

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



**RELEVANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA TENENCIA
COMPARTIDA EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Autor:

Marlon Anthony, Pérez Paredes

Asesor:

Mg. María Jone Valderrama Domínguez

(Código ORCID: 0000-0003-3196-8332)

Chimbote – Perú

2023

ÍNDICE

ÍNDICE.....	ii
TÍTULO.....	iii
PALABRAS CLAVE - KEYWORDS	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRACT.....	vi
1. ANTECEDENTES.....	1-2
2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	2-3
3. FORMULACIÓN DE PROBLEMA.....	3
3.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	3
3.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	4
3.3. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	5
4. MARCO REFERENCIAL	5
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	5
4.2. MARCO TEÓRICO.....	5-15
5. HIPÓTESIS	15
5.1. HIPÓTESIS GENERAL.....	15
5.2. VARIABLES	16
6.- OBJETIVOS.....	16
6.1. OBJETIVO GENERAL.....	16
6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	16
7. – METODOLOGÍA.....	16
7.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	16
7.2. POBLACIÓN - MUESTRA	16
7.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	16
7.4. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	17
8.- RESULTADOS.....	17
8.1. REFORMA AL CNA POR LA LEY 31590	17
8.2. LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA	18-19
8.3. SENTENCIA RELEVANTES SOBRE TENENCIA COMPARTIDA.....	19-20
9.- DISCUSIÓN DE RESULTADOS	20-27
10.-CONCLUSIONES.....	28
11.- RECOMENDACIONES	29
12.- AGRADECIMIENTO	30
BIBLIOGRAFÍA	31-32
ANEXOS	33

TÍTULO

**“RELEVANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA TENENCIA
COMPARTIDA EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO”**

PALABRAS CLAVE:

TENENCIA. TENENCIA COMPARTIDA. CUSTODIA. PATRIA POTESTAD.

KEY WORDS:

TENURE. SHARED TENANCY. CAREFUL. CUSTODY.

LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

Línea de investigación	Instituciones del derecho de la persona y la familia en el sistema jurídico nacional e internacional
Área	Ciencias sociales
Sub área	Derecho

RESUMEN

El análisis tiene como objetivo examinar la relevancia de la incorporación de la tenencia compartida en la legislación peruana respecto de la regulación anterior a la reforma acontecida en el año 2022.

Como se sabe, la referida institución familiar es un derecho que asiste a los padres, no obstante, ésta debe ser determinada priorizando los derechos de los niños y adolescentes, en ese marco resultaba importante evaluar si la reforma constituye una modificación de significación jurídica, siguiendo la línea garantista de la institución.

Se trata de una investigación cualitativa, donde se empleó la técnica de análisis documental y como instrumento, el análisis de contenido, en la que se examinó la legislación nacional y extranjera, así como la revisión de sentencias, determinándose que si existe una relevancia jurídica y aporte al sistema jurídico nacional por haberse definido como la primera opción, a diferencia de la legislación derogada que se consideró potestativa y por haberse prescrito los criterios para su aplicación.

ABSTRACT

The objective of the analysis is to examine the relevance of the incorporation of shared tenure in Peruvian legislation with respect to the regulation prior to the reform that occurred in 2022.

As is known, the aforementioned family institution is a right that assists parents, however, this must be determined prioritizing the rights of children and adolescents, in this framework it was important to assess whether the reform constitutes a modification of legal significance, following the guarantee line of the institution.

This is a qualitative investigation, where the technique of documentary analysis was used and as an instrument, content analysis, in which national and foreign legislation was examined, as well as the review of sentences, determining whether there is a legal relevance and contribution to the national legal system for having been defined as the first option, unlike the repealed legislation that was considered optional and for having prescribed the criteria for its application

1. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA

España

- a) Fernández (Fernández Luna Abellán, 2016) en la tesis “Custodia compartida y protección jurídica del menor” sostiene que la custodia se constituye en la adopción más apta para el ejercicio de la relación paterno filial, pues no sólo se trata de la decisión de los adultos, sino que ésta se construye con la intervención del menor, de quien se recoge su opinión para determinación.

Ecuador

- b) Ramos (Ramos Zavala, 2014) en la tesis “Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres” expone como resultados que, la separación o el divorcio es un hecho jurídico que sólo debe alcanzar a los cónyuges en su condición de padres, pero no debería afectar la relación paterno filial respecto de los hijos, pues de lo contrario el entorno puede tener un significado negativo para los menores. En ese escenario, la tenencia compartida constituye una institución que permitirá a los padres – ex cónyuges – mantener una relación filial necesaria e importante, la que se deberá ejercer en conjunto a fin de garantizar las obligaciones y derechos que tienen los progenitores con los hijos.

Antecedentes Nacionales:

- c) Valencia & Hurtado (Valencia Ríos & Hurtado Bautista, 2021), en la tesis “Análisis de la legislatura de la tenencia del menor en el marco de la conciliación extra-judicial” sostiene que, la esencia y origen mismo de la tenencia compartida la define como una institución jurídico familiar, cuya finalidad es establecer las bases de protección así como garantizar el derecho de los menores – de quienes se define el régimen – en el desarrollo de una contienda por divorcio o separación y la misma que podría alcanzarse fuera de un proceso judicial como lo es a través de la conciliación extra

proceso.

- d) Silva & Távora (Silva Zelada & Távora Camacho, 2022), en la tesis “Ventajas jurídicas que genera la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano”, expone con acierto que, la institución de la tenencia compartida tiene una significación de beneficios en el orden jurídico nacional que la vinculan directamente con el principio del interés superior del niño – alcanza tanto a niños, niñas como adolescentes -, en la misma línea de ideas, haya su fundamento en el derecho de igualdad que corresponde a todos, entre ellos a los padres. Otro aspecto que destaca la investigación es el SAP - síndrome de alienación parental, y sostiene que esta forma de tenencia evitar caer en la referida afectación que mella la relación paterno filial.
- e) Changanahui (Changanahui Sánchez, 2022), en la tesis “Conciliación extrajudicial y los criterios para fijar la tenencia compartida de menores, huacho 2021”, desarrolla una investigación en la que sostiene que son los menores los sujetos que merecen mayor atención y prioridad en un proceso de tenencia, por lo que se debe resolver al respecto considerando todos los mecanismos que garanticen sus derechos a un desarrollo saludable, moral y materialmente, destacando que ésta es una responsabilidad directa de los padres y, por ende, se debe priorizar los derechos de ellos por encima de los derechos de los adultos.

1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Justificación Social:

No cabe duda del problema socio familiar de puede significar un inadecuado ejercicio de la tenencia que puede ser definida extra judicialmente o judicialmente, por ende, el presente examen encuentra su base de justificación en la utilidad de los resultados a los que se puede arribar y que tendrían un impacto directo sobre la familia, como núcleo social, pues permitirá establecer el impacto de la reforma de esta importante institución familiar que regula el cuidado y guarda de los menores respecto de sus padres.

