

**EXPEDIENTE N°: 05288-2022-0-1801-JR-DC-06**  
**ESPECIALISTA: HERMITAÑO LUYO, MIGUEL ANGEL**  
**CUADERNO: PRINCIPAL**  
**SUMILLA: PRESENTA AMICUS CURIAE**

**SEÑOR JUEZ DEL SEXTO JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA- SEDE ALZAMORA**

La Clínica Jurídica de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, habiendo tomado conocimiento del proceso de amparo promovido por la Institución Mujeres Migrantes Maltratadas, representada por Inés María Agresott Gonzales, la Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú (FENMUCARINAP), representada por Lourdes Huanca Atencio, así como las ciudadanas:

- Ana María Espinoza Cervantes
- Katherine Sofía Serpa Chirinos
- Susy Cristan Cconsilla
- Esther Dávila Torres
- Lucero de Belén Pinedo Huerta
- Inés María Agresott Gonzalez
- Marwi Libertad Echaccaya Alvarez
- Roxana Elizabeth Romero Rojas
- María Cristina Candiotti Lavado
- Rosa María Elena Mendoza García
- Gelen Inolopu Saldaña

Mediante el cual se solicita ordenar a la Comisión de la Mujer del Congreso de la República a que conduzca un proceso participativo e inclusivo para debatir la propuesta de ley y posterior dictamen referido a los cambios de los artículos 82°, 83°, 84° y 85° del Código de los Niños y Adolescentes, conocida como “Ley de Tenencia Compartida” (Proyecto de Ley 01096/2021-CR), se presenta a este proceso a fin de presentar este documento en calidad de amicus curiae, al amparo del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú que reconoce el derecho de petición ciudadana.

El presente amicus curiae ha sido elaborado por el equipo docente de la Clínica Jurídica, conformado por Erika Irene Zuta Vidal, identificada con D.N.I. N° 10283807, con casilla electrónica N° 37127 y correo electrónico [eizuvid@gmail.com](mailto:eizuvid@gmail.com); Peter Alexis Cruz Espinoza, identificado con D.N.I. N° 45159496, con casilla electrónica N° 61898 y correo electrónico [peter.cruz@pucp.edu.pe](mailto:peter.cruz@pucp.edu.pe) y Carolina Paredes Campos; conjuntamente con el equipo estudiantil de la Clínica Jurídica integrado por Rosa Victoria Arteaga Pajares, Victor Steven Jaramillo Castillo, Pamela Belén Minaya Tamariz, Valeria Lizbeth Chávez Burga, Valeria Virginia Elias Paulino, Rosa Irene Garavito Ruiz y Piero Giancarlo Curi García. Asimismo, pretende ser un referente especializado para un mejor resolver en el presente proceso de amparo.

## **AMICUS CURIAE DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA DE LA PUCP SOBRE SOBRE LA LEY DE TENENCIA COMPARTIDA (PROYECTO DE LEY N° 01096/2021-CR Y LEY N° 31590)**

### **1. OBJETO DEL AMICUS CURIAE**

La **Clínica Jurídica de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú** se concibe como el escenario conjunto de estudiantes y equipo docente de la PUCP que tiene como objetivo promover la discusión sobre las instituciones del Derecho de Familia en el Perú y aplicar sus conocimientos a la solución de problemas socio-jurídicos de la realidad nacional.

El presente amicus curiae ha sido elaborado por Erika Irene Zuta Vidal, Peter Alexis Cruz Espinoza, Carolina Paredes Campos, Rosa Victoria Arteaga Pajares, Víctor Steven Jaramillo Castillo, Pamela Belén Minaya Tamariz, Valeria Lizbeth Chávez Burga, Valeria Virginia Elias Paulino, Rosa Irene Garavito Ruiz y Piero Giancarlo Curi García.

Asimismo, pretende ser un referente especializado para un mejor resolver en el proceso de amparo se sigue en el 6° Juzgado Constitucional de Lima bajo el Expediente N° 05288-2022-0-1801-JR-DC-06, mediante el cual se solicita al Juzgado que declare fundada la demanda constitucional de amparo, reconociendo que existe violación del derecho fundamental al debido proceso y a la participación política en el país, en el proceso de aprobación del Proyecto de Ley N° 01096/2021-CR. De igual forma, la demanda solicita que se ordene a la Comisión de la Mujer del Congreso de la República a que conduzca un proceso participativo e inclusivo para debatir la propuesta de ley y posterior dictamen referido a los cambios de los artículos 82°, 83°, 84° y 85° del Código de los Niños y Adolescentes.

El caso bajo análisis es de gran relevancia para la Clínica Jurídica de Derecho de Familia debido a que versa sobre la institución de la tenencia y el principio del interés superior del niño, los mismos que se reconocen como instituciones fundamentales y pilares de nuestra sociedad y Derecho peruano.

### **2. CONTEXTO Y ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY**

#### **2.1. DISPOSICIONES NORMATIVAS PREVIAS AL PROYECTO DE LEY N° 01096/2021-CR**

La tenencia como institución del Derecho peruano se encuentra regulada en el Capítulo II del Libro III del Código de los Niños y Adolescentes<sup>1</sup>. Estando a ello, previa aprobación del

---

<sup>1</sup> Nuestro vigente Código de los Niños y Adolescentes fue aprobado por Ley N° 27337.

Proyecto de Ley N° 01096/2021-CR, el artículo 81° del referido Código señalaba que dos escenarios bien definidos ante una posible separación de hecho entre padre y madre:

- i. Cuando hubiera un común acuerdo entre padre y madre, la tenencia se determinará por ellos teniendo en cuenta la opinión del/de la hijo/a.
- ii. Cuando no hubiera común acuerdo entre padre y madre o el acuerdo resultara perjudicial para el/la hijo/a, la tenencia quedará a decisión judicial.

