

# La Tenencia Compartida en Perú: análisis de sus efectos sobre el Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente

Shared Tenancy in Peru: analysis of its effects on the Principle of Best Interest of the Child and Adolescent

**Dora Carmela Ampuero Barrantes<sup>\*,1,2</sup>**

Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima, Perú)  
abarrantesdora@uss.edu.pe  
<https://orcid.org/0009-0002-8150-4093>

Recibido: 22/03/2024  
Aprobado: 10/06/2024  
Publicación online: 05/07/2024

**Elián Yulai Bracamonte Alejandría<sup>1,2</sup>**

Universidad Señor de Sipán (Lambayeque, Perú)  
balejandriae@uss.edu.pe  
<https://orcid.org/0009-0003-7197-0696>

\*Autor corresponsal  
<sup>1</sup>Abogada(o).  
<sup>2</sup>Maestrante en Derecho Civil y Procesal Civil.

**Grecia Brigitte Córdova Guerrero<sup>1,2</sup>**

Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza (Amazonas, Perú)  
cguerrerogrecia@uss.edu.pe  
<https://orcid.org/0009-0008-5810-2639>

**Greysi Rafael Vasquez<sup>1,2</sup>**

Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza (Amazonas, Perú)  
greysirafaelvasquez@gmail.com  
<https://orcid.org/0009-0006-1156-2211>

**Marco Antonio Rodríguez Durand<sup>1,2</sup>**

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)  
marodriguezdurand@gmail.com  
<https://orcid.org/0009-0005-6988-7580>



## Cómo citar este trabajo

Ampuero Barrantes, D. C., Bracamonte Alejandría, E. Y., Córdova Guerrero, G. B., Rafael Vasquez, G. y Rodríguez Durand, M.A. (2024). La Tenencia Compartida en Perú: análisis de sus efectos sobre el Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 81-97. <https://doi.org/10.61542/rjch.73>

## RESUMEN

El artículo examina la reciente regulación de la tenencia compartida en Perú y su impacto en el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente. Se tienen en cuenta otros estudios realizados desde el derecho comparado. Se analizan las ventajas y desventajas de esta regulación en el desarrollo del menor, considerando los cambios introducidos por la nueva legislación. Se utiliza el método jurídico comparado basado en una revisión de la bibliografía desde un análisis documental en el que se revisan expedientes judiciales relacionados con la tenencia compartida en Perú. Se valora la influencia de los cambios normativos en la garantía del interés superior del menor. Se evalúan criterios que determinan la efectividad y posibles impactos de la tenencia compartida en las familias que la adoptan.

**Palabras clave:** Tenencia Compartida, Interés Superior del Niño, Alienación parental, Tenencia exclusiva, Régimen de visitas.

## ABSTRACT

*The article examines the recent regulation of shared possession in Peru and its impact on the Principle of the Best Interest of the Child and Adolescent. Other studies carried out from comparative law are taken into account. The advantages and disadvantages of this regulation in the development of the minor are analyzed, considering the changes introduced by the new legislation. The comparative legal method is used based on a review of the bibliography from a documentary analysis in which judicial files related to shared ownership in Peru are reviewed. The influence of regulatory changes in guaranteeing the best interests of the minor is assessed. Criteria that determine the effectiveness and possible impacts of shared ownership on the families that adopt it are evaluated.*

**Keywords:** Shared Custody, Best Interest of the Child, Parental alienation, Sole custody, Visitation schedule.

## Introducción

Los conflictos derivados de la separación matrimonial han generado disputas sobre la custodia de los hijos, llevando estos conflictos a los tribunales para decidir qué progenitor ejercerá la custodia. La promulgación de la Ley N.º 31590 en el 2022 modificó los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, estableciendo la tenencia compartida como regla general en los procesos de tenencia.

En los últimos años, la regulación de la tenencia compartida ha emergido como un tema central en el ámbito del derecho de familia en Perú. Esta modalidad, que busca equilibrar la responsabilidad parental y fomentar una mayor participación de ambos progenitores en la vida del menor, ha sido objeto de intensos debates y diversas interpretaciones. La reciente legislación sobre la tenencia compartida en Perú introduce cambios significativos en cómo se entiende y se practica la custodia de los menores, situando al Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente como el eje principal de estas transformaciones. Este principio rector, fundamental en la protección de

los derechos de los menores, busca garantizar que todas las decisiones y actuaciones que les afecten se realicen teniendo en cuenta su bienestar y desarrollo integral.

El propósito de este artículo es examinar de manera crítica y exhaustiva la nueva regulación de la tenencia compartida en Perú y su impacto en el mencionado principio. Para lograrlo, se ha adoptado una perspectiva comparativa, considerando estudios y experiencias de otros países que han implementado políticas similares. Esta comparación no solo enriquece el análisis, sino que también permite situar la experiencia peruana en un marco más amplio y obtener una visión más completa y matizada sobre las ventajas y desventajas de la tenencia compartida.

La implementación de esta regulación en Perú se produce en un contexto de reformas legales y sociales que buscan adaptarse a las nuevas dinámicas familiares y a las necesidades cambiantes de la sociedad. La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, ha experimentado transformaciones significativas en las últimas décadas, lo que ha llevado a la necesidad de actualizar las normativas que la regulan. En este sentido, la tenencia compartida surge como una respuesta a la creciente demanda de equidad y corresponsabilidad en el cuidado y crianza de los hijos. Sin embargo, esta modalidad no está exenta de controversias y desafíos, tanto en su aplicación práctica como en su aceptación social y cultural.