1.2. Justificación jurídica:

La presente investigación se justifica en la recolección de datos necesarios para una adecuada realización del proyecto, buscando aportes doctrinarios, tanto nacional como internacionalmente sobre la tenencia compartida y su mejor aplicación en beneficio de los menores de edad, esperando trascendencia del presente tema, razón por la que este trabajo servirá para los estudiantes y profesionales del derecho, en las controversias o litigios por divorcio y separación o bajo cualquier otro hecho para la determinación de la tenencia, donde la participación de los padres, en el crecimiento y desarrollo integral de los menores, debe ser ejercida de forma equitativa en su distribución de condición de vida de sus hijos. Es sustancial instruirse y recolectar datos del tema, en donde servirá para conocimiento de los padres dentro del proceso que lleven para efectos posteriores.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

2.1. Realidad problemática:

En la actualidad, podemos conocer en la mayoría de casos, la madre es quien ostenta la custodia total de los menores hijos y, es el padre que asume un régimen de visita (no todos desean este método, debido que también quieren pasar más tiempo con sus menores hijos), donde de cierta forma perjudica transgrediendo el vínculo paterno filial. En nuestro país, al igual de otros, la institución de la tenencia de la que se desprende la compartida o llamada, también, custodia compartida, era usualmente determinada a nivel extrajudicial mediante un acto conciliatorio que, por lo general, devenía de un proceso social – o judicial – de separación o divorcio o, también, de la ausencia de cualquier relación socio afectiva entre los progenitores.

La tenencia compartida se incorpora de manera expresa en la legislación nacional con la vigencia de la Ley N° 31590 del año 2022, aunque en la praxis jurídica ésta está ya ha tenido una presencia definida por acuerdo voluntario o por el Juez, cuando así lo consideraba por razones de priorizar y garantizar el desarrollo integral del menor en su entorno socio familiar que, evidentemente, se veía dividido.

Si esto es así, resulta importante determinar, entonces, la relevancia de esta expresión o modalidad de tenencia que se incorpora a la legislación peruana respecto de la que ya se venía aplicando en la praxis.

2.2. Delimitación del problema de investigación:

2.2.1. Delimitación práctica:

La reforma acontecida a la institución de la tenencia implica un análisis jurídico sobre la necesaria o innecesaria modificación, es decir, permitirá aperturar un abanico de posibles escenarios de la aplicación de la tenencia compartida antes y después de la Ley N° 31590. Desde el aspecto práctico, algo se ha desarrollado la tenencia compartida, sin embargo no se ha evaluado la efectividad de la reforma por lo que sin duda resulta importante el presente análisis.

2.2.2. Delimitación temporal:

La investigación se ha desarrollado en el presente año, 2023, pero en temporalidad se avoca a la reforma del 2022, las sentencias más relevantes emitidas en el sistema jurídico peruano en los últimos 10 años. Asimismo, por tratarse de un examen cualitativo respecto de las normas y sentencias sobre tenencia compartida, ésta tiene un alcance a nivel nacional y no sólo para el ámbito local.

2.2.3. Delimitación social:

No puede ponerse a duda la importancia de la tenencia compartida, sobretodo porque esta institución que es expresión de la patria potestad, surge en un contexto social determinado, como lo son las familias monoparentales, ya sea por nunca existió más allá de una relación intersexual o porque el matrimonio se ha decaído o extinguido. Dicho esto, el escenario de la tenencia, compartida o no, surge a partir de la desunión de los progenitores, quienes teniendo hogares separados, buscan ejercer la convivencia inmediata con los hijos.

No es posible dar paso a duda alguna, sobre el impacto que se genera e la familia – padre e hijos – y, por ende, en la sociedad de la institución de la tenencia de allí que resulte relevante su análisis desde la perspectiva de

su incorporación expresa en la norma.

2.3. Enunciado del Problema:

¿Cuál es la relevancia jurídica de la incorporación de la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano?

3. CONCEPTUALIZACIÓN

3.1. Marco Conceptual:

3.1.1. La tenencia compartida:

Se define como una expresión o modalidad de la institución de tenencia, que corresponde a los padres respecto de los hijos en la relación paterno filial, pero que tiene por finalidad eliminar toda asimetría en el ejercicio de la misma, como forma de garantizar el desarrollo integral y demás derechos que corresponden a los hijos (Hebral Giordano, 2012).

3.1.2. La conciliación extrajudicial:

Es un medio jurídico que coadyuva a la resolución o a definir la solución de discrepancias, de una forma más flexible y célere, pues son las partes o sujetos involucrados quienes determinan la solución, asistidos por un facilitador a quien se le denomina conciliador (Humanos, 2018).

3.1.3. El divorcio:

Es un hecho jurídico que tiene como consecuencia la extinción del vínculo matrimonial, el cual además, está determinado por causas expresamente dispuestas en la legislación civil y se arriba a través de un proceso judicial o extrajudicial – municipal o notarial – cuando existe un acuerdo de disenso de los cónyuges. Asimismo, se debe considerar que, el divorcio, trae como consecuencia lógica y jurídica la extinción de la sociedad de gananciales, en caso hubieran adoptado dicho régimen patrimonial (Casación N° 2239-2001-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 31 de enero de 2003).

3.2. Marco Teórico:

Previo la revisión teórica de la tenencia como institución que deriva del ejercicio de la patria potestad, se abordará aspectos del concepto general hasta llegar a la

tenencia compartida como nueva expresión de la institución paterno filial antes referida.

3.2.1. La Tenencia:

Benjamín Aguilar (Aguilar Llanos, 2017), sostiene, como efectivamente lo es, que la tenencia es una expresión de la patria potestad, es decir, un atributo, por el que se debe entender que es un derecho, pero, también, un deber que corresponde a los padres en el ejercicio de la misma. Asimismo, cuando se refiere a la tenencia, la explica como *“la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo (...)*”. Vale decir, es una institución que, aunque goza de autonomía, se desprende de la manifestación o ejercicio de hecho de la patria potestad e implica esta interrelación inmediata y continua entre los padres e hijos y le permite a los padre ejercitar sus derechos a la par de las obligaciones que implica, lo que quiere decir que la tenencia no sólo importa el derecho de los padres a mantener esta convivencia inmediata sino que junto al derecho coexiste la obligación de los padres de garantizar una relación saludable que permita el desarrollo integral del menor. No cabe duda alguna que la tenencia de por sí, es el hecho de convivir y ser parte de la vida cotidiana de los hijos, sin embargo, ésta no se da por cumplida por el sólo acto de compartir el mismo hogar, sino que genera una correlación de derechos y responsabilidades que están en función de los derechos de los hijos, por encima de los derechos de los padres.

Además, con acierto el autor agrega que, *“estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad”*; resulta evidente, entonces que, aunque estamos frente al derecho de los padres de poder acceder a una relación directa o convivencia con sus hijos, la tenencia no puede ser sólo

entendida como un derecho de los padres, pues aunque de manera bastante basta la doctrina se refiere a la tenencia como atributo de la patria potestad, implica una expresión mucho más completa – sino decir compleja – de su ejercicio que implica, ser parte de la vida de los hijos, en su desarrollo, el quehacer diario de su vida, su formación como persona, el sustento material, pero prioritariamente moral de los mismos.

La tenencia, entonces, deriva del ejercicio de la patria potestad, posiblemente como institución inmediata que se desprende de ella, pues a partir de la tenencia que se ejercitarán una serie de derechos y responsabilidades de los padres respecto de los hijos. No obstante, otro aporte importante del autor, es sobre el significado de la tenencia – como palabra – que, pos di sola, discrepa y resulta insuficiente para explicar esta relación inmediata con los hijos. Aspecto que resulta importante analizar pues, la tenencia como palabra, implica una posesión respecto de algo, tal vez una terminología más bien que se relaciona mejor con los derechos reales que con relaciones jurídico familiares.