Sobre la última situación, el artículo 84° del Código en mención regulaba dos criterios que la judicatura debió emplear para resolver las controversias surgidas en relación a la tenencia exclusiva de los/as niños/as<sup>2</sup>. La primera establecía que el/la hijo/a debía permanecer con el padre o la madre con quien ha convivido mayor tiempo, siempre y cuando le sea favorable. La segunda, que acogía la doctrina de los años tiernos, establecía que el/la hijo/a menor de tres años debía permanecer con la madre.

Como prioridad en el otorgamiento de la tenencia, en ambos casos se debía ponderar al padre o madre que garantice de mejor manera el contacto de su hijo/a con su otro padre o madre. Asimismo, considerando que la tenencia fuera concedida exclusivamente al padre o a la madre, la norma disponía el otorgamiento de un régimen de visitas a aquel padre o madre a quien no le fuera concedida la tenencia de su hijo/a con miras a no afectar el vínculo con su hijo/a, sin perjuicio de la titularidad de la tenencia.

El texto inicial del artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes no presentaba distinción expresa entre tenencia exclusiva o compartida. No obstante, con la Ley N° 29269 publicada en el año 2018, se precisó que el Juzgado podría determinar, si así lo consideraba, una tenencia compartida en favor de padre y madre. Con ello, teníamos un primer escenario que es aquel que los padres se ponen de acuerdo y deciden una tenencia exclusiva o compartida. La segunda posibilidad -es decir, ante la falta de acuerdo entre padre y madre- se podría ir a la vía judicial y el Juez podía establecer una tenencia exclusiva o incluso tenencia compartida. A partir de ello, se asumió a la tenencia exclusiva como regla general y la tenencia compartida como excepción.

Por nuestra parte, observamos tres críticas en las normas antes descritas. Primero, el propio texto del Código de los Niños y Adolescentes permite utilizar las terminologías “tenencia” y “custodia” indistintamente. No obstante, si bien queda claro que la institución de la tenencia debería ser el término legal idóneo a partir de su desarrollo en los demás artículos del Código de los Niños y Adolescentes, la norma no conceptualizó idóneamente “custodia”. Podría entenderse que la custodia es una tenencia de facto del/la hijo/a por padre o madre<sup>3</sup>. Segundo, al evidenciar los estereotipos de género asociados a las mujeres y hombres, la doctrina de los años tiernos puede ser cuestionada actualmente. Por ejemplo, por decisiones personales de las madres, también es posible encontrar padres que deseen asumir cuidados parentales exclusivos de sus hijos/as en los tres primeros años de vida. Esto, por ejemplo, es lo que da pie a las licencias parentales donde las cargas del cuidado de niños/as son atribuidas en equidad a padre y madre. Tercero, al igual que otras de las

<sup>2</sup> En adelante, se empleará la denominación “niños/as” para hacer referencia a todo ser humano que se encuentre comprendido en la definición establecida en el artículo I del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

<sup>3</sup> De acuerdo al artículo 201 del Código de los Niños y Adolescentes, cuya derogación se dio en el año 2017 tras la aprobación del Decreto Legislativo N° 1348, la custodia era un mecanismo que permitía el cuidado del/de la niño/a no solo por padres y madres, sino además otros familiares.

consecuencias de la doctrina de los años tiernos, la normativa evidencia una filiación biologizada. Por un lado, en contraste con nuevos modelos de familia, esta supone que la mujer es la única que puede procrear y ser madre<sup>4</sup>. Por otro lado, la norma equipara “progenitor(es)” con “padre” o “madre”, omitiendo de este modo que padre biológico o madre biológica puede no resultar ser el padre o madre legal<sup>5</sup>.

Más allá de las deficiencias en el texto anterior sobre tenencia en su contraste con la realidad contemporánea, la normativa previa a la aprobación del Proyecto de Ley N° 01096/2021-CR no negaba la existencia de una tenencia compartida. La norma, ahora modificada, tenía como finalidad que el/la juez/a fundamentara la decisión de otorgar la tenencia caso por caso en razón de los vínculos y familiaridad más fuertes que mantenga el niño o niña con padre o madre, sin desconocer los lazos con el otro progenitor a través de un régimen de visitas en caso esta sea tenencia exclusiva. Asimismo, al resaltar aspectos como la observancia del principio del interés superior del niño y el derecho a ser escuchado/a en esta determinación, la norma dejaba claro que esta institución no es un derecho cuya titularidad pertenece únicamente a padres y madres.

## **2.2. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY N° 01096/2021-CR**

La congresista Carmen Patricia Juárez Gallego, del Grupo Parlamentario de Fuerza Popular, presentó el 30 de diciembre de 2021 el Proyecto de Ley N° 01096/2021-CR, por el cual propuso a la tenencia compartida entre padre y madre como regla general de solución a las controversias sobre regímenes de tenencia de niños/as. Y, a partir de ello, la tenencia exclusiva o individual a cargo de un solo padre o madre y el régimen de visitas a cargo del otro se transformarían en una solución residual o de excepción. Para tal fin, el Proyecto de Ley propuso la modificación de los artículos 81°, 82° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes.

A continuación, expondremos los principales argumentos esgrimados en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 01096/2021-CR y desarrollaremos nuestros comentarios.

