres tendrán la posibilidad de desempeñar su rol en simultáneo. Se comparten las responsabilidades entre progenitores, no es necesario que ambos tengan la misma disponibilidad de ganancia, pues solo se propicia la manera equitativa de asumir roles y coordinaciones para solventar el desarrollo de los hijos. Las confrontaciones por la tenencia de los hijos no existirían, ya que, al haber mayor comunicación y respeto se disminuye los litigios postseparación.

Este mismo autor señala como algunos inconvenientes de la tenencia compartida a las nuevas reglas y horarios que dificultarán la adaptación, por lo cual, se deberá crear estabilidad y evitar mayor confusión en los menores con prácticas habituales similares en cada hogar. Diferencias culturales, axiológicas, de usos y costumbres opuestos, que puede generar en los hijos una personalidad dual, pudiendo afectar el equilibrio emocional de cada hijo. Mayores gastos, ya que, ello implica que se deba alistar un ambiente adecuado para los hijos en cada vivienda, con todos los costos que genere su implementación y mantenimiento. Espacio geográfico de cada progenitor, para que se pueda dar la tenencia compartida de una manera más llevadera, con una sencilla adaptación de los hijos a la nueva convivencia, lo ideal es que, los padres vivan en la misma localidad relativamente cerca.

Como otra opinión contraría respecto de la figura en cuestión, Gusi (2022) señala que las desventajas de la custodia compartida radicarían en que se obliga a ambos progenitores a vivir en la misma localidad o relativamente cerca. De lo contrario, será muy complicado que puedan desplazarse cada poco tiempo para hacerse cargo de sus hijos. En el caso de niños muy pequeños, los progenitores deben ponerse de acuerdo con

los horarios para que el pequeño no vea alteradas sus rutinas habituales. Si con mamá va a fútbol dos días en semana, con papá debe ser igual. Y lo mismo con la hora de la cena o rutinas como estudiar a diario o leer antes de dormir. Exige una comunicación más constante con la expareja para estar al tanto del día a día de los niños y llegar a acuerdos para poder ver a los niños cuando están bajo la custodia del otro. Puede dificultar que los progenitores rehagan su vida sentimental si la nueva pareja no acepta la situación o resulta complicado apartarse de la nueva familia la mitad del tiempo.

Como podemos ver, hay opiniones contrarias y esto no es solo de ahora. Más bien, esta figura viene dando mucho que hablar desde tiempo atrás, y es que es relevante mencionar que el hecho mismo de la aprobación de la nueva ley ha traído también más opiniones compartidas tanto por la misma figura jurídica como tal como por la forma en que se dio la aprobación de la ley que la establece.

En un comentario más equilibrado, Rodríguez (2022) menciona lo siguiente:

La custodia compartida debe ser el modelo preferente, siempre y cuando se den los condicionantes adecuados para que verdaderamente sea positiva para los niños. Acordar de manera automática la custodia compartida, sin evaluar detenidamente el contexto familiar podría acarrear consecuencias negativas en su puesta en marcha.

Si bien este autor reconoce la figura como modelo preferente, también es claro que debe estar condicionado a lo que busque el bienestar del menor.

7.5. Opinión de algunos expertos en el tema

Este tema sigue trayendo consigo muchas controversias, por lo que nos resulta relevante tener en cuenta lo que nos dicen algunos expertos peruanos en la materia desde el punto de vista jurídico, dándonos una aproximación de su misma aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

Tenemos así lo dicho por Rentería Durand, presidenta de la Comisión del Niño y el Adolescente del Colegio de Abogados de Lima y ex jueza de familia, quien lo recalcó en una entrevista:

Va a ser difícil aplicar la norma. Es una norma impuesta en relación a la tenencia compartida, porque hay papás que señalan que no han podido tener un régimen de visita adecuado, etcétera, que a veces les han dado una hora o a veces también

el fundamento de esta norma es que hay muchos papás que dicen que los han considerado como extraños.

Esta norma no tiene en cuenta la Convención de los Derechos del Niño. En el artículo noveno dice claramente si es que se sucede la separación de los padres el juez decidirá el lugar de residencia del niño. Entonces no significa que el niño va a ir con mochila de aquí para allá o van a tomarse las decisiones de manera arbitraria. (Va a ser difícil aplicar ley que dispone tenencia, 2022)

Señaló, además, que se le está imponiendo al juez y se está limitando la función jurisdiccional.

