Acta Bioethica 2023; 29(1): 113-125

INVIABILIDAD DE UN RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL PARA LA TENENCIA COMPARTIDA DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ

María José Camino de Menchaca[1], Mariana Pardo Castro[2], Enrique Varsi-Rospigliosi[3]

RESUMEN: En materia de Derecho de familia, la legislación peruana contempla la posibilidad de una tenencia compartida, regulada expresamente en el Código de los Niños y Adolescentes, sin establecer precisiones sobre las condiciones y formas de aplicación, lo que es similar en el Derecho comparado. Sustentado en principios bioéticos y jurídicos, en el presente artículo se analiza la posibilidad de generar una regulación especial para la tenencia compartida, enfocada en la necesidad de establecer criterios especiales que puedan tener en cuenta los jueces en los casos concretos que involucren a niños y niñas. Estos criterios deben partir de un modelo social dirigido a quebrar las barreras impuestas, dotando de las condiciones más adecuadas para un desarrollo integral y pleno. En esa línea de pensamiento, es fundamental el interés superior del niño, el compromiso de los progenitores y la implementación de ajustes razonables.

Palabras clave: tenencia compartida, discriminación, discapacidad, interés superior del niño, ajustes razonables

Unviability of a special legal regime for the shared custody of children with disabilities in Perú

Abstract: In terms of family law, Peruvian legislation contemplates the possibility of shared custody, expressly regulated in the Code of Children and Adolescents, without establishing details on the conditions and forms of application, which is similar in comparative law. Based on bioethical and legal principles, this article analyses the possibility of generating a special regulation for shared custody, focusing on the need to establish special criteria that judges can take into account in specific cases involving children. These criteria should be based on a social model aimed at breaking down the barriers imposed, providing the most appropriate conditions for an integral and full development. In this line of thought, the best interests of the child, the commitment of the parents and the implementation of reasonable accommodations are fundamental.

Key Words: shared custody, discrimination, disabilities, best interest of the child, reasonable accommodations

Inviabilidade de um regime legal especial para a guarda compartilhada de meninos e meninas com incapacidade no Peru

Resumo: Em matéria de Direito de família, a legislação peruana contempla a possibilidade de uma guarda compartilhada, regulada expressamente no Código das Crianças e Adolescentes, sem estabelecer especificações sobre as condições e formas de aplicação, o que é similar no Direito comparado. Apoiado em princípios bioéticos e jurídicos, no presente artigo se analisa a possibilidade de gerar uma regulação especial para a guarda compartilhada, focada na necessidade de estabelecer critérios especiais que juízes possam ter em conta nos casos concretos que envolvem meninos e meninas. Esses critérios devem partir de um modelo social dirigido a quebrar as barreiras impostas, dotando as condições mais adequadas para um desenvolvimento integral e pleno. Nessa linha de pensamento, é fundamental o interesse superior da criança, o compromisso dos pais e a implementação de ajustes razoáveis.

Palavras chave: guarda compartilhada, discriminação, incapacidade, interesse superior da criança, ajustes razoáveis

[1] Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica, Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú, mjcaminom@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1425-7048

[2] Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica, Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú, marianaa.pardoo@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0273-2750

[3] Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica, Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, evarsi@ulima.edu.p, ORCID: 0000-0002-7206-6522

Introducción

Tras una separación o divorcio en el Perú, es común que se otorgue la tenencia de los hijos a uno de los progenitores. El presente artículo toma en consideración que la legislación nacional prevé una tenencia compartida para ambos padres, priorizando el interés superior del niño. Sin embargo, su incorporación en la legislación nacional es reciente y su desarrollo es incipiente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Sobre la tenencia compartida, aún existen algunos temas puntuales que discutir, por ejemplo, cuando se trata de recién nacidos o los progenitores son del mismo sexo, o cuando los niños y niñas tienen discapacidad física o mental que requieren medidas especiales para su desarrollo pleno. Precisamente en este último punto se centra el presente artículo.

En los casos que con medios probatorios se pueda acreditar que los padres no son aptos para ejercer la tenencia de sus hijos o en los casos en los que los padres no estén comprometidos con llevar a cabo la tenencia compartida, consideramos que lo mejor para niños, niñas y adolescentes es que se otorgue una tenencia monoparental y un régimen de visitas. En el resto de casos la tenencia compartida sería un opción viable y más acorde con la protección de la familia y el interés superior del niño. Sin embargo, surgen interrogantes sobre la viabilidad de regular especialmente la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad, así como si existe la necesidad de lineamientos a tomar en consideración en casos concretos que involucren aquellos.

Es importante recordar que, en materia de niños, niñas y adolescentes, las decisiones nunca son firmes e inmutables, porque están en constante cambio debido a que las circunstancias varían. Por eso es que, en el caso de que la tenencia compartida no funcione para el niño, niña o adolescente, se puede cambiar, otorgándole la tenencia a uno de los progenitores y al otro un régimen de visitas, siempre y cuando sea extremadamente necesario. Asimismo, en el caso de la tenencia monoparental, si uno de los padres imposibilita que el otro tenga contacto con su hijo o hija se puede dar una variación de la tenencia.

