

# ASPECTOS SUSTANTIVOS Y ADJETIVOS DE LA TENENCIA COMPARTIDA

Arturo Helman García Huamán<sup>∞</sup>

Desde que tengo uso de razón, las normas que regulan el Derecho de Familia han venido evolucionando de una manera notable, y ello debido a una serie de situaciones socio familiares que siempre han existido, y que sin embargo dada la carencia de especialización en el tema, solo era tratado como una rama mas del Derecho Civil, y no se le daba la relevancia o el sitial que actualmente vemos plasmados en leyes y tratados internacionales. Un ejemplo claro es la primacía del interés de un menor, sobre cualquier otro interés<sup>1</sup>.

En efecto recuerdo mucho el temerario intento de un menor de edad de exponer alguna opinión sobre algún tema que concernía a el o a su familia; claro entendiendo a esta ultima en un sentido amplio y en un sentido restringido. También vienen a mi memoria aquellas formas de reprimenda por haber cometido alguna travesura o palomillada, e incluso en el colegio, cuando los educadores tenían una forma especial de “castigar” a aquellos alumnos que eran indisciplinados, esto es, cuando no venían con el uniforme oficial, cuando no se realizaban las tareas o trabajos, o cuando no se llegaba con puntualidad o con el aseo correspondiente, y de otro lado el proceder por parte de alguna autoridad policial al intervenir a un menor de edad.

Ahora vemos que esto está cambiando; el niño y adolescente al llegar a un nivel de discernimiento, tiene derecho a opinar, más aún cuando se trata de un hecho que le concierne directamente<sup>2</sup>. También existe la posibilidad de que cualquier persona pueda denunciar a los progenitores o familiares de un menor cuando adviertan maltratos físicos o psicológicos en su contra, y mayor aún en el caso de profesores y Directores de Centros Educativos, quienes tienen la obligación de denunciar, al avistar alguna anomalía en el desarrollo psico educacional del alumno por causa de maltratos.

Por otro lado en materia de justicia juvenil, existen medios alternativos al sistema “neo retribucionista” como así lo ha llamado Emilio García Méndez<sup>3</sup>, quien señala: *“La sociedad tiende a tener de los niños una visión contradictoria: o como ángeles o como demonios.(...) Los que los consideran ángeles, son los que yo llamo paternalistas ingenuos, que niegan siempre y en cualquier*

---

<sup>∞</sup> Abogado con estudios de Maestría en Derecho con Mención Civil y Comercial en la Universidad Nacional Federico Villareal. Ex Juez de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. Asistente de Juez Superior de la Primera Sala Especializada de Familia. Profesor de la Universidad José Carlos Mariátegui – Filial Lima.

<sup>1</sup> Art. 4º de la Constitución Política y Art. 9º del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, disposiciones recogidas del Art. 3 de la Convención sobre los Derechos de los niños del cual el Perú es parte

<sup>2</sup> Art. 9º del Código de los Niños y Adolescentes

<sup>3</sup> Reformista en Justicia Juvenil en Latinoamérica, entrevista concedida a un diario de la prensa de Panamá el 25 de noviembre del año 2007.

*circunstancia la posibilidad de que los niños puedan cometer delitos graves; Del otro lado tenemos a los que consideran como demonios, que yo los llamo “retribucionistas hipócritas” que están siempre dispuestos a vincular en forma automática el tema de la inseguridad urbana – que es un problema central hoy en nuestras sociedades – con el tema de la violencia juvenil”<sup>4</sup>.*

El presente artículo, en esta primera entrega, tiene por fin justamente identificar aquellas inconsistencias, cuyo horizonte es este cambio a favor no solo del menor sino de la propia familia, sea esta disfuncional o no, y también resaltar aquellas modificatorias que al margen de avanzar en este norte, tienden a retroceder y caer en supuestos triunfalismos que resultan a criterio del suscrito negativos.

Hoy en día, la tenencia y custodia es un tema muy recurrente y complejo en los Juzgados y Salas Superiores de Familia. Podemos graficarlo imaginándonos a cada progenitor tomando y tirando de cada una de las extremidades superiores de su hijo, sin la menor intención de soltarlo, y ello quizás por un sincero afecto y cariño hacia su hijo; o quizás por un afán de venganza hacia el otro progenitor por una infidelidad u otro motivo y así usar al hijo como arma de sufrimiento; o sencillamente por un bajo propósito económico. Supuestos que solo los pueden conocer los propios padres, y que sinceramente en muchos de estos casos, el Juzgador, no llega al convencimiento total para poder resolver el caso, pues la finalidad es el de otorgar la tenencia al padre que garantice la integridad del menor; realidades que muchas veces nos ha quitado el sueño para reflexionar sobre la mejor decisión a tomar, la que se determinará no solo con el conjunto de los medios probatorios aportados por las partes y los ordenados de oficio en el proceso, sino también con la apreciación que se hace, y no porque la ley así lo obliga, sino por una cuestión de conciencia ética, moral y de justicia.

