



# **Ejercicio de la tenencia compartida y su aplicación en sede nacional**

▶ LUIS MIGUEL FERNANDEZ ARIAS





ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 6, n.º 10, julio - diciembre, 2025  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2025.v6n10.02



# Ejercicio de la tenencia compartida y su aplicación en sede nacional

## Exercise of shared custody and its application at national headquarters

**Luis Miguel Fernandez Arias**

Distrito Fiscal de Arequipa, Ministerio Público  
(Arequipa, Perú)

lfernandez@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0004-2142-3763>

**Resumen:** La tenencia compartida es el régimen vigente en nuestro país en mérito a la Ley n.º 31590, que modificó el Código de los Niños y Adolescentes. Más allá del apoyo o resistencia a dicha figura, consideramos que uno de los temas pendientes de esta coparentalidad, al haberse incorporado a nuestra legislación, es precisar la forma en que debe ejercerse la tenencia compartida. Si bien nuestra norma legal ha indicado criterios generales para que los aplique el juzgador al momento de disponer la tenencia compartida, nos preguntamos si tales criterios resultan suficientes en el Perú para que la coparentalidad sea ejercida en consonancia con el derecho a tener y gozar de una familia, y el trato directo con ambos progenitores, así como con los principios del interés superior del niño y de autonomía progresiva.

**Palabras clave:** derecho a tener una familia, autonomía progresiva, coparentalidad, interés superior del niño, Derecho de familia

**Abstract:** Shared custody is the current regime in our country due to Law 31590, which modified the Children and Adolescents Code. Beyond the support or resistance to this figure, we consider that one of the pending issues of this coparenting, having been incorporated into our legislation, is to specify the way in which shared ownership should be exercised. Although our legal norm has indicated general criteria, for the judge to apply when ordering shared possession, we wonder if such criteria are sufficient in Peru, so that co-parenting is exercised in accordance with the right to have and enjoy a family, and direct dealings with both parents as well as with the principles of the best interest of the child and progressive autonomy.

**Key words:** right to have a family, progressive autonomy, co-parenting, best interests of the child, family law

RECIBIDO: 02/04/2025  
APROBADO: 30/05/2025

REVISADO/ARBITRADO: 19/05/2025  
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

La tenencia compartida fue impuesta en el Perú como régimen general a raíz de la dación de la Ley n.º 31590, publicada el 26 de octubre del 2022, en reemplazo de la tenencia consensual que tomaba en cuenta el parecer del niño y del adolescente, y ante la discrepancia o divergencia, era resuelta por el juez, surgiendo para tal jurisdicción la tenencia compartida como alternativa que podría ser dispuesta por el juez de familia<sup>1</sup>.

Previo a su promulgación, se recabaron opiniones de diversos sectores que cuestionaban los proyectos de ley, por cuanto consideraban que no iban a traer mayores beneficios a los niños, niñas y adolescentes y, por el contrario, supondrían mayores conflictos entre los progenitores.

*A priori*, convenía que ello sería así, pues de mi experiencia laboral había apreciado que en los pocos casos en que se había dictado la tenencia compartida por el juez de familia, se producían diversas situaciones de violencia familiar, sobre todo, en los momentos en que se tenía que realizar la entrega del infante al otro progenitor. Ello, considerando además la incomodidad que se generaba al menor de edad al estar trasladándolo de un domicilio temporal a otro.

En realidad, dicha discusión continúa hasta el día de hoy, a la luz de los diversos trabajos de investigación que se vienen produciendo<sup>2</sup>. Pese a ello, un tema que no se discutió en su momento y, por ende, queda pendiente de analizar, es la forma en que debiera ejercerse la tenencia compartida, pues pareciera que la igualdad en el tiempo de disfrute de los progenitores es un criterio que se entiende de manera literal y va más allá de cualquier sentido, incluso en los tribunales se llega a proponer que determinados meses del año el menor de edad esté con un progenitor, y otra cantidad de meses iguales, con el otro progenitor<sup>3</sup>.

En ese sentido, en el presente artículo se tratará de esbozar algunas ideas y criterios que nos lleven a determinar cuál debería ser la forma en que debiera ejercerse la tenencia compartida, teniendo como sustento los principios generales tuitivos de interés superior del niño y autonomía progresiva.

---

1 Si bien se señalaba en los proyectos de ley presentados para la tenencia compartida que el régimen imperante era la tenencia monoparental o exclusiva, se aprecia que ello no era realmente así.

2 En la búsqueda documental previa realizada en las bases de datos, se han encontrado diversos trabajos de tesis que así lo reafirman.