No debe olvidarse, el injusto y nada garantista, desarrollo del derecho de menores a lo largo de la historia, cuya protección real y palpable recién se observa antes de finalizar la primera mitad del siglo XX, es decir, casi 2000 años de nuestra era antes de que el derecho conciba y reconozca a los niños y adolescentes el estatus de sujetos de derecho.

Como bien se sabe, si bien es cierto que antes de del siglo XX hubieron algunas legislaciones de algunos pocos países que ya habían legislado y ofrecido a través de sus normas garantías a los menores, la construcción de esta disciplina jurídica no nace sino con la Convención de Ginebra sobre los Derechos del Niño, documento que no fue vinculante, pero que determina el inicio de un proceso universal de esta especialidad.

Siendo esto así, resulta interesante, entonces, evaluar la incorrecta terminología de la palabra tenencia en un derecho que supero el tratamiento de objeto de derecho y de protección para reconocer, con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el estatus de sujeto de derecho a favor de los niños y adolescentes, por lo que, efectivamente, no

resulta ser el término más adecuado e idóneo.

3.2.2. Diferencia entre la Tenencia, Custodia y Guarda:

En el diccionario jurídico (Cabanellas de Torres, 2012), se define a la custodia como la *“acción o efecto de custodiar”*, es decir, la responsabilidad que tiene alguien – una persona – de ejercer el cuidado, conservación, preservación, ya sea esta por salvaguardar o protección o, también, por una situación de vigilia con la finalidad de que no sea sustraído, ya sea que se recaiga sobre una persona o sobre una cosa.

La RAE (Española, Diccionario de la Lengua Española, 2021) por otro lado, expone una significación muy similar, sólo que desde perspectivas distintas, pero recogiendo sólo la generalidad, sostiene que custodia implica la práctica de vigilancia o respecto de una persona detenida, vale decir, la vincula con una disciplina jurídica distante de la que se está analizando.

El autor Aguilar (Aguilar Llanos, 2017) recuerda que el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescente (en adelante, el CNA) - hoy reformado por la Ley N° 31590 –, en uno de sus extremos, se refería a la tenencia y custodia como si fueran sinónimos y al respecto sostiene que *“(…) es un error, pues la tenencia es el atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos (...) ya en el ejercicio del derecho de tenencia surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos y que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos (...)”*. Debe destacarse que, en comparación con los diccionarios antes citados, el autor tiene razón en el extremo de la diferencia y definición de la custodia, no obstante, deja cierta duda si la custodia como tal está sujeta a la existencia de la tenencia, porque tal como lo expone, no sería posible la existencia de la custodia – como institución – sino se la instituido la tenencia. Esta última parte genera controversia en parte, pues no resulta falso que, la tenencia implica la convivencia inmediata entre padres e hijos, por lo que se generará una serie de derechos y responsabilidades o deberes de los padres, dentro de ellos de otorgarles protección y cuidado moral y material, lo que implica evitar que el menor sufra de algún daño

por acción u omisión de la conducta del padre.

Sin embargo, debe recordarse que es una institución jurídico familiar propia de la patria potestad, por ende, exclusiva de los padres, sin embargo, la custodia, definida de manera uniforme por la doctrina como el acto de cuidar, lo que significa proteger al menor, no es exclusiva de los padres, caso contrario los menores no sujetos a la patria potestad y bajo los alcances de las instituciones supletorias de amparo familiar, como la tutela, no podrían tener derecho a ser cuidados. Correcto es señalar que en la tutela, también, existe la responsabilidad del tutor de cuidar y proteger a su pupilo.

En ese orden de ideas, si bien es cierto, queda claro que no puede confundirse ni tratarse como sinónimo la tenencia y la custodia, tampoco, puede categorizarse que la custodia es exclusiva de la tenencia. Por ende, la custodia es una institución que, aunque es expresión de por lo menos dos instituciones jurídico familiares – tenencia y tutela - y requerirá de ellas para existir, conceptualmente tiene autonomía, ya que su definición es distinta de la tenencia, pues ésta última es la relación de convivencia inmediata, mientras que la primera es el deber de cuidado y protección que están llamados a cumplir los padres respecto de sus hijos.

Otro aspecto que merece comentario, es que el autor Aguilar sostiene, que la tenencia es un derecho, mientras que la custodia es sólo el deber de cuidar, lo que no resulta tan cierto, pues la tenencia no es sólo un derecho. Si bien es cierto se constituye como el derecho de ser petitionado por uno de los padres – o ambos, en la tenencia compartida -, es también, un derecho de los hijos a conocer y convivir con los padres, por ende, frente a un derecho que asiste a los hijos, surgirá el deber de los padres de mantener esta relación de convivencia. Aunque queda claro que, ningún juez podrá obligar a un padre a ejercer la tenencia, si no la quisiera, pues no se arriesgaría a poner al menor en un estado de posible afectación emocional. Sin embargo, la posición es que no puede concebirse a la tenencia sólo como un derecho, pues el otorgamiento de la misma implica una serie de responsabilidades que los padres están

llamados a acatar, dentro de ellos el cuidado de los hijos.

En definitiva, se puede concluir que se trata de dos instituciones distintas, con definiciones autónomas, pero con una relación de interdependencia, pues no sería posible la custodia si no se ha definido la tenencia o, como señalábamos antes, la tutela.

En cuanto a la guarda, Aguilar (Aguilar Llanos, 2017) expone que entre la custodia y guarda, si existe una similitud y, por ende, deben ser tratadas como sinónimos, pues ambos son deberes que se desprenden de la tenencia. No obstante, el autor trae a colación el derogado CNA que prescribía a la guarda como el cuidado que ejerce un tercero, es decir, no los padres.

Cabanellas en su diccionario (Cabanellas de Torres, 2012) al igual que la RAE (Española, Diccionario Prehispanico , 2021) definen a la guarda, como el acto de cuidar o preservar algo, es decir, una cosa, y no a una persona, por lo que debe entenderse que ninguna de ellas contiene una acepción propia del derecho de menores que pudiera dar luces sobre una definición distinta de la custodia.

3.2.3. La Separación o Divorcio y la Tenencia:

Tanto la legislación nacional como los tratados prescriben el derecho de todo menor de vivir en una familia, es decir, de crecer, desarrollarse de manera integral en un entorno familiar. No obstante, a lo largo del tiempo y en la evolución de las relaciones interpersonales de los individuos en sociedad, la imagen de familia como núcleo social compuesto por ambos padres – varón y mujer – y los hijos, ha dejado de tener una vigencia como tal, para dar paso a una clasificación bastante extendida y analizada por otras disciplinas de las ciencias sociales, como la psicología, la sociología y la antropología, sumando así a la familia nuclear, las familias monoparentales, familias reconstituidas y familias homoparentales. Y, depende del sistema jurídico que se analice para determinar las clases de familias que se reconocen jurídicamente. En el caso del Perú, sólo se admite el matrimonio o unión de hechos heterosexual, por ende, las familias homoparentales no están reconocidas

como tal, quedando sí, las otras clasificaciones, entre ellas, las familias monoparentales de la que se tratará más adelante.

