



FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Regulación del Derecho a los alimentos en la Tenencia compartida desde la  
perspectiva del principio del interés superior del niño

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogada

AUTORA

Br. Ayala Huancas, Sheylla Margot (ORCID: 0000- 0003- 1562- 1259)

ASESOR

Dr. Jurado Fernández, Cristian (ORCID: 0000-0001-9464-8999)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Civil

PIURA – PERÚ

2018

## **DEDICATORIA**

A Dios por la vida que me brinda día a día y por permitirme culminar una de mis grandes metas trazadas.

A mis padres por siempre estar a mi lado dándome el apoyo y aliento para seguir luchando por mis metas y ser su orgullo.

A mis hermanos por ser uno de los pilares importantes de mi vida y por estar en cada momento de mi vida brindándome su apoyo y fortaleza.

## **AGRADECIMIENTO**

A los docentes ya que hicieron posible que realice la presente investigación, por su apoyo, comprensión en el ámbito académico y su confianza brindada.

## ÍNDICE

	<b>Pag.</b>
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
PÁGINA DEL JURADO	iv
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD	v
ÍNDICE	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>01</b>
<b>II. MÉTODO</b>	<b>23</b>
2.1. Tipo y diseño de investigación	23
2.2. Variables, operacionalización	23
2.3. Población y muestra	24
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad	25
2.5. Métodos de análisis de datos	26
2.6. Aspectos éticos	26
<b>III. RESULTADOS</b>	<b>28</b>
<b>IV. DISCUSIÓN</b>	<b>40</b>
<b>V. CONCLUSIONES</b>	<b>45</b>
<b>VI. RECOMENDACIONES</b>	<b>47</b>
<b>REFERENCIAS</b>	<b>48</b>
<b>ANEXOS</b>	

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación se centra en dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿Existen factores que deben regularse por medio del derecho alimentario en los casos que corresponden a tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes y que no contravengan el principio de interés superior del niño?; para ello se formuló el objetivo que ha permitido analizar los argumentos jurídicos que buscan regular el derecho alimentario en los casos que corresponden al ejercicio de la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes para salvaguardar el principio de interés superior del niño; planteando se la siguiente hipótesis: la regulación jurídica normativa del derecho alimentario en los casos que corresponden al ejercicio de la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes permitirá no contravenir el principio de interés superior del niño, favoreciendo su desarrollo integral. Concluyendo que los factores que se deben de tenerse en cuenta por parte de los operadores del derecho para poder aplicar el criterio de alimentos sobre la tenencia compartida y no transgredir el principio del interés superior del niño; principalmente es la participación igualitaria entre los progenitores; así mismo que los hijos pueden disfrutar de la convivencia habitual en periodos determinados con cada uno de sus padres; teniendo en cuenta que la mejor forma de asimilar por los hijos la separación o divorcio de los padres; enriqueciendo el mundo social, afectivo y familiar del menor de edad, es la tenencia compartida. Por último, hay que tener en cuenta que esta situación permite a los progenitores la mutua comprensión sobre lo que sucede con sus hijos.

Palabras claves: Derecho alimentario, tenencia compartida, patria potestad, interés superior del niño.

## **ABSTRACT**

This research work focuses on answering the following question: Are there factors that must be regulated by means of food law in cases that correspond to the shared possession of children and adolescents and that do not contravene the principle of higher interest of the child? boy?; for this, the objective was formulated that has allowed analyzing the legal arguments that seek to regulate the food law in the cases that correspond to the exercise of shared possession of children and adolescents to safeguard the principle of the child's best interest; proposing the following hypothesis: the normative legal regulation of the food law in the cases that correspond to the exercise of the shared possession of children and adolescents will allow not to contravene the principle of the child's best interest, favoring its integral development. Concluding that the factors that must be taken into account by the operators of the law in order to apply the criterion of food on shared ownership and not to violate the principle of the best interests of the child; it is mainly the equal participation among the parents; likewise that the children can enjoy the habitual coexistence in determined periods with each of their parents; taking into account that the best way to assimilate the separation or divorce of the parents by the children; enriching the social, affective and family world of the minor, is the shared possession. Finally, we must bear in mind that this situation allows parents to have mutual understanding about what happens with their children.

Keywords: Food law, shared ownership, parental authority, the best interests of the child.

## I. INTRODUCCIÓN

Para determinar la custodia de un menor hijo o hijos ante la disolución del matrimonio civil, el ordenamiento jurídico normativo ha instaurado criterios que los magistrados deben de utilizar para hacer de mayor eficiencia su labor debido al gran porcentaje de casos de divorcios que se presentan en todas las sociedades del mundo hoy en día. En el pasado los hijos eran descritos como propiedad paterna, a quienes se debía de proteger, mantener y educar; así como también las responsabilidades asociadas a estas características; incluso en el siglo XIX los padres tenían un absoluto control sobre la tenencia; los cambios sociales debido a la revolución industrial generaron que la figura materna obtenga un rol preponderante en el cuidado y protección de los menores, siendo las madres quienes ocupan hoy en día un rol preponderante.

Bajo este enfoque se observa que hoy en día los padres preponderantemente deben de ser proveedores de la alimentación y la economía y las madres tienen la responsabilidad del cuidado y protección del menor. Freud padre del psicoanálisis considera que la crianza de los menores está ligada exclusivamente a la figura de la madre, por sobre encima del rol de padre; incluso en la formación del estado emocional de los menores. Esta visión propuesta por Freud ha tenido un gran apego en el transcurso de muchas décadas; hasta que la cultura anglosajona en los años sesenta inicio un movimiento que reclamaba el fin de dicha discriminación sustentada en el sexo. A esta condición se aunó el movimiento feminista debido a que las mujeres incursionaron en el mercado laboral con una mayor porcentaje, situación que generó que en muchos Estados de Norteamérica, se busque el denominado “mejor interés del niño”; bajo cuyo principio de deberá resolver la tenencia del menor hijo en la favor de sus necesidades teniendo en cuenta a los progenitores, sin distinción de sexo.

En el Perú, se aplica también lo que se ha mencionado en el párrafo anterior, sin considerar las condiciones sociales y familiares de las personas; este enfoque se basa en que las mujeres están mejor calificadas para desempeñar el rol de madres y desarrollar así el cuidado y protección de los menores hijos y que el hombre desarrolla su función de padre proveyendo a la

familia en el sentido económico y alimenticio. Esta situación también ha hecho eco en la práctica jurídica ya que la madre es siempre la demandante para ejercer la tenencia del menor, sustentando su derecho de permanecer con él; en caso que el padre solicite la tenencia, la madre se encargara de desvirtuar las capacidades paternas aduciendo múltiples situaciones en el proceso.

En caso se encuentre judicializado el proceso, los jueces de familia, mantienen la visión de que el menor estará en mejores condiciones con la madre, lo cual revela que se encuentran afectados por influencias socioculturales, considerando que es la madre quien ejercerá mejor la tarea de crianza, lo cual ha generado un costumbrismo jurídico, sustrayendo a los padres los derechos de poder ejercer dicha responsabilidad, considerándolos no aptos para poder desarrollar el rol que se requiere. Hay que tener en cuenta que el denominado principio interés del menor, es el que rige toda la normatividad existente y relacionada al tema, ello en correspondencia a la Convención sobre los Derechos del Niño; que en su artículo noveno, inciso tercero declara que los Estados que forman parte de la Convención, deben de respetar los derechos del menor, el cual puede estar alejado de uno o ambos padres y a la vez podrán conservar relaciones de carácter personal y trato de modo regular. Este principio que señala la Convención forma parte de muchos ordenamientos jurídicos, sin embargo no se cumple en su totalidad, ya que al resolver la legislación complementaria que aborda el tema, únicamente se tiene en cuenta la custodia exclusiva que se desarrolla en casi la totalidad de los casos por la madre.

El Código de Niños y Adolescentes – CNA; en los artículos 81° y 84° no se precisa con claridad el tema de la tenencia, ya que por un lado en el artículo 81° se muestra la posibilidad de poder acceder a una tenencia compartida por ambos padres; en el artículo 84° se otorga un rígido marco a las facultades del magistrado que debe de ceder la tenencia monoparental en beneficio de la madre; lo cual podemos deducir que el denominado Principio de Interés Superior del Niño, es únicamente un marco de referencia, pero no constituye una obligación para el juez de familia. Cabe señalar que aun el marco regulatorio que acompaña al ejercicio de la tenencia compartida en nuestro país aún es deficiente normativamente; se hace necesario el poder especificar las obligaciones que deberán asumir los padres frente a la crianza y las necesidades

del menor. Dentro de estas obligaciones debe de quedar muy en claro el tema de alimentos, así como también los gastos asociados a la salud y educación fundamentalmente.

El Código de Niños y Adolescentes, en su artículo 81° indica claramente que el Juez que dispone otorgar la tenencia compartida, no establece los procedimientos para desarrollar la responsabilidad alimentaria; esta situación ocasiona un problema, debido a que no se encuentra especificado dicho cumplimiento de forma normativa, generándose una controversia entre ambos padres quienes deberán de ponerse de acuerdo en tal fin. Esta situación otorga margen para que cada progenitor establezca sus responsabilidades y obligaciones de manera conjunta, pero a la vez otorgue lateralmente los factores y condiciones que considere más adecuados cuando el menor permanezca bajo su custodia; situación que podría generar que cada progenitor no otorgue de manera equilibrada su contribución económica para el menor, así como el cumplimiento de sus responsabilidades.

Cabe señalar que la tenencia compartida es un tema que se aborda en el campo del derecho, sin embargo no se tiene claro los medios que deben de desarrollarse para alcanzar la equitatividad entre los progenitores; por ello el estudio de investigación que nos reúnen en torno a este tema determinara los razonamientos jurídicos necesarios que deberán tener en cuenta ambos progenitores para poder cumplir con la responsabilidad alimentaria de los menores hijos, cuando el juez opte por otorgar la tenencia compartida.

Echevarría (2014); investigador español sobre el tema declara que la problemática se centra en poder analizar de manera muy minuciosa el derecho de familia, donde debe de quedar expreso y de manera clara la guarda y custodia compartida de los menores, además debe quedar claro también que es lo que debemos entender por custodia compartida; esta condición jurídica implica acciones de cooperación entre ambos padres, los cuales deben de tener la suficiente madurez emocional para separar los conflictos de pareja o ex pareja en función del desarrollo y protección de los menores hijos, quienes realmente son los más afectados por estas controversias, la tenencia o custodia compartida implica el ejercicio y cumplimiento del desarrollo integral del menor.

Steffen (2013) investigador jurídico español menciona desde una perspectiva distinta y muy razonada las diferencias que encuentra entre el ejercicio de la tenencia compartida y la monoparental en situaciones presentadas en menores de cuatro a diez años, concluyendo que los menores que tiene el régimen de tenencia compartida son los más satisfechos con las vivencias con cada uno de sus padres que los acogen; así se encontró que los padres que ejercen la tenencia compartida son los más involucrados en el crecimiento y desarrollo de sus hijos, por tanto esto nos lleva a concluir que la cooperación es una característica fundamental que se desarrolla con el ejercicio de la tenencia compartida, condición que se deriva del ejercicio de la convivencia con los padres; eliminando así el desarrollo unilateral que se genera con la convivencia monoparental.

Chong (2015), en un estudio realizado en nuestro país sobre la tenencia compartida y el desarrollo integral afirma que genera una vinculación directa y muy importante entre ambas variables, situación que se evidencia debido a las sentencias emitidas por el juzgado transitorio de familia en el distrito judicial de San Juan de Lurigancho de la región Lima; dicha relación tiene como base esencial los acuerdos conciliatorios además de ello se cuenta con las ordenes de cumplimiento, por lo cual se hace necesario el tener que legislar este tema.

Leyva (2014) en su investigación desarrollado en Trujillo; declara que el derecho alimentario, se basa en el imperio de la ley, el cual es inherente a la naturaleza de la responsabilidad de familia cuya esencia es el parentesco, por medio del cual se asiste a una persona con la finalidad de poder proveer los medios necesarios para poder lograr la satisfacción de sus necesidades fundamentales; esta acción se realiza por medio de una situación jurídica teniendo como base los lazos de consanguineidad directa y los medios económicos de los cuales debe de disponerse para cumplir con dicha responsabilidad. Por otra parte los medios judiciales deben de verificar la vulneración de los derechos fundamentales para poder actuar estableciendo un interés especial en lo que respecta a la atención de los menores de edad, atendiendo al llamado interés superior del niño y del adolescente.