3 Camino de Menchaca *et al.* (2023).

## 2. La tenencia

Una vez que nace el nuevo ser, se integra a una familia, por ello, tanto a nivel nacional e internacional se reconoce ese derecho, el derecho a tener y vivir en una familia. En sede internacional, se cuenta con el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>4</sup>, por la cual se establece que debe velarse por que el niño no sea separado de sus padres, salvo que sea necesario para el niño, y, en caso de producirse esta separación, que mantenga contacto el niño con sus padres de modo regular. En sede nacional, se tiene el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes (en adelante, CNA), que reconoce dicho derecho<sup>5</sup>. Además, se debe considerar lo resuelto por el Tribunal Constitucional (TC), que reconoce los distintos tipos de familia que hoy se presentan en la sociedad, de tal manera que ya no solo se reconoce a la familia tradicional o nuclear, sino que el niño tiene derecho a vivir en cualquiera de los tipos de familia que se presentan hoy en día<sup>6</sup>.

De ambas normas es posible inferir que en ellas se encuentra contenido el derecho de los niños y niñas a vivir junto a sus padres, y estos, a su vez, tienen la obligación de cuidarlos de manera permanente<sup>7</sup>, es decir, ejercitar la tenencia<sup>8</sup>.

- 
- 4 Artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño: «Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento establecido de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».
  - 5 Artículo 8 del CNA: A vivir en una familia: «El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral».
  - 6 Según el Tribunal Constitucional, sentencia dictada en el Expediente n.º 09332-2006-AA, existirían cuatro tipos de familias: a) monoparentales, b) tradicional o nuclear, c) derivadas de las uniones de hecho, y d) ensambladas. Faltando reconocer a las familias homoparentales, las cuales tienen reconocimiento convencional, y, por tanto, deben ser reconocidas también a nivel interno.
  - 7 «El derecho de convivencia: guarda, custodia y derecho de visita: Derivado del derecho a tener una familia nace el correlativo de convivencia de los hijos con sus padres y familiares privilegiando el mejor desarrollo integral de los primeros.» (Pérez, 2013)
  - 8 Sin perjuicio de ello, no debe de perderse de vista que hay situaciones donde el menor no desea ver al otro progenitor, con el que no convive, por ello Aida Kemelmajer de Carlucci señala que en base al interés superior también se puede suspender el régimen de visitas como lo ha hecho la Corte Europea de Derecho Humanos al indicar que no hay vulneración a la Convención Europea, la decisión que suspende el régimen de visitas si se funda en la manifiesta y grave intolerabilidad de parte del hijo, pues si bien es verdad que el menor tiene derecho a mantener vínculos estables con ambos progenitores también tiene

Respecto de la utilización del vocablo tenencia, Aguilar (2009) muestra sus reparos al señalar que, si bien es un atributo de la patria potestad de los padres hacia los hijos, no resultaría muy adecuado o propio este enfoque en el derecho de familia, pues se hace alusión a la pertenencia, lo cual nos puede llevar a pensar en cosas u objetos (p. 2). Razón por la cual, el autor prefiere describir la tenencia como una convivencia entre padres e hijos, y que sería una «relación fáctica» en base a la cual se despliegan los demás derechos y atribuciones entre padres e hijos (p. 2)<sup>9</sup>. Así, en un sentido genérico, puede señalarse que la tenencia es una forma de protección hacia los hijos, en la que se cuenta con la custodia física de un niño, con el fin de vivir con él, cuidarlo y asistirlo<sup>10</sup>.

La tenencia es definida por la doctrina nacional como un atributo derivado de la patria potestad, por el cual se configura una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber de tener en custodia a un hijo. Por lo que:

como derecho familiar subjetivo reconoce (...) el derecho del progenitor de cuidar al hijo, así como, recíprocamente, el derecho del hijo de vivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral. (Varsi-Rospigliosi, 2012, p. )

Nuestra legislación nacional no define qué es la tenencia o la tenencia compartida; en su artículo 81 del CNA, modificado por la Ley n.º 31590, se señala que:

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor. Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser el caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial. De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente.

---

el derecho a crecer en un contexto estable y armonioso (Kemelmajer, 2012). De igual forma, existen trabajos de investigación que consideran a la tenencia compartida como un derecho de los progenitores, tales como Pozo y Trelles (2024).

- 9 Respecto del término tenencia, termina señalando que quizás este debería cambiarse por «el derecho de mantener una relación personal con sus hijos, término amplio en el cual se incluye la convivencia, pero también la corresponsabilidad entre ambos padres sobre todo lo que concierne a los intereses de los hijos».
- 10 Según Canales (2014). Aunque no coincidimos cuando señala que «se entiende por tenencia a aquella facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo». De ser así, la tenencia por parte de los padres que no viven separados no existiría, lo cual para nosotros sería un razonamiento incorrecto.

