

**LA TENENCIA COMPARTIDA:  
COMENTARIO A LA LEY N° 29269, QUE INCORPORA ESTA FIGURA  
AL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

**Abida Aguilar Saldívar\***

*La demanda de que un padre se corresponsabilice en la crianza de sus hijos, es una petición que día a día crece en nuestra sociedad. Los padres y las madres, educados en valores democráticos de igualdad, reclaman cada vez con mayor energía una forma de custodia en la que los hijos no se vean forzados a perder una parte fundamental de sus vidas tras el divorcio. La necesidad de separar conflicto conyugal de relación parental está en la base del apoyo que los profesionales han dado a la custodia compartida.*

**José Manuel Aguilar Cuenca, “Con papá y con mamá”<sup>[1]</sup>**

### **1. Breve reseña a priori**

En lo que concierne al Derecho de Familia, la modificación legislativa a comentar, es en mi opinión, una de las más importantes en esta especialidad. El porqué de su idoneidad y de su necesidad, lo desarrollaremos más adelante, pero antes, es preciso señalar que se trata de un cambio de paradigma, de tránsito de la resistencia al viraje y del conservadurismo a ultranza, para dar paso a nuevas y modernas tendencias en el Derecho, plasmadas en la norma positiva un aspecto que de manera categórica, suma o adiciona, a lo que ya teníamos en nuestro Código de los Niños, tan simple como esto: dos es más que uno. Un hijo que es creado entre dos, debe ser educado entre dos.

Si se trata de decidir con quién se quedará un niño, luego de la separación de sus padres, qué mejor que asignar dicha responsabilidad a ambos, aún cuando la forma de ejercer dichos deberes, tenga, evidentemente, que cambiar y adecuarse a nuevas estrategias, sin necesidad de exponer a los niños, a que sean ellos quienes cambien y quienes sufran los avatares de una situación que no provocaron.

La experiencia nos ha demostrado que, en un proceso de Tenencia, es frecuente su otorgamiento a la madre; más aún cuando el hijo o los hijos son pequeños. Algunos de los argumentos, pueden ser: que es aquella la persona más idónea para encargarse de la crianza de los hijos, les prodiga más ternura y protección, o tal vez porque en muchos casos, es el padre quien provee al hogar los recursos económicos necesarios para su subsistencia, debiendo para ello ausentarse para ir a su centro laboral.

Es entonces, en aras de la igualdad entre hombre y mujer, entre padre y madre, que se pretende equiparar tanto sus derechos cuanto sus deberes y responsabilidades frente a los hijos, habida cuenta que, aún cuando opten por la separación o el divorcio, estarán siempre unidos por los hijos que conjuntamente procrearon. Ahora bien, la tenencia compartida no tiene el propósito de buscar la igualdad entre padres, como un fin en sí mismo, sino que cumple con la finalidad de menguar al máximo, el dolor y sufrimiento que causa en los hijos, la fractura familiar, es decir, descansa sobre el principio del interés superior del niño.

### **2. La institución de la Tenencia: antes y después**

La norma publicada en el Diario El Peruano, el 17 de octubre último, modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes.

#### **2.1 El artículo 81° CNA**

Antes: «Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento».

El artículo modificado, reza lo siguiente:

**Artículo 81°.-** Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, **puediendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.**

Ante una legislación parametrada en el binomio Tenencia monoparental – Régimen de visitas, cimentada en los artículos precedentes, el resultado de un proceso de tenencia antes de esta modificación tenía la siguiente fórmula, en su mayoría: *la Tenencia para la madre y un régimen de visitas para el padre* que, en el mejor de los casos, podía ser un régimen abierto, vale decir, libre y sometido a la voluntad del menor y disponibilidad del padre que visita.