No obstante, no se puede negar que, la separación o divorcio dará paso a la familia monoparental, sin embargo, el análisis en este extremo, es como la extinción o decaimiento del matrimonio abre paso a la tenencia. El autor Hernández (Hernández Sánchez, 2022), realiza una propuesta interesante sobre la tenencia compartida y la necesaria implementación de un coordinador parental para aquellos largos conflictos procesales que pudieran afectar a los hijos del matrimonio en disputa; sin embargo, no es materia de análisis éste aspecto, sino más bien los importantes datos que recoge respecto a la separación o divorcio y la afectación que implica a los hijos y, por ende, la tenencia de los hijos por uno o ambos padres – cuando es compartida -.

El autor citado recoge datos del MINJUS sobre el aumento del 77.35% de divorcios en el año 2021 en comparación con el 2020, llegando a un promedio de 6,500 casos, muy similares a los años 2018 y 2019. No obstante, debe destacarse que, esa diferencia y crecimiento porcentual podría responder, también, al aislamiento social obligatorio con motivo de la pandemia, que limitó la posibilidad de todo tipo de trámites.

Sin embargo, se debe destacar que, la separación o divorcio de los cónyuges – y padres a la vez – es la principal causa de recurrir a la tenencia, pues lo que se produce es la ausencia de uno de los cónyuges de la casa familiar, trayendo consigo la necesidad de mantener esa relación entre padre e hijo o retomarla en los supuestos de haberse visto afectado por esta desavenencia de los cónyuges.

No cabe duda de la afectación emocional y afectiva que sufren los hijos de padres separados o divorciados, en ese proceso de adaptación a una nueva forma de vida donde, por lo general, se convive con uno solo de los padres y, respecto al otro, por lo general opera un régimen de visita. |

Aunque en el año 2022 se difunde la aprobación de la tenencia compartida, no se puede negar que ésta era ya aplicada por los padres,

cuando arribaban a un acuerdo conciliatorio o de hecho, para establecer una convivencia inmediata compartida o, también, podía ser determinada por el juez, cuando en atención al Principio del Interés Superior del Niño (en adelante, PISN) se disponía, si no había oposición de los padres.

También, era muy usual la determinación del Juez, cuando se presentaban casos donde los hijos habían sido afectados con el síndrome de la alienación parental (en adelante, el SAP); aunque, el Juez no siempre determinaba la tenencia compartida, sino más bien disponía una variación de la tenencia a favor del otro padre de manera progresiva.

Lo cierto es que, a separación o divorcio, conlleva siempre una tenencia de hecho y, eventualmente, por sentencia, pues en la mayoría de casos, por desconocimiento o por indiferencia, los padres no formalizan la tenencia de los hijos, sin embargo, no por inexistencia de una sentencia, es que se deje de ejercer la tenencia, pues debe recordarse que, la referida es una expresión de la patria potestad, por lo que, frente estos hechos que ocasionan la ruptura o decaimiento del matrimonio, siempre existirá una tenencia.

3.2.4. Familia Monoparental y la Tenencia:

En cuanto a la familia monoparental, como se ha indicado antes, ésta puede surgir de una relación extramatrimonial o del divorcio. En el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se lo general se produce un ejercicio de hecho de manera inmediata de la tenencia de los hijos por parte del padre a cargo de su cuidado.

Las familias monoparentales son aquellas que están compuestas por un solo padre y sus hijos – es decir, los que viven bajo el mismo techo -, además de la familia extendida de sus progenitores, pues por razones de no cohabitar entre los progenitores es que uno de ellos asume el tenencia del hijo o los hijos.

El otro padre puede demandar la tenencia compartida o la variación de la misma, si así lo considera. O, si las relaciones interpersonales entre los progenitores es saludable, podrán ambos conciliar sobre una tenencia

compartida.

Señalábamos en líneas arriba que, la tenencia es un derecho que genera una serie de responsabilidades y, eventualmente, constituye un derecho para los hijos, también. La interrogante es, si el padre que no tienen la tenencia, debe ser obligado a tenerla o exigirle un régimen de visitas, si no optaron o el juez no decidió por la tenencia compartida. No existe fórmula legal, ni social que permita exigir al padre – que no ejercer la tenencia – asuma la responsabilidad de contribuir en el desarrollo de sus hijos, a través de una convivencia. La razón, también, la hemos esgrimido antes:

- E Juez deberá resolver en atención al PISN, por ende, no puede ni debe someter a un menor a posibles afectaciones emocionales de parte del padre que fue obligado a una tenencia compartida.
- El padre que ejerce la tenencia de hecho, judicial o derivada de acuerdo conciliatorio, no está legitimado para demandar la variación de la tenencia o la tenencia compartida a favor del otro progenitor.

Siendo esto así, la tenencia no es una obligación legal a la que se pueda recurrir para imponer a uno o, en el peor de los casos, a ambos padres para ser ejercida.

Finalmente, la familia monoparental es una de las causas que pueden llevar a demandar o conciliar sobre la tenencia.

3.2.5. La Tenencia Compartida:

Ha quedado determinado el concepto y, de cierta manera, los alcances de la tenencia, empero, cuando se trata de la tenencia compartida, no se está frente a la tenencia en general sino a una expresión que se desprende de ella, es decir, que se ejerza de manera compartida entre ambos progenitores.

Aguilar (Aguilar Llanos, 2017) señala que compartir significa, “*repartir, dividir una cosa con otro, compartir una cantidad con otra persona, o afín a ello para el tema que nos ocupa, dividir el tiempo de convivencia*”

con el hijo entre ambos padres, como lo dice la Declaración de Langeac (Francia) en 1999, al señalar que cuando los padres no pueden ponerse de acuerdo, los niños deben pasar igual período de tiempo con cada padre, y más concretamente, en los casos donde los padres simplemente no logran alcanzar un acuerdo directamente o a través de la mediación, los jueces tomarán las decisiones por ellos (...)". El autor empieza por una definición general del término compartir hasta llegar al uso de la palabra como acepción jurídica, catalogando que la tenencia será compartida, cuando los progenitores fraccionan la interrelación diaria con los hijos y pone especial énfasis en aclarar que, puede derivar de un acuerdo voluntario o puede ser definida por el juez.

Entonces, referirse a la tenencia compartida, significa que la interrelación o convivencia de la que se ha venido examinando se ejecutará en dos hogares y domicilios distintos, los que corresponden a los progenitores. Y corresponderá a cada uno de ellos asumir esta institución como derecho, pero también, como debe y responsabilidad del cuidado moral y material en los días que ejerza su custodia o guarda.

Aunque este concepto se incorpora de manera expresa en la ley peruana en el año 2022, en la praxis jurídica, tanto judicial como extrajudicial ya se venía disponiendo o acordando, según sea el caso. Desde el punto de vista extrajudicial, porque los progenitores de común acuerdo podían – y pueden – definir una convivencia compartida a través de un acuerdo conciliatorio o el simple acuerdo para el ejercicio de hecho, aunque éste último podría acarrear una serie de problemas al no determinarse con claridad la responsabilidad de los padres en el tiempo que ejercen la tenencia compartida, por ejemplo, respecto de la formación educativa (llevarlos al colegio, apoyo en las tareas, entre otros).

Desde la perspectiva legal, de manera implícita ya estuvo normado en el artículo 81° del CNA por un lado y, por otro, el Juez en atención al PISN podía disponerlo, a fin de garantizar un desarrollo integral del menor y el derecho de vivir con ambos padres en tiempos divididos.