De igual forma, el artículo 84 CNA, modificado por Ley n.º 31590, especifica que:

En caso de disponer la tenencia compartida, el Juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;
- b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;
- c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma;
- d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna;
- e. Las vacaciones del hijo y progenitores;
- f. Las fechas importantes en la vida del menor; y
- g. La edad y opinión del hijo.

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.

Además, debe considerarse que, en muchas ocasiones, lo que se aprecia en las audiencias únicas en los juzgados de familia es que los progenitores (en su mayoría, varones) solo desean, principalmente, cumplir con su obligación alimentaria, y luego, tener un contacto esporádico (uno o dos días a la semana) con sus hijos o hijas. Incluso, cuando se aboga para que obtengan mayores días de contacto o visita, alegan no poder hacerlo por motivos laborales u otros<sup>11</sup>.

Sobre esto último, consideramos que en una relación de pareja, matrimonio o unión de hecho, debe existir una división de roles, conforme a lo que ellos mismos acuerden y, obviamente, quien esté en mejores condiciones de asumir la economía del hogar será quien lleve dicha carga, recibiendo el apoyo del otro progenitor en el cuidado y crianza —en mayor tiempo, pero sin indicar exclusividad— del cuidado de los hijos; y si ambos generan ingresos económicos aportarán en forma proporcional y también tendrán que determinar la forma del cuidado de los hijos. Sin embargo, una vez producida la separación de dicha pareja, estas condiciones obviamente

---

11 Ello contrario a lo referido por el maestro Manuel Bermúdez-Tapia (2009), quien señala que «lamentablemente una pésima interpretación jurisdiccional de este principio universal de tutela de los derechos e intereses de un menor, ha provocado que en casi todo el mundo se constituyan una única línea de trabajo excluyente de los derechos de los varones, debido sobre todo a una exagerada visión estereotipada de prácticas culturales, machismo y sobre todo de victimización».

no van a desaparecer o cambiar radicalmente (salvo excepciones, claro está), y en aras de buscar una tenencia compartida, estas situaciones deberían considerarse para poder adaptarse de la mejor manera en cada caso.

Un punto a precisar se encuentra relacionado con la relación entre patria potestad y tenencia, ya que se señala que la patria potestad concede como atributo de los padres el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia (Aguilar, 2009)<sup>12</sup>, y que uno de los derechos más importantes que confiere la patria potestad es la tenencia de los hijos, lo que se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos (Chávez, 2014, p. 125). Parecería ser, de estos conceptos presentados y de la propia legislación nacional, que la tenencia es un atributo emanado de la patria potestad; sin embargo, cuando se le define y describe, se señala que esta surge cuando los padres se encuentran separados de hecho. Es decir, previo a dicha situación de separación, ¿no podríamos hablar de tenencia de niños, niñas y adolescentes? ¿Se requiere de una efectiva separación, en los hechos, de los padres del niño para hablar de tenencia?

Por ello, consideramos que una de las definiciones que más se ajusta a lo investigado es la señalada por Beltrán Pacheco (2009, p. 59), quien hace la diferencia entre atributo e institución propiamente dicha, al afirmar que la tenencia es:

un atributo de la patria potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos y, por tanto ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones.

De igual forma, Aguilar (2009) apunta que «refiere la ley que la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia...» (p. 2), y que:

se traduce la tenencia en 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; 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, solo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad. (Aguilar, 2009, p. 2)

---

12 Con las salvedades ya establecidas líneas arriba.

En conclusión, en este punto, al ser efectivamente la tenencia un atributo derivado de la patria potestad, se puede señalar que se encuentra siempre presente en la relación entre padres e hijos; sin embargo, creemos que el cuestionamiento al ejercicio de la tenencia recién surge ante el conflicto o separación de hecho entre los padres. Por lo cual, aquellas definiciones que señalan que la tenencia es una institución que surge solo cuando los padres se encuentran separados de hecho, se constituyen en insuficientes<sup>13</sup>.

### 3. Clases de tenencia

De la literatura revisada, entre las cuales tenemos la doctrina sobre tenencia y también los trabajos de investigación sobre temas afines, observamos que es posible verificar que la tenencia puede ser clasificada de la siguiente manera:

<b>Según su forma de ejercicio</b>	Tenencia definitiva	Tenencia provisoria o provisional	Tenencia de hecho o de facto	
<b>Según la titularidad de su ejercicio</b>	Tenencia conjunta	Tenencia monoparental o unipersonal	Tenencia compartida	Tenencia negativa
<b>Según si hay acuerdo o no</b>	Tenencia por acuerdo común	Tenencia por decisión judicial		

En el caso específico de la tenencia compartida, se ha clasificado en:

- a) Custodia física compartida.
- b) Custodia legal conjunta.
- c) Custodia física y legal conjunta<sup>14</sup>.