### **2.2.1. SÍNDROME DE ALINEACIÓN PARENTAL**

La Exposición de Motivos justificó la propuesta normativa en una aludida problemática de la tenencia monoparental conocida como “Síndrome de Alienación Parental” (SAP), el cual consiste en una patología psicológica a través de la cual uno de los progenitores busca deteriorar el vínculo de sus hijos/as con el otro padre o madre.

Conceptualiza al SAP como aquella “manipulación que hace uno de los padres sobre su menor hijo con el fin de que este tome una actitud de rechazo frente al otro progenitor” y concluye que este síndrome vulnera derechos contemplados en el Código de los Niños y Adolescentes -tales como el derecho a recibir un buen trato, integridad, libre desarrollo y bienestar-, estableciendo que la garantía de estos derechos solo podrían concretarse a través de una tenencia compartida tanto por padre y madre.

---

<sup>4</sup> Situación que contradice a lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de vientres de alquiler o cuando padres transgénero que den a luz.

<sup>5</sup> Situación que contradice a lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de filiación por adopción.

El llamado SAP, como creación de Richard Gardner, nació como un mecanismo de defensa judicial frente a la cantidad de decisiones que otorgaba la tenencia a madres frente a padres, en respuesta a un sistema estructural donde las relaciones interpersonales no son equitativas. A pesar de las críticas de la teoría desarrollada por Gardner al no ampararse en un estudio cualitativo o cuantitativo suficiente, esta doctrina fue abriéndose paso y generalizándose en la práctica judicial sobre los procesos de tenencia.

Sin embargo, se observaron prácticas judiciales donde primaba la aplicación del SAP para justificar la variación de tenencia, a pesar de una enorme vulnerabilidad entre los individuos involucrados e incluso, para ocultar situaciones con indicios de violencia. En los últimos años el SAP ha venido cuestionándose en la doctrina especializada y por distintas instituciones internacionales. Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2022) dejó en claro que el mal llamado SAP puede resultar inválida a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño:

*“Las niñas y niños en España siguen expuestos al riesgo de violencia y abuso sexual por un sistema judicial que parece favorecer a los padres en los casos de custodia, incluso en los casos en los que hay antecedentes de violencia doméstica o pruebas de abuso contra los niños y sus madres (...). Pedimos que se tomen medidas urgentes para proteger a la hija de la Sra. Diana García M. del grave riesgo de sufrir daños adicionales, y que se adopten medidas más amplias para evitar que se siga aplicando mal la ley (...). En este caso, ignorar las pruebas de los abusos sexuales contra la niña y de la violencia de género contra la madre, y conceder la custodia al padre es claramente contrario al interés superior de la niña, una obligación fundamental según la Convención sobre los Derechos del Niño (...). Tal razonamiento deriva claramente de la utilización de la pseudo teoría de la alienación parental, a pesar de que su aplicación está prohibida en España por una ley de 2021.”<sup>6</sup>*

Por ello, argumentar el mal llamado SAP en el Proyecto de Ley N° 01096/2021-CR como sustento para el cambio normativo resulta controversial no solo porque no existe evidencia científica que la respalde, sino porque bajo su aplicación se vulneran los derechos de los niños, las niñas y adolescentes. Implica anular los testimonios de los niños, niñas y adolescentes puesto que se parte de la premisa que están siendo manipulados, lo cual es grave, porque bajo ello su opinión no es tomada en cuenta y se pueden esconder, incluso, abusos sexuales.

## **2.2.2. NORMATIVA PERUANA ACTUALMENTE FAVORECE LA VINCULACIÓN DE NIÑOS/AS CON SOLO UNO DE SUS PADRES**

Sobre el particular, el Proyecto de Ley recalca que es habitual que las madres sean a las que se les concedan la tenencia exclusiva de sus hijos/as, máxime si son muy pequeños. Por ello, resaltando el principio del interés superior del niño, se propone que se equipare la igualdad de derechos entre padres y madres a fin de evitar dolor y sufrimiento de hijos/as.

Al respecto, consideramos que el fundamento expuesto inobserva una realidad en nuestro país en la cual los reclamos en temas de Derecho de Familia poseen un rostro femenino.

---

<sup>6</sup> <https://unric.org/es/ninas-y-ninos-en-espana-expuestos-al-riesgo-de-violencia-y-abuso-sexual-por-sistema-judicial/>

Así, por ejemplo, de acuerdo al Informe Defensorial N° 001-2018-DP/AAC, la Defensoría del Pueblo (2018) identificó que del total de las demandas de alimentos estudiadas, el 90.2% fueron presentadas por mujeres a favor de los alimentos de niñas, niños y adolescentes. Así, al ser la tenencia un presupuesto para poder solicitar una pensión de alimentos, se puede inferir que en la mayoría de casos las madres posean tenencia exclusiva de sus hijos/as.

Al proponer como regla general que la tenencia sea compartida, se está buscando una equidad entre hombres y mujeres a partir de la inobservancia de una realidad estructural donde existe un desequilibrio de poderes que sitúa a las mujeres en una posición de desventaja frente a los hombres en aspectos relativos a educación, trabajo, salud, etc. Con todo lo anterior, si se quisiera proponer una tenencia compartida entre padre y madre como regla general, se debería procurar primero el fortalecimiento de la equidad en el reconocimiento de los derechos mujeres, evidenciando igualmente los retos de las mujeres en el Perú y las obligaciones específicas del Estado peruano para con ellas. Por otro lado, este fundamento visibiliza al niño, la niña y adolescente como objeto de protección puesto que no se evidencia que aquí los protagonistas son los hijos e hijas y lo que hay que decidir es en función de su bienestar y del ejercicio pleno de sus derechos y no el de sus padres.