Para entender mejor estos cambios y su impacto, se han considerado estudios realizados desde el derecho comparado. La metodología empleada en este artículo se basa en una revisión exhaustiva de la bibliografía y un análisis documental de expedientes judiciales relacionados con la tenencia compartida en Perú. Este enfoque permite no solo evaluar la normativa actual, sino también analizar cómo se ha implementado en la práctica y cuáles han sido sus resultados concretos en la vida de los menores y sus familias.

El análisis de las ventajas y desventajas de la tenencia compartida se centra en cómo esta modalidad puede influir en el desarrollo integral del menor. La legislación reciente introduce cambios significativos que pueden tener repercusiones profundas en la vida de los niños y adolescentes involucrados. Entre las ventajas, se destacan la posibilidad de una mayor implicación de ambos padres en la vida cotidiana del menor, lo que puede contribuir a un desarrollo más equilibrado y a una relación más estrecha con ambos progenitores. Además, la tenencia compartida puede reducir el conflicto entre los padres al establecer un marco más claro y equitativo para la custodia y el cuidado de los hijos.

No obstante, también existen desventajas y desafíos asociados a la tenencia compartida. Uno de los principales es la necesidad de una cooperación y comunicación constante entre los padres, lo que puede ser difícil de lograr en situaciones de alto conflicto o donde existen diferencias irreconciliables. Asimismo, la tenencia compartida puede generar inestabilidad en la vida del menor

si no se maneja adecuadamente, especialmente en términos de cambios frecuentes de domicilio y ajustes a diferentes rutinas y entornos. Es crucial, por tanto, evaluar cuidadosamente cada caso para asegurar que esta modalidad realmente beneficie al menor y no se convierta en una fuente adicional de estrés o conflicto.

Este artículo emplea el método jurídico comparado, basado en una revisión exhaustiva de la bibliografía y un análisis de algunas sentencias relevantes relacionados con la tenencia compartida en Perú. Este enfoque permite no solo evaluar la normativa actual, sino también analizar cómo se ha implementado en la práctica y cuáles han sido sus resultados concretos en la vida de los menores y sus familias. Se busca valorar la influencia de los cambios normativos en la garantía del interés superior del menor, considerando tanto los aspectos positivos como los desafíos que presenta esta regulación.

Asimismo, se evalúan los criterios que determinan la efectividad y los posibles impactos de la tenencia compartida en las familias que la adoptan. Esta evaluación es crucial para comprender si la legislación vigente realmente favorece el bienestar y desarrollo de los menores, y qué ajustes podrían ser necesarios para optimizar su implementación en el contexto peruano. La revisión de expedientes judiciales y la comparación con experiencias internacionales proporcionan una base sólida para esta evaluación, permitiendo identificar buenas prácticas y áreas de mejora.

En conclusión, el presente artículo aspira a contribuir al debate académico y jurídico sobre la tenencia compartida en Perú, proporcionando un análisis detallado y crítico que pueda servir de base para futuras investigaciones y reformas en la materia. La comprensión profunda de los impactos de la tenencia compartida en el interés superior del menor es esencial para desarrollar políticas y prácticas que realmente protejan y promuevan el bienestar de los niños y adolescentes en nuestro país.

## **Metodología**

La metodología empleada para este estudio implicó una revisión bibliográfica exhaustiva, considerando libros, revistas científicas, sitios web y demás fuentes de información relevante. Se busca delimitar la investigación de manera clara y precisa para responder a las necesidades del investigador y se organiza la información de manera sistemática para facilitar la comprensión y consulta por parte de otros investigadores. Se utiliza el método jurídico comparado fundamentado en Villabella Armengol (2018), marcado en el análisis y comparación de diferentes sistemas jurídicos para identificar similitudes, diferencias y posibles soluciones a problemas legales.

[84] Chornancap Revista Jurídica. Vol. 2 Núm. 1 (2024): 40° años del Código Civil peruano Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

## Revisión de la literatura

La tenencia compartida se reduce al ejercicio de la patria potestad de padres que por algún motivo se ha quebrantado el vínculo matrimonial o de convivencia, priorizando el derecho de los hijos menores en las relaciones con sus progenitores. Se estudia la mutabilidad de la tenencia compartida según el caso y se consideran factores como la proximidad entre los hogares de sus padres, la capacidad para establecer una comunicación efectiva. (Bravo Soto, 2023)

Desde una perspectiva histórica, el precedente más cercano de la tenencia compartida se remonta al sistema anglosajón, se tomó la primera decisión relevante al respecto. Posteriormente, esta práctica se expandió a países como Francia, Suecia y Canadá, estableciendo una amplia legislación en diecinueve estados de América del Norte. A nivel global, ha emergido como una tendencia consolidada el reconocimiento de la Tendencia o Guardia Compartida, siendo una elección madura de los padres después del divorcio. Esta tendencia ha demostrado ser beneficiosa para la convivencia entre padres e hijos, fomentando el crecimiento libre de los hijos en compañía de ambos progenitores. (Carrión Cornelio, 2020)

Ahora bien, respecto a la regulación de la Tenencia Compartida en países como España, Chile y Ecuador, tenemos lo siguiente:

En España, a través de la Ley N.º15, se incorporó esta figura jurídica, la cual fue bien recibida por la población; sin embargo, en los primeros años de su aplicación no se visualizaron resultados importantes, pues la sociedad, así como los especialistas de los juzgados, no estaban preparados para esta nueva regulación, además, la norma inició con lagunas, generando dificultad interpretativa y por ende problemas para su aplicación. Con el tiempo, las sentencias, expedidas sobre todo por el Tribunal Supremo, se convirtieron en un referente forzoso para conocer y abordar este tema en dicho país. (Avilés Hernández, 2021)

En Chile, a través de la Ley N.º20680, se modificó el Código Civil referente al cuidado personal del menor, incorporando el principio de Corresponsabilidad Parental, que eliminó el favoritismo de la progenitora y estableció el cuidado compartido; se definió este principio como aquel que sea cual fuere el trato que tengan los progenitores (convivencia o separación), estos deben participar sobre el crecimiento personal de sus hijos. El cuidado compartido solo resulta si hay acuerdo entre los padres, de lo contrario los hijos deben continuar en la protección del progenitor con quien estén viviendo; y, de estar frente a una custodia compartida, el Juez puede destinar dicha custodia a un solo progenitor si la situación y el bienestar del hijo lo requiere. (Truffello G., 2023)

En Ecuador, Cedeño Cobeña (2022) se refiere al régimen sobre tenencia compartida, respecto a ello señala que los padres gozan del mismo derecho, el cual se encuentra amparado en las normas internacionales y constitucionales. El objetivo principal es determinar si la igualdad de los progenitores se ve afectada si no se determina la “Tenencia Compartida”.

Por otro lado, hay autores que destacan la tenencia compartida como un beneficio para el menor, tal como se ve en la investigación realizada por Reyes Huallpa (2021) la cual tuvo como propósito principal, explorar los posibles impactos de la custodia simultánea en el crecimiento de los menores. El enfoque metodológico de la tesis se basó en el método cuantitativo a nivel básico, adoptando un enfoque deductivo y utilizando entrevistas como instrumento. Concluye que la tenencia compartida no genera ninguna afectación en el crecimiento de los menores.

Asimismo, Camino de Menchaca et al. (2023) refieren que de lo que se trata la “tenencia compartida” es que los progenitores tengan el mismo contacto y relación con los hijos, pues ante una separación de los padres, no puede verse afectado el menor, al contrario, debería concretarse aún más la relación paterno filial entre el progenitor y el hijo, como padres tienen el deber de velar por su salud mental y en lo que estos necesitan para obtenerla., evidenciándose así, conforme lo menciona Vivas Tesón (2012), una parte del derecho civil más humana, puesto que se reflejan emociones, deseos, convicciones, creencias, personalidades, entre padres, hijos, hermanos; y cuando estas relaciones armoniosas se alteran o destruyen por los mismos integrantes con conductas lesivas hacia el otro ser querido, se presenta la obligación de reparar los daños que se produce dentro del círculo familiar, aunado a ello el reproche social y moral. Con estas afirmaciones podemos destacar el quiebre de relaciones entre padres, las cuales influyen negativamente en el menor, el cual se ve afectado frente a un proceso de tenencia, esto es audiencias, evaluaciones psicológicas y socioeconómicas.

López (2019) detalla los aspectos legales y psicológicos de la tenencia compartida en situaciones de conflicto. La reforma estipula que ambos padres tendrán las mismas oportunidades para educar, asistir y cuidar a sus hijos, así como para ocuparse de su desarrollo social y psicológico. Además, ambos progenitores deberán prestar igual atención y cuidado durante el tiempo de custodia. Esta medida contribuirá a fortalecer los vínculos familiares, favoreciendo el desarrollo integral del menor.

También García (2020), con respecto al impacto psicológico que ocasiona al niño en la etapa de su desarrollo pudiendo ocasionar altos niveles de ansiedad y estrés que traen consigo problemas de Comportamiento al manifestar su angustia emocional a través de comportamientos disruptivos, agresividad, o retraimiento social.

Otros como, Hernández Sánchez (2022), aborda la importancia de implementar la figura del Coordinador Parental, dado que, si se aprueba la Nueva Ley, la Tenencia Compartida se convertiría en un requisito obligatorio y automático. No obstante, esta propuesta no considera adecuadamente el interés superior del menor ni aborda en profundidad temas cruciales como la violencia de género.

### **1. Regulación de la Tenencia Compartida en el Perú**

La figura de la tenencia constituye esencialmente un procedimiento que ofrece la oportunidad a los padres de convivir con sus menores hijos, con el propósito fundamental de salvaguardar conjuntamente el bienestar de los menores, permitiéndoles su desarrollo en la sociedad.

Según las observaciones de Canales Torres (2014), la tutela se configura como una institución cuyo propósito es confiar la responsabilidad del cuidado de los menores a uno de sus progenitores después de una separación efectiva. Esta decisión se toma considerando las circunstancias más apropiadas para los NNA y así asegurar su bienestar, priorizando el interés superior del niño. En consecuencia, si uno de los padres se ve excluido de la tutela, esta responsabilidad recaerá en el otro progenitor.

En la legislación peruana, se destacan las modificaciones legislativas, primero con la Ley N.º29269 en el 2018 y luego con la Ley N.º31590 en el 2022. La última ley convierte la tenencia compartida en la regla general, otorgando al magistrado la discrecionalidad de excepcionalmente conceder la tenencia exclusiva en situaciones particulares. Se analizan las motivaciones legislativas para este cambio y se examinan las condiciones y criterios establecidos para garantizar el interés superior del niño.