Ahora si la tenencia compartida resulta conveniente o no para los hijos,

es un tema que le corresponderá evaluar al juzgador, en caso los padres llegaran a un acuerdo y, es que no se trata de una decisión tan sencilla, de allí que los casos de tenencia compartida no son abundantes – por ello, más adelante se evaluará la efectividad de la norma que modifica el CNA -, pues el hecho que el legislador haya incorporado de manera expresa la tenencia compartida no significa que se aplicará mayoritariamente, es un trabajo que los jueces deberán analizar según cada caso y, cabe recordar que por encima de los derechos de los progenitores se tendrá en cuenta el derecho de los menores.

No obstante, la tenencia compartida, correctamente definida, puede ser un medio efectivo para que los menores no pierdan o accedan al derecho de crecer y convivir con ambos padres.

4. HIPÓTESIS

4.1. Hipótesis:

La reforma legislativa de la institución de la tenencia, por la incorporación expresa de la modalidad compartida, no constituye un aporte significativo en la legislación peruana, ya que a nivel extrajudicial y judicial, ésta viene siendo aplicada por derivar de un acuerdo voluntario de los progenitores o la potestad de determinación del juez al resolver en los procesos únicos.

4.2. Variables:

4.2.1. Variable independiente:

La tenencia (X).

4.2.2. Variable dependiente:

Tenencia compartida (Y).

4.3. Operacionalización de Variables:

VARIABLE	TIPO DE VARIABLE	DEFINICIÓN OPERACIONAL	INDICADORES
La tenencia (X)	Independiente	Expresión de la patria potestad que implica la interrelación inmediata entre padres e hijos, es decir, el ejercicio de	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Doctrina. ▪ Código de los niños y adolescentes.

		la convivencia en un hogar monoparental	
Tenencia compartida (Y)	Dependiente	Es la convivencia que comparten ambos progenitores con sus hijos, en tiempos y lugares definidos.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley N° 31590 ▪ Sentencias

5. OBJETIVOS

5.1. Objetivo general:

Determinar la relevancia jurídica de la incorporación de la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano.

5.2. Objetivos específicos:

- 5.2.1. Examinar la legislación nacional reformada en relación con la vigente respecto de la institución de la tenencia.
- 5.2.2. Comparar la legislación extranjera de la tenencia compartida en beneficio de los menores de edad.
- 5.2.3. Análisis de sentencias y el tratamiento de la tenencia compartida.

6. METODOLOGÍA

6.1. Tipo y Diseño de investigación:

- 6.1.1. Exegético: Es donde, se utiliza para analizar normas jurídicas.
- 6.1.2. Dogmático: Debido que, se utiliza doctrinas de juristas, libros, revistas especializados de acuerdo al tema.
- 6.1.3. Jurisprudencial: Es donde se utiliza normativas y legislaciones.

6.2. Población – Muestra:

No existe tal, ya que se trata de una investigación cualitativa y el análisis de la legislación vigente, la derogada y la jurisprudencia sobre la materia.

6.3. Técnicas e instrumentos de investigación:

6.3.1. Técnicas:

Análisis documental.

6.3.2. Instrumentos:

Análisis de contenido.

6.4. Procesamiento y análisis de la información:

Al ser un examen cualitativo, no requiere de mayor complejidad por lo que sólo se hará uso del sistema Word.

7. RESULTADOS

7.1. Reforma al CNA por la Ley N° 31590:

Artículo	CNA	Ley N° 31590
81°	Tenencia: Norma la tenencia que surge del acuerdo de los padres, teniendo en consideración la opinión del menor o a falta de acuerdo, dispone que es el juez quien resolverá, incluso podrá definir la tenencia compartida.	Tenencia Compartida: Mantiene un texto muy similar, con la diferencia de la sumilla y la incorporación de que el acuerdo de la tenencia compartida se formalice mediante la conciliación. Y, finalmente, sino hubiera acuerdo es el juez quien resuelve sobre la tenencia compartida, ésta como primera opción.
83°	Petición: Regula la demanda de tenencia por la pérdida de la misma debido a la acción del otro padre o para regularizar la tenencia de hecho.	Mantiene un texto muy similar, con la diferencia de la incorporación de la medida cautelar y el plazo del juez para definir sobre la misma, en un plazo de treinta días naturales.
84°	Facultad del Juez: Norma la falta de acuerdo y la posibilidad del juez de definir, considerando lo siguiente: a) La preferencia del padre con quien tuvo mayor convivencia; b) Si tiene menos de 3 años, deberá cedérsele a la madre. c) Definir un régimen de visitas a favor del padre que no ejercerá el derecho.	Facultades del Juez sobre la Tenencia Compartida: a. Igualdad de tiempo para ambos padres; b. Derechos igualitarios de los padres en el ejercicio de la tenencia compartida; c. La lejanía de domicilios no limita la tenencia compartida; d. Derechos de los menores de convivir con los familiares de ambos progenitores; e. EL periodo vacacional de los padre, así como de los hijos; f. Los días de conmemoración de relevancia de los hijos; y g. La edad y opinión del hijo. (...)

7.2. La tenencia compartida en la legislación extranjera:

País	Legislación	Articulado
Argentina	Código Civil y Comercial de la Nación	<p>Artículo 641°: Denominada como responsabilidad parental y prescribe que corresponderá:</p> <p>b) A ambos padres, cuando se extinga la unión de hecho, divorcio o nulidad, a ambos progenitores. Salvo que ambos acuerden otra modalidad o el juez lo determine.</p> <p>e) Al padre que la ejerce cuando se trata de hijos nacidos fuera del matrimonio y el vínculo se determinó por sentencia. Admite la posibilidad de que ambos padres acuerden compartirla o puede ser determinada por el juez.</p>
		<p>Artículo 643°: Por el que se permite que la responsabilidad parental recaiga en un pariente y no los padres, cuando así los padres lo consideren por razones de bienestar del hijo</p>
Chile	Código Civil	<p>Artículo 225°: norma el régimen compartido y prescribe que puede derivar del acuerdo entre padres. Norma que se formalizará mediante escritura pública y debe registrarse en el acta de nacimiento – al margen -.</p> <p>Si no hubiera acuerdo se mantienen la tenencia de hecho respecto del padre que la ejerce, admitiendo la posibilidad de que juez pueda decidir en atención al bienestar del menor.</p>
		<p>Artículo 225-2°: incorpora los presupuestos que deberá tener en cuenta el juez para la determinación del ejercicio compartido: cercanía afectiva con los progenitores y familiares; aptitud de los progenitores para ejercerla; cumplimiento de alimentos; voluntad de los padres de cooperar entre sí para el ejercicio compartido; opinión del menor; informes de peritos ordenados por el juez; ubicación de los domicilios de los progenitores; y otros.</p>
España	Código Civil	<p>Artículo 92° Por divorcio, separación o nulidad (...)</p> <p>5. Cuando estén de acuerdo los progenitores el ejercicio será compartido.</p> <p>6. El juez antes de resolver debe solicitar información al Ministerio Fiscal, oír a los hijos, valorar lo expuesto por los padres y demás pruebas</p>

		<p>practicadas.</p> <p>7. No procederá la guarda conjunta si es que alguno de los padres estuviera siendo procesado por tentativa contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro padre o de los hijos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las pruebas practicadas, indicios de cualquier tipo de violencia. También, se considerará, de existir, el maltrato animal o la amenaza, como mecanismo para controlar a una personas.</p>
--	--	---