Se le está diciendo al juez usted debe dictar la tenencia compartida, ni siquiera es como en otras legislaciones. Por ejemplo, ayer el día de ayer en Canal N una de las personas decía a mí no me dieron un buen régimen de visita la juez de Huancayo. Sí, pero a lo mejor la juez de Huancayo no evaluó adecuadamente las cosas, pero no por eso vamos a pasar al otro extremo en que no toma en cuenta cuál es la realidad de los niños. (Va a ser difícil aplicar ley que dispone tenencia, 2022)

Ha comentado también sobre el tema la jueza superior titular en la Corte de Justicia de Lima, Patricia Beltrán Pacheco, durante una entrevista con RPP Noticias, en la que fue clara en sus argumentos:

Esta ley es de suma importancia, es verdad ha traído sus bemoles algunos a favor otros en contra, se ha querido establecer el interés superior del niño como eje principal, más considero que debería enfocarse en el desarrollo integral de los niños y niñas. (RPP Noticias, 2022, 01:50-02:03)

El problema está que la norma ha establecido que es un deber del juez establecer la tenencia compartida y después, abrir la puerta en caso esto no sea posible a la tenencia exclusiva, dando un régimen de visitas, de lo cual el término yo creo ya debe ser cambiado, es un tiempo mínimo de convivencia del otro progenitor o progenitora a favor de los niños y niñas, y por qué digo que ahí está el principal error porque cada caso es estudiado y como jueza te lo digo los jueces y juezas de familia que conocemos estos casos a nivel nacional tenemos que ver cada caso y enfocar cada problemática sobre todo impulsando una adecuada comunicación entre los padres. (2022, 02:04-02:49)

No era necesario una ley porque ya tenemos reiteradas jurisprudencias, ... Implica que algunas veces en los hijos e hijas haya una inestabilidad emocional porque son ellos los que tienes que moverse un 50% es como si estuviéramos desconociendo el enfoque de ellos también son personas sujetas de derecho con capacidad de determinar sus actividades a una cierta edad. (2022, 03:04-03:50)

Considero que hay que realizar unos ajustes... (2022, 03:52-04:32)

En ambas entrevistas las mencionadas especialistas se refieren a su experiencia como jueces en estos temas y las cuestiones que deberían tomarse en cuenta para tomar una decisión. Lo que nos quieren dar a entender, en nuestra opinión, es que claramente cada caso en concreto tiene contextos realmente diferentes. Como se menciona, cada problemática es distinta. Además, desde una perspectiva de cierta limitación al juez, es claro a dónde quieren llegar con ello, pues la norma establece como primera opción a la tenencia. Podemos darnos cuenta entonces que debió tratarse mejor ese aspecto, de manera que no resulte limitante para el juez y, si bien se habla de que no la aplicarán en casos que sea imposible, recalquemos aquí al hecho de haberle podido dar un mejor sentido a la norma en sí, pues sabido es que la aplicación de una norma muchas veces no resulta como se espera. Por lo tanto, en esta norma como tal, haciendo hincapié en lo que refiere la jueza superior, lo más conveniente sería hacer ajustes, de manera también que no se pierda el enfoque de los menores como sujetos de derecho. Por todo ello, sobre el tema en cuestión, podríamos incluso decir que aún falta perfeccionar la norma.

7.6. Conveniencia a establecer la tenencia compartida para el desarrollo del niño, niña y adolescente

Podemos hablar de una conveniencia de establecer la tenencia compartida para el desarrollo del menor que deberá ante todo velar por el interés del mismo. Esto dependerá de cada caso en concreto, puesto que no se puede establecer como una regla general para todos los casos por igual, ya que cada familia y cada integrante de la familia son totalmente diferentes en todo aspecto.

Si bien la nueva Ley de tenencia compartida N. 31590 modifica la anterior Ley N. 29269, aún hay muchas cosas que mejorar en su aplicación, es una figura que aún seguirá dando que hablar en varios sentidos. Se debe tener muy claro que el establecer una tenencia compartida para el desarrollo del niño, niña y adolescente implica o debe implicar que esa tenencia contribuirá a que dicho desarrollo se dé en la mejor manera

posible, y en todas las circunstancias posibles. Por ningún motivo se puede poner los intereses de los progenitores por encima de los del menor.

La custodia compartida debe significar que ambos progenitores están dispuestos a compartir las responsabilidades de la crianza, la educación y a anteponer el bienestar y los intereses de los menores por encima de los propios deseos de venganza, rabia o cualquier otro tipo emoción negativa que haya sido causada por la separación. Esto se debe a que las relaciones conflictivas entre los progenitores pueden tener consecuencias negativas en el desarrollo emocional, social, cognitivo incluso académico del menor. Imponer una Custodia Compartida a exparejas que tengan relaciones conflictivas, agrava las consecuencias, afectando el desarrollo de los y las menores.