Se advierte un progreso significativo en relación con la regulación de la tenencia compartida, modificando de manera fundamental su enfoque al priorizar su aplicación como la opción preferente y, en circunstancias excepcionales, contemplar la concesión de la tenencia exclusiva. La existencia de un acuerdo extrajudicial entre ambos progenitores garantiza el éxito de la tenencia compartida, y en muchos casos, se concluye que la custodia de uno de los progenitores, combinada con un régimen de visitas adecuado, se presenta como la solución más adecuada para la tranquilidad emocional del niño y el adolescente. (Torres Morales, 2023)

Con la nueva norma (Ley N.º 31590) se verifica que la tenencia compartida no podrá ser ejercida si el hijo se ve perjudicado por esta situación; sin embargo, tal situación tiene que ser probada ante el sistema judicial, de no ser así y sin un pronunciamiento de fondo, la tenencia compartida seguirá rigiendo en el Perú. Ante esta nueva regulación, la Defensa Pública y el

Ministerio de la Mujer, estuvieron en total desacuerdo, pues son de la opinión que para establecer la tenencia compartida debe evaluarse cada caso familiar. (León, 2022)

El padre siempre pretenderá una custodia compartida, manifestando su derecho a pasar tiempo con sus hijos, el mismo que pasa con la madre, es decir en igualdad de condiciones, sin detenerse a pensar si esta es una figura que funcionará en su hogar. Tal como lo precisa el doctor Benjamín Aguilar, la situación de los progenitores generalmente son muy distintas, empezando por la situación económica, pues en algunos casos puede la madre tener mayores comodidades que el padre o viceversa.

El régimen de la tenencia compartida puede traer desventajas, las que van a afectar al menor, entre ellas tenemos:

- a) Si los progenitores residen en lugares alejados el uno del otro, les corresponde tener al menor, tres días y medio cada uno, siendo así, el menor se encontraría viajando todas las semanas, llevando consigo sus cuadernos, libros, ropa, etc. ¿Sería esta situación positiva para el menor?
- b) Sobre las reglas de conducta a las que debe regirse el menor, pues cada padre tendrá sus reglas en su casa, debiendo el menor adecuarse a las reglas de su papá cuando le corresponda quedarse con él, y a las reglas de su mamá cuando se encuentre con ella. Debe respecto a las reglas de conducta. En ese sentido, el niño entraría en confusión, por las diferentes conductas que deberá asumir en el hogar de cada uno de los progenitores, concluyendo así que esta forma de vivencia no favorece a su desarrollo, pues debería existir un acuerdo entre los padres a fin de establecer las mismas reglas, las cuales deben ser beneficiosas para el menor.
- c) Otro punto a considerar es la ausencia de uno de los progenitores en el día a día del NNA, para posteriormente exigir una custodia en igualdad de condiciones, de darse la razón a dicho progenitor, se estaría exponiendo al NNA a vivir con un individuo que desconoce, lo que podría generar en él un problema psicológico.

En estos casos el juez juega un papel muy importante, pues tendrá que aplicar este régimen teniendo como prioridad garantizar el “Interés Superior del Menor”, pues emitir una decisión incorrecta podría afectar la integridad del menor. Este principio, tiene como fin objetivo proteger que los menores tengan un normal desarrollo de su niñez y sobre todo tengan una vida digna, situación que debe ser tutelado por el estado, por tanto, el juez debe analizar este principio, propiciando aspecto más beneficio para el menor y sobre todo que prevalezcan el derecho del menor, como principio fundamental en los procesos de tenencia. (Torres Morales (2023); Bravo Soto (2023))



## **2. Interés Superior del Niño y Adolescente y su implicancia en la Tenencia Compartida**

Los derechos de los menores están protegidos por el interés superior del menor como un dispositivo internacional, mismo que se usa para limitar que se produzca situaciones de arbitrariedad que pueda darse en cualquier proceso que los involucre, pues es un principio rector de sus derechos garantizado por el Estado, por lo que, la decisión o fallo judicial debe tener como fin asegurar satisfacer absolutamente los intereses del menor para proteger su integridad. (Chambi Chambilla & Agüero Valencia, 2023)

En Ecuador, Quevedo-Sacoto et al. (2020) señalan que la problemática de la tenencia compartida, considerando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, requiere equilibrar las responsabilidades de ambos padres en cuanto a la guarda y el cuidado de sus hijos. Proponen un modelo de ejercicio conjunto de la patria potestad que otorgue iguales obligaciones y derechos a ambos progenitores en relación con la educación y el desarrollo de sus hijos.

Asimismo, Torres Morales (2023) refiere que, el “Principio del Interés Superior del Niño”, en el presente tema, se basa respecto al “desarrollo integral del niño y del adolescente en el seno de una familia en la que se encuentre: amor, comprensión y felicidad, es decir, se trata de buscar el bienestar integral del menor”. Al respecto, De Torres Perea (2021), refiere que se debe tener presente tres aspectos o factores que son condición para dar la tenencia compartida, los cuales son la igualdad de género, el interés superior del niño y la violencia de género; además, aborda la situación en la que no existe armonía entre los padres y si ha existido alguna denuncia ya sea de índole psicológico o físico. El enfoque del autor es relevante y se ajusta a la discusión sobre la tenencia compartida y su vinculación con el interés de igualdad de género y el bienestar del niño.