Noblecilla (2014); en una investigación desarrollada en la ciudad de Trujillo sobre los factores determinantes asociados a la tenencia de menores; manifiesta que poder establecer los alcances de los distintos aspectos que implica la tenencia de menores, así como sus pro y contras son diversos; sin embargo lo que debe de primar es el denominado principio rector el Interés Superior del Niño, el cual ayudara a adoptar la mejor decisión garantizando así el integral desarrollo del menor.

El derecho comparado, que existe en torno al tema de investigación que abordamos es diverso; pero a modo de análisis comparativo tomaremos la legislación francesa, la española, la italiana, la norteamericana y por último la chilena. La doctrina francesa enfatiza que la responsabilidad con respecto a los hijos está determinada por los lazos matrimoniales; sin embargo si estos no existieran o se extinguieran a causa del divorcio de los padres; estas obligaciones deberán asumirse por medio de la denominada guarda conjunta; esta figura jurídica responsabiliza a los progenitores a informar a un magistrado sobre las fechas de coparentalidad, la cual deberá elaborarse en mutuo acuerdo; cuyo objetivo es el ejercicio de la tenencia compartida; esta acción demanda que los gastos alimentarios serán asumidos por ambos padres, estableciendo ellos los montos y cantidades en el sentido económico.

Sin embargo cabe la posibilidad de que los padres no logren establecer un punto de acuerdo, por lo cual el tribunal será quien ejecute dicha acción, por medio de una acción denominada régimen de residencia alterna de manera provisional; la cual se desarrollara hasta que ambas partes logren sus puntos de coincidencia en relación al problema. El ordenamiento jurídico francés por medio del Código Civil, señala claramente que los derechos y obligaciones de los progenitores no se extinguen y que cada progenitor debe de contribuir en la manutención de los menores de forma proporcional a sus recursos, a las necesidades del menor y también en relación a los aportes del otro progenitor. Además el documento normativo señala que ambos padres están obligados a establecer vínculos personales con el menor y respetar los vínculos con el otro progenitor.

La legislación española considera que la guarda o custodia como se señala en esos términos que son equivalentes a la tenencia; los magistrados vienen aplicando la llamada custodia compartida; siendo la comunidad de Aragón, la primera en sumarse a esta nueva posición jurídica que busca la igualdad en las relaciones familiares; ante el quebrantamiento del vínculo de convivencia entre los padres. Así también la Carta Magna Española se guía por el principio de Interés Superior del menor; tal es así que el artículo 39°; dentro del segundo y tercer apartado especifican de manera clara la intervención del poder político para poder asegurar la protección integral de los menores; así como la responsabilidad de los progenitores para poder brindarle al menor protección completa frente a sus necesidades. El Código Civil español señala que la patria potestad será ejercida por aquel progenitor que convive con los hijos; sin embargo el Magistrado podrá analizar la solicitud del progenitor sustentado en el principio de interés del menor, para asignar la patria potestad a quien corresponda o de manera conjunta. Aquí también se enfatiza que la responsabilidad alimentaria no está definida normativamente y que es deber de los padres ponerse de acuerdo al respecto de acuerdo a sus condiciones económicas.

La legislación italiana, señala de acuerdo a su jurisprudencia y doctrina en la cual se establece la imagen del "*affidamento*"; y que según Ley 54/2006; estipula que la patria potestad, es ejercida por ambos padres bajo el mismo acuerdo; observando que su desarrollo de tal responsabilidad no se encuentra sujeta a la vida en común de pareja. La custodia compartida es una prioridad en atención del interés superior del menor; sin embargo esta acción implica que los progenitores deben ponerse de acuerdo para poder afrontar los gastos comunes que demandan tal responsabilidad, dicha acción deberá desarrollarse por medio de un acuerdo, alcanzando dicho documento al juez; en caso no se ejecute tal acción, es el juez que determinara dicho plan de gasto emitiendo una resolución para tal fin; y si los padres no presentan la idoneidad respectiva el magistrado designara un tutor para el bienestar y desarrollo del menor.

En los Estados Unidos de Norteamérica, se considera que la custodia compartida o tenencia compartida es sinónimo de custodia legal conjunta, por la que se entiende que los progenitores desempeñarán la responsabilidad de la

crianza y desarrollo del menor o menores de edad, priorizando su bienestar; así mismo se establece que ello conlleva también a la custodia física de carácter conjunto, es decir que cada progenitor tendrá periodos de tiempo en el cual compartirá con el menor garantizando así el contacto frecuente. Para poder dar cumplimiento a dicha acción los progenitores deberán realizar un plan de desarrollo del menor el cual deberá darse por mutuo acuerdo, en el cual se distribuyen los gastos de las acciones a desarrollar, estableciéndose la alimentación, la salud y los estudios, así como la manutención en general, dichas acciones deberán cumplirse de manera estricta y su incumplimiento demandara el accionar legal; si los progenitores no llegan a establecer dicho plan, el magistrado desarrollara tal acción; y por último si el magistrado evalúa la incapacidad de los padres para realizar dicha acción; el Estado será el que asumirá la responsabilidad en toda su dimensión con respecto al menor.

En la legislación chilena, el Código Civil señala la aplicación de un principio el cual se denomina de corresponsabilidad; bajo el cual ambos progenitores viviendo juntos o apartados, desarrollaran la responsabilidad del cuidado del menor o menores hijos de forma compartida y conjunta. Queda claro en el Código Civil que el cuidado personal está bajo la responsabilidad de ambos padres, desarrollando ambos la acción de la educación y la crianza, asegurando la estabilidad emocional, así como la continuidad de la familia. La ley señala muy claramente que los gastos deberán ser asumidos por ambos padres de manera equitativa, sino los padres no logran ponerse de acuerdo al respecto será el magistrado quien determine las acciones al respecto.

El derecho alimentario, desde una perspectiva jurídica define al término alimento, el cual constituye un derecho de la persona, que debe ser recibido de otra, por medio de la ley o por medio de un negocio de carácter jurídico o declaración judicial, con el fin de atender el denominado sustento, en ello se funda la obligación correlativa; conocida también como deuda alimenticia; la cual es una obligación impuesta por mandato jurídico a una persona quien deberá de proporcionar la subsistencia de otra; tal como señala Arias, (2005).

Barbero (2007) señala en cuanto a la responsabilidad alimenticia, que es la obligación que debe de cumplirse bajo circunstancia determinadas impuestas por

la ley, para que ciertas personas deban de suministrar a otras las condiciones necesarias para poder vivir y desarrollarse en la vida.

Casso y Cervera (2001), consideran que los alimentos implica lo que es necesario para el desarrollo del sustento, el vestido y el alojamiento; así como también la asistencia de la salud, ello se desarrollará en concordancia con el rango y la condición social.

Josserand (2012), por otro lado tiene también un concepto sobre alimentos el cual lo define como una obligación que es impuesta de carácter jurídico a otra persona para poder atender la subsistencia de otra persona, esta condición comprende la presencia de dos factores: deudor y acreedor.

Mallqui y Momethiano (2012) también define el término alimentos; considerándolo como un conjunto de medios de índole material necesarios para la existencia física de una persona; bajo tal aspecto se encuentran comprendidos: la educación, asistencia médica, el vestido y otros.

Somarriva (2013), define también a los alimentos desde una perspectiva más amplia, el cual no únicamente abarca el alimento diario, sino también la vivienda, el vestido; y si la persona es menor de edad comprende la educación y la formación de un oficio o profesional.

Fuello (2014); define también el término alimentos desde una concepción de deuda alimenticia, la cual es una prestación que se otorga a determinadas personas, por otras económicamente posibilitadas, con la finalidad de poder contribuir a la sobrevivencia frente a las necesidades que demanda la existencia.

Carbonier (2015) considera que el derecho de alimentos es un vínculo de carácter jurídico el cual se asignable debido al parentesco, estableciéndose así una relación alimentaria que constituye una obligación legal, la cual se da de manera recíproca entre parientes asegurando así la subsistencia del pariente necesitado.

Trejos (2015); considera que la institución del matrimonio genera una convivencia entre hombre y mujer, así como también responsabilidades y

obligaciones de manera recíproca, a diferencia del siglo pasado donde la figura de jefe de hogar encarnada en el varón era trascendental.

Por otra parte nuestro Código Civil, en el artículo 472° define a los alimentos como indispensables para el sostén de la persona implica la vivienda, la asistencia médica y el vestido; y cuando se tratara de menores de edad, contempla también la educación y la capacitación para la formación de un trabajo u ocupación.

De acuerdo a todas las concepciones que se han detallado podemos definir al derecho alimentario como, el derecho que emana debido al imperio de la ley, sustentado en la naturaleza, cuya base es el parentesco o la voluntad, que se le brinda a una persona necesitada que recibe el nombre de acreedor alimentario o simplemente denominada alimentista; el cual es asistido por otra persona denominada deudor alimentario o simplemente alimentante, con el fin de poder suministrar de los medios que son indispensables para la satisfacción de sus necesidades fundamentales.

Mejía (2006); desde una perspectiva jurídica define el término alimento como algo a lo cual una persona tiene derecho de recibir por parte de otra por ley; por declaración judicial o negocio jurídico, cuya finalidad es el sustento, ello conlleva a una obligación de tipo correlativa, denominada deuda alimentaria; definiéndola como el deber jurídico de una persona de alcanzar sustancia a otra.

Scheriber (2014), considera que la obligación de los progenitores de brindar educación y manutención a sus hijos es parte del derecho natural, que tiene como origen el derecho a la vida de los hijos y a su desarrollo para poder desenvolverse dentro de la sociedad, en concordancia con las exigencias del tiempo. Así mismo el autor considera que esta obligación surge desde la concepción y se desarrolla conforme al proceso biológico finalizando con la mayoría de edad; sin embargo, existe la salvedad cuando los hijos mayores de edad que continúen con estudios sean técnicos o profesionales el padre está en la obligación de brindar el alimento y el sostén familiar a los hijos.

La Constitución Política (1993); en el artículo sexto establece es obligación y constituye un derecho de los padres el tener que alimentar, brindar seguridad,

educar y desarrollar a los hijos; acciones que son fundamentales y constitucionales para el menor de edad, puesto que de ello dependerá el desarrollo integro de su vida; así mismo el incumplimiento de dicho responsable genera el accionar de la justicia en resguardo del cumplimiento de tal fin.

El artículo 92° del Código del Niño y del Adolescente señala que los alimentos son de carácter indispensable para poder desarrollar el sustento, el vestido, la habitación, instrucción, educación, asistencia médica, recreación del niño y capacitación para poder desempeñar un trabajo.

El Código Civil, en su artículo 472° señala una definición de tipo jurídico para los alimentos considerando que constituye lo indefectible para poder sustentarse, así como el vestido y la habitación conjuntamente con la asistencia médica, esto se desarrollará en concordancia con la posibilidades y situación de la familia; en el caso se trate de menores de edad, específicamente niños y adolescentes, el alimento deberá comprender también su instrucción, educación y capacitación para poder laborar.

Como conclusión a todo este tema analizado podemos afirmar que el derecho alimenticio; es un derecho cuyo origen es el imperio de la ley, que se asume por naturaleza; cuya vinculación es el parentesco y la voluntad que guarda una persona necesitada, a la que se le otorga la denominación de acreedor alimentario o alimentista, el cual es asistido por otra persona, que recibe el nombre de deudor alimentario o alimentante; cuya finalidad es la de abastecer con los medios indispensables para alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas; situación que se desarrolla por medio de una condición jurídica, enfatizando las necesidades del deudor y las opciones económicas del acreedor.

Jurídicamente los alimentos tienen su base en el valor de la solidaridad humana; complementada con la responsabilidad moral para poder asistir a que requiere auxilio. Desde una perspectiva religiosa o ética no es correcta que un padre tenga riqueza y el hijo no y viceversa; así mismo en el supuesto caso que una persona no pueda proveerse de alimentos, jurídicamente se designan responsables a los parientes más próximos con la finalidad de poder brindar amparo para cubrir las necesidades fundamentales. Por ello la condición

esencial para poder ser favorecido con los alimentos es el vínculo de parentesco; ya que es una obligación de deber natural y jurídico, cuyo fundamento es la equidad respaldado normativamente por nuestro ordenamiento constitucional, ya que allí encontramos el sustento legal del derecho de alimentos que le corresponde ser asignada a la relación parental.

Grosman (2004); señala que el tema de los alimentos presenta las siguientes características: es un derecho personalísimo, ya que pedir alimentos es de carácter inherente para la persona, por lo cual el alimentario es el único beneficiado y con derecho a disfrutar; por lo cual no se puede delegar o transferir a otra persona, ni por causa de muerte, por lo cual este derecho es calificado como inalienable, no puede ser vendido, ni cedido. La titularidad también constituye otra característica, por la cual percibir los alimentos deberán ser brindados si aún la persona es mayor de edad y se encuentra en estado de necesidad, o incapacidad sea esta mental o física, o en aquellos hijos que se encuentran siguiendo estudios para concretar un oficio o profesión.