### **2.3. PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DEL PROYECTO DE LEY N° 01096/2021-CR**

El Proyecto de Ley N° 01096/2021-CR acumuló el Proyecto de Ley N° 01120/2021-CR que tenía como título “Ley que garantiza la aplicación de la tenencia compartida, modificando el Código de los Niños y Adolescentes” presentada por el congresista Alejandro Aguinaga Recuenco, perteneciente al Grupo Parlamentario Fuerza Popular.

El 12 de enero de 2022, ambos proyectos pasaron a las comisiones de Mujer y Familia y de Justicia y Derechos Humanos. El 7 de marzo de 2022, se aprobó por unanimidad el dictamen del Proyecto de Ley que incluyó, también, la modificación del artículo 83° del Código de los Niños y Adolescentes.

Teniendo en cuenta los ajustados plazos en el procedimiento de discusión y aprobación del Proyecto de Ley, mediante el Oficio N° 0091-2022-DP, la Defensoría del Pueblo puso en atención lo siguiente:

*“(…) nos llama la atención que no se priorice un amplio debate sobre el tema, al haberse exonerado del plazo de publicación del dictamen de la Comisión de la Mujer y Familia, así como haberse aprobado la exoneración del dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos; a lo que se suma que el mencionado dictamen carece de la opinión de otros actores importantes para una deliberación amplia sobre la materia, como es la Comisión Especial Multipartidaria de Protección a la Infancia del Congreso, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Poder Judicial y el Ministerio Público; así como expertos/as y representantes de diversas instituciones que podrían aportar positivamente al análisis y reflexionar sobre diversos aspectos que involucran esta temática (...).”*

En atención a la cita, se puede observar que la Defensoría del Pueblo criticaba y ponía énfasis en que el procedimiento legislativo que se había seguido no había tomado en cuenta a instituciones estatales defensoras de derechos de la niñez y la familia, así como tampoco a instituciones de la sociedad civil.

El Proyecto de Ley entró en debate en el Pleno del Congreso el 7 de abril de 2022 y fue aprobada la autógrafa el 26 de abril de 2022 y enviada al Poder Ejecutivo para su aprobación y promulgación. Así, el 18 de mayo de 2022, el Poder Ejecutivo observó la autógrafa de Ley, bajo los motivos siguientes:

- La tenencia compartida no siempre resulta ser la opción más beneficiosa para las niñas, niños y adolescentes, debido a que la separación de los padres muchas veces es producto de violencia familiar, abuso y maltrato.
- El debate y la regulación de la tenencia de los padres debe armonizarse necesariamente con los derechos del niño, niña o adolescente, de manera que en el debate se priorice y garantice por encima de todo su interés superior.
- No se ha fundamentado en la fórmula legal el problema a solucionar sobre la tenencia y la afectación de su relación con sus hijos e hijas.
- Se corre el riesgo del incumplimiento del Estado peruano de sus obligaciones internacionales contenidas en la Convención de los Derechos del Niño referido al principio del interés superior del niño.
- No se puede visualizar a la tenencia únicamente como un derecho exclusivo del padre o la madre, sino también como un derecho de los/as hijos/as, en especial cuando se deben tomar decisiones a fin de contrarrestar circunstancias que puedan perjudicarlos.

El Proyecto de Ley retornó a la Comisión de la Mujer y Familia y el dictamen del Proyecto de Ley se aprobó en mayoría y por insistencia el 4 de julio de 2022. El 15 de julio de 2022, la Junta de Portavoces del Congreso decidió ampliar la agenda legislativa e incluir la discusión en el pleno del referido Proyecto de Ley.

Es así que, el 13 de octubre de 2022, el Congreso aprobó por insistencia la autógrafa del proyecto de ley. La misma que ha sido promulgada en el Diario Oficial El Peruano el 26 de octubre de 2022.

Código de los Niños y Adolescentes	Texto aprobado por el Pleno del Congreso
<p><b>Artículo 81.- Tenencia</b></p> <p>Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.</p>	<p><b>Artículo 81.- Tenencia <b>Compartida</b></b></p> <p>Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes <b>es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor.</b> Los padres de común acuerdo y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser el caso, <b>se formalizará con una conciliación extrajudicial.</b> De no existir acuerdo, <b>el Juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida,</b> dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, <b>pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres,</b> salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.</p>
<p><b>Artículo 82.- Variación de la Tenencia</b></p> <p>Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.</p>	<p><b>Artículo 82.- Variación de la Tenencia</b></p> <p><b>Cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado.</b> Para la variación de la tenencia el Juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, <b>haya realizado las siguientes conductas:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <b>Dañar o destruir la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma continua, permanente o sistemática.</b></li> <li>2. <b>No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre.</b></li> <li>3. <b>No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes.</b></li> </ol> <p><b>En caso de que uno de los progenitores esté imposibilitado de tener contacto físico con el menor, el juez debe disponer en forma provisional, hasta que culmine el proceso de tenencia, la utilización de medios digitales para mantener el vínculo parental siempre que no perjudique el principio de interés superior del niño. El Juez ordenará con la asesoría del equipo multidisciplinario que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente.</b> Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por</p>



	decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.
<p><b>Artículo 83.- Petición</b></p> <p>El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebate a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.</p>	<p><b>Artículo 83.- Petición</b></p> <p>El padre o la madre <b>que desee determinar la forma de tenencia compartida o exclusiva de manera judicial</b> interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes. <b>Dentro del proceso se puede solicitar una medida cautelar de tenencia compartida o tenencia exclusiva, en respecto a los derechos del niño y la familia, el Juez debe resolver en un plazo máximo de 30 días calendario de presentada la medida cautelar.</b></p>
<p><b>Artículo 84.- Facultad del Juez</b></p> <p>En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;</li> <li>el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y</li> <li>para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.</li> </ol> <p>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.</p>	<p><b>Artículo 84.- Facultad del Juez</b></p> <p><b>En caso de disponer la tenencia compartida, el Juez deberá tener en cuenta lo siguiente:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>El hijo deberá pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores;</li> <li>Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;</li> <li>La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma;</li> <li>El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna;</li> <li>Las vacaciones del hijo y progenitores;</li> <li>Las fechas importantes en la vida del menor;</li> <li>La edad y opinión del hijo</li> </ol> <p><b>En caso de disponer la tenencia exclusiva, el Juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas. La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo.</b></p>

Tras evidenciar los plazos en el procedimiento en la aprobación del Proyecto de Ley N° 01096/2021-CR y el insuficiente espacio para la discusión con instituciones especializadas sobre aspectos tan relevantes del Derecho de Familia, consideramos que se vulnera el derecho a la participación política tal como manifiestan las demandantes en el presente proceso constitucional. Es fundamental, entonces, conceder espacios de participación de instituciones y colectivos representantes de los grupos en situación de vulnerabilidad social involucrados en la propuesta normativa.

Por otro lado, por corresponder a una institución de suma importancia en el Derecho de Familia peruano, procederemos a explicar las principales razones materiales para cuestionar el Proyecto de Ley N° 01096/2021-CR, las mismas que no fueron tomadas en cuenta en ninguna etapa en el procedimiento de su aprobación.

### 3. TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ

#### 3.1. TENENCIA COMPARTIDA

La tenencia, es definida por Enrique Varsi como un atributo derivado de la institución de la patria potestad el cual implica el derecho del hijo de vivir con sus padres, así como estos de vivir con su hijo o hija; es decir, es una forma de convivencia inmediata entre los padres y el hijo. Asimismo, menciona que no solamente es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral (2012, p. 304)<sup>7</sup>.

En este sentido, la tenencia está vinculada a vivir con los hijos e hijas y cuidarlos. En ese sentido, el profesor Aguilar refiere que es “una 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; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad”. Por lo tanto, será quien asuma el cuidado de los hijos, su proceso educativo, establezca las pautas de crianza, entre otros. (Aguilar 2009, p. 192)<sup>8</sup>

Por su parte, la tenencia compartida es un concepto jurídico que puede ser definido como la relación en donde los progenitores que se encuentren divorciados o separados de hecho colaborarán entre sí para el cuidado y crianza de sus menores hijos. En este sentido, Badaraco (2018) precisa que esta modalidad de tenencia supone una continuación del ejercicio equitativo, frecuente y complementaria de la patria potestad en su totalidad en favor de ambos progenitores lo cual incluye la custodia de los hijos, es así como solamente manteniendo un trato respetuoso y fluido entre ambos padres es que se puede conservar vigente la corresponsabilidad parental.<sup>9</sup>

En esta línea, la tenencia compartida como tal puede lograr ser beneficiosa para todas las partes involucradas, esto es, tanto para ambos padres como para los hijos/as. Sin embargo, es necesario que se cumplan ciertos requisitos previos para que esta institución cumpla con su objetivo. Entre estos podemos desarrollar una serie de premisas, empero las que más resaltan por su relevancia son:

En primer lugar, que no se haya generado violencia de género durante la relación de pareja, esto va de la mano con la forma en cómo es que se ha terminado la relación sentimental existente entre ambos padres puesto que se busca que los hijos/as crezcan en un ambiente seguro que les brinde estabilidad emocional. Lo cual, evidentemente, no se va a dar si es

---

<sup>7</sup>[https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5230/Varsi\\_nueva\\_teor%C3%ADa\\_institucional\\_juridica\\_familia.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5230/Varsi_nueva_teor%C3%ADa_institucional_juridica_familia.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

<sup>8</sup> <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17425/17705>

<sup>9</sup> Badaraco, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? <https://www.revistaespirales.com/index.php/es/article/view/330/241>

que uno de los padres es un agresor o tiende a ejercer violencia de algún tipo, dado que el niño/a correría un grave riesgo de padecer lo mismo o ser utilizados como medios para “atacar” al otro progenitor transmitiéndoles sus propios odios, rencores o frustraciones.

En segundo lugar, es necesario que ambos padres deseen ejercer la tenencia compartida y que los mismos hayan ejercido anteriormente de forma equitativa los cuidados tanto físicos como afectivos de sus hijos/as, dado que esto garantizará que lo puedan continuar realizando con normalidad cuando les toque realizar las mismas tareas por separado. Por ejemplo, se debe tomar en cuenta el empleo de los padres, la ubicación de la escuela y la vivienda de los padres, entre otros.

Finalmente, el aspecto económico va a incidir en la calidad de vida que tendrá el hijo/a y cómo repercutirá en su desarrollo, dado que ambos padres deben de tener los recursos económicos suficientes para mantener el cuidado y educación de sus hijos/as. Esto debido a que si es que el/la niño/a va a tener que vivir tanto con padre y madre por separado no puede pasar por dos niveles de vida diferentes, sino que se busca que haya un equilibrio en su ritmo y nivel de vida. Es por ello que, también es sumamente importante que igualmente el padre como la madre tengan sus respectivas viviendas, en donde en cada una de ellas se encuentre acondicionado un espacio para el desarrollo de su hijo/a, esto con la finalidad que el/la hijo/a pueda mantener su rutina de vida de forma similar en ambas viviendas.