Un régimen de visitas solo permite a los padres interactuar con los hijos en determinados días y horas, en algunos casos con restricciones y vigilancia. Pero, ¿qué sucede con los momentos importantes de la vida de los hijos? ¿Acaso son sólo los sábados de nueve de la mañana a seis de la tarde? Es importante que tanto padres como hijos participen activamente en sus vidas.

En este caso en particular, estamos evaluando la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad en el Perú, que necesariamente implica considerar la condición especial de cada niño, sus requerimientos y necesidades. Asimismo, la aptitud y disposición de los padres para llevar a cabo una tenencia compartida responsable es fundamental.

Cuando se otorga la tenencia a uno de los progenitores, lo común es que el otro no ejerza la paternidad o maternidad por completo. Esto lo priva de tomar decisiones cotidianas en la vida de su hijo o hija. Por ello consideramos que una tenencia compartida brinda al niño o niña condiciones más propicias para una crianza adecuada y un desarrollo integral.

A lo largo del artículo desarrollamos la viabilidad de una regulación especial sobre la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad, y la propuesta de pautas para el tratamiento concreto de todos los niños. Se concluye la viabilidad de la tenencia compartida como una opción para niños y niñas con discapacidad física o mental (médica), pero también se establece que sería discriminatorio generar un régimen legal especial de tenencia compartida para ellos. Sin embargo, sí se demuestra la necesidad de que el juez tome en consideración algunos criterios especiales para otorgar la tenencia compartida caso por caso, especialmente por los ajustes razonables; ello exigirá a los progenitores acondicionar y adoptar medidas para el pleno desarrollo del niño o niña con discapacidad.

1. Bioética, discapacidad y tenencia compartida

El nuevo tratamiento de la discapacidad, con base en los principios de inclusión y democratización de las relaciones sociales, que va de la mano con los principios bioéticos de dignidad, autodetermi-

nación e igualdad, han generado un impacto en las instituciones del Derecho civil, en especial en Derecho de familia, con la inclusión de los apoyos y salvaguardias dentro del esquema de colaboración para el logro de la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad. Pero, en esa línea, han ido dándose otros cambios en materia de interrelación de padres e hijos, en mérito de la patria potestad, como el que se ha perfilado con la institución de la tenencia compartida.

La tenencia compartida es un tema vivo del Derecho de familia. Vivo al reflejar la relación natural de los padres con los hijos, ese contacto y relacionamiento participativo y equitativo, en igualdad de condiciones, que no solo debe respetarse sino también fomentarse. La separación conyugal no debe afectar la relación paterno filial, por el contrario, debe reafirmarse como esencia del desarrollo y proyecto de vida de los hijos. Los padres no deben pensar "solo en ellos" frente a la ruptura de su relación, tampoco deben aspirar individualmente en ser mejores que el otro progenitor para obtener la tenencia exclusiva de los hijos e, incluso, a costa de desprestigiar sin razón justificada al otro progenitor; dicho de otro modo, los padres deben pensar "en los hijos y con estos", en lo que necesitan y aspiran a obtener de su vida de relación en la familia.

Tratándose de los hijos menores con discapacidad, debe lograrse un adecuado relacionamiento con los padres, siendo estos, ambos, los responsables de construir verdaderos lazos parentales, confiables y perdurables, sin condicionamientos y en aras de preservar la integración familiar.

2. Inviabilidad de lineamientos legales para la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad en el Perú

Resulta imprescindible realizar un análisis sobre la viabilidad de implementar en el ámbito legal lineamientos para la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad, considerando como parámetros para el juicio de viabilidad principios y derechos fundamentales reconocidos en instrumentos supranacionales de derechos humanos y en la Constitución peruana.

2.1. Desde el interés superior del niño

El principio del interés superior del niño está reconocido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es un principio que tiene dos niveles de aplicación: el legislativo, en el que el legislador nacional procurará adoptar medidas generales que aseguren o garanticen el bienestar de los niños y niñas, y el judicial, en el que este principio se aplicará teniendo en cuenta las características de cada caso, respecto de la situación de cada niño o niña en cuanto a sus condiciones, contexto y limitaciones socioeconómicas, y de acuerdo a su grupo familiar y social.

Si bien es cierto que todas las decisiones que se tomen deben ir orientadas al bienestar y pleno ejercicio de los derechos de los niños y niñas, no siempre la decisión que beneficia a uno necesariamente resultará positiva para otros. Se debe analizar cada caso en concreto, el ámbito familiar, las particularidades de cada niño o niña, el compromiso de sus padres, entre otros factores determinantes. Sobre este tema, Espinoza*(1:63)* señala:

> En principio el interés superior del niño es calificado como un concepto complejo no solo por su indeterminación, sino también porque comprende tres conceptos, tres dimensiones o manifestaciones. Efectivamente el Comité del Niño señala que, aquel principio se constituye en un triple concepto (derecho sustantivo, principio jurídico y norma procedimental), los cuales deben ser plenamente identificadas a efecto de exigir y garantizar su uso adecuadamente.