Finalmente, indica que esto no se trata de una cuestión jurídica, por lo tanto, no puede ser evaluada bajo esos criterios, considerando que se debe valorar el aspecto psicológico y sociológico de los progenitores, llegando a la conclusión que, ante ello, para otorgar la custodia del menor a ambos progenitores, se debe preferir el interés superior del niño. Por tanto, resulta de suma importancia que al momento de determinar la tenencia compartida se señalen o instituyan criterios o reglas que no perjudiquen al menor, si bien es cierto, es importante que el menor crezca junto a sus dos padres, primero debe evaluarse las situaciones a las cuales pueden ser expuestos los menores al establecerse que conviva con ambos progenitores separados y con realidades distintas, lo cual puede afectar al menor.

Por otro lado, la Casación N.º 3767-2015-Cusco, precisa sobre la necesidad de una buena relación entre los progenitores del menor, a fin de poder cumplir con lo que se resuelve

jurisdiccionalmente; del estudio de autos se tiene que ambos padres tienen problemas interpersonales no solucionados, dificultando que la tenencia compartida se dé correctamente; también tenemos la importancia de recurrir a las evaluaciones por especialistas y la manifestación del menor, todo ello en cuanto es beneficioso para el menor que ambos progenitores se encuentren presente en cada etapa de su crianza, fortaleciendo lazos fuertes con ambos, en la casación analizada se tiene que se resolvió fundada en parte la solicitud del progenitor, a fin de que el menor no sufra algún impacto psicológico negativo.

Así pues, en La Libertad, en un caso de tenencia, al solicitarse la guarda y custodia exclusiva de su hijo menor, el magistrado previa valoración de las evaluaciones psicológicas, socioeconómicas, practicadas por el equipo multidisciplinario, desestimó esta solicitud declarando infundada la demanda interpuesta por la demandante, regulando la supervisión al régimen de visitas, y que la comunicación fuera progresiva, con lo demás que contiene en dicha sentencia, se puede dilucidar que se tomó en cuenta el bienestar de la menor, quien debe tener una relación plena y buena con ambos padres, priorizando y dando énfasis al interés superior del niño.

La nueva reforma, trae consigo aspectos que están lejanos a la realidad de las familias en el Perú y su aplicación generará aspectos negativos, principalmente en su aplicación, por cuanto la norma prescribe que el menor debe pasar igual tiempo con ambos progenitores, no obstante, eso no es factible en una sociedad como la nuestra, pues causara aspectos negativos en la toma conjunta de las decisiones que deban tomar respecto del hijo; estas reglas son de difícil aplicación y conllevará a un conflicto familiar permanente. (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2022)

En la Casación N.º 2309-2015 –Lima Sur “Principio del Interés Superior del Niño, en los Casos de Tenencia de Menor”, en su fundamento 4.9, establece que para dilucidar los casos de tenencia se debe priorizar el interés superior del menor, tomando como criterios rectores su bienestar integral y el respeto a los derechos que este tiene reconocidos, con concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, quienes requieren de cuidados especiales, con el objetivo de garantizar la protección efectiva de sus derechos e intereses.

La Organización Internacional *Save the Children*, refiere que este nuevo régimen vulnera el derecho de los menores, estableciendo excepcionalmente la tenencia exclusiva, dando prioridad a la tenencia compartida, evita que las autoridades competentes investiguen a fondo los casos en los que resulte necesario aplicar este tipo de tenencia. Asimismo, refiere que el establecer la tenencia compartida conlleva a una posible exposición de los NNA a posibles hechos de violencia, pues en algunos casos los NNA vienen de hogares en los que ocurren este tipo de actos, no contemplando la norma la imposibilidad de que los progenitores lleguen a un acuerdo, afectando de esta manera

el bienestar del menor y la posibilidad que los mismos pasen el mayor tiempo de su vida en peligro. (Save the Children, 2022)

En ese sentido, la realidad normativa del Perú, obliga a que los juzgadores procuren siempre tomar decisiones que garanticen el interés superior del niño, es decir, buscar situaciones que no les afecten o que más los favorezcan, siempre en el menor tiempo requerido, para lo cual el juez debe emitir sus fallos con imparcialidad, evitando obrar como cumplidor de la voluntad de las partes. Asimismo, se ha visto que para solucionar este conflicto de tenencia, se puede acudir tanto a una instancia judicial, pero también a una extrajudicial; sin embargo, a nuestro parecer ninguna de ellas es garantista del principio bajo comentario, pues conforme lo señala Chambi Chambilla & Agüero Valencia (2023), si bien es cierto el artículo 7 de la Ley 26872 – ley de Conciliación- exigen que se dé la aplicación del principio del interés superior del niño, no se hace referencia a la forma en cómo se debe proceder, ya que la conciliación una manifestación de la voluntad inter parts, el conciliador se va a adherir a las voluntades de las partes, por lo que se duda que al final dichos acuerdos protejan el interés superior del menor.