Los alimentos también presentan como característica que son de orden público, es decir que solicitar alimentos es parte de un conjunto de principios esenciales en la cual se basa nuestra organización social. La equidad también es otra de sus características, ya que la asignación alimentaria se determina en función de las necesidades de quien los solicita, atendiendo también a las circunstancias en la cual se dan. Por otro lado la mancomunidad, la cual implica que sean dos o más los obligados a brindar alimento en cantidades proporcionales y de acuerdo a sus posibilidades económicas.

Grosman (2004); señala también como característica la conmutabilidad, la cual implica que el responsable de brindar alimentos pueda hacerlo de manera diferente a un pagó, en caso se justifiquen los motivos para ello. Del mismo modo la limitatividad, por medio de la cual existe un límite en la asignación alimentaria, ya que el beneficiario sólo puede exigir lo necesario para su subsistencia. También se señala la reciprocidad que constituye una obligación alimentaria de carácter obligado y beneficiaria de manera recíproca. Como características de este factor analizado también encontramos a la variabilidad, la sustituidad, prorrogabilidad; la indistinción y la imprescriptibilidad. Todas estas

características deben ser tomadas en cuenta en el denominado derecho alimentario, para que dicho derecho se pueda asumir con la debida responsabilidad, la cual deberá ser tenida en cuenta por los magistrados.

Aguilar (2004); ha desarrollado una clasificación de los alimentos teniendo en cuenta ciertos factores. Por su objeto los alimentos se clasifican en alimentos naturales y alimentos civiles; en el caso de los primeros son los esenciales para el desarrollo del ser humano y en el caso de los segundos son los canalizados dentro de la vía jurídica. Por su origen los alimentos también puede ser voluntarios y legales; en el caso de los voluntarios surgen de la obligación moral o ética; en el caso de los legales son impuestos al amparo de la ley jurídicamente. Los alimentos también pueden clasificarse por su duración pudiendo ser temporales o provisionales; en el caso de los temporales se enmarcan en un periodo de tiempo y los provisionales por razones justificadas o de emergencia. Por último por su amplitud, dividiéndose en necesarios y congruos; en el caso de los necesarios son los indispensables para la satisfacción de las necesidades principales de la vida; los alimentos congruos son los que se otorgan de acuerdo al nivel socio cultural de la persona, siendo los indispensables para su existencia.

Grosman (2004); señala que la obligación alimentaria responde también a una clasificación; la cual es la siguiente: de acuerdo a la fuente; a las condiciones de exigibilidad y a los sujetos beneficiarios. Con relación a la fuente se considera las fuentes naturales; las cuales surgen de forma instintiva o espontánea; y las fuentes positivas; que son reconocidas por el derecho positivo de acuerdo a la legislación vigente por medio de la voluntad y la ley. Las condiciones de exigibilidad; las cuales se basan en la existencia de una norma legal; la presencia de obligados con vínculo parental, el estado de necesidad del acreedor alimentario, el cual debe ser menor de 18 años; el carecer de aptitud para poder atender por sí mismo la subsistencia; las posibilidades económicas del deudor alimentario; así como también debe de tenerse en cuenta que el magistrado debe de considerar la capacidad económica del deudor alimentario; y por último la proporcionalidad en su fijación. Por último la clasificación que corresponde a los sujetos beneficiarios, la cual exige que los responsables de brindar alimento son los cónyuges; el ex cónyuge y los hijos.

Con respecto a la responsabilidad alimentaria de los padres; el artículo 472° del Código Civil menciona que los alimentos deben de ser comprendidos como indispensables para el sustento, el vestido, la habitación y la asistencia médica, de acuerdo a las posibilidades económicas de la familia; siempre y cuando el alimentista sea menor de edad, y que los alimentos comprendan su educación y capacitación para el trabajo. Por tanto la obligación alimentaria de los progenitores es de primordial responsabilidad para poder desarrollar la subsistencia de los menores.

Chunga (2003), considera que es obligación y deber de los progenitores el hecho de poder brindar la asistencia a los hijos; ya que son seres indefensos, los cuales no han solicitado nacer y que es responsabilidad exclusiva de los padres velar por su crecimiento y desarrollo cumpliendo con la obligación de proveerlos frente a sus necesidades. Así mismo cabe señalar que la doctrina ha establecido que la responsabilidad alimentaria podría configurar gastos que son catalogados como ordinarios y otros como extraordinarios. Los primeros son los gastos asignados como normales y los otros podrían catalogarse como que suceden de manera intempestiva como un funeral, gastos de mudanza, gastos en libros, etc.

Es necesario precisar que la obligación alimentaria está compuesta por dos elementos los cuales son: personales y materiales. En palabras de Varsi Rospigliosi (2012), considera que el elemento personal está compuesto por los elementos que integran la responsabilidad alimentaria: el alimentista y el alimentante; y el elemento material que está integrado por la cuota alimentaria o pensión alimenticia, cuya responsabilidad de cumplimiento está a cargo del alimentante.

Cabe señalar que a pesar de contener algunas similitudes hablar sobre el derecho a los alimentos no es lo mismo que obligación alimentaria; puesto que el derecho alimentario está referido al conjunto de beneficios y derechos, que le asisten al alimentista, es decir al hijo de la relación vivencial o conyugal, sin tener en cuenta la superación posterior; en cambio la obligación alimentaria constituye un grupo de responsabilidades que deberán cumplir los padres a pesar que medie entre ellos una separación; por consiguiente la obligación alimentaria le compete por igual a ambos padres de forma equitativa.

La obligación alimentaria tiene su origen en el núcleo familiar, se encuentra vinculada al derecho privado y constituye una obligación independiente y autónoma. Son cuatro las condiciones para poder dar la razón del derecho a alimentos: estado de necesidad; se la que se sustenta en la insolvencia para poder cumplir con los requerimientos alimentistas, respecto a los menores de edad; otra de las razones es la posibilidad económica del obligado; el vínculo legal y por último la proporcionalidad en su fijación.

Los requerimientos para poder establecer la asignación correspondiente a la pensión alimentista, está señalada en el Código Civil en el artículo 481° en donde se sustenta que el magistrado es quien reglamenta los alimentos de acuerdo a las necesidades de quien los solicita y a las posibilidades de quien los otorga; lo cual constituye que no es una necesaria condición investigar sobre el ingreso económico de las personas quien es la responsable de dar y brindar los alimentos.

Grosman (2004); manifiesta que para poder establecer los alimentos denominados provisorios se deben de considerar las condiciones del beneficiario de manera personal: ya que cuando se trata refiere a un menor de edad, la definición de necesidad es más amplio comprendiendo desde la materiales hasta las morales y culturales. Además es importante precisar que en materia de pensión alimenticia no existe cosa juzgada; ya que la configuración del monto puede disminuir o aumentar de acuerdo al incremento de las necesidades alimentistas y las posibilidades del que las presta. El obligado puede presentar la exoneración de la pretensión si esta restringe sus ingresos o si se pone en peligro su subsistencia o si de por medio se comprueba la desaparición en el alimentista del estado de necesidad.

Con relación al sueldo del obligado se precisa un monto del mismo en relación a un porcentaje, por lo cual no será necesario reajustar el monto; ni hacer un juicio para reajustar dicha asignación; ya que la asignación se reajustara automáticamente. Es necesario precisar que no existe un mínimo monto para que se pueda demandar por prestación alimentaria; pero si existe un monto ya que no debe de superar el 60% de los ingresos totales; esta situación está plenamente estipulada en el Código Procesal Civil; en el artículo 648°; inciso

seis; así mismo hay que tener presente que la pensión alimentaria genera intereses, esto en concordancia con lo establecido en el artículo 567°. Para concluir este proceso el secretario del juzgado tendrá a bien desarrollar la liquidación correspondiente a las pensiones adeudadas y con los intereses que le corresponden; tal como lo determina el artículo 568°.

Beltrán (2009) señala que la tenencia es una institución jurídica del derecho de familia, cuyo fin es el poder establecer la responsabilidad del padre que tendrá a cargo el resguardo y protección de los menores alimentistas siempre y cuando de por medio exista una separación. La tenencia constituye una característica de la patria potestad, la cual es ejercida cuando los padres conviven juntos, situación en la cual se ejercen los derechos y las responsabilidades que demandan la armonía del hogar; sin embargo cuando los progenitores no comparten el domicilio y a consecuencia de ello uno de los padres debe de vivir con el hijo o hijos; el magistrado señala legalmente la existencia de dos tipos de tenencias, cuyo objetivo es proteger el derecho de poder compartir con ambos padres por parte del niño en equidad de condiciones.

La Comisión de Justicia de Derechos Humanos (2006); considera que la tenencia es un trámite administrativo con validez jurídica cuyo objetivo es poder obtener el reconocimiento legal sobre el derecho de tenencia y custodia del menor hijo, tal acción procede frente a la separación de los padres, por tal razón uno de los padres deberá asumir tal efecto con la finalidad de poder resguardar físicamente la integridad del hijo.

Para Aguilar (2012) señala que la tenencia es un condición que se ejecuta en favor del derecho de los padres, cuya finalidad es resguardar la vivencia de los hijos, este derecho puede ser ejercido de acuerdo a ley en favor de uno de los padres, por lo cual se busca la protección y el cuidado del menor. En cambio la custodia constituye un deber sobre el cuidado de una persona, situación por la cual jurídicamente tenencia no es sinónimo de custodia; aunque estos dos términos si guardan un nivel de vinculación.

Tobías (2009); considera que la tenencia constituye una responsabilidad de tipo parental, que asumen los progenitores frente a los hijos menores de edad,

en atención al desarrollo integral de los mismos en caso se encuentren separados los padres. La tenencia no cancela la patria potestad de ambos padres; la tenencia procede cuando entre los padres medie una separación.

Cuculiza (2007), señala que las relaciones de tipo personal y contacto directo que debe de mantener un niño con sus padres constituyen un derecho, el cual se encuentra consignado en las leyes peruanas. Así como también en la normativa internacional como la Convención sobre los Derechos del Niño; en atención al principio del interés superior del niño.

La paternidad responsable, es señalada constitucionalmente en nuestro país y está contenida en el artículo sexto; en el cual se promueven el desarrollo del ejercicio de manera efectiva de los derechos y obligaciones con relación a la patria potestad, en donde señala que el derecho de los padres de vivir con los hijos, y a la vez el derecho de los hijos de convivir dentro de una familia, sea la condición que esta tenga: nuclear, monoparental, separada o reconstituida; teniendo como base un ambiente propicio para el desarrollo de los menores en todas sus dimensiones y atributos que se exijan para su bienestar de acuerdo y actuando bajo el principio del interés superior del niño.

Echavarría (2011), manifiesta en cuanto a la coparentabilidad como el factor por medio del cual ambos progenitores gestionan los conflictos buscando la adaptación a los cambios que se generan por el divorcio por el que atraviesa la pareja y los hijos. La coparentabilidad sólo es posible cuando los padres se han adecuado a los cambios que plantea el divorcio y han tomado conciencia sobre ello.

García (2011) por otra parte enfatiza que los cambios que demandan los nuevos tiempos exigen el compromiso de trabajo compartido por parte de los progenitores en cuanto a la atención de los hijos menores; estos cambios ayudan al desarrollo de los menores afianzan la estructura familiar y los cambios que se necesitan.

Vezzetti, (2012); manifiesta que la tenencia es una institución jurídica dependiente del derecho de familia, cuyo fin es poder fijar entre los progenitores

el responsable de la atención y bienestar de los menores de edad, siempre y cuando exista una separación de por medio.

Jurídicamente existen distintos tipos de tenencia: exclusiva, repartida, partida, biparental o conjunta; las cuales detallaremos a continuación, esbozando la importancia de su configuración de acuerdo a nuestro contexto jurídico nacional, en el cual se desarrolla únicamente la monoparental, llamada también exclusiva y la biparental o la denominada compartida.

Varsi (2011) define a la tenencia monoparental o la también llamada tenencia exclusiva, como la que ejerce un único progenitor, sustrayendo al otro (usualmente el padre) el desarrollo de la patria potestad por motivos escasamente justificados, como por ejemplo aducir la temprana edad del menor, el cual estará al cuidado y protección de manera exclusiva por parte de la madre, quien por razones de costumbre se considera que es el referente más propicio para poder desarrollar los cuidados que demanda un menor.