8. Conclusiones

Después de ver los acápites anteriores entendemos que la tenencia compartida es una figura que busca hacer a ambos padres partícipes del desarrollo en general de la vida del menor. Y aunque mucho se ha hablado de que se buscaba una igualdad que fue en principio mal entendida, de que cada padre debía pasar la misma cantidad de tiempo, es decir, un 50% cada uno con el menor, lo que se puede deducir es más bien que ambos cumplan sus responsabilidades por igual, que el menor comparta tanto con uno como con el otro sin diferencia.

Se debería tener claro que la tenencia compartida depende de la situación, es decir, una evaluación desde una perspectiva “caso a caso”, para tomar una decisión sobre la custodia en beneficio de los menores implicados, teniendo en cuenta todos los aspectos que puedan causar algún tipo de daño al menor en cuestión. Así, una custodia compartida será considerada como solución en la medida que después de haber evaluado minuciosamente todos los factores hayan llevado a esa conclusión. De lo contrario, solo sería un problema que afectará directamente al menor, causándole daños a su correcto desarrollo.

La limitación que esta nueva ley le causa al juez encargado de este tipo de casos, es un tema que todavía debe mejorarse, es decir, se debe buscar ajustar la norma. Incluso en el enfoque que se da al menor y no dejando de lado que los menores son sujetos de derechos. Por ende, en todo el sentido de la palabra deben ser considerados y respetados, ya que también está de por medio su desarrollo integral, teniendo presente lo que al respecto acotaron algunos expertos en el tema.

Si bien en otros países como los abordados en este artículo, esta figura ha influido beneficiosamente, evitando de cierto modo que se den juicios por custodia, es también lo que se debe buscar en nuestro país. No obstante, ello implicaría darle un mejor tratamiento,

y una aplicación que cause confianza en la población y no genere incertidumbre, de manera que ya esta no se convierta en problema en ningún tipo de caso y, por el contrario, sea una solución en todo el sentido de la palabra. Solo así se podrá proteger y salvaguardar el interés superior de nuestros niños, niñas y adolescentes. Esta tarea dependerá mucho del trabajo conjunto, tanto de los progenitores que deben poner en primer lugar a sus hijos, como de los jueces al velar por los menores y tomar la decisión más adecuada para ellos.

Referencias

- Canales, C. (2014). *Patria Potestad y Tenencia, nuevos criterios*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Código de los Niños y Adolescentes. (s. f.). Gob.pe. https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/Codigo_Ninos_Adolescentes.pdf
- Cabanellas, G. (2005). *Diccionario Jurídico*. Editorial Heliasta.
- Declaración de los Derechos del Niño y Adolescente. (1959). http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/cpeti/marco_normatico/DECLARACION_DERECHOS_NINO.pdf
- Fuentes, O. C. (2015, 03 de noviembre). Sobre las bondades de la custodia compartida. *El Blog de Oscar Cano*. <https://www.oscar-cano.com/sobre-las-bondades-de-la-custodia-compartida/>
- García Gómez, V. (2015). Estudio sobre la custodia compartida. *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, (1), 14.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (s. f.). *Agencia Oficial del Boletín del Estado*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>
- O'Donnell, D. (2004). La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia. [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F9DF672E706E0CC505257460007E6F98/\\$FILE/ProteccionIntegralO'Donnell.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F9DF672E706E0CC505257460007E6F98/$FILE/ProteccionIntegralO'Donnell.pdf)
- Pros y contras de la custodia compartida. (s. f.). Ifiseducacion.com. <https://www.ifiseducacion.com/blog/pros-y-contras-de-la-custodia-compartida/>
- Quintanilla, A (2018). Custodia compartida. *Web consultas revista de salud y bienestar*. <https://www.webconsultas.com/bebes-y-ninos/psicologia-infantil/ventajas-de-lacustodia-compartida-e-inconvenientes>

- Rodríguez, D. (2022, 26 de agosto). Custodia compartida: ventajas e inconvenientes. *Economist & Jurist*. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/custodia-compartida-ventajas-e-inconvenientes/>
- RPP Noticias. (2022, 12 de noviembre). *Tenencia compartida: ¿Realmente vela por el interés de los niños?* [Video]. *YouTube* <https://www.youtube.com/watch?v=s9WRxSt-DII>
- Va a ser difícil aplicar ley que dispone tenencia compartida de hijos de padres separados. (2022, 30 de octubre). RCR Perú. <https://www.rcrperu.com/va-a-ser-dificil-aplicar-ley-que-dispone-tenencia-compartida-de-hijos-de-padres-separados/>
- Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Editora Jurídica Griley.