7.3. Sentencias relevantes sobre tenencia compartida:

Expediente	Caso	Articulado
CAS. N° 4429-2013 LIMA	Variación de la tenencia compartida	El antecedente de esta sentencia es la determinación de la tenencia compartida, la cual, posteriormente fue variada por la casación. En la recurrida el juez desarrolla el ejercicio de la tenencia compartida: a) En el primer bimestre: la madre tendrá a los hijos (...); b) En el segundo bimestre: la madre tendrá al hijo mayor y a la última niña y el padre tendrá a los dos niños (segundo y tercer hijo) c) A partir de lo sucesivo, los padres alternaran la tenencia de los hijos en el mismo orden antes señalado; d) La entrega y recojo de los hijos realizará el último día hábil y después de clases fuera del horario escolar (...).
Casación N° 3016-2015, TACNA	Situación de estabilidad que beneficie al menor	Séptimo: En esta sentencia y fundamento se desarrolla el presupuesto de que la conciliación extrajudicial no limita la posibilidad de los padres acudir a la vía judicial, hecho que será evaluado por el juez; asimismo que, si bien la tenencia compartida es potestativa, siempre que el juez verifique que contribuye al bienestar del adolescente. En el proceso el juez decide que no procede

		la tenencia compartida, por la opinión y negación del adolescente; opinión que debe ser valorada de acuerdo al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño en concordancia con los artículos 9 y 85 del CNA y porque el demandado no reúne las condiciones determinar la tenencia compartida, ya que trabaja en Iquitos y sus días libres los pasa en Lima, y el adolescente vive en la ciudad de Tacna; lo que constituye la <i>ratio decidendi</i> de la recurrida.
Casación 3767-2015, Cusco	No se puede ejercer la tenencia compartida si existe alienación parental	a) La reincidencia voluntaria del progenitor de privar a su hijo de ver a su madre, pese al mandato judicial de que el hijo sea entregado a la madre, y además de los indicios de alienación parental contra la madre, la sala suprema dispuso que no resultaba posible otorgar la tenencia compartida.

8. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

8.1. Análisis de la reforma al CNA por la Ley N° 31590:

Como se ha podido observar en el cuadro comparativo, la tenencia compartida ya estaba regulada en el CNA y no de manera implícita, todo contrario, expresamente el legislador en el artículo 81° prescribía que ésta podía surgir de en dos escenarios:

- a) Por la voluntad consensuada de los padres, ya sea que se trate de un divorcio, separación de cuerpos o los hijos nacidos de una relación extramatrimonial. En este caso, se entiende que existe un acuerdo de hecho o conciliatorio entre los progenitores para compartir la tenencia de los hijos. Debe considerarse, en este extremo, que la separación convencional y divorcio ulterior después que se aprobara las vías alternas notarial y municipal, ha significado un mecanismo célere para acceder a la extinción del vínculo matrimonial y este trámite sólo es posible si, previamente, los cónyuges – con hijos menores o con discapacidad – han definitivo mediante acuerdo conciliatorio, entre otros, el tema del ejercicio de la tenencia. En ese sentido, aunque no se

tiene un registro de conciliaciones sobre la materia, debe presumirse que, en muchos casos debe haberse determinado la tenencia compartida de los hijos.

- b) El otro presupuesto es la posibilidad admitida por la ley, de que el juez decida por una tenencia que compartan ambos padres. Es decir, la potestad del órgano jurisdiccional de decidir por esta modalidad, se entiende que teniendo como fundamento el principio rector del PISN y no tanto por el derecho de los padres.

Ahora bien, la reforma del artículo 81° mantiene un contenido muy parecido al texto anterior, con las diferencias que modifica la sumilla, donde lo titula como “tenencia compartida”, tal vez para dejar en claro que, y, esto se observa en la primera y tercera parte del artículo, que la tenencia compartida es la regla en un acuerdo de los progenitores – se entiende extrajudicial - y la primera opción que debe valorar el juez, vale decir, deja de ser potestativo para convertir a esta modalidad de tenencia como la regla a aplicar de manera general, excepto en los casos que por requerir aplicar el PISN se opte, excepcionalmente, por la tenencia a favor de uno de los progenitores.

En cuanto al artículo 83°, el texto se mantiene igual, con la diferencia que incorpora la posibilidad de solicitar medidas cautelares – se entiende de parte del padre que no tiene la tenencia – a fin de obtener provisionalmente el ejercicio de una tenencia compartida. Lo que resulta interesante, pues como se ha señalado antes, la tenencia es una expresión de la patria potestad cuyo ejercicio corresponde a ambos padres y frente a la abrupta limitación de este derecho que implica el posible daño o afectación emocional de los hijos como del padre desposeído, resulta jurídicamente coherente y razonable este mecanismo que busque aliviar la vulneración de este derecho. No obstante, la crítica a esta norma, es que las medidas cautelares se caracterizan porque tienen por finalidad reparar un daño cuyos efectos podría resultar irreparables, precisamente por la formalidad de los plazos y la inevitable carga procesal, siendo esto así, no se entiende el fundamento del legislador para establecer un plazo de 30 días – máximo – para que se resuelva la medida cautelar, lo que resulta por demás excesivo e contradictorio, pues se trataría de una medida cautelar en un proceso único, es decir, sumarísimo. Bajo esa premisa, se considera que resulta poco útil

este agregado al CNA ya que no cumpliría la finalidad de una medida cautelar, al menos no, en este tipo de procesos tan sumarios.

Además del primer artículo reformado, el 84º, posiblemente, siguiendo la línea de la tenencia compartida como modalidad que debe ser observada en primer orden, puede que resulte el segundo más importante y el necesario complemento para la decisión judicial de optar por una tenencia compartida. Regula siete presupuestos que deberá verificar o valorar el juez para el otorgamiento de esta modalidad de tenencia, las que resultan interesantes porque el legislador ya está indicándole una línea de acción al juzgador que, además, no es potestativa, sino de observancia obligatoria, por lo que se entiende que estos aspectos deberán ser valorados en la sentencia.

La crítica al artículo antes citado es que, el legislador omite establecer que estos aspectos deben ser considerados por el juez como enunciativos, lo que hubiera significado que el juzgador podría valorar otros criterios o pruebas para garantizar que la decisión de la tenencia compartida es la más adecuada para el bienestar de los hijos, como lo prescriben otras legislaciones extranjeras que, expresamente, otorgan al órgano jurisdiccional la posibilidad disponer y valorar otras pruebas, de tal manera que la tenencia compartida no sólo se adopte como un derecho de los padres, sino prioritariamente como un derecho de los hijos desarrollarse en una sana convivencia.

Empero, aunque la reforma no lo contempla, no exime al juez de familia de su responsabilidad de resolver en atención al bienestar de los menores y valorando el PISN, por lo que, aunque se advierte la omisión del legislador, no se puede negar que el proceso único se caracteriza por la informalidad y la aplicación del principio rector del PISN, por lo que se considera que esa vacío puede ser fácilmente subsanado por los juzgadores.

Del análisis realizado se puede colegir que, aunque la tenencia compartida ya estaba prescrita en el CNA, la reforma si resulta relevante desde una perspectiva normativa, porque se aleja de esta modalidad potestativa para convertirla en la primera opción del juzgador, es decir, convierte a la tenencia compartida en la expresión inmediata del ejercicio de la patria potestad y no más en una *modalidad de la tenencia* – la llamada tenencia exclusiva, que era la generalidad

-, por lo que convierte a la tenencia exclusiva en otra modalidad cuando la primera no opere en cada caso concreto que el juzgador conozca.