13 Se puede señalar: «Se trata de una institución que tiene por finalidad situar al niño bajo el cuidado de uno de los padres, cuando éstos se encuentran separados de hecho» (Zapata, 2019).

En esta tesis, su autora además presenta las siguientes definiciones: «La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el niño. Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo. (Dávila, s.f.)», o aquella brindada por Patricia Beltrán Pacheco (s.f.), al señalar que «la tenencia deberá por tanto ser conceptualizada como aquella institución que permitirá a uno de los progenitores vivir con su hijo y al otro participar activamente en la crianza, logrando así una formación integral del hijo».

14 Garay, Ana; citado por Chávez (2014).

#### 4. Tenencia compartida

A raíz de una ejecutoria del Poder Judicial argentino, Grosman (2008), destacada docente e investigadora lamentablemente ya fallecida, señala que existen dos conceptos de tenencia compartida. Uno amplio, que implica vivir con ambos progenitores, y uno más restringido, «donde la participación se manifiesta en los actos de formación y apoyo al niño o al adolescente» (p. 3), donde destaca «la participación de ambos padres en la ejecución de los atributos emergentes de la patria potestad con el objetivo de garantizar el contacto permanente del menor y de brindar un modelo de organización familiar que se asemeje a la familia intacta» (p. 3).

Chechile y Lopes (2006) definieron a la tenencia compartida como una figura jurídica por la cual ambos progenitores, a pesar de haber abandonado la convivencia, continúan gozando de la custodia de sus hijos, y se asegura el derecho del menor a mantener relaciones personales y contacto regular directo con sus dos progenitores; salvo que ello sea contrario al interés superior del niño y «donde ambos progenitores están en igualdad de condiciones tanto respecto de la organización de su tiempo como de su vida personal y profesional» (p. 1). Agregando que el vocablo «compartida» implica que ambos progenitores tengan relación en cuanto al cuidado y formación de los hijos. Por su parte, Guerrero (2023) nos refiere que la custodia compartida es una «modalidad de custodia bajo la cual los tiempos de convivencia de los menores con ambos progenitores —o padres— han de ser iguales, dividiendo el tiempo de permanencia con cada progenitor en intervalos similares» (p. 24).

Desde la doctrina española, podemos observar que Aznar (2019), citando a F. Lefebvre, define a la tenencia compartida como «aquella situación en la que ambos progenitores cargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos»; por lo que ello sugiere «la distribución de las funciones y responsabilidades parentales que ambos progenitores separados asumen sobre sus hijos, bien rotando en el ejercicio de esas funciones y responsabilidad (cuidado y atención directa), bien alternándose según su disponibilidad y en interés del menor» (p. 1).

Por su parte, Lathrop (2008) considera como sinónimos a la custodia compartida con la alternada o sucesiva, señalando que es:

aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados. (p. 6)

Kemelmajer (2012) nos señala que en España los juzgados, por un lado, señalan que la tenencia compartida es un «sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres» (p. 11), pero también señalan que:

es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcionar la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro. (p. 11)

En sede nacional, Bermúdez Tapia (2009) señala que la «tenencia Compartida» o «custodia compartida» o «coparentalidad» puede definirse «como el ejercicio equitativo, complementario y compartido de la autoridad parental respeto de la crianza, cuidado y protección de los hijos» (p. 1). Por su parte, Varsi-Rospigliosi (2012) señala que la tenencia compartida se presenta cuando:

ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (...). Los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable. (p. 373)

Se aprecia que la tenencia compartida tiene como uno de sus presupuestos objetivos que los progenitores no vivan juntos, o si lo hacen, no compartan lecho ni habitación. Lo que la distinguiría de la tenencia propiamente dicha, considerada como atributo de la patria potestad, donde ambos progenitores ejercen la tenencia, y recién cuando se produce la situación de conflicto es que se genera la división entre la patria potestad y la tenencia, aunque sin perjudicar los demás atributos o deberes emanados de la primera.

También es posible señalar que la tenencia compartida comprendería a la tenencia alternada, es decir, aquella en la cual se dividen espacios de tiempo del niño para cada progenitor; v. gr., cuatro días de la semana para un progenitor, y los otros tres días para el otro. Situación que no resultaría práctica para el menor en términos de tenencia, pero que se da muchas veces en los hechos, pues la madre ejerce la tenencia de lunes a viernes, y el progenitor tiene un régimen de visitas desde el viernes en la tarde hasta el domingo.