Considerando la teoría que han establecido los psicólogos quienes consideran que la tenencia monoparental debe residir de manera específica en uno de los padres: padre o madre, observando el tiempo de crianza y tomando las acciones correspondientes para poder desarrollar dicho encargo. Por lo cual lo que aquí se quiere establecer como prioridad es la configuración de un vínculo de necesidad biológica con priorización en la madre.

Rosales (2005); considera que los factores de riesgo de la monoparentabilidad, constituye el efecto de la disolución matrimonial o conyugal, situación que afecta la estabilidad emocional y psicológica en el menor, debido a la supresión de la figura materna o paterna, esta condición deberá ser revisada por equipo que otorga soporte psicológico en la unidad del ministerio público.

Steffen (2003); manifiesta que la tenencia monoparental, puede presentar algunas características que deberán trabajarse por parte de los responsables; en el caso de los menores; como por ejemplo el apego del progenitor conviviente con los hijos; el peligro que genera el encierro y aislamiento de los hijos; la prioridad de la función nutritiva que genera acciones emocionales y el exceso de rectitud, situación que podría generarse por la imposición de límites, causando

también perturbaciones en las personas. El autor también señala que el régimen de visitas surge debido a la tenencia monoparental, el cual es una normativa que afecta y lesiona a la familia, debido a es una instancia de carácter artificial que lesiona la normalidad de la convivencia del día a día, por la cual el padre se ve afectado al igual que el hijo en la forma de contacto, adaptándose los sentimientos y mutuas necesidades al contexto de una visita.

En el caso de la tenencia compartida; Pérez (2006) considera que ante la desintegración familiar, los hijos se ven afectados por la dinámica de la situación en donde los roles inicialmente estaban compartidos, los cuales serán reconfigurados de manera distinta ya que es el padre o la madre quien asumirá roles combinados ante la falta del otro progenitor. Por ello la tenencia compartida podrá ayudar a disminuir el impacto de la separación ya que se conservan las relaciones familiares y se propicia el bienestar y el desarrollo integral del menor. La tenencia compartida es definida como aquella situación jurídica en la que el menor habita con uno de los progenitores de manera exclusiva pero desarrolla una relación abierta y sin obstáculos con el otro de los progenitores que no se encuentra sujeto a un régimen de visitas; las decisiones, así como la autoridad y los hechos que pueden suscitarse son asumidos por ambos padres.

Placido (2002) señala que la tenencia compartida rompe los esquemas tradicionales, priorizando un rol más equitativo por parte de los progenitores frente a la protección de los menores de edad. Esta figura jurídica en la actualidad tiene una mayor demanda frente a los hechos de separación de los padres. La tendencia ideal debería ser esta figura jurídica, sin embargo, en el contexto real las parejas que se divorcian llegan a esta condición envueltos en una total lucha de poderes, en los cuales no hay puntos sobre los cuales puedan desarrollarse acuerdos y con especial énfasis en la cuidado de los hijos menores.

El desarrollo de la tenencia compartida determinaría que los hijos durante la semana compartan tiempo con la madre y con el padre de manera equitativa, así como también los períodos vacacionales; los gastos económicos que demanden la inversión en educación, vestimenta, actividades recreativas; sin embargo en el contexto de las leyes peruanas los tribunales han determinado que estas acciones son perjudiciales y atentan contra los intereses de los hijos,

a pesar que dentro del contexto europeo y los países del primer orden se prioriza la tenencia compartida para el desarrollo equilibrado del menor.

En el sistema jurídico peruano la tenencia es definida como la custodia de carácter físico del menor; y la patria potestad está referida a la autoridad o poder del padre o la madre para la realización de importantes decisiones en la vida del menor en cuanto a su desarrollo; ya que es la madre quien decidirá por él.

Placido (2002), señala que cuando el padre y la madre comparten el hogar y la convivencia, la patria potestad es desarrollada por ambos, pero cuando surge la separación, es el magistrado quien deberá determinar a quién otorga la tenencia. Sin embargo se precisa que nuestra legislación se a adecue a los nuevos modelos, con la finalidad de ampliar la visión y disminuir la desigualdad jurídica. Dentro de la condición de la tenencia compartida encontramos términos como: la coparentabilidad; que significa etimológicamente implicación a ambos progenitores.

Para Beltrán (2009) la tenencia compartida o llamada también tenencia legal conjunta; constituye una figura de carácter jurídico en la que los progenitores asumir compartir la responsabilidad, la autoridad y las decisiones con todo lo que se encuentre vinculado hacia el desarrollo y el bienestar del menor, priorizando sus necesidades. Así mismo el autor define también la denominada tenencia física conjunta la cual implica compartir el tiempo de residencia del menor entre los padres teniendo como base la equitatividad, porcentualmente podría quedarse en un 75% de tiempo con la madre y un 25% con el padre, situación implica que el progenitor pasaría todos los fines de semana con el menor.

Nuestro país aún atraviesa por diversos problemas de índole educativo y social, que son muy fuertes de superar, ya que los magistrados y aquellos que administran la justicia, ven a la mujer como la persona responsable directa del cuidado y crianza de los hijos, existe gran desconfianza que un sistema de tenencia compartida funcione, por tanto la mujer tiene aún el rol principal asociada a dicha responsabilidad.

Con respecto a todas las decisiones que puedan asumirse o desarrollarse habrá que considerar siempre el principio de interés superior del niño; sin embargo para este término al cual nos referenciamos múltiples veces, no existe una definición o conceptualización exacta; las normas jurídicas hablan de la protección del menor; incluso de la protección de los menos favorecidos, pero no existe una definición exacta y universal.

Correa (2015), nos brinda un acercamiento a la comprensión de dicho término al señalar que lo que se pretende es la protección del menor, así como también la defensa de sus intereses, es decir, el término interés implica un espacio material del contexto, tal como una condición de debilidad en relación a otras personas con las cuales convive o depende de ellas. el primer punto de análisis sobre el cual surgió este tema fue la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el cual es un convenio de base internacional suscrito por los países miembros de las Naciones Unidas; su validez jurídica implica todas las formas de los derechos humanos en los escenarios culturales, civiles, económicos, sociales y políticos.

El denominado interés superior del niño es una innovación en nuestro Código Civil, ya que es un principio sobre el cual el magistrado deberá trabajar en el desarrollo de la administración de la justicia que imparte; esto debido a que la Convención sobre la cual hemos referido en el párrafo anterior incide de forma reiterada, considerando que todas las decisiones que se asuman por parte de instituciones públicas o privadas dentro del bienestar social deben tener en cuenta el principio de interés superior del niño.

Por último cabe señalar que el modelo de tenencia compartida, es el modelo que se debe de priorizar en la actualidad dentro de las decisiones jurídicas de forma prioritaria, esta condición ayuda emocionalmente al menor a que el transito de una separación de pareja sea menos traumático ya que conservara la figura de ambos padres, tratando de generar las mismas condiciones de crianza y bienestar para el menor, evitando la angustia de la desintegración familiar y preocupación sobre el futuro de la condición familiar.

De acuerdo a estudios ya realizados en otros contextos por la APFS (2007), el modelo de tenencia compartida tiene como base el principio de interés superior del niño, sobre el cual se construirá el vínculo frecuente entre ambos padres; el tema del divorcio no debe de alejar a la familia debe de priorizar un modelo de coparentabilidad en el cual se dé la igual de derechos y responsabilidades de ambos progenitores; bajo este modelo el término custodia no guarda sentido, lo que debe de buscarse es la coparentalidad y la responsabilidad parental conjunta. De no darse las condiciones idóneas de tranquilidad y corresponsabilidad son las instituciones jurídicas quienes deberán fomentar la conciliación y el mutuo acuerdo.

La interrogante del estudio se expresa en los términos siguientes: ¿Existen fundamentos jurídicos para regular el derecho a los alimentos en la tenencia compartida a fin de salvaguardar el principio de interés superior del niño?

Investigación que se justifica desde una perspectiva teórica jurídica sustentada en el hecho que el ámbito al cual responde es el derecho procesal, por lo cual se deberán asumir acciones concretas, bajo esta perspectiva la tenencia será asignada a uno de los progenitores, sin embargo ambos conservan la patria potestad, esta característica les permitirá poder decidir sobre el bienestar del menor; así mismo lo que se recomienda es que el juez realice una evaluación objetiva de la situación presentada, deben de analizarse las condiciones del conflicto y las actitudes que se presentan en el mismo.

Por otro lado la investigación reviste especial importancia, debido al aspecto valorativo en poder presentar concepciones que orientan en poder desarrollar la base doctrinal y normativa de la ley, que debe de priorizar la protección integral del menor, teniendo como fundamento el principio de interés superior del niño; lo cual es muy importante mantenerlo siempre en cuenta en nuestra sociedad. Además el estudio proporciona un contexto de conocimientos para los estudiantes del campo del derecho, ya que la motivación, aporte e interés está orientado a contribuir en una concepción más amplia respecto a la figura jurídica de la tenencia y los derechos del niño y adolescente, lo cual establece un reflexión sobre los problemas que también deben de enfrentar los operadores del derecho.

La hipótesis del estudio pretende analizar la regulación jurídica del derecho alimentario en los casos que corresponden al ejercicio de la tenencia compartida de los niños permitirá no contravenir el principio de interés superior del niño, favoreciendo su desarrollo integral.

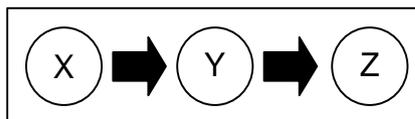
Por otro lado el objetivo general de la investigación intenta determinar los argumentos jurídicos para la regulación del derecho a los alimentos en la tenencia compartida desde la perspectiva del interés superior del niño. Así mismo los objetivos específicos, buscan analizar jurisprudencialmente a fin de precisar cuáles son los criterios que motivan el otorgar alimentos en la tenencia compartida; así como también examinar en el derecho comparado los criterios para otorgar alimentos sobre la tenencia compartida, además si han privilegiado el principio de interés superior del niño y la convención del niño y adolescente; y por último precisar los diferentes argumentos doctrinarios respecto a la tenencia compartida y contrastarlos con la regulación del interés superior de niño recogida en la Ley N° 30466 y su reglamento.

## II. MÉTODO

### 2.1. Tipo y diseño de investigación.

El tipo de investigación realizada es descriptiva; en términos de Carrasco (2009); las investigaciones descriptivas en el campo del derecho, constituyen un análisis muy exhaustivo a la doctrina que se aplica dentro de la conducción de los temas jurídicos; con la finalidad de poder asumir una postula que se enmarque dentro de la jurisprudencia a aplicar.

El diseño que se ha desarrollado es el denominado no experimental; de acuerdo con Carrasco (2009); los diseños no experimentales dentro del derecho son útiles para poder analizar y conocer las características, propiedades, cualidades y rasgos que presenta un fenómeno o hecho del contexto real dentro de un espacio de tiempo determinado. Su expresión gráfica es la siguiente:



En dónde:

X: muestra mediante la cual se adquiere información.

Y: información más relevante que adquirimos.

Z: conclusiones arribadas tras la investigación.

Domínguez (2015), considera que las investigaciones cuyo diseño son no experimentales conducen a la observación de los fenómenos tal como se presentan dentro de su contexto natural, en donde se realiza el análisis respectivo.

### 2.2. Variables, operacionalización.

Variable Independiente: Regulación de derecho alimentario. El Código de los Niños y Adolescentes, por medio del artículo 92º determina que: se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y

recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.”

Variable Dependiente: Tenencia compartida. Se define como aquella en donde el menor habita de forma exclusiva con uno de sus progenitores; sin embargo tiene una relación establecida con el otro; sin obstáculos que puedan generarse por el régimen de visitas. El derecho de decisión, la autoridad y la autoridad respecto a todas las situaciones importantes que afecten al niño, son compartidos por los padres

Tabla 1. Operacionalización de las variables.

<b>VARIABLES</b>	<b>DIMENSIONES – INDICADORES</b>	<b>TÉCNICA</b>
<b>V.I. Regulación del derecho alimentario</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Vacíos legales.</li> <li>– Factores que deben tenerse en cuenta por parte de los operadores del derecho.</li> <li>– Variabilidad de los casos</li> <li>– Nivel de doctrina de los operadores del derecho.</li> <li>– Análisis y evaluación de casos.</li> </ul>	Encuesta
<b>V.D. Tenencia compartida</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Familias separadas.</li> <li>– Acuerdos</li> <li>– Procesos paulatinos.</li> <li>– Patria potestad compartida</li> <li>– Coparentabilidad</li> </ul>	Encuesta

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

### 2.3. Población y muestra.

La población con la cual se trabajó en la presente investigación son los profesionales del campo del derecho, que laboran en la región Piura; practicando el ejercicio de su profesión de manera pública o privada; sin distinción de género. La muestra está constituida por cincuenta abogados a los cuales se les ha

aplicado los instrumentos diseñados en la presente investigación, los cuales se han procesado estadísticamente.