Tal como se evidencia, la tenencia compartida es una modalidad admitida para dicha institución que implica que las labores de cuidado inmediatas en beneficio de los/as hijos/as son asumidas por padre y madre por igual. Sin embargo, para su idóneo tratamiento es necesario que ambos cuenten con una serie de requisitos como lo son una buena y sana relación, madurez emocional, suficientes recursos económicos, habilidades de cuidado y educación, entre otros (Muruaga, 2011)<sup>10</sup>.

### **3.2. COMPLICACIONES DE UNA TENENCIA COMPARTIDA COMO REGLA GENERAL**

Tras la aprobación de la Ley N° 31590, la tenencia compartida dejó de poseer una cualidad residual o excepcional y se convirtió en la regla general para todos los casos en los cuales padres y madres se encuentran separados de hecho.

Cuando existe una separación de padres y madres y estos no se ponen de acuerdo respecto a la tenencia de sus hijos y acuden a la vía judicial para que dirima. Ya desde ahí partimos que existe un conflicto y una pugna por quién ganará el proceso. Por lo tanto, nos preguntamos en ese escenario ¿será recomendable dar una tenencia compartida? ¿ello será la más beneficioso para el niño, la niña o el adolescente? Como veíamos anteriormente la tenencia compartida es una figura que funciona siempre que entre padre y madre exista un trato respetuoso y fluido que garantice lo mejor para sus hijos e hijas, con normas, permisos y horarios comunes y consensuados, por ejemplo.

Se debe tener en cuenta, pues, que una separación de padres y madres, en el mayor de los casos, no resulta una decisión ni situación armoniosa. Mayor aún, si existen factores

---

<sup>10</sup> Muruaga López de Guereñu, S. (2011) “Efectos de la custodia compartida en la salud de los hijos y las hijas”. Madrid: Asociación de mujeres para la salud.”

que hicieron que la convivencia entre los padres y, por ende, su relación concluya. Entonces, suponiendo una conflictiva ruptura afectiva entre padre y madre, la regla general de tenencia compartida va en contra de la propia naturaleza de la ya concluida relación entre padre y madre.

En las siguientes líneas se presentarán los principales argumentos por los cuales consideramos que la tenencia compartida no debería ser considerada como regla general en los casos de tenencia sobre hijos/as.

### 3.2.1. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 3 que en toda medida concerniente a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas (donde se encuentra nuestro Congreso), una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. En esa misma línea, el artículo 9 señala que si bien los Estados partes deben velar porque los niños y niñas no sean separados por su padre, tal separación puede ser necesaria, en casos particulares, por ejemplo, en los casos que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y deben adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Consideraciones que no han sido tomadas en esta modificatoria. En esa línea se señala lo siguiente:

El primer deber del Estado es velar porque niño o niña no sean separados de sus padres contra su voluntad, pero si tal separación ocurre –inclusive como resultado de una intervención del mismo Estado- debe responder al interés superior del niño, por ejemplo, en el caso de que sufran maltrato, pues la violencia intrafamiliar es uno de los hechos más graves que se dan en el seno del primer espacio donde un ser humano debería encontrar amor y protección, el primer espacio de socialización. (COPREDEH, 2011, p. 21) <sup>11</sup>

En esa misma línea, la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, siguiendo la Observación General N° 14, establece que “el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a e se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afectan directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”.

La Defensoría del Pueblo, se pronunció respecto a la Ley de Tenencia Compartida y manifestó su completo rechazo pues sostiene que ella no garantiza el interés superior del niño. Además señaló que “la tenencia compartida debe ser evaluada atendiendo a cada caso y no ser priorizada como regla general” (2022). En específico, la adjunta para la Niñez y Adolescentes de la Defensoría del Pueblo, Matilde Cobeña, cuestionó la aprobación de la ley. En una entrevista a RPP señaló que esta ley:

---

<sup>11</sup> Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH) (2011). Convención internacional sobre los Derechos del Niño. Versión comentada. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28143.pdf>

Tiene muchas implicancias y riesgos sobre todo para los derechos de la niñez y adolescencia y también para las mujeres, para sus madres y, en algunos casos, para los padres, también (...). La Defensoría del Pueblo no se opone a que haya tenencia compartida, además en nuestra legislación ya está regulada la tenencia compartida. Cuando los padres no se ponen de acuerdo de manera extrajudicial sobre quién va a tener al niño, pueden recurrir a la vía judicial y en la vía judicial lo que se hace es evaluar en cada caso concreto qué es lo que es mejor para el niño. Hay que evaluar su interés superior, cuál va a ser la mejor medida que va a garantizar su bienestar y por supuesto tener en cuenta el interés superior como una consideración primordial en la resolución judicial. Pero qué está pasando con esta propuesta que se ha aprobado, lo que se va a priorizar es la tenencia compartida y se pone en riesgo justamente esta evaluación que debe hacer el juez a través de su equipo multidisciplinario. Ese riesgo se ha dado a conocer pero nuestros legisladores se han cerrado y han priorizado el derecho de los adultos, de los padres - que por supuesto tienen el derecho - frente al derecho de los niños pero además de muchas mujeres que pueden ser víctimas de violencia o que han sido víctima de violencia y va a generarse una disputa entre padres por querer compartir al niño (2022).<sup>12</sup>

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF también se pronunció e indicó que “la figura de la tenencia no debe asociarse únicamente como un derecho exclusivo del padre o la madre, sino también como un derecho de hijos e hijas en especial cuando se deben tomar decisiones a fin de contrarrestar circunstancias que puedan perjudicarlos, como es el caso de situaciones de violencia en el ámbito familiar” (2022)<sup>13</sup>.