El Comité de los Derechos del Niño*(2)* establece una serie de pautas a tomar en cuenta para la aplicación de este principio:

a) (…) determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás.

b) (…) seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho*(2:12)*.

Este mismo Comité añade lo siguiente:

> No debemos dejar de recordar que el objetivo del Principio del Interés Superior del Niño es que aquel grupo etario disfrute de forma plena y efectiva todos sus derechos de los que son titulares; en ese sentido, una decisión será conforme a el referido principio, mientras más satisfaga o cumpla dicha finalidad*(2)*.

A fin de hacer valer el interés superior del niño es importante escuchar al niño o niña. No basta con que un juez dictamine qué es lo mejor para él, ya que es importante considerar sus opiniones, independientemente de la edad que tenga. Lo usual, en los casos de niños y niñas, es que sus opiniones se encuentren contaminadas, que se dejen llevar por conveniencias materiales o que prefieran estar con el progenitor que los consienta más o sea más permisivo. En este contexto vale la pena destacar lo señalado por Chunga et al.*(3)*:

> A partir de que el niño puede expresarse, tiene el derecho a manifestar su propia opinión, y desde que es adolescente, cuenta con un razonamiento cabal, por lo que su opinión debe ser forzosamente tomada en cuenta por los operadores judiciales que tengan competencia sobre un proceso en el que estén involucrados menores de edad*(399)*.

Otro punto a tener en cuenta es que para que una decisión judicial sea acorde al interés superior del niño debe estar basada en la ponderación de todas las particularidades que rodean a cada uno, lo cual siempre debe estar sustentada con todos los medios probatorios que puedan acreditarlo. Corresponde entonces preguntarse:

¿Qué necesita cada niño en particular?

Desde el punto de vista del interés superior del niño, el mandato para el legislador será adoptar las medidas generales adecuadas que tiendan a optimizar los derechos de niños y niñas sin distinción, pero, para los jueces, el mandato derivado de este principio será adoptar las medidas más apropiadas de acuerdo con el caso en concreto, lo que puede conllevar una necesaria diferenciación entre uno y otro caso de niño o niña, con o sin discapacidad.

2.2. Desde la proscripción de toda forma de discriminación

A través de los años se ha pasado por diversos modelos en materia de discapacidad.

Hoy nos encontramos en un modelo social que está basado en dos conceptos fundamentales: la idea de normalización y la idea de discriminación. Este modelo entiende la discapacidad como "una situación no derivada necesariamente de dichos rasgos sino más bien de estructuras y condicionamientos sociales"*(4:2)*.

Con el modelo social, el problema de la discapacidad deja de explicarse a partir de la deficiencia de la persona.

> Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social y asentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, participación, entre otros(*5:1101*).

Este sistema trae consigo el principio de no discriminación que está presente en la Convención Americana de Derechos Humanos y, para este caso específico, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta establece que la ampliación de las leyes contra la discriminación y los marcos de derechos humanos ha permitido mejorar la protección de los derechos de las personas con discapacidad en muchos Estados partes. Sin embargo, las leyes y los marcos regulatorios siguen siendo imperfectos o reflejan conocimiento escaso de la discapacidad en relación a los derechos humanos. Muchos instrumentos no reconocen que la denegación de ajustes razonables constituye discriminación, ni tampoco contemplan, *v.g.* la discriminación por asociación (situación que se produce cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra, por motivo o por razón de discapacidad).

La discriminación está proscrita, en sus diversas

formas, en instrumentos supranacionales y nacionales, al ser una distinción en el tratamiento a partir de razones subjetivas (prejuicios o preconcepciones). Como tal, afecta en el plano legislativo la igualdad ante la ley y la aplicación del Derecho, así como la igualdad en la aplicación de la ley, lo que genera imprevisibilidad en la administración de justicia.

Por lo señalado, plantear lineamientos especiales para la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad implicaría discriminación, puesto que todo niño o niña tiene derecho a mantener relaciones con los progenitores y un ambiente familiar armonioso que le permita un desarrollo pleno, más allá de la condición social y personal. No existe una razón objetiva y suficiente para regular en general un tratamiento especial de tenencia compartida para niños y niñas con discapacidad; consideramos que su aplicación debe evaluarse caso por caso en el ámbito judicial.

Establecer estos lineamientos con base en la discapacidad sería ir en contra del modelo social que apunta a la autonomía de la persona con discapacidad. Asimismo, atentaría contra el contenido del artículo 5 de la referida Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad*(6:art.5-num.1-4-)*.

En el primer párrafo del artículo citado se reconoce la relación entre "iguales ante la ley" con la prohibición de toda forma de discriminación. Sin embargo, en el numeral 4 del mencionado artículo se establece la necesidad de disponer medidas especiales para cada caso, cuestión con la que estamos de acuerdo y propugnamos, pero en el ámbito judicial.