#### **2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.**

Bernal (2010), considera que dentro de la metodología de la investigación científica existe una gran amplitud de técnicas de investigación a utilizar al igual que una amplia gama de instrumentos de recolección de datos, los cuales se pueden utilizar para el desarrollo de un estudio, ya que la meta a alcanzar es el cumplimiento de los objetivos que se trazaron en el desarrollo del mismo. Así mismo se debe de señalar que de acuerdo al tipo de investigación que se aborda se eligen los métodos así como también las técnicas, ya que estas últimas se encuentran en relación al método.

Las técnicas de recolección de datos que se aplicaron fueron la entrevista, la encuesta y la observación. Monje (2011), define cada una de ellas en los siguientes términos: con relación a la entrevista es un método el cual ha sido diseñado para poder obtener respuestas de tipo verbal frente a situaciones directas, también puede realizarse por medio del teléfono, sus componentes determinan la existencia de un entrevistador y un entrevistado. La encuesta es otra de las técnicas de investigación utilizada para poder estudiar cualquier tipo de característica o hecho que los sujetos puedan dar a conocer o informar. Por último la información, cuya finalidad es poder alcanzar una comprensión del comportamiento sobre las experiencias de las personas que se desarrollan en su medio natural o real.

Bernal (2010), define el análisis documental como una de la técnicas fundamentales para poder recoger la información de carácter bibliográfico, cuyo propósito es poder analizar el material impreso; información que es utilizada para poder armar la estructura del marco teórico; las investigaciones de calidad requieren de un estudio profundo de la variables que intervienen en la investigación.

Así mismo por otro lado los instrumentos de recolección de datos, fueron diseñados por la autora de investigación bajo los lineamientos del procedimiento de la operacionalización de las variables teniendo en cuenta las dimensiones que las componen los indicadores que se desean evaluar, los cuales fueron aplicados a los operadores del derecho.

Con respecto a la validez y confiabilidad de los instrumentos diseñados, se han tenido en cuenta las pautas que exigen el desarrollo de este tipo de trabajo académico, se han consultado con especialistas quienes nos han proporcionado su punto de vista y han realizado las correcciones respectivas, terminando este proceso en la aprobación de la ficha de valoración de la confiabilidad y validez respectiva.

## **2.5. Métodos de análisis de datos.**

Cisterna (2005) considera que uno de los métodos que mayor aporte genera en los trabajos desarrollados en el campo del derecho es el método hermenéutico, el cual es una mezcla de la acción con la dialéctica, que se aplica a la información que se recopila por medio de los instrumentos diseñados para tal fin; los cuales son examinados por este método que constituye la esencia del desarrollo de la investigación.

Cisterna (2005) plantea que deben de desarrollarse tres pasos para hacer un uso eficiente del método; el primero se refiere a la selección de la información, lo cual debe permitir señalar lo útil de lo inútil; analizando las fuentes dentro del contexto en el cual se desarrolla el objeto de nuestro estudio; segundo se debe plantear una sistematización de la información que nos permita entender y comprender el problema que nos encontramos analizando y tercero la información teórica será contrastada con el contexto real que nos proporcionan los instrumentos para que a luz de la teoría interpretemos los resultados buscando la explicación al contexto en el cual se enmarca.

## **2.6. Aspectos éticos.**

Los criterios éticos; los cuales se han utilizado son: el conocimiento y asentimiento: cuya característica fundamental es que al sujeto participante se le

informe sobre todo el proceso a desarrollar, considerando los ítems y criterios aplicados en el desarrollo de la investigación, para que se configure este hecho los sujetos participantes deberán asentar su firma en una hoja previamente redactada que recibe el nombre de consentimiento informado; la cual jurídicamente también nos permite respaldarnos contra alguna posible demanda. Por último el denominado riesgo, en esta investigación el riesgo se ha realizado en base al análisis del contexto real en donde no se precisa ningún tipo de intervención del participante, por lo cual no existe riesgo; cabe señalar por último que de alguna si se suscitase algún daño físico tras el desarrollo esta investigación.

### III. RESULTADOS

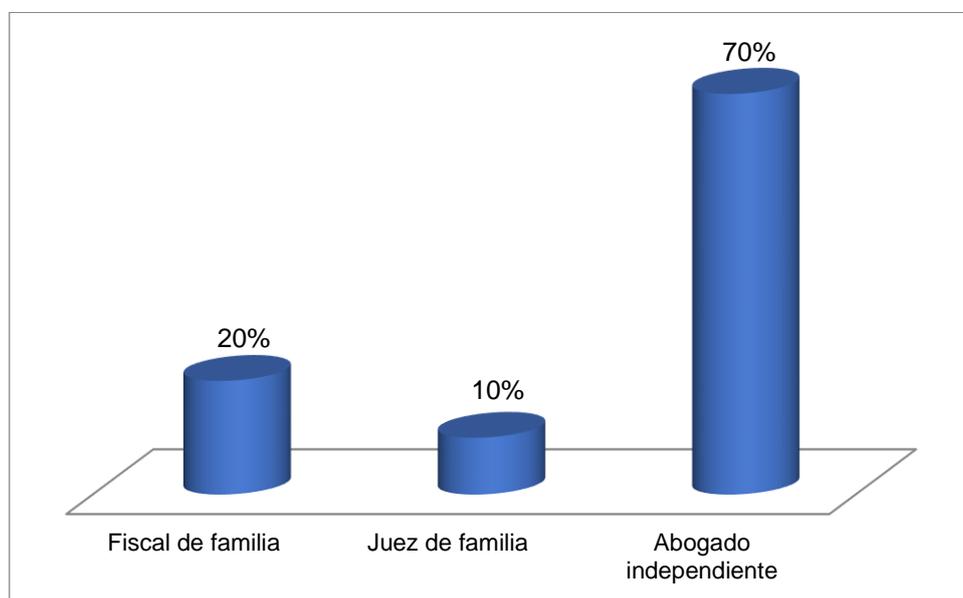
Una de las primeras interrogantes formuladas fue el rubro donde se encontraban desarrollando su ejercicio profesional resultando lo siguiente: el 20% de quienes contestaron a este instrumento fueron fiscales; un 10% jueces de familia y el 70% abogados independientes; tal como se muestra en el siguiente cuadro y gráfica. Esta situación que se describe sólo amerita la información de quienes participaron en la ejecución de este trabajo de campo.

Tabla 2. Ocupación de los operadores del derecho

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Fiscal de familia	8	20%
Juez de familia	4	10%
Abogado independiente	28	70%
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Gráfico 1. Ocupación de los operadores del derecho



Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas

Una segunda interrogante fue en relación a la experiencia profesional que ejercen en relación a la práctica de su profesión, resultando lo siguiente: un 30% declara tener entre 1 a 5 años; un 25% de 6 a 10 años; el 20% de 11 a 15 años;

un 15% de 16 a 20 años y el 10% restante de 21 a 25 años; tal como se muestra a continuación en el cuadro y gráfica correspondiente.

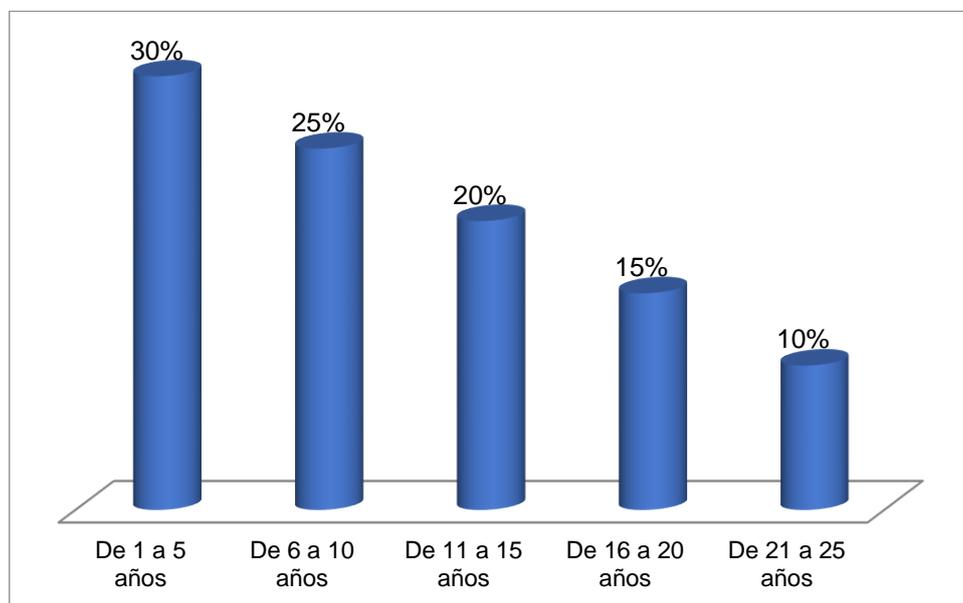
Al respecto se puede apreciar que más de un 50% en conjunto de los profesionales encuestados, tienen menos de 10 años de ejercicio profesional; lo cual implica por un lado una experiencia aun corta en relación a los casos que puedan haber desarrollado dentro de su práctica laboral; aunque esto sea sólo un referente.

Tabla 3. Experiencia profesional en años

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De 1 a 5 años	12	30%
De 6 a 10 años	10	25%
De 11 a 15 años	8	20%
De 16 a 20 años	6	15%
De 21 a 25 años	4	10%
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Gráfica 2. Experiencia profesional en años.



Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Otra de las preguntas formuladas fue: ¿está de acuerdo en que ambos padres sean los aportantes de los alimentos de los menores en caso de

separación (50% cada uno), habiéndose declarado tenencia compartida? Los resultados nos muestran que el 60% de los encuestados consideran que si el costo debe de ser asumido en un 50% por ambos padres; un 25% considera que no; y el 15% restante no sabe ni opina; tal como se muestra a continuación en el cuadro y gráfica correspondiente.

Realmente hay que tener en claro que no se encuentra determinado un punto normativo que señale expresamente un monto de la asignación económica bajo una tenencia compartida sin embargo es de responsabilidad del padre quien deberá proveer la subsistencia, la cual puede ser fijada hasta en un 60% de los ingresos del padre; monto administrado por la madre de forma directa, quien será la responsable de distribuir los gastos de manutención del menor. Al establecerse la tenencia compartida debe de plantearse como ser abordados los gastos por ambos padres. La Ley N° 29269; Ley que modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la tenencia compartida; en ninguno de estos artículos se especifica la acción económica compartida; ya que esto deberá ser conciliado entre los padres bajo la supervisión del juez.

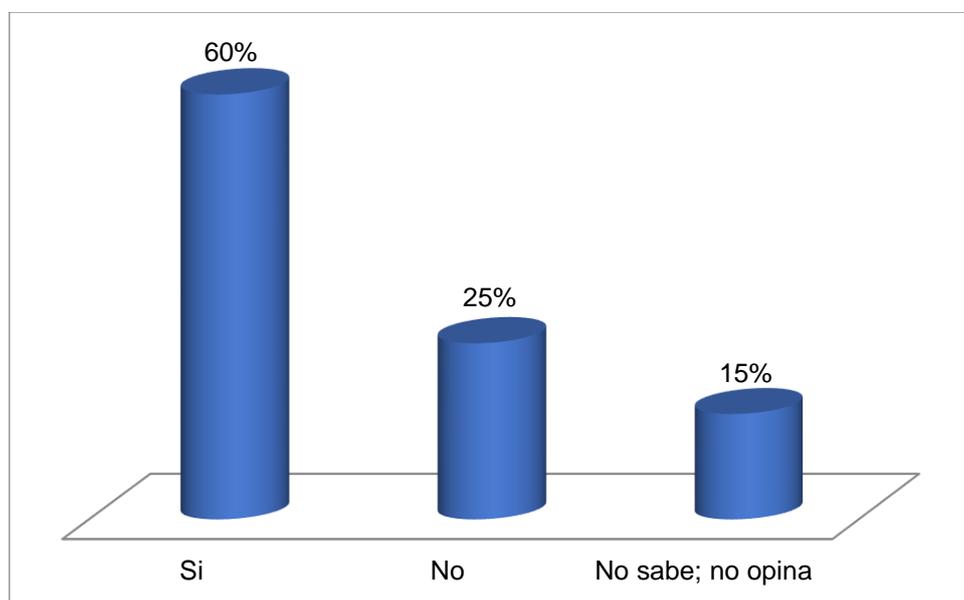
La legislación nacional contempla la tenencia compartida, sin embargo deja a criterio del juez su aplicabilidad, sin embargo si podemos precisar que con respecto a esto existe una controversia ya que muchos juristas se encuentran a favor y también otros se muestran en contra argumentando que este tipo de tenencia genera inestabilidad emocional en los hijos; contrariamente a quienes están de acuerdo y señalan lo contrario. Es necesario por tanto regular de manera más específica los criterios bajo los cuales al darse la tenencia compartida como se va a proceder entorno a los gastos de alimentación del menor o menores. Por otro lado se necesita de la conformidad de ambos padres para poder aplicar este criterio jurídico cada vez que se enfrente el divorcio.