Por otro lado, la vida del menor va a sufrir cambios desde la separación de sus padres, lo cual le va a acarrear cambios en su conducta y en la forma de percibir las cosas, así como lo indica Acosta Rodríguez (2017), al sostener que la tenencia compartida quebranta el Derecho del niño a su normal crecimiento, al exponerlo a tipos de vivencias distintas, al obligarlo de manera abrupta a cambiar su lugar de residencia para iniciar una convivencia con cada uno de sus padres en tiempos equitativos asignado a cada progenitor; dicha situación a la que es expuesto el menor, transgrede los alcances del Principio del Interés Superior del Niño.

Otros como Villamar Jiménez (2023) aducen que amparado en este principio se mantienen las relaciones afectivas entre progenitores y los menores, ya que, en la tenencia monoparental, suele suceder que se advierte un alejamiento del padre que no ostenta la tenencia.

Finalmente, cabe precisar que no todos son de esta opinión, pues en las legislaciones internacionales donde no se regula la tenencia compartida, los estudiosos del derecho consideran que la existencia de la misma garantizaría el principio del interés superior del niño, conforme así lo da a conocer Acosta Luzuriaga (2017) al considerar en su trabajo de investigación denominado “El Interés Superior Del Niño y La Custodia Compartida”, que tanto los abogados y jueces de la materia a los cuales encuestó, de manera mayoritaria, son de la opinión de que es necesaria que se normativice la custodia compartida en la normatividad de Ecuador, a fin de que no se violente el interés superior de los niños. De igual parecer es Mazache & Sánchez (2022) al sostener que la ejecución de la tenencia compartida en relación con los derechos de los NNA tiene dentro de sus efectos positivos el desarrollo de los menores como una atención de suma prioridad, eliminándose

la separación entre la relación del progenitor y el hijo. Criterios, que por experiencia nacional y de acuerdo a los fundamentos antes mencionados no compartimos.

Rojas Villarreal (2020), en su tesis de investigación, señala que la aplicación de la tenencia compartida en nuestra legislación, vulnera el interés superior del niño y adolescente, por cuanto su aplicación en muchos casos afecta la salud emocional y por consiguiente genera daños en el normal desarrollo del menor, siendo esta afectación uno de los problemas principales en la modificación de la Tenencia en la legislación peruana, un claro ejemplo son los casos, en los se presenta el SAP, por cuanto los padres se enfrascan en un conflicto judicial para obtener la custodia de los menores, sin tener en cuenta el daño emocional que le puedan generar.

## Discusión

Como se ha visto *ut supra*, la modificación de los artículos 81º, 82º, 83º y 84º del Código de los Niños y Adolescentes, establece la aplicación de la tenencia compartida como regla general; en ese sentido, el juez al aplicar ese tipo de tenencia, estaría estableciendo que los padres deben tener una convivencia con sus hijos de manera proporcional, sin embargo, conforme como hemos podido ver en el presente trabajo, no debemos perder de vista, que la Ley N.º29269 en su modificación de artículos 81º y 84º del C.N.A, establece que el juez debe decidir y garantizar el bienestar del menor valorando de manera correcta no solo los medios probatorios admitidos al proceso, sino también las pericias en correspondencia con la declaración del menor en los procesos puestos a su criterio.

Resulta necesario mencionar en este punto, la importancia de escuchar a los menores en los procesos en cuestión, conforme lo señala la Casación N.º74-2018-Lima, afirmando que de ese modo se expresa la voluntad de estos de vivir con el padre, afirmando que tienen mayor confianza y se sienten mejor atendidos por él. En ese sentido, el juez no solo debe valerse de las pruebas aportadas, de los informes periciales, sino también de la opinión del menor, siendo un deber priorizar del principio del interés superior del niño, siendo así, el juez deberá evaluar cada caso en particular para determinar la tenencia evitando tener como regla general la tenencia compartida.

Por consiguiente, si bien la tenencia compartida, puede ser vista más para una situación conciliatoria de los padres separados, no obstante, en la práctica no se advierte el consenso entre ellos, ya que muchas veces los hijos constituyen objeto de conflicto entre sus progenitores, por cuanto la separación trae consigo muchas veces, una sed de venganza; sin embargo, se advierte que nuestros legisladores regularon la tenencia compartida, como una forma de garantizar los derechos del NAA, otorgando a los padres el derecho y la responsabilidad de proteger a sus hijos en igualdad de condiciones.

Asimismo, en la Casación N.° 3023-2017-Lima, se resolvió conceder la tenencia de la adolescente a la madre, manifestado el recurrente que no se ha tomado en cuenta lo previsto en el artículo 81° del CNA, respecto al punto que de no existir acuerdo entre los progenitores se debe designar la tenencia compartida; sin embargo, la Corte Suprema en su considerando sexto, refiere que se ha realizado una correcta valoración de las pruebas, pues se ha teniendo en cuenta la identificación plena de la adolescente con su progenitora, la cual ha sido corroborada con la entrevista de la adolescente. Nuevamente se evidencia que, los jueces en el Perú antes de asignar la custodia compartida a los padres tendrán en cuenta primero el bienestar de los NNA.

En ese sentido, tras la nueva regulación de la tenencia compartida, se cuestiona la nueva regulación, que instituye la tenencia compartida como regla general, por cuanto consideramos que no es una forma de garantizar el bienestar del menor, o en todo caso, no se podría aplicar en su mayoría a todos los casos, siendo así, carece de fundamento jurídico y práctico establecer la tenencia compartida como la regla general, por cuanto se estaría vulnerando el interés del menor, al exponerlo a cambios no solo emocionales, sino físicos, por cuanto, exponemos al menor a convivir un periodo con el padre, otro tiempo con la madre, sabiendo además que los menores desarrollan apegos o vínculos, no solo con el progenitor con el que pasa más tiempo, si no con familiares, amigos, etc., afectando su normal desarrollo psicosocial, por lo tanto, si el juez concluye en aplicar la tenencia compartida por etapas distintos a favor de los padres, a nuestro criterio estaría afectando el desarrollo emocional del menor.