El mandato de no discriminación sólo se hará efectivo si los funcionarios del Poder Judicial y de otros órganos relacionados con el sistema de justicia, como fiscales, abogados defensores, funcionarios del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, entre otros, hacen cumplir la ley y sólo observan medidas particulares en función a las características especiales del caso.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*(6:4)* señala lo siguiente:

> La expresión "igual protección legal" es bien conocida en el derecho internacional de los tratados de derechos humanos y se utiliza para exigir que los órganos legislativos nacionales se abstengan de mantener o generar discriminación contra las personas con discapacidad al promulgar leyes y formular políticas.

Asimismo, el artículo 7 de la mencionada Convención hace especial mención a los niños y niñas con discapacidad:

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de

> condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

De acuerdo con los instrumentos internacionales citados, es indiscutible la protección especial que merecen los niños y niñas con discapacidad, que se traducirá en políticas públicas de carácter general y solo se justificará asumir la aplicación de una tenencia exclusiva o compartida por las características del caso concreto apreciados por el juez de familia, quien debe cuidará que casos semejantes tengan el mismo trato para evitar la discriminación en ese nivel, así como la falta de previsibilidad de la justicia.

El concepto de interés superior del niño está vinculado a la prohibición de toda forma de discriminación, ya que sería inaceptable en un Estado dictar medidas para considerar el bienestar de unos y no de otros, por el solo hecho de factores como el origen, el sexo, la edad, la situación de discapacidad y otros.

La Constitución Política del Perú reconoce el principio de igualdad ante la ley y proscribe toda forma de discriminación. Siendo así, una interpretación acorde con los tratados de derechos humanos y la norma fundamental nos llevaría a concluir que no sería viable plantear una norma que establezca un trato diferenciado en relación a la tenencia compartida para niños y niñas con discapacidad y, más bien, será necesario, en los casos concretos, exigir al juez una apreciación de sus características para decidir si conviene al interés superior del niño medidas especiales para una tenencia compartida. En ese sentido, la diferenciación judicial es necesaria.

3. Viabilidad de criterios judiciales para la tenencia compartida de niños y niñas en el Perú

En este apartado se desarrollan criterios que puedan aplicar los jueces para una tenencia compartida de niños y niñas, siempre que sean compatibles con principios y derechos que reconocen los instrumentos internacionales y la Constitución peruana.

3.1. Criterios judiciales tradicionales en el otorgamiento de la tenencia compartida

El artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes establece que si no existe acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

1. El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable;

2. El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y

3. Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas (…).

Si bien estos criterios resultan insuficientes para tomar una decisión tan trascendente para la vida de los niños y niñas, consideramos que son los tradicionales y que dotan de aparente estabilidad al tema. Sin embargo, dado que la realidad es cambiante, se deben revisar a la luz del interés superior del niño, tomando en consideración los cambios operados en diversos aspectos, como la concepción de familia, las relaciones con los progenitores y los riesgos que se presentan en el mundo actual.

Hemos encontrado diferentes criterios utilizados por los jueces en la jurisprudencia nacional, dentro de los cuales resaltamos los siguientes:

i. Tener en cuenta el interés superior del niño

Este es un principio universal de la Convención sobre los Derechos del Niño y es el criterio principal a tomar en cuenta por los jueces a la hora de determinar qué es lo mejor para el niño. Sin embargo, al ser un principio tan amplio y difícil de determinar, se debe analizar cada caso en particular y se debe complementar con otros criterios.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (8, 2015), mediante la Casación N.° 2319-2015/Lima Sur, se ha pronunciado del siguiente modo:

> se observa que el interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilu-

> cidación del presente caso, por lo que este Supremo Tribunal considera que dicho principio implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; más aún si el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que este requiere de cuidados especiales, debiendo matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos que se le sigan, en la determinación de sus derechos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior (fundamento 4.9).

ii. Tener en cuenta la opinión del niño

El artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes de nuestro país establece que "El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente". Asimismo, dos de los numerales del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagran lo siguiente:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El artículo 12 de la Convención citada es concordante con el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes, que resalta también la libertad de opinión del niño o niña. En ese sentido Grosman (9, párr. 41) indica lo siguiente:

> Considerar al niño como un sujeto de derechos implica generar una dinámica familiar donde se cuente con la participación del menor en los actos relativos a su persona, participación ésta que tendrá una forma distinta en cada etapa de su vida. Este aprendizaje dentro del proceso de sociabilización contribuye a cimentar la responsabilidad familiar y social del niño, a través de su cooperación en los actos que lo afectan.

Este derecho se ejerce ante el juez que resolverá el caso de tenencia y la valoración que se haga deberá estar en concordancia con el principio de interés superior del niño. Sin embargo, no puede el juez sustentar su decisión sin una valoración conjunta y razonada de toda la prueba actuada y considerar sólo la opinión del niño o niña como si fuera una prueba plena. Por ejemplo, las preferencias del niño o niña basadas en las comodidades de la vivienda, el acceso a cierta tecnología sin restricciones, rechazo a la figura materna o paterna de acuerdo a la manipulación por parte del progenitor a cargo del niño o niña.