De igual forma, de los conceptos revisados se tiene que lo que se busca es que ambos progenitores continúen con la intervención y participación en el cuidado, atención y formación de los hijos garantizando que mantengan contacto y relación frecuente y permanente con sus progenitores.

El término «compartida» no debería llevar a confusión. Más bien, de lo revisado debería entenderse como reparto o distribución de tiempo con el hijo, de acuerdo a las posibilidades de cada progenitor. Incluso, Manuel Bermúdez Tapia nos refiere que este compartir no implica necesariamente cincuenta por ciento equitativo entre ambos padres, pero sí debe darse la oportunidad y apertura para que ambos padres puedan tener el contacto con su hijo. De ahí se interpreta que compartir también puede significar tiempo de calidad. En líneas generales, implica dividir el tiempo de convivencia con el hijo entre ambos padres, como lo establece la Declaración de Langeac (Francia) en 1999, por la cual cuando los padres no pueden ponerse de acuerdo, los niños deben pasar igual periodo 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<sup>15</sup>.

## 5. La forma de la tenencia compartida en la jurisprudencia

Procedemos a revisar algunos ejemplos de cómo se ha venido entendiendo en nuestro país y la forma en que se ejerce la tenencia compartida:

1. En la sentencia dictada en el expediente n.º 00979-2012-0-1308-JR-FC-01<sup>16</sup>, se dispuso la tenencia compartida estableciendo que:

la menor estará a cargo de su padre de lunes a viernes hasta las 6:00 de la tarde y con la madre desde el viernes desde las 6:00 p. m. hasta el día domingo a las 8:00 p. m., precisando que la madre recogerá a la menor del hogar paterno desde el viernes a las 6:00 p. m. hasta el domingo a las 8:00 p. m. en que retornará a la menor al hogar paterno; además que ambos padres, siempre y cuando se pongan de acuerdo, podrán en algunas oportunidades, adecuar su horario de entrega, recojo o retorno de los menores del hogar materno, pero nunca en forma unilateral para evitar futuros conflictos.

Se aprecia que durante los días de la semana el padre ejerce el cuidado, y los fines de semana, la madre.

2. De igual forma en la sentencia dictada en el expediente n.º 01794-2010-0-1001-JR-FC-01, también se dispuso la tenencia compartida estableciendo que el progenitor ejercerá la tenencia de sus menores hijos R. y L. durante el período lectivo escolar anual, conforme a las disposiciones de las instituciones educativas donde ambos niños

15 «En la mayoría de los procesos, los progenitores no discuten que la mujer tenga que permanecer con los hijos. Existen estudios en este sentido, como el de M. Deben Alfonso, que estimó que esta tendencia se observaba en el 90 % de los casos o procedimientos consensuados. Por su parte, Roger Vide, en el año 2005, recogía opiniones que referían que, en las rupturas sin acuerdo, solo el 22 % de los progenitores pedían la custodia y solo el 1 % la deseaban —y solicitaban— compartida» (Romero, 2011).

16 De fecha 03 de enero del 2014.

desarrollarán sus actividades educacionales en los niveles primario y secundario, de ser el caso. Y, por su parte, la progenitora ejercerá la tenencia de sus menores hijos R y L durante el tiempo de duración de los períodos vacacionales escolares anual y de medio año. Se establece un régimen de visitas abierto a favor de ambos progenitores, a efecto de que previa coordinación entre ambos, puedan visitar a sus menores hijos, cuando no se encuentren (según corresponda) bajo su custodia y tenencia inmediata y directa.

3. Por último, se tiene que en el expediente n.º 03383-2014-0-0701-JR-FC-02, donde se dictó sentencia otorgando tenencia compartida disponiendo la residencia dividida de los niños de tal forma que, de lunes a viernes residirán en el domicilio del padre, y los fines de semana con la madre, en este último caso la madre ejercerá la tenencia desde las 18:00 horas del día viernes hasta las 18:00 horas del día domingo, empezando el primer fin de semana desde la notificación de la presente resolución. Asimismo, la primera mitad de todas las vacaciones escolares con el padre y la otra mitad con la madre. Las fechas sensibles para los menores como los días de sus cumpleaños, los días de cumpleaños de sus progenitores, el Día de la Madre y del Padre, el que se encuentre ejerciendo la tenencia, permitirá que el otro progenitor se reúna con los menores por un lapso de tres horas en el horario que previamente deberán coordinar en forma pacífica. La Navidad será igualmente compartida por igual, debiendo pasar los menores un año el día 24 de diciembre con el padre y el día 25 de diciembre con la madre, alternando cada año, empezando este año el día 24 con el padre y el 25 con la madre.