Primeramente no debemos confundir a la Tenencia y Custodia con la Patria Potestad, pues la primera viene a ser un atributo de la segunda; entonces debemos entender a la Tenencia y Custodia como aquella Institución del derecho familiar, por el cual a falta de un acuerdo entre los padres que se encuentran separados de hecho, el Juez confía el cuidado y protección directo del o los hijos, al progenitor que reúna las condiciones morales y materiales necesarias que puedan garantizar la integridad moral, psíquica y física, así como al libre desarrollo y bienestar del hijo y por sobre todo la interrelación con el otro progenitor, ello mediante un régimen de visitas<sup>5</sup>. Para Javier Rolando Peralta Andía, la tenencia no es un derecho sino un deber de los padres que significa: *“la necesidad de una relación interpersonal continuada, que presupone la comunidad de vivienda”<sup>6</sup>.*

---

<sup>4</sup> Primera Unidad del 3er Curso de Especialización y perfeccionamiento en “La Remisión en la Justicia Restaurativa” llevada a cabo en la Academia de la Magistratura de Lima de Septiembre a diciembre del año 2009 – Pág. 11”

<sup>5</sup> Literal c) del Art. 84º del Código de los Niños y Adolescentes

<sup>6</sup> Peralta Andía, Javier, Derecho de Familia en el Código Civil – Cuarta Edición - 2008 Pág. 533.

Pues bien, pese a todo lo expuesto, en septiembre del año 2006, la congresista Luisa María Cuculiza presentó el proyecto de ley N° 199/2006-CR, que pretendía establecer una modificatoria en el Código de los Niños y Adolescentes, esto es introduciendo la “Tenencia Compartida entre los padres”, sustentando la misma en una serie de problemas socio familiares escasamente abordados en la legislación nacional, como lo es la obstrucción del vínculo paterno filial, la alienación parental y la violencia familiar. Tal iniciativa legislativa tuvo dictamen favorable por parte de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social, igualmente de la Comisión Sustitutoria de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, siendo luego aprobado en el pleno del Congreso de la República y promulgado por el Ejecutivo; modificándose así los artículos 81 y 84 del aludido código especial por dicha ley <sup>7</sup>.

En ese escenario resulta menester determinar qué debemos entender por “tenencia compartida”; “custodia compartida” o “coparentalidad”; pues bien esta es considerada: “*como el ejercicio equitativo, complementario y compartido de la autoridad parental respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos*” <sup>8</sup> En los Estados de Lousiana, Idaho, Montana de los Estados Unidos, es conocida como el “contacto continuo” que parte del respeto absoluto de la dignidad de la persona humana otorgando igualdad de deberes y derechos a ambos padres. En Francia y Canadá es conocida como la copartenalidad. En suma podemos definir a la tenencia compartida como “el ejercicio de la tenencia propiamente dicha, pero en 2 escenarios y tiempos equitativos; una con el padre en su domicilio y por un determinado espacio de tiempo y otro con la madre, también en su domicilio y espacio de tiempo y así sucesivamente”.

Es así que ya casi 6 años de la dación de esta norma, a nuestro modesto entender, esta tenencia compartida de modo alguno ha solucionado o siquiera atenuado el problema social antes expuesto. Quizás dio resultado en un contexto de buenas relaciones entre los padres luego de su separación y cuando los hijos han alcanzado su adolescencia, supuestos éstos que son muy poco frecuentes en el ámbito jurisdiccional. Por el contrario lo único que se ha hecho con esta modalidad de la tenencia, es crear un elemento más que da mayor complejidad a esos casos; pues no se ha tomado el cuenta el efecto psico emocional y las consecuencias nefastas de inestabilidad para un niño.

En efecto, vemos que el primer sustento en que se fundamentó la norma, es la obstrucción del vínculo paterno filial, expuesta como la privación especialmente a los varones de un contacto con sus hijos; sin embargo, de la sola lectura de tal exposición de motivos, denota que no está primando el interés superior del niño como manda la norma constitucional y la ley especial, sino el interés del progenitor varón tal como lo expone la propia legisladora; siendo que tales efectos negativos, puede demostrarse con un simple ejemplo: si usted pregunta a un niño sujeto a tenencia compartida ¿Cuál es tu dirección?, vamos a observar primero al niño mirando al vacío, luego te va dar una respuesta pero luego aclarándola con otra; es decir, va a contestar señalando una dirección

---

<sup>7</sup> Ley 29269 publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de octubre de 2008.

<sup>8</sup> Blog. de Manuel Bermúdez Tapia; Pg. Web. <http://blog.pucp.edu.pe>

con su papá, pero aclarando que también tiene otra dirección con su mamá, pues vive de tal día a tal día con papá y de tal día a tal día con mamá; ni que decir el problema que se presenta en el onomástico del menor. En tal sentido, nos preguntamos ¿resulta beneficioso o necesario que un niño a una corta edad, tenga que estar haciendo estos ejercicios mentales, sólo para dar su dirección? Creemos que no; y respecto a la alienación parental y violencia familiar en agravio del hijo o producida entre los padres, que también es parte de la exposición de motivos; definitivamente la tenencia compartida no es garantía de que esta no se produzca. Creemos que esta modalidad de tenencia no ha cumplido su propósito, y sin embargo, en el Art. 105° del Proyecto del Nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescentes propuesto con el Proyecto Ley N° 495/2011-CR se esta manteniendo; y actualmente la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, ha recomendado su aprobación conjuntamente con otros Proyectos de Ley que tienen relación con este como lo son el 887/2011-PE, 944/2011-PE, 962/2011-CR y 1079/2011-CR <sup>9</sup>.