De igual forma, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables emitió un pronunciamiento rechazando la aprobación de la ley y la calificó como “una grave afectación al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes”. Señaló que “es un error entender la tenencia como un derecho exclusivo de los padres. La capacidad del padre o la madre de velar por las y los hijos tras una separación debe ser evaluada caso por caso”. Asimismo refirió que la tenencia “es un derecho fundamental de las hijas e hijos menores de edad. No velar por ellas y ellos es generar un riesgo para su bienestar físico y emocional”. (2022)<sup>14</sup>

La tenencia compartida como figura de cuidado y responsabilidad conjunta puede ser viable si es consensuada, donde no medien situaciones de violencia, tomando en cuenta la opinión del niño, la niña y adolescente y su interés superior. Para ello se debe analizar caso por caso. No obstante, plantearla de la forma que la ley la ha dado, como primera opción, sin tener un acompañamiento como un sistema de mediación respaldado legalmente por los jueces que impliquen medidas formativas para que los padres y las madres aprendan a ser buenos padres y madres separados, no resulta viable. También se corre el riesgo que algunos hombres deseen acogerse a la tenencia compartida para evitar o disminuir el pago de la pensión de alimentos. “Con lo cual, se produce un engaño no solo al sistema jurídico, sino también a la propia realidad familiar, incluidos los hijos, que termina influyendo

---

<sup>12</sup> <https://rpp.pe/peru/actualidad/defensoria-del-pueblo-considera-que-ley-sobre-tenencia-compartida-prioriza-los-derechos-de-los-padres-sobre-los-hijos-noticia-1439508#:~:text=Matilde%20Cobe%C3%B1a%20insisti%C3%B3%20que%20la,norma%20es%20una%20%22retroceso%22.>

<sup>13</sup> <https://www.unicef.org/peru/comunicados-prensa/pronunciamiento-acnudh-unfpa-unicef-probable-aprobacion-por-insistencia-tenencia-compartida-automatizada-peru>

<sup>14</sup> <https://elperuano.pe/noticia/193896-mimp-cuestiona-ley-de-tenencia>

negativamente sobre todos y desvirtuando el objetivo fundamental de este tipo de custodia, así como su correcto ejercicio.” (Avilés, 2021)<sup>15</sup>

De este modo, la tenencia compartida no puede ser una figura jurídica obligatoria para todos los casos de separación de padres y madres. Ello debido a que esta aplicación generalizada pondría en riesgo la vulneración del interés superior del niño. Una correcta aplicación de tal principio sería, por ende, evaluar el contexto en el que se desarrolla cada niño/a y analizar si le conviene más la tenencia compartida o la tenencia exclusiva. No debemos olvidar que en estos casos se está decidiendo sobre la vida de los niños, niñas y adolescentes, ellos son sujetos de derechos que gozan de una protección especial, que el sistema no debe olvidar. Los conflictos de tenencia muchas veces se convierten en un conflicto entre el padre y la madre y no en decidir que es lo mejor para los hijos e hijas, resguardar su interés y más aún su seguridad y su derecho a vivir libre de violencia, deben ser puntos claves para regular sobre esta materia.

Forzar una tenencia compartida cuando no existen las condiciones para ello, es priorizar los derechos del padre y la madre de vivir con los hijos sobre los derechos del niño y la tenencia es un derecho de los hijos e hijas no un derecho exclusivo de los padres, como bien lo ha señalado UNICEF. Además, podría agravar la mala relación entre el padre y la madre y lo que es peor, repercutir negativamente en la integridad, bienestar, desarrollo integral y la vida del niño, niña y adolescente.

### **3.2.2. DERECHO DE LA NIÑEZ A SER ESCUCHADO/A**

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que se debe garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniendo en cuenta sus opiniones, en función de su edad o madurez. Además, se reconoce que el niño debe ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. En esa línea, cómo voy a decidir por una custodia compartida si primero no he escuchado al niño, a la persona sobre la cual se va a decidir el destino de su vida.

La Observación General N° 12 señala que los estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Los niños no deben probar que son capaces y no se debe imponer ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión. Además, se reconoce que el derecho a ser escuchado es aplicable a procedimientos iniciados por otras personas que afecten a los niños, como son los conflictos de tenencia y se exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño.

En esa misma línea, el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente<sup>16</sup> señala que no es posible en un proceso judicial la aplicación correcta del interés superior del niño si no se respeta su derecho a ser oído y a expresar libremente su opinión. Es así que reconoce su derecho a ser oído y a expresar su opinión en sus propias

---

<sup>15</sup> Avilés Fernández, 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.

[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122021000100095](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122021000100095)

<sup>16</sup><https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c17c67004f5c7838bbeabf6976768c74/Protocolo+Participacion+Judicial+Ni%C3%B1o%2C+Ni%C3%B1a+y+Adolescente+%2B+Resoluci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c17c67004f5c7838bbeabf6976768c74>

palabras sobre las decisiones que le afecten y a que sus puntos de vista sean tomados en consideración, según sus aptitudes, edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad. Se hace explícito que en los procesos de tenencia se debe tener en cuenta la aplicación de este derecho que va de la mano con el derecho a ser informado utilizando un lenguaje claro y sencillo. Además, se establece que el juez tiene la obligación de evaluar la capacidad del niño a formarse una opinión autónoma, que el juez no puede partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus opiniones y que no se debe imponer ningún límite de edad, entre otras consideraciones.