Tabla 4. ¿Esta de acuerdo en que ambos padres sean los aportantes de los alimentos de los menores en caso de separación (50% cada uno), habiéndose declarado tenencia compartida'

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	24	60%
No	10	25%
No sabe; no opina	6	15%
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Gráfico 3. ¿Esta de acuerdo en que ambos padres sean los aportantes de los alimentos de los menores en caso de separación (50% cada uno), habiéndose declarado tenencia compartida?



Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Así mismo se preguntó también si: ¿considera que la tenencia compartida generaría un entorno de crecimiento más equilibrado y emocional para los menores? Un 80% de los encuestados considera que esta de acuerdo ante la premisa formulada; un 10% manifiesta que no y el 10% restante responde no saber no opinar al respecto; tal como se muestra a continuación en el cuadro y gráfico correspondiente.

La experiencia ha demostrado que en un proceso de tenencia de los menores, es frecuente el otorgamiento a la madre; más aun teniendo en cuenta si el hijo o los hijos son pequeños. Algunas de las razones a favor recalcan en que es la persona más idónea para encargarse de la crianza de los hijos, ya que les prodiga ternura, amor y protección; así mismo es el padre quien provee al

hogar los recursos económicos necesarios para su subsistencia, debiendo para ello ausentarse para ir a su centro laboral. Sin embargo, podemos citar posiciones que sostienen que la tenencia compartida, es un híbrido, una situación tal, que deja al hijo o hijos, sin un hogar fijo, o que los cosifica, sin tener presente que los niños necesitan de un lugar estable donde vivir y desarrollarse y, a su vez, de un código coherente bajo el cual desenvolverse; vale decir, reglas claras y uniformes que los guíen y conduzcan.

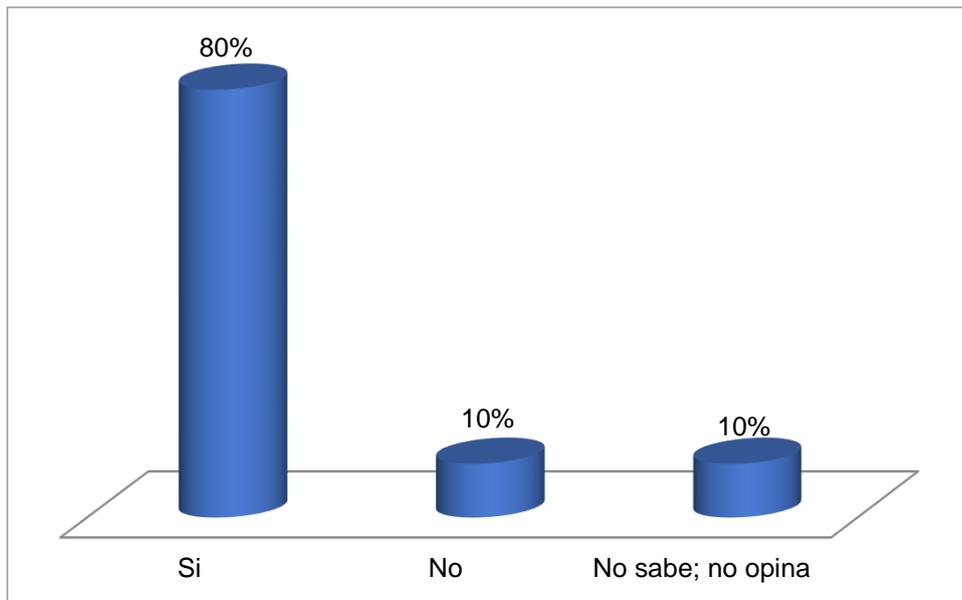
La tenencia compartida se encuentra sustentada en la igualdad de derechos que debe existir entre ambos padres, y principalmente, en el Principio del Interés Superior del Niño, toda vez que este tiene el derecho de disfrutar del amor y cuidado de sus dos progenitores, por lo tanto esta nueva institución trae consigo ventajas comparativas respecto al carácter mono parental que solo se encontraba vigente en nuestro ordenamiento antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29269, el cual implica que solo uno de los progenitores debe gozar de la tenencia del menor, fijándose un régimen de visitas para el otro, lo cual no siempre resulta lo más beneficioso para el menor involucrado en un proceso de tenencia.

Tabla 5. ¿Considera que la tenencia compartida generaría un entorno de crecimiento más equilibrado y emocional para los menores??

<b>RESPUESTAS</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
Si	32	80%
No	4	10%
No sabe; no opina	4	10%
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Gráfico 4. ¿Ejercer el derecho de la tenencia compartida favorece el orden jurídico y normativo respecto a la patria potestad?



Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas

Otra de las interrogantes fue: ¿cómo considera que deben de ser aportados los gastos de alimentos en caso de ejercerse la tenencia compartida? Resultando lo siguiente: de acuerdo a las respuestas de los operadores del derecho tenemos que el 55% considera que tanto el padre como la madre deben de aportar en un 50% cada uno de ellos; para un 25% considera que el padre debe de aportar un 75% y la madre un 25%; por último el 20% restante señala que es el juez quien debe de determinar esta situación; tal como se muestra a continuación en el cuadro y gráfico correspondiente.

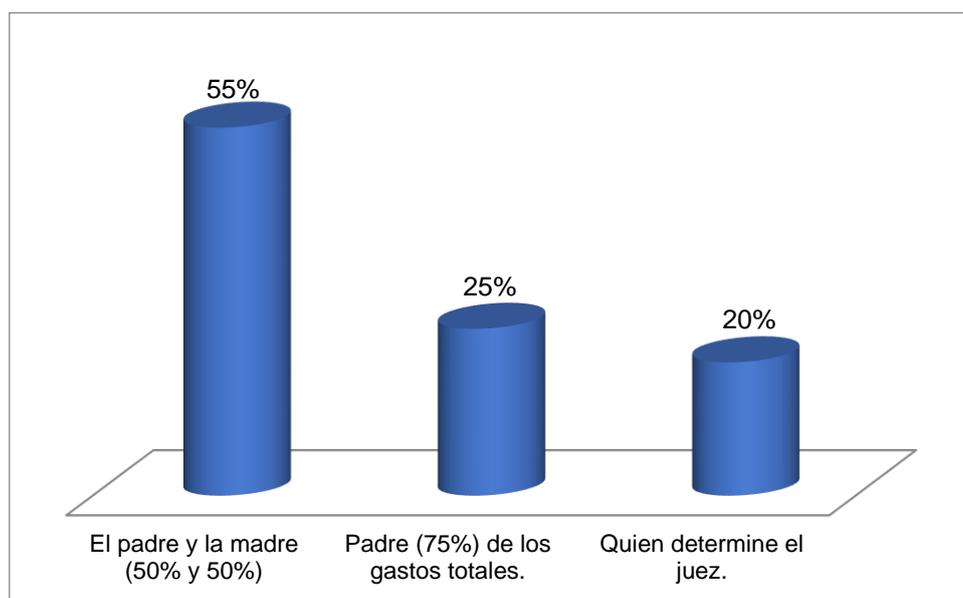
Esta situación que se describe como parte de las respuestas a esta interrogante; destaca que es el padre quien debe de aportar respecto a la alimentación y manutención del hijo menor tal como se establece en el Código Civil; sobre el recae esta responsabilidad; el caso de la tenencia está referida al hecho de la convivencia que debe darse entre ambos padres; si esta no llegase a un acuerdo entre los padres es el juez quien deberá determinar la acción; teniendo en cuenta que la tenencia deberá darse también en términos de resguardar el equilibrio del desarrollo emocional del menor.

Tabla 6. ¿Cómo considera que deben de ser aportados los gastos de alimentos en caso de ejercerse la tenencia compartida?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
El padre y la madre (50% y 50%)	22	55%
Padre (75%) de los gastos totales.	10	25%
Quien determine el juez.	8	20%
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Gráfico 5. ¿Cómo considera que deben de ser aportados los gastos de alimentos en caso de ejercerse la tenencia compartida?



Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

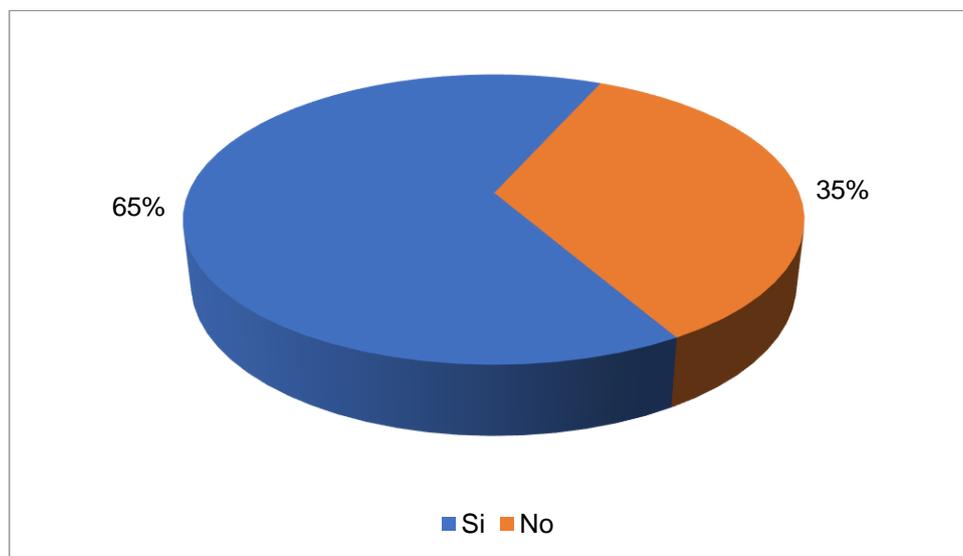
Así mismo se preguntó también ¿considera que la tenencia compartida es la mejor solución frente a la disolución de la familia en beneficio de los niños o adolescentes? Resultando que el 65% de los encuestados considera que si; mientras que el 35% restante considera lo contrario; tal como se muestra a continuación en el cuadro y grafico correspondiente.

Tabla 7. ¿Considera que la tenencia compartida es la mejor solución frente a la disolución de la familia en beneficio de los niños o adolescentes?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	26	65%
No	14	35%
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Gráfico 6. ¿Considera que la tenencia compartida es la mejor solución frente a la disolución de la familia en beneficio de los niños o adolescentes?



Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Otra de las preguntas fue: ¿considera que es necesario que los padres acuerden de manera pacífica y alturada la forma y manera como se afrontaran los gastos y que estos sean asumidos en común acuerdo? El 75% de los encuestados consideran que sí; mientras que el restante 25% opina lo contrario y consideran que es la autoridad quien debe de impartir los acuerdos para que estos se cumplan de forma más eficaz.

De acuerdo a lo señalado son los padres quienes tienen que ponerse de acuerdo para poder establecer un punto de concordancia, en base al cual deben de negociar posibilitando que el mayor beneficiado de estas acciones sea el menor en función de las decisiones que se tomen. Ya que si el juez encuentra una actitud de apertura en la ex pareja podrá determinar la tenencia compartida, en caso contrario determinara principalmente la tenencia de la madre por encima del padre; salvo acciones que demuestren lo contrario.