De las sentencias actuales, tenemos que, en dos de ellas, la tenencia se ejercerá por periodos de tiempo con un progenitor y luego con el otro progenitor; se establece que entre semanas estén con un progenitor, y los fines de semana con el otro progenitor. Regímenes que no distaban mucho de lo que se establecía en la mayoría de tenencias exclusiva con régimen de visitas de los fines de semana que podría incluir el mal llamado «externamiento». No obstante, en una de las sentencias se otorgó tenencia compartida, donde al padre se le asignó todo el periodo lectivo escolar y a la madre, el periodo de vacaciones; por lo que queda planteada la pregunta si esta forma puede ser entendida como compartida.

Después de la dación de la Ley n.º 31590, donde el régimen general impuesto es el de la tenencia compartida y los padres tienen que definir la forma de su ejercicio, se pueden mencionar las siguientes sentencias:

1. En el expediente n.º 00345-2022-0-0410-JR-FC-02, se dispuso como forma de tenencia compartida que el progenitor cuidara de su hijo los días jueves, viernes y sábado de cada semana, y la demandada los domingos, lunes, martes y miércoles de cada semana.
2. En el expediente n.º 00143-2020-0-0410-JR-FC-02, se estableció la tenencia compartida entre los progenitores, es decir, que se debe ejercer la patria potestad de forma conjunta, dejándose a salvo su derecho a efecto que soliciten la forma de ejercer dicha tenencia en caso lo consideren pertinente.
3. Expediente n.º 00508-2021-0-0401-JR-FC-01, donde se declara infundada la demanda de reconocimiento de tenencia; pero, en base a su función tuitiva y flexibilidad, se reconoce el Acta de Conciliación n.º 106-2022, celebrada con fecha 23 de diciembre del 2022, mediante la cual los progenitores acuerdan la tenencia compartida, estableciendo que la progenitora podrá estar con sus menores hijos desde el día viernes a horas 12 p. m. hasta el domingo hasta las 6:00 p. m., de cada fin de semana, es decir, que tendrá que ir a recogerlos al domicilio del padre, y los días lunes, martes, miércoles y jueves estarán bajo el cuidado de su padre.
4. Expediente n.º 16026-2020-0-0412-JR-FC-01, donde se decidió la tenencia otorgando una tenencia compartida y se fijó la forma de ejercicio de la misma de la siguiente manera:

cada padre tendrá bajo su cuidado al niño una semana de manera alternada, es decir de domingo a domingo, lo que se realizará de la siguiente forma; el progenitor al que le corresponde tener bajo su cuidado al niño, lo recogerá del domicilio del otro progenitor el día domingo en la tarde a las 18:00 horas, y lo tendrá con el hasta el siguiente domingo hasta las 18:00 horas en que el otro progenitor ira a recoger al niño y así de manera sucesiva; debiendo ambos padres, prestar su colaboración para que la tenencia compartida ordenada se desarrolle de la mejor manera y sin inconvenientes, lo que redundará en beneficio de su menor hijo; además se dispone que durante la semana, el padre que no tiene al niño pueda llamarlo o sostener videollamadas con el mismo por lo menos dos veces en la semana, en un horario adecuado, que no interfiera con las actividades educativas del menor; debiéndose efectuar las coordinaciones previas vía mensajes de texto o WhatsApp a efecto de que queden registro de las mismas; se dispone que para el recojo del niño, los progenitores lo realicen con las medidas de bioseguridad adecuadas a la pandemia del COVID-19 y conforme a las disposiciones decretadas por el Gobierno Peruano.

5. Expediente n.º 22891-2021-0-0412-JR-FC-01, donde se dictó una tenencia compartida y se fijó por parte de la Sala Superior el siguiente régimen:

el progenitor ejercerá la tenencia de sus tres menores hijas el 01 de cada mes hasta el día 15 del mismo y la progenitora ejercerá la tenencia de sus tres menores hijas desde el 16 de cada mes hasta el último día del mismo y así sucesivamente.