Por lo tanto, queda clarísimo que no se puede imponer una tenencia compartida sin haber escuchado al niño, la niña o adolescente. Situaciones en las cuales un niño, niña o adolescente ha vivido todo el tiempo con su padre o su madre y se niega a vivir con alguno de ellos, no pueden pasar por alto, ante la imposición de una tenencia compartida.

### 3.2.3. DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES

Sobre este tópico, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos - ACNUDH, el Fondo de Población de las Naciones Unidas - UNFPA y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF realizaron un pronunciamiento en el cual manifestaron su preocupación ante la Tenencia Compartida Automática. Entre ellas una es relevante para la presente investigación puesto que señala un dilema que es preciso de atención.

“Asimismo, esta propuesta legislativa estaría contraviniendo lo establecido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, que ha señalado la obligación de los Estados de garantizar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en todas sus formas, incluyendo la discriminación indirecta, que tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica aparenta ser neutra, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra las mujeres, dado que no se han tenido en cuenta las desigualdades preexistentes y el desequilibrio de las relaciones de poder entre las mujeres y los hombres”. (UNICEF, 2022)<sup>17</sup>

Como se puede evidenciar, las instituciones señalan la discriminación indirecta como una consecuencia negativa de la tenencia compartida automática. Este tipo de discriminación se configura cuando una norma que aparentemente es vista como “neutra”, sin embargo, en su ejecución termina vulnerando derechos de un grupo vulnerable. Asimismo, puede ser llamado “de impacto” (Salomé 2017, pp.262)<sup>18</sup>

Es importante tomar en cuenta las cifras sobre violencia. De cada 10 mujeres, 5 fueron víctimas de violencia familiar ejercida alguna vez por el esposo o conviviente (54,8%)<sup>19</sup>. Con estos altos índices de violencia contra las mujeres en los entornos familiares en nuestro país, resulta “inadmisible que las madres estén compelidas a acordar las características de

<sup>17</sup> <https://www.unicef.org/peru/comunicados-prensa/pronunciamiento-acnudh-unfpa-unicef-probable-aprobacion-por-insistencia-tenencia-compartida-automatica-peru>

<sup>18</sup> <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19948>

<sup>19</sup> Instituto Nacional de Estadística e Informática. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2020. <https://observatorioviolencia.pe/wp-content/uploads/2022/03/Peru-Feminicidio-y-Violencia-contra-la-Mujer-2015-2020.pdf>

una tenencia compartida o que, para un juzgado, esta deba ser la primera opción a adoptar. Un régimen de esta naturaleza coloca a las mujeres en una situación de mayor vulnerabilidad pues la experiencia en el abordaje de estos casos nos revela que muchas veces la violencia contra ellas se ejerce a través de sus hijos e hijas y de maneras muy sutiles". (Fernández, 2022)<sup>20</sup>

La realidad de nuestro país nos pone en evidencia la necesidad de plantearnos cómo se aplicaría esta norma en estos supuestos de violencia. Con la regulación de la tenencia compartida como regla general, se estaría vulnerando a las madres de familia víctimas de violencia de género. Ellas van a tener que encarar al agresor en un proceso judicial, revictimizando así a las mismas. Es por ello que la tenencia compartida no puede ser automática.

#### 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conforme a lo analizado, se observa que las modificaciones establecidas por el Proyecto de Ley N° 1096/2021-CR cambian el enfoque en los criterios que debe seguir la Judicatura para resolver las controversias sobre tenencia que lleguen a su conocimiento, de modo que, de tener como centro de la decisión asegurar el bienestar de los niños/as, actualmente el criterio se encauza en homologar las responsabilidades y derechos de los progenitores, ello, en desmedro del principio de interés superior del niño.

En esa misma línea, se resalta que la tenencia compartida como primera opción podría suponer una contravención a la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado Peruano en 1990, dado que a través de esta no solo se reconoce como consideración primordial al interés superior del niño, sino en su artículo 9 establece que corresponde una revisión judicial particular para casos de separación de los progenitores o en situaciones de maltrato o descuido, debiendo adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Además, que se debe tomar en cuenta el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y su derecho a opinar y participar en los asuntos que los involucren. En esa línea, resulta preciso recordar que la tenencia es un derecho de los hijos e hijas no un derecho exclusivo de los padres.

Asimismo, no se ha promovido un proceso participativo e inclusivo para debatir la propuesta de ley en mención, toda vez que no se ha tomado en cuenta el Oficio N° 0091-2022-DP, mediante el cual la Defensoría del Pueblo alertó los ajustes en el plazo de publicación del dictamen y la exoneración del dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, ni las opiniones en favor y en contra que han emitido el Ministerio de la Mujer, UNICEF, doctrina especializada, ni otros colectivos.

Por todos los argumentos expuestos, **RECOMENDAMOS** a la Judicatura declarar **FUNDADA** la demanda constitucional de amparo, reconociendo que hay violación de derecho fundamental al debido proceso, el derecho a la participación política en el país y, además, esta norma vulnera el interés superior del niño, su derecho a vivir libre de violencia y su derecho a ser escuchado y asimismo, se materializa discriminación contra las mujeres.

---

<sup>20</sup> Fernández Revoredo, M. (2022). ¿Por qué no debería promulgarse la tenencia compartida aprobada por el Congreso?





---

**ERIKA IRENE ZUTA VIDAL**  
**ABOGADA**  
**REG CAL N° 37127**

---

**PETER ALEXIS CRUZ ESPINOZA**  
**ABOGADO**  
**REG CAL N° 69395**