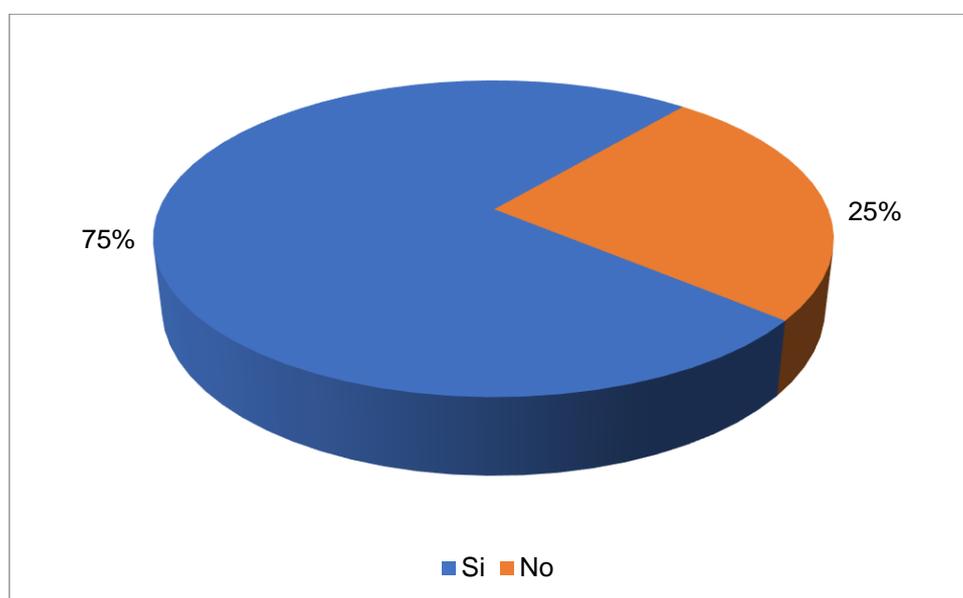
Hay que tener en cuenta que por medio de esta modificatoria del artículo 81°; el juez podrá disponer sobre la tenencia compartida, tal como se precisa en su segundo párrafo, protegiendo el interés superior del niño, niña o adolescente. Así mismo en el artículo 84°, el juez podrá otorgar la tenencia a uno de los progenitores que garantice mejor la tenencia del niño o niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

Tabla 8. ¿Considera que es necesario que los padres acuerden de manera pacífica y autoritaria la forma y manera como se afrontaran los gastos y que estos sean asumidos en común acuerdo?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	30	75%
No	10	25%
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Gráfico 7. ¿Considera que es necesario que los padres acuerden de manera pacífica y autoritaria la forma y manera como se afrontaran los gastos y que estos sean asumidos en común acuerdo?



Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

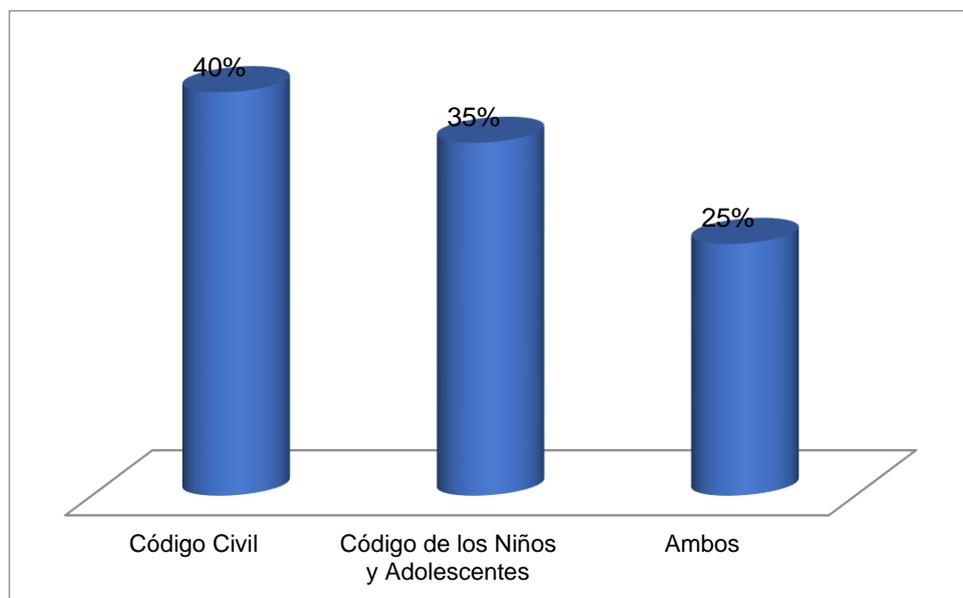
Frente a la pregunta: ¿dónde se debe incorporar los criterios para fijar alimentos? El 40% considera que debe de estar especificado en el Código Civil, ya que de esta manera se evitaran posibles interpretaciones distintas; así mismo un 35% piensa que debe de estar especificado en el Código de los Niños y Adolescentes; y el 25% restante considera que debe de estar reglamentado en ambos Códigos para no caer en contradicciones; como en algunos casos sucede.

Tabla 9. ¿Dónde se debe incorporar los criterios para fijar alimentos?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Código Civil	16	40%
Código de los Niños y Adolescentes	14	35%
Ambos	10	25%
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Gráfica 8. ¿Dónde se debe incorporar los criterios para fijar alimentos?



Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

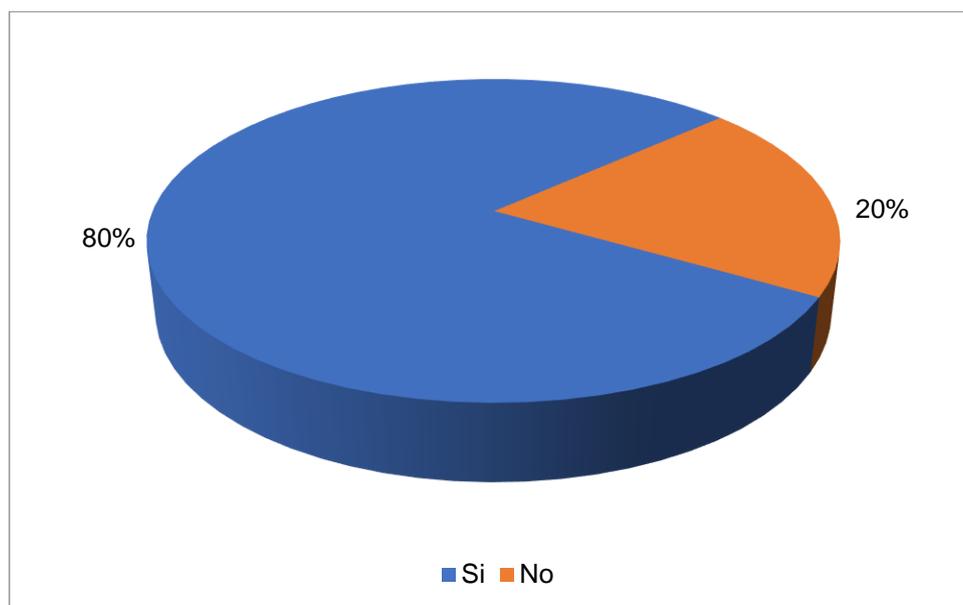
Otra de las interrogantes fue: ¿conoce el contenido del Interés Superior del Niño? Un 80% considera que si conoce sobre el contenido de la norma; mientras que un 20% considera que no conoce al detalla dicha norma; esto debido al hecho que no se encuentran litigando sobre este rubro del derecho

Tabla 10. ¿Conoce el contenido del Interés Superior del Niño?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	32	80%
No	8	20%
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Gráfica 9. ¿Conoce el contenido del Interés Superior del Niño?



Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Por último se preguntó: ¿en caso que no se lograra el común acuerdo de los gastos de alimentos es el juez quien deberá imponer dichos gastos y como deberán ser afrontados? Resultando que el 85% de los encuestados está de acuerdo con lo que se manifiesta en la premisa; y el 15% considera lo contrario; tal como se muestra en el cuadro y gráfico correspondiente.

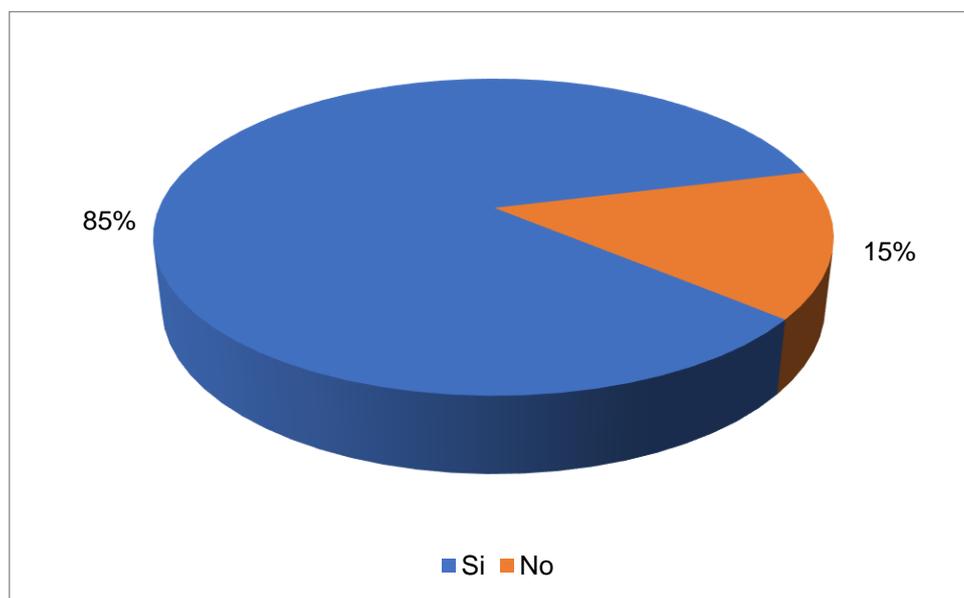
La situación que se detalla es una situación límite ya que para poder pedir la figura jurídica de la tenencia compartida, se necesita demostrar la actitud positiva de la ex pareja para poder llegar a ese acuerdo; la mayoría de parejas termina el vínculo en malas condiciones, inclusive presentando denuncias de agresión o violencia, cuando sucede estas condiciones la decisión del juez es hacer prevalecer el principio de interés superior del niño.

Tabla 11. ¿En caso que no se lograra el común acuerdo de los gastos de alimentos es el juez quien deberá imponer dichos gastos y como deberán ser afrontados?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	34	85%
No	6	15%
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

Gráfico 10. ¿En caso que no se lograra el común acuerdo de los gastos de alimentos es el juez quien deberá imponer dichos gastos y como deberán ser afrontados?



Fuente: Elaborado por Sheylla Margot Ayala Huancas.

#### IV. DISCUSIÓN

En el siguiente capítulo se presenta la discusión de cada uno de los objetivos específicos, los cuales son analizados en el contexto que demanda el estudio.

##### **Objetivo específico 1. Analizar jurisprudencialmente a fin de precisar cuáles son los criterios que motivan el otorgar alimentos en la tenencia compartida.**

Aguilar (2009); considera que la tenencia se debe entender como la relación convivencial de los progenitores con sus menores hijos; vínculo que es el origen del resto de derechos así como el cumplimiento de sus obligaciones, es decir el desarrollo de la vida común a todos los miembros que integran la familia; lo cual se interpreta convivir dentro de una misma habitación. Esta convivencia entre los progenitores y los menores de edad sirven como fundamento para que opere la patria potestad; ya que si no ejerce la tenencia uno de los padres como se podría desarrollar el proceso educativo del menor, por quien estaría dada su representación legal, o como se ejercería una moderada corrección; estos son algunas de las características que presenta la patria potestad.

El término compartir tiene el significado de repartir, de dividir una cosa con otro; es así que podemos compartir una cantidad con otra persona, fragmentar el tiempo de convivencia entre los padres; tal como se encuentra establecido en la Declaración de Langeac – Francia (1999), la que señala que si los padres no pueden ponerse de acuerdo en relación al tiempo de permanencia con cada uno de los padres esta decisión la tomara el juez por ellos.

En nuestro país por medio de la Ley N° 29269 (2008); se modificó el Código de Niños y Adolescentes en sus artículos 81° y 84°; el primero otorga facultades al Juez para poder disponer de manera efectiva la tenencia compartida; y el segundo otorga al Juez la libertad de actuar para priorizar la tenencia o custodia al padre que mejor garantías brinde al menor a mantener en vinculación con el otro progenitor.

Aguilar (2009); pone de manifiesta que las autoridades no tienen la potestad de decisión respecto al tiempo de manera específica, para que el menor permanezca con cada uno de los padres; su función radica en el hecho de manifestar que el tiempo deberá distribuirse 50% a 50% cada uno de los padres en caso de que se tenga que compartir la tenencia. Las reglas que determinan la tenencia compartida radican en el reconocimiento del derecho a ambos padres del rol sumamente importante que desempeñan en el crecimiento integral del menor, en su formación como una persona de bien para la sociedad y para el mismo.

Por último se hace necesario reconocer la importancia de ambos padres que tienen en la formación, crianza y desarrollo de los menores, muy a pesar de los procesos y acuerdos a los que se arriben en el juzgado; incluso la autoridad judicial reconoce tal papel; sin embargo siempre existe la posibilidad de poder llegar a acuerdos que favorezcan a ambas partes y sobre todo se debe tener en cuenta el principio de interés superior del niño y del adolescente; dichos acuerdos deberán ser evaluados por el juez, ya que como se ha mencionado el principal favorecido debe ser el menor de edad.