Por ende, con este breve análisis es posible determinar que, luego de la norma, se entiende principalmente que la forma de la tenencia compartida debe ser días de semana para un progenitor y los fines de semana para el otro. Ello se estaría alejando de lo referido por la norma legal, pues precisa que la tenencia debe abarcar diversos aspectos. Así, analizando el artículo 84 modificado, y considerando los criterios establecidos en la Casación n.º 4811-2021-LIMA NORTE del 04 de julio de 2024, se tiene que al momento de dictar la tenencia compartida se deben considerar los siguientes aspectos:

- a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores: La norma exige que ambos padres tengan el mismo tiempo — cronológico— con su hijo o sus hijos. Para esto habrá que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y, vía interpretación, tal como lo mencionó anticipadamente el magistrado Reynaldo Tantalean en una conferencia, considerando especialmente el tiempo de calidad.
- b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo. Al ser una tenencia compartida, ambos deben decidir el centro de enseñanza y formación, las pautas diarias y permanentes de crianza. Queda la duda qué puede comprender lo referido a la formación del niño y protección del hijo. Empero, la norma legal lo exige y debe regularse.
- c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma de su ejercicio. Si ambos progenitores viven y trabajan en la misma ciudad, este punto parece ser superable, pues dependerá más que todo del grado de madurez y responsabilidad de los progenitores para resolver el punto en cuestión. Pero, cuando se presentan situaciones en las que viven o trabajen en localidades alejadas, debe verificarse lo que más le convenga al menor.
- d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna. Dicha regulación se constituye en un dictado de convivencia,

pues la realidad es que la familia extensa también tiene derecho a interrelacionarse con el niño, niña o adolescente. Sin embargo, muchas veces, los padres señalan que no desean otorgar visitas porque en realidad estas la ejercen los parientes cercanos y no estrictamente el progenitor. Consideramos que ello no constituye un problema, pues la familia grande o extensa también aporta un amplio elemento afectivo en favor del niño, aunque quien tiene la responsabilidad sobre el cuidado y protección del menor de edad en dichos momentos es el progenitor en cuyo cuidado quede.

- e. Las vacaciones del hijo y progenitores es otro de los temas que deberá regularse en el acuerdo adoptado, indicando el periodo de vacaciones; pues debe considerarse que el menor tiene vacaciones de su institución educativa en los meses de enero y febrero, y también aquellas que se pueden dar de forma bimestral, trimestral o de medio año. Estos periodos de vacaciones deben ser concordados con las vacaciones de los progenitores.
- f. Las fechas importantes en la vida del menor, en las cuales deben considerarse necesariamente la fecha de su onomástico y, en la mayoría de casos, las fechas de Navidad, Año Nuevo, Día de la Madre, Día del Padre, y otras que en cada caso particular se consideren importantes.
- g. La edad y opinión del hijo. Estos son aspectos de primordial importancia, ya que la edad y opinión deberán ser considerados para el otorgamiento de la tenencia y visitas, pero también para el ejercicio mismo del régimen que se haya optado, sin que ello signifique un mal llamado «síndrome de alienación parental».

Por último, cabe señalar que la forma de la tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo, aspecto que muchas veces se soslaya, prevaleciendo el interés o necesidad del progenitor.

## 6. Conclusiones

- ▶ El régimen general actual de tenencia, impuesto por ley, es la tenencia compartida, y son los progenitores quienes deben decidir la forma de su ejercicio, incluso pueden acordar el asunto vía conciliación. Y en caso de no ponerse de acuerdo, pueden acudir ante el juez de familia para que designe la forma correspondiente.
- ▶ El sustento principal de la tenencia compartida es que el menor de edad tiene derecho a permanecer junto a sus padres, y solo en casos excepcionales puede ser separado de los mismos.

- ▶ La tenencia compartida busca que ambos progenitores continúen con la intervención y participación en el cuidado, atención y formación de los hijos, a fin de garantizar que mantengan contacto y relación frecuente y permanente con sus progenitores.
- ▶ La legislación ha señalado algunos aspectos a considerar al momento de que el juez dicte la tenencia compartida, tales como: igual periodo de tiempo entre ambos progenitores, igualdad de derechos en la toma de decisiones, distancia entre los domicilios, la relación o contacto con la familia extendida, periodos de vacaciones, fechas importantes, y la edad y opinión del niño.
- ▶ Previo a la reforma del Código de los Niños y Adolescentes, a nivel de cierta jurisprudencia, la forma de la tenencia compartida se venía entendiendo en el sentido de que un progenitor cuidase del menor los días de la semana, y el otro progenitor, solo los fines de semana. Y luego de la reforma, se ha venido interpretando de la misma manera, al inferirse que así se estaría protegiendo el principio tuitivo del interés superior del menor. Sin embargo, esta visión de las cosas resulta errada y contraria a la norma legal dictada, que busca la prevalencia del interés del menor en cada caso que a él pueda interesarle y no del interés de los progenitores.