Por otro lado, no se debe dejar de citar las consecuencias posteriores a la fijación de la tenencia compartida, respecto a esta problemática, se debe considerar que los legisladores, no han tenido en cuenta los aspectos negativos que conlleva la aplicación de la tenencia en su modalidad de compartida como regla general en el desarrollo del menor, si bien es cierto se evalúan criterios (artículo 84 del C.N.N) como el espacio o periodo que el menor debe convivir con sus progenitores, la igualdad de las padres en la toma de decisiones, la educación, la crianza, la formación, protección, entre otros, no obstante consideramos que dichos criterios no son suficientes para asumir que se está garantizando el interés del menor, recordemos que la figura de la Tenencia, está pensada en una institución jurídica que se le otorga al progenitor que tiene las condiciones para garantizar el bienestar de su menor hijo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que también se presenta un problema, si se determina que se debe adjudicar la custodia a uno de los padres, pues se pueden ocasionar serias afectaciones en la integridad física y psicológica del menor, conforme lo señala Gallardo (2019), en los fallos emitidos existe una vulneración a los derechos del padre, ya que muchas veces se decide otorgar o dar preferencia a la progenitora, lo que produce secuelas psicológicas en los menores, de quienes se debe buscar su estabilidad emocional, lo cual implica su desarrollo emocional y

psicológico, es decir el niño va desarrollando o construyendo su identidad, teniendo como factores a las instituciones como la familia, el colegio, el barrio, etc., garantizar la estabilidad emocional del menor es vital, y es responsabilidad de los padres brindar un ambiente adecuado para ello. Siendo así, no vemos garantizado el principio del interés superior del niño, tal y como lo señala Acosta Luzuriaga (2017), para quien este principio se infringe cuando se implanta temporalmente la custodia compartida, ya que el menor se ve sujeto, como ya lo mencionamos, a repentinos cambios, como el cambio de hábitos, al alternar de manera temporal entre dos familias.

## Conclusiones

El tema de la Tenencia Compartida no se agota con la modificación de esta figura o institución jurídica, sino que esto nos conlleva a realizar un análisis casuístico, ya que, por lo general en nuestra sociedad, las familias presentan muchas asimetrías y realidades distintas, propias de su cultura y sus costumbres; no obstante, si es necesario establecer criterios o indicadores que permiten al magistrado en tema de familias, tener un mayores criterios que le ayuden a mejor decidir sobre quién debe tener la tenencia y custodia del menor, para ello ya existen criterios establecidos, como la edad, por cuanto a través de ésta se evalúa el grado de madurez, aspecto importante para valorar su declaración, la presencia o no del SAP en el menor, lo que nos obliga a evaluar su entorno psicosocial, su aspecto físico y mental, entre otros aspectos o indicadores, por tanto, resulta de suma importancia establecer criterios sumados a los ya establecidos por la jurisprudencia o la doctrina, que nos permitan sobre todo garantizar el normal desarrollo del menor, y esto constituye una tarea no solo de los operadores jurídicos o los legisladores, sino de los abogados en general y de las organismos encargadas de vigilar y garantizar el bienestar de sus menores hijos.

La nueva regulación de la tenencia compartida en el Perú, al aplicarse como regla general, no considera cada caso específico, relegando la tenencia exclusiva a uno de los padres. Esto puede afectar a los menores identificados con un progenitor, obligándolos a vivir en dos casas diferentes y a adaptarse a reglas de conducta distintas, lo que podría confundir su desarrollo personal y comportamiento.

Del análisis se concluye que la imposición de la tenencia compartida como regla general puede perjudicar el desarrollo emocional y psicológico de niños y adolescentes, vulnerando su interés superior. Dado que las familias en nuestra sociedad son muy diversas y algunos padres viven en lugares distantes, los cambios constantes de ambiente y relaciones pueden afectar la estabilidad emocional del menor, además, los conflictos entre los progenitores también pueden causar daño y en razón a ello, se considera que los jueces no deben imponer la tenencia compartida como criterio principal.

[94] Chornancap Revista Jurídica. Vol. 2 Núm. 1 (2024): 40° años del Código Civil peruano Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