Esta manipulación mencionada es frecuente por parte del progenitor que tiene a cargo la tenencia. Torres*(10:346)* establece lo siguiente:

> La conducta descrita es una manifestación del Síndrome de Alienación Parental (SAP), que ha sido definido como el proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva al o acerca de otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo o hijos contra este otro progenitor.

Este trastorno es una patología motivada por el resentimiento y odio entre los progenitores, posdivorcio o separación, y se transmite directamente (consiente e inconscientemente) al hijo. Es por esta razón que consideramos que la opinión, por sí sola, no puede ser evaluada, pues sin un informe psicológico no se puede saber si realmente el niño ha sido víctima de algún tipo de manipulación.

Se aprecia un sobredimensionamiento de la opinión del niño y niña que le quita objetividad a la decisión judicial, además de contravenir las reglas de la valoración probatoria.

iii. Relación y colaboración constante entre progenitores

Para poder llevar a cabo una tenencia compartida favorable a los hijos es necesario que ambos progenitores tengan un buen trato entre sí, lo cual impactará directamente en el bienestar del niño o niña. Sobre este tema, mediante la Casación N.° 3767-2015/Cusco la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (11, 2016) ha expresado:

> (…) siendo que la tenencia compartida presupone la separación de hecho de los padres del menor, se hace necesario para concederla que entre éstos exista —o sea probable— una relación de colaboración y coordinación constante, toda vez que sólo con ello puede garantizarse que puedan compartir armoniosamente el cuidado del menor, los gastos de su sustento y otras responsabilidades en aras de su bienestar. Si dicha colaboración no es posible por la conducta negativa o confrontacional de uno de los padres, no puede establecerse una tenencia compartida, por tratarse de una situación interpersonal conflictiva, que pondría en mayor riesgo la integridad emocional y física del menor por el actuar irresponsable de sus padres (Noveno considerando).

A partir de lo señalado, parece una condición necesaria para el ejercicio de la tenencia compartida una relación de comunicación entre los progenitores, sin que tenga que llegar a ser "una relación amical o cariñosa"; bastará que entre ellos exista una conciencia de la prioridad de brindar la mejor atención y cuidado a sus hijos, y que tengan, a partir de ello, abierta la comunicación y posibilidad de cooperación.

A modo de ejemplo, analizamos el caso de un niño con autismo que, cuando tenía que ir a la casa de su padre, dejó olvidado su juguete favorito. A raíz de su condición no podía expresarse con claridad y el padre no entendía, y en vez de llamar a la madre para preguntarle qué era lo que el niño podría necesitar o querer decir, interpretó que el niño quería ver una película. El niño frustrado y cansado de no ser entendido, decidió ir a buscar su juguete y se escapó. Dicha situación genero un grave peligro para el niño y gran angustia para ambos padres. Si bien el niño apareció en la comisaría horas después, esta situación pudo evitarse si ambos padres hubieran tenido una adecuada comunicación.

Es importante que el juez tome en consideración este criterio para exhortar a los progenitores a adoptar medidas para garantizar una comunicación fluida y efectiva, haciéndolos responsables de cualquier desatención por falta justamente de coordinación.

iv. Pericias psicológicas a los niños y niñas

Hemos mencionado la importancia de tomar en consideración la opinión del niño, pero a veces esta no es suficiente, porque puede estar sesgada o alterada por alguno de los progenitores. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (11, 2016), a través de la Casación N.° 3767-2015/Cusco, lo ha resaltado: "a partir de las pericias psicológicas de [el menor] y de su progenitor […], se evidencia que el menor presenta un apego a la figura paterna, pero con falta de estabilidad emocional por una inadecuada estimulación afectiva" (Noveno considerando).

Aunado a lo anterior, mediante la Casación No. 171-2018 Ucayali, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (12, 2018) ha resaltado la necesidad de realizar una pericia psicológica a los progenitores que tengan demandas por violencia familiar:

> No presenta indicadores de afectación emocional compatible con maltrato psicológico. Presenta sentimientos de frustración e impotencia. Rasgos de personalidad compulsiva, esquizoide, inmadura emocionalmente y dependiente"; en ese sentido, si bien la conducta de la madre no constituye una situación de riesgo para el desarrollo integral de la menor; sin embargo, la Sala Superior establece que de la evaluación de la citada Pericia psicológica, se tiene que la demandada no se encontraría en condiciones de tener la custodia de la menor (Cuarto considerando).

Las pericias, en general, permiten ilustrar a los magistrados sobre conocimientos especiales en diversas áreas del saber humano y que pueden

permitir esclarecer determinados hechos en una controversia judicial. La pericia psicológica es una herramienta importante cuando estas controversias judiciales se relacionan con niños y niñas.