Sin embargo, si la reforma, desde una revisión práctica, resulta relevante, se considera que, existen muchos aspectos que deben valorarse para su determinación, vinculados al artículo 84° y otros que, eventualmente, el juez pudiera observar en un proceso. Posiblemente, este examen corresponde a un análisis interdisciplinario, pues importa mucho los caracteres de las familias, de los padres, el efecto socio económico que impacta en el rol que cumplen o deben cumplir los padres, entre otros. De allí precisamente, como se verá más adelante, antes, aunque el juez podía decidir por una tenencia compartida, no existen sentencias que permitan ilustrar esta decisión, tal vez porque el pedido de las demandas por tenencia sólo se refieran a una tenencia exclusiva – que, posiblemente, conviene a ambos padres – y el derecho de visita a favor del padre que no la ejerce. En ese orden de ideas, se puede concluir que, aunque la reforma ha significado una modificación importante, se cree que en la praxis jurídica aún se mantendrá aquella tenencia que demanden y puedan ejercer los padres y, sólo con el transcurso del tiempo y, el desenvolviendo jurisdiccional, se podrá determinar si esta modificación ha tenido un impacto efectivo en los procesos.

Por otro lado, aunque no ha sido considerado en el cuadro comparativo, no porque no se vincule a la tenencia compartida, sino porque la investigación es en torno a la reforma específica de esta modalidad de tenencia, que más bien tiene una vinculación distinta, es el caso del artículo 82°, que prescribe los casos de variación de la tenencia. Esta norma si, constituye un nuevo aporte, pues antes sólo se había desarrollado a través de la jurisprudencia, el síndrome de alienación parental – SAP que, el legislador, no le ha otorgado tal denominación, pero que claramente se reconoce del contenido literal de la norma citada. Al respecto, no cabe duda que este extremo de la norma si se considera relevante, sólo que, igualmente, tal vez a través de otra investigación, se tendría que analizar si ésta es suficiente para exponer y resolver sobre un tema tan complejo como el SAP.

8.2. Análisis de la tenencia compartida en la legislación extranjera:

A diferencia del Perú, la legislación extranjera ha prescrito con antelación sobre

la tenencia compartida y de manera mucho más integral, como veremos más adelante. Si bien es cierto, ha quedado claro que la tenencia compartida ya estaba vigente como potestativa, recién se incorpora como regla y desarrolla criterios para su determinación en octubre del 2022, por lo que estamos frente a una modificación novísima, cuya efectividad de su aplicación se podrá evaluar en unos años.

Argentina denomina a la tenencia como responsabilidad parental y, aunque tiene caracteres muy similares a la institución de la tenencia peruana, se debe destacar una diferencia, la que permite que esta responsabilidad los padres la cedan a otros familiares, cuando ellos – los padres – consideren que resulta mejor para el bienestar de sus hijos. Resulta por demás evidente que, la enorme diferencia en este extremo, porque en el Perú, la tenencia es una expresión de la patria potestad y ésta institución sólo la ejercen los padres, no es posible que la ejerzan otros miembros de la familia, para ello y, por pérdida de la patria potestad, surge las instituciones de amparo familiar, en este caso, la tutela.

En la legislación chilena, la denominación es de régimen compartido y aunque la similitud, al igual que la argentina, es que puede surgir del acuerdo consensuado de los padres, existe una diferencia importante en lo que respecta a la formalidad, pues en el Perú se puede materializar a través de un ejercicio de hecho o mediante un acta de conciliación; en Chile, deben los padres formalizarla mediante escritura pública y deberá estar registrada en el acta o partida de nacimiento del menor, mediante una anotación al margen de la misma. Este aspecto resulta interesante, en el sentido que le otorga publicidad a la tenencia compartida, pues puesta a la vista el acta de nacimiento se podrá determinar el régimen de tenencia.

Siguiendo con el análisis de la misma legislación chilena, ésta, también, incorpora criterios que debe valorar el juez para determinar el llamado régimen compartido, donde debe destacarse tres aspectos: a) aptitud y actitud de los progenitores; b) cumplimiento de la obligación alimentaria; c) informes periciales.

A diferencia de la reforma peruana, la chilena resulta mucho más realista respecto de la voluntad o predisposición o no que puedan tener los padres para

ejercer el régimen compartido, tal vez de allí precisamente parte la razón, por la que no existen sentencias que dispongan la tenencia compartida en nuestro país. En segundo orden, valorar la obligación alimentaria, es un presupuesto clave que el legislador peruano omite consignar, aunque tal vez no resulta una omisión sino una línea o corriente de hacer prevalecer el derecho de convivencia con los hijos – asemejándolo, erróneamente, al régimen de visitas - . Si esa fue la intención del legislador peruano, no resulta compatible, pues la tenencia no sólo implica el derecho de convivir sino además de asumir la guarda de los hijos – moral y materialmente -. Y, finalmente, la valoración de los informes periciales, pues la legislación chilena dispone que el juzgador ordene las pericias que considere necesarias antes de determinar la tenencia compartida, algo que, en comparación con la ley peruana, no se ha considerado.

La omisión de estos aspectos, como se ha señalado antes, tampoco, exime al juez o limita la potestad de requerirlo, pues fácilmente encuentra su fundamento en el PISN y, antes y para un mejor resolver, podrá disponer de los exámenes o pruebas que considere y garanticen el derechos de los menores.

En cuanto a la legislación española, si existen aspectos diferenciados más marcados respecto de la tenencia compartida, pues ordena que el juzgador deberá oficiar al Ministerio Fiscal, escuchar a los padres y a los menores antes de resolver, además de calificar las pruebas que hubiera ordenado. Sin duda alguna, se sostiene sobre un sistema más garantista de los derechos de los hijos. De igual modo, incorpora hechos bajo los cuales no podrá ejercerse la tenencia, como son la tentativa de delitos contra el otro padre o los propios hijos. Esto último, hubiera sido de importancia en un contexto como el peruano, donde los índices de violencia familiar son tan altos.

En líneas generales, es evidente que, aunque existe similitud entre las legislaciones extranjeras citadas y la peruana, también, se observan diferencias de fondo que hubiera sido importante que se incorporaran en la reforma, prioritariamente por el carácter garantista de la norma que permitiría una determinación más responsable de la tenencia compartida.

8.3. Análisis de las sentencias relevantes sobre tenencia compartida:

De la revisión de las sentencias sobre tenencia, no se encontrado ninguna que

defina la modalidad compartida, a pesar que el CNA ya la normaba, al menos de manera potestativa. En todos los casos se trata de una tenencia exclusiva anexa a un régimen de visitas, ya sea porque se busque regularizar un ejercicio de hecho de la tenencia – que el reconocimiento de la tenencia - o la variación de la misma a favor del otro progenitor.

La ausencia de sentencias sobre la materia, consideramos que responde a los caracteres o rasgos propios de una sociedad que, mayoritariamente, considera que los hijos deben estar al cuidado de la madre, sin importar que a lo largo del tiempo, también, la madre se ha convertido en una proveedora del hogar – labor que antes, se consideraba exclusiva del varón -, por ende, muy bien podría, la tenencia y guarda podría ser compartida, no obstante, aún no se supera ciertos estándares sociales. De allí, precisamente, que antes se ha destacado la legislación chilena que, mucho más realista, se refiere al criterio de aptitud (posibilidad) y la actitud (querer o voluntad) de los padres que deberá valorar el juzgador, previo, a su decisión.