## Referencias

- Acosta Luzuriaga, E. (2017). *El interés superior del niño y la custodia compartida* [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Técnica de Ambato]. <http://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/24712/1/FJCS-DE-991.pdf>
- Acosta Rodríguez, C. (2017). *La aplicación del principio de interés superior del niño, al fijarse la tenencia compartida en periodos cortos*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Privada Antenor Orrego]. <https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/3087>
- Avilés Hernández, M. (2021). La custodia compartida en España. Estudio de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo tras la reforma legislativa y su impacto a nivel práctico. *Ius et Praxis*, 27(1), 95–120. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122021000100095>
- Bravo Soto, D. (2023). La Tenencia Compartida: ¿Problema o solución frente al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes? *Sapientia & Iustitia*, 6, 111–131. <https://doi.org/10.35626/sapientia.6.3.50>
- Camino de Menchaca, M. J., Pardo Castro, M., & Varsi-Rospigliosi, E. (2023). Inviabilidad de un régimen legal especial para la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad en el Perú. *Acta Bioethica*, 29(1), 113–125. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2023000100113>
- Canales Torres, C. (2014). *Patria potestad y tenencia: Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. *Gaceta Jurídica* 1(1).
- Carrión Cornelio, T. (2020). *La tenencia compartida en el Perú*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad San Pedro]. <https://repositorio.usanpedro.edu.pe/items/b027d3f0-9e51-44a8-b21d-21b41dc95e83>
- Cedeño Cobeña, J. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Revista Multidisciplinaria de Innovación y Estudios Aplicados*, 7(4), 930–954. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/3867/html>.
- Chambi Chambilla, K., & Agüero Valencia, K. (2023). *Análisis de la protección del principio del interés superior del niño en los procedimientos de conciliación sobre tenencia*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Católica San Pablo] <https://repositorio.ucsp.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/49617450-f2e6-4dd0-b6ee-e786ca3dd773/content>
- Corte Suprema de Justicia (2016). Sentencia N°2309-2015, Lima Sur, 12 de abril. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/2309.pdf>
- Corte Suprema de Justicia (2018). Casación N°3023-2017, Lima, 17 de setiembre. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Casacion-3023-2017-Lima-LP.pdf>

- Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia N°74-2018, Lima, 19 de noviembre. <https://lpderecho.pe/tenencia-menores-voluntad-menor-maduro-adolescente-casacion-74-2018-lima/>
- De Torres Perea, J. (2021). Estudio de la custodia compartida en la última década: Una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa. *InDret*. <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i4.04>
- García, M. (2020). La tenencia compartida y su impacto en el desarrollo psicológico de los niños. *Revista de Psicología Infantil*, 10(2), 45–58.
- Hernández Sánchez, D. (2022). Tenencia compartida: la necesidad del coordinador parental en el Perú. *WARMÍ*, 2(2), 59–73. <https://doi.org/10.46363/warmi.v2i2.4>
- León, L. (2022). *Entra en vigor ley que hace la tenencia compartida de hijos la regla general*. Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU&Uría. <https://ppulegal.com/ppu-legal/ley-hace-la-tenencia-compartida-de-hijos/>
- López, A. (2019). Aspectos legales y psicológicos de la tenencia compartida en situaciones de conflicto familiar. *Revista de Derecho de Familia*, 3(2), 78–92.
- Mazache, G., & Sánchez, A. (2022). *La tenencia compartida y su viabilidad en el CONA con enfoque en el interés superior del niño*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad de Guayaquil]. <https://repositorio.ug.edu.ec/server/api/core/bitstreams/c12ddc47-7f2d-4af5-97f2-06d7ce2999ec/content>
- Pontificia Universidad Católica del Perú. (2022). *¿Cuáles son las implicaciones de la nueva ley que regula la tenencia compartida?* <https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana-juridica/cuales-son-las-implicancias-de-la-nueva-ley-que-regula-la-tenencia-compartida/>
- Quevedo-Sacoto, D., Erazo-Álvarez, J., Robalino-Peña, E., & Narváez-Zurita, C. (2020). Problemática de tenencia compartida a partir del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. *Iustitia Socialis*, 5(1), 678. <https://doi.org/10.35381/racji.v5i1.636>
- Reyes Huallpa, S. L. (2021). *La tenencia compartida y la afectación del interés superior del niño y adolescente en el distrito de Villa El Salvador – 2019*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universidad Autónoma del Perú]. <https://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/20.500.13067/1327>
- Rojas Villarreal, E. (2020). *Tenencia compartida en el interés superior del niño y adolescente en Trujillo en el año 2018*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universidad Privada del Norte]. <https://hdl.handle.net/11537/25778>
- Save the Children. (2022, October 14). *Save the Children exige derogar la ley sobre Tenencia Compartida automática*. Save the Children. <https://www.savethechildren.org.pe/noticias/save-the-children-exige-derogar-ley-sobre-tenencia-compartida-automatica/>



- Torres Morales, S. A. (2023). *La Tenencia Compartida, ¿solución o problema?* Torres y Torres Lara Abogados. <https://tytl.com.pe/la-tenencia-compartida-solucion-o-problema/>
- Truffello G., P. (2023). Responsabilidad parental y cuidado personal compartido- Regulación en Uruguay, Argentina, Italia y España. *Biblioteca Del Congreso Nacional de Chile*. [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/35525/2/BCN\\_cuidado\\_compartido\\_comparado\\_2023\\_VF\\_pdf.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/35525/2/BCN_cuidado_compartido_comparado_2023_VF_pdf.pdf)
- Villabella Armengol, C. M. (2018). *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*. <https://www.studocu.com/pe/document/universidad-nacional-de-san-antonio-abad-del-cusco/metodologia-de-la-investigacion/metodos-en-la-investigacion-juridica/67528281>
- Villamar Jiménez, M. G. (2023). *Tenencia Compartida En El Interés Superior Del Niño, Análisis, Crítica y Recomendaciones*. Universidad de Guayaquil.
- Vivas Tesón, I. (2012). Daños en las relaciones familiares. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, 17(2), 523–538. <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.523-538>

---

### Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

### Conflicto de interés

Los autores del artículo declaran no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© Los autores. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.