A través de las evaluaciones aplicadas a niñas o niños se puede identificar indicadores de violencia, descuido, abandono, manipulación, etc., o particulares características personales. En esa misma medida, en relación con los progenitores puede permitir observar algunos desórdenes o trastornos, e incluso patologías, que pueden significar un peligro para la custodia.

v. Calidad de vinculación afectiva entre cada uno de los progenitores con su hijo

Un criterio que se desprenderá de los exámenes psicológicos y de lo sostenido por cada progenitor, así como por la opinión del niño o niña, es la vinculación afectiva, definida como la relación o lazo emocional que implica la atención, empatía y cuidados que cada progenitor brinda al niño, por consiguiente, con quien este se siente más identificado, más cómodo, o con el que tiene mayor apego. Este aspecto no debe dejarse de lado, puesto que cualquier decisión puede reforzar o destruir esta vinculación, así como permitirá observar con quién se debe construir y reforzar el vínculo, teniendo presente que lo que se busca es fortalecer a ese grupo familiar.

vi. Características personales de cada niño

Todos los niños y niñas tienen características diferentes. Es común que los niños y niñas con discapacidad no tengan un diagnóstico exacto sobre su condición. Las discapacidades son clasificadas como leves, moderadas o severas dependiendo de la asistencia que requiera la persona. Sin embargo, en la práctica dicha clasificación no es suficiente, porque ninguna enfermedad puede ser encasillada (por ejemplo, el autismo es un espectro y puede variar dependiendo de la personalidad de cada niño). Ninguna enfermedad es absoluta en sí misma, por lo tanto, no habría lugar a clasificar los niños sobre la base de su discapacidad.

El juez debe tomar en cuenta, en cooperación con la pericia psicológica de ciertos factores, tales como la edad, si la discapacidad es sobrevenida o de nacimiento, las expectativas de vida, si el niño o niña cuenta con una red de apoyo, etc.

Hemos analizado el caso en concreto de una niña con autismo que, tras el divorcio de sus padres, compartía el tiempo en igual medida con ambos. En el caso del autismo, muchos padres optan por un tratamiento alternativo como una dieta balanceada y horarios prestablecidos. En particular, cuando la niña estaba en casa de su madre se evitaba el consumo de alimentos con gluten y procesados. Cuando la niña asistía a algún evento infantil, siempre llevaba su propia comida (tortas, helados y otros dulces libres de gluten y azúcar procesada). Sin embargo, cuando acudía a la casa de su padre, ella tenía acceso a toda la comida "prohibida," acceso a tecnología de manera ilimitada, podía faltar a clases, etc. Esto afectaba directamente en el comportamiento de la niña y era inevitable que prefiriera pasar más tiempo en la casa del padre, sin ser lo más beneficioso para ella.

En este caso podemos observar que es necesario complementar la opinión del niño con una pericia psicológica. Es importante, que ambos padres interioricen las necesidades de sus hijos y se comprometan a llevarlas a cabo.

Cada niño o niña tiene requerimientos especiales que deben de ser evaluados por el juez para poder otorgar una tenencia adecuada. Por ejemplo, hay niños que sufren de hiperactividad, diabetes, situaciones postraumáticas, miopía, etc. Estos casos no son considerados como una discapacidad *per se*, pero sus cualidades hacen que se requiera de igual manera atención y apoyo de ambos progenitores.

Por lo expuesto, no se podría considerar un régimen legal especial de tenencia de los niños y niñas con discapacidad por su carácter discriminatorio, pero sí se podría tomar en consideración en la evaluación judicial del caso concreto algunas directivas que tomen en consideración la necesidad de asegurar un ámbito de bienestar que solo puede brindarle su familia y especialmente sus padres, pero tomando en cuenta, siempre, el interés superior del niño.

vii. Otros criterios

Hay otros criterios importantes que también deberían tomarse en la evaluación judicial para otorgar la tenencia compartida, como las distancias geográficas desde donde se ubicará el domicilio del niño o niña en relación con lugares a los que regularmente concurre como escuela, centro médico, entre otros.

Será un factor a tomarse en cuenta el de las cargas económicas que deben asumir los progenitores y que debe tener un tratamiento independiente de la tenencia compartida, puesto que no debe ser esta un modo de eludir las responsabilidades de semejante índole.

La disponibilidad de los padres será un factor importante, pues de nada servirá una tenencia compartida con un padre o madre ausente por razones laborales y que se desentiende del cuidado especial que requiere cada niño o niña.

Finalmente, debe tomarse en consideración el programa de actividades del niño o niña que implican rutinas y exigencias en aspectos como hora de levantarse, horas de estudio, clases extracurriculares, alimentación, entre otros, que deben compatibilizarse con las de los progenitores que asumen responsabilidades compartidas.

4. El proceso de reforma de la discapacidad y su repercusión en la tenencia compartida

Antes del Decreto Legislativo No. 1384 se habían dado avances sobre la reforma de la discapacidad. Sin embargo, es esta norma la que mayor impacto tiene en el Código Civil en relación a la capacidad. Es así que cuando se hablaba de "discapacidad" esta palabra era sinónimo de "incapacidad". Sin embargo, con el tiempo esto ha ido evolucionando y hoy la discapacidad es concebida como capacidad.