Sobre este particular, los argentinos Gil Domínguez, Famá y Herrera, al referirse a la familia monoparental, señalan: «El aumento de los divorcios y las separaciones en el marco de un proceso sociocultural complejo (...), es, sin lugar a dudas, la principal razón del incremento numérico de las familias monoparentales, con una marcada preeminencia de los hogares con jefatura femenina ya que, si existen hijos del matrimonio o la unión de hecho, los niños suelen permanecer con la madre».<sup>[2]</sup>

Dentro de este enfoque socio cultural, se vierte una situación de particular vulnerabilidad de la mujer como cabeza de una familia monoparental: por un lado, la de ser la proveedora económica de dicho núcleo; por otro, la de ser la organizadora de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos. De allí la necesidad de encontrar un trato igualitario de goce de los derechos en igualdad de condiciones para varón y mujer, con acceso proporcional mutuo al cuidado directo de los hijos, en un criterio de alternancia en el cuidado de aquellos, que no es sino, la tenencia compartida.<sup>[3]</sup>

Hoy, con la incorporación de la tenencia compartida como alternativa en el caso del **artículo 81°** del Código de los niños y adolescentes,<sup>[4]</sup> se abre un abanico de posibilidades de señalamiento de regímenes más acertados, y acordes con lo que verdaderamente es más favorable para un niño, y también la posibilidad de optar por una posición ecléctica y altruista, que no es sino privilegiar la posibilidad de que el niño siga gozando de papá y mamá, no obstante la separación de éstos y, que no es sino imponer a los padres el deber de continuar en la tarea de “ser padres en todo el sentido de la palabra” y desechar la posibilidad de que se conviertan en tiranos, el uno contra el otro.

No obstante, podemos citar posiciones que sostienen que la tenencia compartida, es un híbrido, una situación tal, que deja al hijo o hijos, sin un hogar fijo, o que los cosifica, sin tener presente que los niños necesitan de un lugar estable donde vivir y desarrollarse y, a su vez, de un código coherente bajo el cual desenvolverse; vale decir, reglas claras y uniformes que los guíen y conduzcan.

A tales argumentos, rápidamente se pueden confrontar, los de quienes sostenemos que, la tenencia compartida, no es precisamente, dividir el hogar del niño en dos, y convertirlo en una especie de nómada, con dos hogares, con dos códigos de costumbres distintos dependiendo del lugar en el que le toque, circunstancialmente estar: ora en el hogar del padre, ora en el de la madre. Es, por el contrario, **generar un periodo de alternancia equilibrado con ambos progenitores, de manera que sea menos traumática la separación, y se garantice a través de esa dinámica un desarrollo psico-emocional sano para la prole, cuando la relación entre ex cónyuges es lo suficientemente madura y privilegian el bienestar de los hijos, claro está.**

#### **2.2 El artículo 84° CNA**

Antes: «En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente debe señalarse un régimen de visitas».

La modificación hecha por la ley 29269:

**Artículo 84°.-** En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. **En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.**

Tal como ha venido ocurriendo, interpuesto el proceso de tenencia, ante la ausencia de una fórmula conciliatoria susceptible de ser suscrita por las partes, y corresponda al juez resolver la litis, este deberá guiarse por los criterios que establece el artículo 84°.

La novedad que esta norma entraña es que, el Juez, deberá inclinarse por quien contribuya y facilite mantener la relación familiar entre el otro progenitor y los hijos; por lo que en virtud de esta modificación (y del sentido común, por cierto), aquél será el más idóneo para ostentar la tenencia reclamada judicialmente. Una versión moderna del juicio de Salomón.

Este criterio se basa en las posibles disputas y controversias que existen cuando, después de separada la pareja, quien ostenta la tenencia (de hecho) de los hijos, impide sistemáticamente al otro progenitor a mantener contacto con aquéllos, como una especie de castigo conciente, o por simple desidia e ignorancia, perjudicando el normal desarrollo de los niños o adolescentes involucrados, quienes tienen derecho a continuar en contacto con ambos progenitores, aún después de la separación.

Cualquiera que haya sido la fórmula de la separación y los matices legales optados, si los padres mantienen una relación nociva en la que cada uno pugna por el cariño de los hijos y proceden a disputárselos cual si fueran un *trofeo de guerra*, podría configurarse aquel fenómeno denominado «*síndrome de alineación parental*»<sup>[5]</sup>, que se manifiesta como una “intención expresa de un progenitor, a cargo de la tenencia del menor, por enfrentar a éste en contra del otro, de modo que el hijo llegue a elaborar una actitud de enfrentamiento injustificado con aquél”<sup>[6]</sup>.