En conclusión, creemos que lo mas beneficioso para el menor es que sencillamente se otorgue la responsabilidad de la tenencia al progenitor que se encuentre mas calificado, pero fijando un régimen de visitas adecuado y no tan complicado a favor del otro progenitor que realmente garantice una relación filial fluida y sin perturbaciones o interferencias; y para ello se requiere de la capacidad que pueda tener el Juzgador de cuidar tal derecho para ambos padres y sobre todo haciendo prevalecer el interés del menor sobre cualquier otro, y ello con ayuda del equipo multidisciplinario, que debe tener un rol más protagónico.

De otro lado, en el aspecto adjetivo del tema que nos ocupa, conocemos que el proceso es el camino necesario y obligado para obtener una resolución judicial, demandando para ello el derecho a ser oído, aportando los medios probatorios necesarios para su defensa (...) más aún, si el reconocimiento o no del derecho o interés perseguido sólo puede producirse al final del proceso por lo que es suficiente para abrirlo la mera afirmación de tenerlo <sup>10</sup>.

En ese sentido, en los procesos sobre tenencia y custodia de menor, donde se va dilucidar un conflicto de intereses que gira en torno al interés superior y bienestar de un menor de edad; no es posible que exista la posibilidad de que tal dilucidación del conflicto no se realice; lamentablemente dicha probabilidad es latente y posible, ya que nuestras normas así lo permiten.

En efecto, si nosotros revisamos el actual Código del Niño y los adolescentes en la parte que se refieren a las normas del Proceso Único, que van desde el artículo 160° al 182°, vamos advertir que una de las reglas generales para

---

<sup>9</sup> Pre dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en los Proyectos de Ley 495/2011-CR, 887/2011-PE, 944/2011-PE, 962/2011-CR y 1079/2011-CR, por el que se propone un nuevo Código de Niños, Niñas y Adolescentes.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 265-2000-AA/TC publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 25 de abril del 2001 Pág. 4007

todos los procesos que se ventilan en esta vía, es que “no es admisible la reconvención”<sup>11</sup>; entendiéndose a esta última como la demanda planteada por la parte demandada en su escrito de contestación de demanda y ello cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 445° del Código Procesal Civil.

Pues bien, consideramos que como toda regla general tiene su excepción, los procesos sobre tenencia y custodia de menor, debe ser una de ellas, habida cuenta que si un progenitor plantea esta demanda ante un Juez de Familia, en dicho proceso sólo se va discutir tal pretensión, sin embargo si el otro progenitor también tiene dicha pretensión, no le va quedar otra alternativa que plantear una nueva demanda e iniciar un nuevo proceso, que muy posiblemente por el sistema aleatorio de distribución de demandas, ingrese a otro Juzgado de Familia, lo cual va traer como consecuencia que el mismo interés sería ventilado en dos procesos idénticos, donde existen legitimidad e interés para obrar, ocasionando con ello una serie de problemas, costos innecesarios por el tiempo-hombre, papel, tinta, etc.

Identificado así el problema, pueden producirse las siguientes situaciones:

- 1) Si solo existe la pretensión de un progenitor y ésta es desestimada, la situación del menor va estar igual que antes de la demanda, esto es incierta, pues no va existir una decisión judicial que determine a quien corresponde el ejercicio o el reconocimiento de la tenencia, y por lo tanto el proceso no va a cumplir con sus fines como son la de resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre ambas con relevancia jurídica conforme lo establece el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.
- 2) Si hay pretensión de tenencia de ambos progenitores pero en diferentes juzgados de familia, y no se produce una acumulación sucesiva de estos procesos conforme lo estipula el artículo 90° del Código citado; es muy probable que se puedan producir sentencias contradictorias, que va acarrear mayor complejidad al caso, pues cada uno de los padres va pretender ejecutar sus resoluciones.

Como vemos de estas variables, surge la necesidad de introducir una modificatoria en el Código de los Niños y Adolescentes; supuesto que tampoco ha sido considerado en el Proyecto del Nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescentes que antes señalamos, por lo tanto si bien no es admisible la reconvención para los procesos señalados en su artículo 160°; también lo es que por el Principio del Interés Superior del Niño y del adolescente, y asimismo por los Principios Procesales de Celeridad y Economía Procesal, corresponde sin lugar a dudas que el proceso sobre Tenencia y Custodia, sea la excepción a esta regla general; permitiéndose así que en un proceso de este tipo, se permita la reconvención en el propio proceso o en su defecto la incorporación de oficio, como punto controvertido, la posibilidad del ejercicio de la tenencia

---

<sup>11</sup> Ver el Art. 171° del Código de los Niños y Adolescentes.

del otro progenitor, y así evitar la duplicidad del procesos y que realmente se pueda resolver el conflicto.