El Decreto Legislativo No. 1384 sigue el modelo social y trae consigo una serie de cambios significativos para las personas con discapacidad. Al respecto, Vega Mere*(13:31-32)* señala:

> La referencia a los discapacitados es parte de la historia y su relación con el entorno ha recibido toda clase de respuestas: mientras que en los textos bíblicos aparecen como personas destinatarias de compasión y de milagros o, contrariamente, como víctimas de posesión diabólica (como el caso de los epilépticos), en la edad media también recibieron una mayor dosis de atención, pero sin descartarse la creencia (acientífica) de una presencia demoníaca para explicar el comportamiento de algunas personas inhábiles. Si bien la medicina y su constante progreso alivió su condición, sobre todo desde el siglo XVIII hacia adelante, los instrumentos legales que se concibieron para su protección no fueron apropiados al asumirse que no eran capaces de llevar a cabo una serie de actos en el contexto en el que se desenvuelven y, por ende, se les restó autonomía y se les impuso un modelo de "guarda", que neutralizaba su iniciativa y desconocía sus otras habilidades bajo el pretexto de que carecía de alguna de ellas.

Este modelo de guarda es similar al que en su momento se pensó para los niños y niñas, negando la condición de sujetos de derechos. La evolución ha alcanzado a ambos sectores, aunque en tiempos diferentes. Sin embargo, no podemos sostener que las reformas de la discapacidad hayan tenido un impacto directo y especial en la tenencia compartida.

Lo que podemos afirmar es que la reforma operada en relación a las personas con discapacidad refuerza un cambio de perspectiva o paradigma que también alcanzaría a los niños y niñas, en cuanto no se centran en sus características, sino más bien en qué debe hacer la sociedad para que puedan desarrollarse con normalidad y plenitud. Ese cambio de paradigma, llevado al ámbito judicial, implica no tomar decisiones como la tenencia compartida pensando en el niño y niña con discapacidad en un ser enfermo o inferior, sino más bien como la medida más adecuada para que estos puedan ejercer a plenitud sus derechos y capacidades.

Con esta reforma se busca erradicar las diferencias, pero lo cierto es que las personas con discapacidad seguirán enfrentando las diversas barreras que impone la sociedad y ello incluye a los niños y niñas en esta situación.

4.1. Viabilidad positiva del otorgamiento de la tenencia compartida a niños y niñas con discapacidad

El primer aspecto que justifica la viabilidad de la tenencia compartida se encuentra en los instrumentos internacionales como el artículo 9 de la Convención de los Niños y Adolescentes, que establece que los Estados que forman parte de ella deben velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos.

Ante dicha norma, los Estados pueden considerar como una alternativa viable la tenencia compartida de niños y niñas, valorando los beneficios que esta medida genera para niños y niñas, los progenitores, la familia e incluso la sociedad, pues será el ambiente más propicio para un desarrollo integral y pleno.

La tenencia compartida es una medida viable para superar los problemas que genera el divorcio o la separación, al mantener el vínculo real y afectivo del niño o niña con la familia que lo concibió, además, dota a los jueces de alternativas (tenencia monoparental o compartida) que evaluarán según cada caso.

Los diversos estudios señalan que la tenencia compartida puede ayudar a favorecer tanto a niños como a padres. La tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad resultará viable siempre y cuando los padres estén dispuestos a implementar los ajustes razonables necesarios. Es importante que los niños y niñas con discapacidad puedan afrontar los cambios con mayor seguridad, aspecto que solamente puede ser brindado con la presencia y vínculo con ambos progenitores.

La viabilidad de esta medida debe evaluarse en concreto, siendo importante la intervención judicial que, siguiendo determinados criterios, pueda distinguir qué es lo más conveniente para el niño o niña de acuerdo con las circunstancias y características del caso. Tratándose de niños y niñas con discapacidad, la viabilidad en concreto implicará conocer el compromiso de los padres en esta situación, así como la opinión de profesionales expertos que puedan señalar, según el tipo de discapacidad, algunas recomendaciones principalmente en relación a los ajustes razonables.

La viabilidad de la tenencia compartida debe ser vista desde un punto de vista abstracto a la luz de principios como el interés superior del niño o el derecho a mantener un vínculo con la familia, pero, además, desde un punto de vista concreto, dependerá de las características del caso en particular.

5. La inviabilidad de un intento legal de diferenciación y la necesidad judicial de distinguir cada caso en concreto

Podemos inferir que una diferenciación legal para el otorgamiento de la tenencia compartida en casos de niños y niñas con discapacidad correría el riesgo de considerarse discriminatoria y teniendo en consideración las normas constitucionales y convencionales está prohibida cualquier forma de discriminación. Por lo tanto, la inviabilidad material de ese intento legislativo sería evidente.