Pese a ello, para esta investigación e han traído a colación tres sentencias que no resuelven sobre la tenencia compartida, pero que se refieren y permite tener una ilustración de la praxis jurídica en esta materia.

La CAS. N° 4429-2013- Lima, sentencia que deja sin efecto una sentencia de tenencia compartida y la varia a una tenencia exclusiva por motivos una evidente oposición entre los progenitores y porque, además, - la tenencia compartida – no había sido invocada por ninguna de las partes y el solo conflicto entre los padres es criterio suficiente para que el juez se aleje de posibilidad de una tenencia compartida. No obstante, en la recurrida el juez propone una interesante distribución de tiempo entre los padres, pero al parecer adolece de desarrollar los fundamentos suficientes para la adopción de esta modalidad de tenencia, de allí la razón de su variación.

En cuanto a la Casación N° 3016-2015-Tacna, se hace referencia a la tenencia compartida, en el sentido de que no resulta procedente, porque se valora la opinión del adolescente quien manifiesta su deseo de seguir conviviendo con la madre y no su padre. Y, además, valora que, tampoco, sería posible por el domicilio distante entre los progenitores, pues el demandante trabaja en Iquitos

y reside en Lima, mientras que la madre reside en Tacna. Por ende, constituye una imposibilidad física de optar por esta modalidad de tenencia.

Finalmente, la Casación 3767-2015-Cusco que se vincula al SAP y, destaca que, no procede la tenencia compartida cuando se suscitan estos hechos, que afectan la estabilidad emocional del hijo y de uno de los progenitores. Frente a esta situación donde se alimenta de rencores a los hijos respecto de uno de los padres, ocasionado que éstos rechacen al progenitor, no resulta procedente que el juez pudiera determinar una tenencia compartida, pues frente a estos hechos deben disponerse acciones que salvaguarden la salud mental y emocional de los menores y dirigida a restablecer la relación con el padre afectado.

CONCLUSIONES:

1. La exploración realizada ha podido determinar que si existe una relevancia jurídica en la reforma del CNA y la incorporación de la tenencia compartida, pues mientras antes ésta se consideraba como una potestad del juez, ahora se constituye en una primera opción y regla primaria a aplicar, de tal manera que los hijos desarrollen una convivencia con ambos padres.
2. Se deben destacar dos aspectos importantes en comparación al texto anterior: primero, que la tenencia compartida se constituye en la expresión directa de la patria potestad y no en una modalidad más de la tenencia (en general) y, segundo, que la modificación desarrolla los criterios que deberá valorar el juez para determinar la tenencia compartida. Aunque la crítica a la misma, es que dichos aspectos son enumerativos y no enunciativos, por lo que se considera que el Juez deberá recurrir al PISN para garantizar el derecho de los menores antes de decidir por la tenencia compartida.
3. En cuanto a la legislación extranjera, se examinaron la argentina, la chilena y la española. Comprobándose que, las dos últimas ofrecen normas más garantistas de los derechos de los menores, en comparación con la legislación peruana, pues apelan a criterios valorativos, como la aptitud de los padres, la voluntad de los padres, el cumplimiento de la obligación alimentaria, el deber del juez de actuar otras pruebas o exámenes, que no se observa en el CNA peruano.
4. Y para finalizar, en cuanto al análisis de las sentencias y la aplicación de la tenencia compartida, se evidenció que no existen antecedentes de decisiones judiciales que ordenen esa modalidad de tenencia y, que contrario a ello, las sentencias valoradas se refieren a casos en los que no procedería la tenencia compartida, como son la confrontación entre los padres o la comprobación del SAP.

RECOMENDACIONES:

La presente investigación constituye un aporte analítico al derecho, pues se ha desarrollado aspectos que permiten cuestionar si la reforma del CNA – por la Ley N° 31590 - resulta relevante o no; se ha determinado que no constituye una novedad como modalidad de tenencia, aunque si modifica su estatus legal y desarrolla criterios para su determinación, aunque insuficientes, por lo que se recomienda:

- Que, los operadores de justicia, además de considerar los criterios definidos en el artículo 84°, resuelvan en atención al PISP, a fin de garantizar el bienestar y desarrollo integral de los menores.
- Aunque pudiera resultar muy próximo, resulta necesaria la modificación de la tenencia compartida, en los extremos de precisar criterios más garantistas, como: la voluntad y posibilidad de los padres, pericias psicológicas a los padres y la verificación del cumplimiento de la obligación alimentaria.

AGRADECIMIENTO

A mi madre, por su apoyo constante e incondicional, sin ella no podría encontrarme iniciando una nueva etapa de mi vida, como profesional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Llanos, B. (2017). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho y Sociedad*, 191.
- Cabanellas de Torres, G. (2012). *Diccionario Jurídico Elemental*. Obtenido de <https://issuu.com/ultimosensalir/docs/diccionario-juridico-elemental---guillermo-cabanel>
- Changanaqui Sánchez, M. D. (18 de agosto de 2022). *Repositorio de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/20.500.14067/6527>
- Española, R. A. (26 de enero de 2021). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/hostigar?m=form>
- Fernández Luna Abellán, E. (2016). *Dialnet*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=127394>
- Hernández Sánchez, D. (2022). Tenencia Compartida: Al necesidad del coordinador parental en e Perú. *Revista Científica Warmi*, 59.
- Ramos Zavala, H. R. (2014). *Repositorio Digital Univesidad Central de Ecuador*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/4143>
- Silva Zelada , X. P., & Távara Camacho, L. (2022). *Repositorio Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo*. Obtenido de <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/2079>
- Valencia Ríos, A. H., & Hurtado Bautista, I. V. (2021). *Repositorio de la Universidad Autónoma de Ica*. Obtenido de <http://repositorio.autonomadeica.edu.pe/bitstream/autonomadeica/1308/1/ABEL%20HERIBERTO%20VALENCIA%20R%20C3%8DOS-IVAN%20VALENT%20C3%8DN%20HURTADO%20BAUTISTA.pdf>
- Vásquez Espinoza, P. (2019). *Scielo*. Obtenido de <http://www.scielo.org.pe/pdf/educ/v28n54/a12v28n54.pdf>

ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO	PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS
Relevancia de la incorporación de la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano	¿Cuál es la relevancia jurídica de la incorporación de la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano?	La reforma legislativa de la institución de la tenencia, por la incorporación expresa de la modalidad compartida, no constituye un aporte significativo en la legislación peruana, ya que a nivel extrajudicial y judicial, ésta viene siendo aplicada por derivar de un acuerdo voluntario de los progenitores o la potestad de determinación del juez al resolver en los procesos únicos.	<p><u>Generales:</u></p> <ul style="list-style-type: none">▪ Determinar la relevancia jurídica de la incorporación de la tenencia compartida en el sistema jurídico peruano. <p><u>Específicos:</u></p> <ul style="list-style-type: none">▪ Examinar la legislación nacional reformada en relación con la vigente respecto de la institución de la tenencia.▪ Comparar la legislación extranjera de la tenencia compartida en beneficio de los menores de edad.▪ Análisis de sentencias y el tratamiento de la tenencia compartida.