## Referencias

- Aguilar, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Derecho & Sociedad*, (32), 191-197. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>
- Aznar, A. (2019). *La custodia compartida: análisis y valoración como método más favorable*. Elderecho.com. <https://elderecho.com/la-custodia-compartida-analisis-y-valoracion-como-metodo-mas-favorable>
- Beltrán, P. (s.f.). *Dejad que mis hijos vengan a mí. El síndrome de la Alineación parental vs. la tenencia compartida*. [https://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C3-5\\_Dejad\\_hijos\\_venga\\_mi\\_210208.pdf](https://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C3-5_Dejad_hijos_venga_mi_210208.pdf)
- Beltrán, P. (2009). El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? *Boletín del Instituto de Familia*, (11), 59-68.

- Bermúdez, M. et al. (2009). La tenencia compartida como garantía de tutela proporcional de derechos para los miembros de una familia disuelta. *Jus publicación especializada y actualizada para el profesional del derecho*. <https://juris.pe/blog/tenencia-compartida-garantia-tutela-proporcional-derechos-miembros-familia-disuelta/>
- Camino de Menchaca, M., Pardo, M., y Varsi-Rospigliosi, E. (2023). Unviability of a special legal regime for the shared custody of children with disabilities in Perú. *Acta bioethica*, 29(1), 113-125. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2023000100113>
- Canales, C. (2014). *Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia. Patria Potestad, tenencia y alimentos* (1.ª Ed.). Gaceta Jurídica.
- Casación n.º 4811-2021-LIMA NORTE de fecha 04 de julio del 2024.
- Expediente n.º 00143-2020-0-0410-JR-FC-02.
- Expediente n.º 00345-2022-0-0410-JR-FC-02.
- Expediente n.º 00508-2021-0-0401-JR-FC-01.
- Expediente n.º 00979-2012-0-1308-JR-FC-01.
- Expediente n.º 01794-2010-0-1001-JR-FC-01.
- Expediente n.º 03383-2014-0-0701-JR-FC-02.
- Expediente n.º 16026-2020-0-0412-JR-FC-01.
- Expediente n.º 22891-2021-0-0412-JR-FC-01.
- Chávez, A. (2014). Un reparto equitativo de la autoridad paternal. La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley 29269. En: Torres, M. Coordinador. (2014). *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos* (1.ª ed.). Gaceta Civil y Procesal Civil.
- Chechile, A. y López, C. (2006). *El derecho humano del niño a mantener contacto con ambos progenitores. Alternativas en la atribución de la custodia y en el ejercicio de la autoridad parental. Su vinculación con los derechos fundamentales de padres e hijos*. Derecho de Familia y Sucesiones. <http://derechosdefamiliaysucesiones.blogspot.com/2012/05/derecho-humano-tener-contacto-con-ambos.html>

- Grosman, C. (2008). *El cuidado de los hijos después del divorcio*. Universidad de Buenos Aires. [http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v\\_grosman\\_01.php](http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_grosman_01.php)
- Guerrero, S. (2023). *La custodia compartida. Una medida para combatir la alienación parental*. (1.ª ed.) Universidad Juárez del Estado de Durango.
- Ibañez, V. *El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados*. Ayuda a familias separadas. Padres, madres e hijos. [http://ayudaafamiliasseparadas.es/archivo/archivo/ellaberintoCC\[2\].pdf](http://ayudaafamiliasseparadas.es/archivo/archivo/ellaberintoCC[2].pdf)
- Kemelmajer, A. (2012). La guarda compartida. Una visión comparativa. *Revista de derecho privado* (edición especial), 231-286. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/download/7254/6533>
- Lathrop, F. (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (10), 9-37. [https://www.redalyc.org/pdf/3708/370\\_838868001.pdf](https://www.redalyc.org/pdf/3708/370_838868001.pdf)
- Pérez, M. (2013). El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46(138), 1151-1168. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332013000300010&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300010&lng=es&tlng=es).
- Pozo, B., y Trelles, D. (2024). La tenencia compartida como una garantía del derecho a la igualdad de los padres. *Runas. Journal of Education & Culture*, 5(10), 1-13. <https://dspace.ucacue.edu.ec/items/c14a76d0-bcc7-4b14-96f5-d2c890cd10b4>
- Romero, A. (2011). *La guarda y custodia compartida*. (una medida familiar igualitaria) (1.º Ed.). Colección Scientia Iuridica. Editorial Reus S.A.
- Varsi-Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia* (tomo III, 1.ª Ed.). Gaceta Jurídica.
- Zapata, R. (2019). *La desnaturalización de la institución de la patria potestad por el ejercicio de la tenencia por parte de los abuelos* [Tesis de grado; Universidad Nacional de Piura]. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de Piura.