En cambio, se ha concluido que sí es necesaria la diferenciación judicial, dado que, conociendo el caso concreto, el juez podrá apreciar diversos aspectos, como la disposición de los progenitores, las limitaciones socioeconómicas, los aspectos culturales, el tipo y grado de discapacidad, y con todo ello evaluar si es conveniente o no la tenencia compartida. Será más bien reprochable aquella decisión judicial en la que se haya impuesto la tenencia sobre la base de criterios generales y sin evaluar el bienestar concreto del niño o niña.

Es importante que el juez tenga en cuenta el interés superior del niño en el momento de pronunciarse sobre la tenencia de los niños y niñas. Sin embargo, dicho principio debe ser complementado con ciertos lineamientos que orienten la decisión de una tenencia compartida, que será exitosa en la medida en que responda a la realidad de cada familia y se adecue a las necesidades de cada niño y niña.

En el caso de niños y niñas con discapacidad, un lineamiento muy importante para la decisión judicial será la posibilidad de realizar los ajustes razonables por parte de los progenitores y su compromiso de asumir conjuntamente las responsabilidades que conlleva el tratamiento de la discapacidad.

Cabe destacar que no es necesario hacer una distinción de lineamientos para niños y niñas con discapacidad, pero sí establecer lineamientos que se adecuen a cada caso en concreto. Es potestad del juez observar las necesidades de cada niño o niña para así poder determinar qué será beneficioso para cada uno.

Conclusiones

1. En el análisis efectuado, se plantea que no es viable establecer lineamientos legales para la aplicación de la tenencia compartida de los niños y niñas con discapacidad en el ordenamiento jurídico nacional, pero sí pautas o criterios judiciales para aplicarla. Se tiene que observar cada caso en concreto y analizar las necesidades particulares de cada niño o niña, independientemente de si tiene o no alguna discapacidad. Si bien es cierto guiará la decisión el principio de interés superior del niño, existen aspectos concretos que evaluar y que asegurarán una justicia de familia con mayor previsibilidad.

2. En un país tan diverso como el Perú, que incluye a otros países en la región y en el Derecho comparado, se debe dar una visión interseccional, considerando que existen diversos factores para la discriminación, como es el lugar de origen, el sexo, la condición socioeconómica y, también, la discapacidad. Todos estos factores deben ser superados mediante un tratamiento judicial que reconozca, por encima de cualquier condicionamiento, la dignidad y los derechos fundamentales de niños y niñas y su derecho de interrelacionarse con sus padres, siendo la Bioética y el Derecho las disciplinas a las que se debe recurrir por ser las más adecuadas para ello.

Referencias

1. Espinoza M. *La tenencia compartida: Estudio doctrinario - jurisprudencial y análisis crítico para su aplicación*. Lima, Perú: GRIJLEY; 2021.
2. Junta de Andalucía. *Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* [Internet]. Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). [cited 2022Nov18]. Available from: https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990
3. Chunga F, Chunga C, Chunga L. *Los derechos del Niño, Niña y Adolescente y su protección en los Derechos humanos*. Lima, Perú: Editora y Libreria Jurídica Grijley; 2012.
4. De Asis R. *Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito*. Madrid, España: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid; 2007.
5. Victoria, J. El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado* 2013 *46*(138): 1093-1109. Citado el 24 de noviembre de 2022, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008&lng=es&tlng=es
6. Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre, 2006. Disponible en: https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf
7. Naciones Unidas. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación*; 26 de abril, 2018. Disponible en: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2Bt93Y3D%2Baa2qtJucAYDOCLUtyUf%2BrfiOZ88SbKi18LECUG89QSdTKcQfnbxosDFSIVZSIPGGT7aQ9xSV9ZM3t763zmWeZKYHI
8. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2015). *Casación No. 2319-2015*/Lima Sur. Disponible en: https://www.abogacia.pe/wp-content/uploads/2021/05/CASACION-N%C2%B0-2309-2015-LIMA-SUR.pdf
9. Grosman C. Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia. 2ª parte [Internet]. SAIJ. [cited 2022Nov18]. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/cecilia-grosman-significado-convencion-derechos-nino-relaciones-familia-2da-parte-daca930224-1993-05-26/123456789-0abc-defg4220-39acanirtcod
10. Torres, M. *La responsabilidad civil en el derecho de familia: Daños derivados de las relaciones familiares*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica; 2016.
11. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2016). *Casación No. 3767-2015/Cusco*; 8 de agosto, 2016. Disponible en: https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/CAS3767-2015-CUSCO.pdf
12. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2018). *Casación No. 171-2018/Ucayali*; 20 de agosto, 2018. Disponible en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/05/Cas.-171-2018-Ucayali-Legis.pe_.pdf
13. Vega, Y. *La reforma del régimen legal de los sujetos débiles made by Mary Shelley: Notas al margen de una novela que no pudo tener peor final*. Lima, Perú. *Gaceta Jurídica* 2018; 27-45.

Recibido: 29 de noviembre de 2022

Aceptado: 14 de diciembre de 2022