El espíritu de la norma es, pues, el de fomentar en los padres, la búsqueda del afianzamiento del vínculo afectivo padre-hijos o madre- hijos, después de la separación; esta actitud demostrará a los hijos, que ellos no están inmersos en el problema, y que independientemente de las diferencias conyugales o de pareja, existe un lazo consanguíneo que debe alimentarse: el lazo paterno –materno – filial.

### **3. El Principio del Interés Superior del Niño: un referente obligado**

De la lectura de los artículos derogados como de los vigentes, encontramos un común denominador: la obligatoriedad de la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, como un punto de referencia, un norte hacia donde deben dirigirse las decisiones judiciales en esta materia.

El concepto del interés superior del niño representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de la normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño.<sup>[7]</sup>

De hecho, la implementación de la tenencia compartida en nuestro ordenamiento es una forma objetiva de aplicar el principio en mención, es un paso adelante en la búsqueda del bienestar de los menores cuyos padres decidieron separarse, debido a que invita a los hijos a continuar manteniendo vínculos con las dos ramas familiares, aspecto esencial en su desarrollo; sean cuales fueren las relaciones entre los padres, el hijo necesita querer a su padre y a su madre, para desarrollarse emocionalmente en buenas condiciones.

### **4. Conclusión**

La tenencia compartida, en un sentido genérico, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad paterna, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.<sup>[8]</sup>

Este sistema permite, por un lado, conservar en ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial. Por otro, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias conyugales.<sup>[9]</sup>

Dentro de las ventajas que posee el régimen de la tenencia compartida, pueden citarse las siguientes: permite la participación activa de ambos progenitores en la crianza de los hijos; la equiparación de aquellos en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza; el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno; la comunicación permanente entre los progenitores, la distribución de los gastos de manutención de los hijos; la atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación; el reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial; y un largo etcétera.

Si bien, consideramos que la tenencia compartida es la mejor forma que los hijos mantengan contacto paritario con los padres, y por ende se relacionen y afiancen lazos entre sí, deben reunirse condiciones especiales para que funcione en la práctica, vg. establecer un código de estímulos y sanciones homogéneo entre los progenitores, respecto de los hijos; realizar una relación de gastos que asumarán de manera proporcional; mantener un diálogo fluido y pacífico sobre los asuntos concernientes a aquéllos; etc.

No obstante, debemos mencionar que, si los progenitores no se encuentran preparados para asumir las condiciones citadas, de manera tal, que no permitan que la dinámica funcione con efectividad, consideramos que el sistema tradicional del ejercicio de la tenencia monoparental, con el establecimiento de un régimen de visitas para el progenitor que no ostente la tenencia, no deja de ser una alternativa saludable, siempre y cuando, se cumpla con dichos regímenes sin afectar los derechos de los hijos, teniendo presente, en cualquier caso, su opinión.

#### **NOTAS:**

[1] Editorial Almuzara, Madrid 2006

[2] Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; y, Herrera, Marisa; Derecho Constitucional de Familia; Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 178

[3] Sobre su concepto, características y ventajas, recomendamos la lectura del artículo publicado en la revista JUS Doctrina y Práctica del mes de mayo 2008, pág. 169-174

[4] El que ha quedado redactado de la siguiente manera: Artículo 81° CNA: «Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, **puediendo disponer la tenencia compartida**, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente».

[5] El Síndrome de la Alienación Parental fue definido por Richard Gardner (Profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia) en 1985, como un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda o custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña.

[6] Aguilar Cuenca, José Manuel, S.A.P Síndrome de alienación parental –Hijos manipulados por un padre para odiar al otro, Editorial Almuzara, 2da edición, España 2005, Ob. Cit. p. 23

[7] Ibidem. Pág. 45, citando a Cecilia Grossman.

[8] Ibidem. Pág. 326

[9] Op.cit.

\* Fiscal Adjunta Provincial Titular de Familia.

E-mail: [ahidaa@yahoo.com](mailto:ahidaa@yahoo.com)