**Objetivo específico 2. Examinar en el derecho comparado los criterios para otorgar alimentos sobre la tenencia compartida, además si han privilegiado el principio de interés superior del niño y la convención del niño y adolescente.**

La normatividad Argentina; señala en su Código Civil de forma específica en el artículo 206° que: que habiendo sufrido el hecho de separación de los cónyuges se deberá fijar de manera libre la residencia o domicilio de cada uno de ellos; sin embargo de haber hijos a estos deberá aplicarse las normativas concernientes a la patria potestad. Los niños menores de cinco años estarán bajo la protección de la madre, salvo que existan causas graves que contravengan tal disposición y que afecten al menor. Los mayores de cinco años, estarán a cargo de lo que el juez disponga considerando al padre más idóneo para tal fin. Así mismo los padres estarán bajo la obligación de cumplir con sus obligaciones que demandan la crianza y manutención de los menores.

Cabe señalar que en la República Argentina existe una tendencia en asignar la tenencia compartida a los padres que están en trámite de divorcio. En Colombia la tenencia compartida no se encuentra regulada mediante ley, sin embargo si está protegida la decisión que determine el Juez ya que su fundamento tiene su origen en el principio del interés superior del niño. Por otro lado en México la reforma del Código Civil en el 2004; generó la incorporación de la tenencia compartida dentro de su ordenamiento, situación que busca incorporarse a las nuevas tendencias en el derecho de familia que se vienen aplicando en el mundo, sobre todo en los países europeos y Norteamérica; sin embargo en la normatividad mexicana incorpora una acción nueva no desarrollada antes, la cual consiste en ceder la tenencia a una persona de común acuerdo para los padres, para que se encargue del cuidado y desarrollo del menor.

### **Objetivo específico 3. Precisar los diferentes argumentos doctrinarios respecto a la tenencia compartida y contrastarlos con la regulación del interés superior de niño recogida en la Ley N° 30466 y su reglamento**

En el Perú se encuentra normada la tenencia compartida, dejando al Juez de acuerdo a su criterio su aplicación; lo que se asemeja a lo que establece el Código Civil de Argentina y México. Estudiosos en la materia vierten opiniones a favor de la tenencia compartida quienes asumen que es la mejor decisión para la adecuada protección, cuidado y crianza de los menores. Por otro lado, hay expertos que vierten opinión en contra de la tenencia compartida quienes concuerdan que dicha figura jurídica conlleva a una inestabilidad en los menores, nada favorable para el desarrollo de su bienestar. Asimismo, hay países que no tienen regulado en su normatividad jurídica la tenencia compartida, pues en la práctica la admiten por su judicatura, ya que no se encuentra expresamente prohibida.

Los criterios que deben considerar los especialistas del derecho para aplicar a la tenencia compartida se basa en la aplicabilidad de dos principios, que son: el principio de corresponsabilidad parental y el principio de coparentabilidad o también llamado de coparentalidad.

Betelu, (s.f.) señala que el principio de corresponsabilidad parental, se basa

en la distribución equitativa de los deberes y derechos que deberán ejercer los padres frente a sus menores hijos. Combina la igualdad entre hombre y mujer en su cualidad de padre o madre y sobre todo el derecho del niño, en su interés, a ser criado por sus dos padres, vivan o no bajo en la misma casa. A su vez es reconocido en la Convención Internacional en cuanto a los Derechos del Niño como un derecho humano de los niños y adolescentes, específicamente en su artículo 18, al estipular que: los Estados Partes harán el mejor esfuerzo en respaldar el reconocimiento del principio en el que los progenitores en cuanto a la crianza y desarrollo del menor les compete las mismas obligaciones.

Para Betelu, (s.f.); el principio de corresponsabilidad parental tiene similitud con el principio del interés superior del niño, puesto que lo que se quiere es que ambos progenitores asuman en igualdad de condiciones el desarrollo íntegro del niño, niña o adolescente. Es por ello que los progenitores para que puedan ocuparse del cuidado de sus hijos, deberán manejar una óptima relación, la cual debe ser cordial, amable y plena. Es así como a través de este principio los padres asumirán del cuidado de sus hijos, para lo cual deben mantener una adecuada relación paterno filiar de tal forma que cumplan con sus obligaciones y derechos de igual forma, para que sus hijos alcancen un desarrollo íntegro.

De acuerdo con Tamayo Haya, la coparentabilidad es un concepto dual que abarca, no solo lo concerniente a que el niño tenga el derecho a ser educado por ambos padres, sino a llevar una relación estable con sus progenitores, es así como lo que se busca es que perduren la continuidad de los vínculos entre el niño y sus padres, para ello deben ambos progenitores tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la separación.

La coparentabilidad genera la ayuda mutua entre los padres, que se hará posible cuando ambos hayan asimilado la separación de hecho o divorcio y reconozcan su rol como padres. Betelu, (s.f.) este principio, la tenencia compartida se puede atribuir a cualquier tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva. Con lo que le resta importancia a la presencia o no de un vínculo matrimonial, debido a que la responsabilidad parental se origina en otro hecho: en vínculo filial. Según el principio de coparentabilidad, debe reinar una buena relación entre los progenitores, con la

finalidad que el niño, niña y adolescente alcance su desarrollo integral, asumiendo con responsabilidad sus deberes y derechos, teniendo en cuenta que lo primordial es el vínculo filial que los acerca con sus hijos.

## V. CONCLUSIONES

1. Después de analizar las normas jurídicas que tratan de regular el derecho alimentario en lo referente al ejercicio de la tenencia compartida de niñas, niños y adolescentes para proteger el principio de interés superior del niño; podemos encontrar que si bien se afirma que hay una ley que ampara la tenencia compartida; en donde el padre es el encargado de suministrar de los alimentos al menor de edad frente a una separación; sin embargo la tenencia compartida se genera sólo para que se mantenga un equilibrio emocional por la presencia de ambos padres, en consecuencia para que se desarrolle de manera efectiva debe haber un mutuo acuerdo entre los progenitores, en donde el Juzgador observe el equilibrio emocional de los progenitores.
2. Del análisis jurisprudencial con la finalidad de establecer los puntos que conllevan a dar los alimentos en la tenencia compartida respaldando el principio de interés superior del niño, se fundamenta en una institución que contempla el Derecho de Familia; por lo que busca asegurar en la familia su integridad, al mantener a los hijos en una convivencia con ambos progenitores; figura jurídica que tiene su origen ante la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, cuando no conviven los progenitores; en consecuencia lo que se quiere es fortalecer el vínculo paterno filial, para que la patria potestad no se pierda por la separación de los progenitores.
3. En el derecho comparado se ha logrado examinar los puntos que se deben considerar para el otorgamiento del derecho alimentario frente a una tenencia compartida, en salvaguarda del principio del interés superior del niño, se observa que en distintas legislaciones de Latinoamérica presentan una característica primordial de la tenencia compartida, la cual se fundamenta en que los progenitores asumirán en igual condiciones las obligaciones, responsabilidades y derechos con sus hijos, con la finalidad que el niño, niña o adolescente logre un pleno desarrollo en todos los aspectos de su vida..
4. Por último, se han establecido los principios que deben tener en cuenta los operadores del derecho para aplicar dentro de una tenencia compartida los alimentos, sin trasgredir el principio del interés superior del niño, teniendo en cuenta la colaboración de ambos padres en igualdad de condiciones, para

que los hijos puedan gozar de la habitual convivencia en determinados periodos con cada uno de sus progenitores; asumiendo que es la mejor forma para que los hijos asimilen la separación de sus padres, enriqueciendo al menor en su mundo social, afectivo y familiar, lo que también le permite a ambos padres una comprensión mutua en lo concerniente a sus hijos; compartiendo la carga entre ellos y obligándose a coordinar mutuamente sobre su educación y el integro desarrollo del menor; con ello se busca que los hijos no padezcan del síndrome de alienación monoparental; así mismo si los progenitores trabajan, tendrán que asumir la manutención durante el periodo de convivencia con sus hijos, cooperando cada uno de los progenitores en cuanto a los gastos ordinarios y extraordinarios de acuerdo a sus posibilidades; por último conllevará a que se integren equitativamente con los familiares de cada uno de los padres en líneas rectas y colaterales.

## VI. RECOMENDACIONES

1. Desarrollar un proyecto legislativo como planteamiento efectivo, con el fin de poder respaldar en las conciliaciones extrajudiciales en lo concerniente a tenencia compartida el interés superior del niño, ejecutando criterios y propuestas donde se especifiquen las acciones y procedimientos que se deben seguir.
2. Dentro de la familia los miembros integrantes deben generar mejoras en cuanto al proceso comunicativo e incluso de ser necesario buscar ayuda con un experto, como un psicólogo, teniendo como único fin el de mejorar dicho proceso entre los integrantes de una familia, para que se evite la desunión familiar y fortalecer los vínculos afectivos. Ante la separación o divorcio de los progenitores, es recomendable con el objetivo que las relaciones paterno filial se mantengan con sus hijos, la ayuda de un experto, de tal forma que no se vea afectada la relación con sus hijos frente a la ruptura.
3. Es así que también se recomienda que el fuero nacional siga alienado con los convenios internacionales que ha suscrito nuestro país en cuanto a lo relacionado con temas al interés superior del niño con el fin de respaldar el íntegro desarrollo mental y social de las niñas, niños y adolescentes.
4. Por último, se sugiere que, la persona que lleve a cabo la conciliación tenga un mínimo de conocimientos en cuanto a temas de familia dentro de los centros de conciliación, especializaciones no menor de cuatro meses; a su vez debe ser desarrollada dicha conciliación por un equipo multidisciplinario que contribuya a la evaluación de la familia, para que analicen adecuadamente si es que ambos progenitores se encuentran en condiciones de conciliar sobre una tenencia compartida y otros puntos concernientes a temas con la familia.

## REFERENCIAS

- Aguila, G., y Capcha, E. (2007). El ABC del Derecho Civil. Lima: San Marcos.
- Aguilar, B. (2012). ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? Diálogo con la Jurisprudencia N° 164, 28.
- Aguilar, B. (2012). ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? Diálogo con la Jurisprudencia N° 164, 28.
- Aguilar, B. (2012). ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? Diálogo con la Jurisprudencia N° 164, 30.
- APFS, F. (2007). Informe Reencuentro: Custodia Compartida. Obtenido de <http://www.adiospapa.org/coparentalidad>
- Aramburu, I., Chato, M., Martín, B., y Pérez-Villar, R. (24 de Julio de 2007). Estudio De Derecho Comparado Sobre La Regulación De La Custodia Compartida. Recuperado el 10 de octubre de 2017, de <http://www.mujeresjuristas.org>
- Avendaño, J. (2012). Código Civil Digital. Gaceta Jurídica, 183.
- Beltrán, P. (2009). El mejor padre son ambos padres ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? Boletín de la Familia N° 11-2009-UNIFE Facultad de Derecho, 60.
- Beltrán, P. (2009). El mejor padre son ambos padres ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? Boletín del Instituto de la Familia N° 11-2009-UNIFE Facultad de Derecho, 53-65.

- Beltrán, P. (2009). El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la Tenencia Compartida en el Perú? Boletín de la Familia N° 11-2009-UNIFE Facultad de Derecho, 53-65.
- Bermudez, M. (2012). La mejor cualidad como condición para ponderar la tenencia de menor cuando hay conflicto entre progenitor y abuelos. Diálogo con la jurisprudencia N° 164, 35-41.
- Carbonell, F., Lanzon, J., y Mosquera, S. (2010). Código Civil, Comentado-Concordado-Anotado Tomo 5 Artículos 287 al 659 Familia. Lima-Perú: Ediciones Jurídicas.
- Castellanos, J., Díaz, L., Hernández, J., Pezo, J., y Sosa, J. (2011). Instituciones Supletorias del Amparo. Chiclayo.
- COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, C. d. (2006). Proyecto de Ley N°199/2006-CR, que propone modificar el Código de Niños y Adolescentes, a fin de incorporar la Tenencia Compartida. LIMA.
- Correa, M. (s.f.). El interés superior del niño en el Derecho chileno. Recuperado el 14 de octubre de 2017, de <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica16/InteresSuperior.html>
- Correa, M. (s.f.). El interés superior del niño en el Derecho chileno. Recuperado el 14 de noviembre de 2017, de <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica16/InteresSuperior.html>
- Cuculiza, L. (2007). Propuesta Legislativa: Ley 29269 Ley de Tenencia COMPARTIDA. Transcripción del Debate Comisión de la Mujer y Desarrollo Social, (págs. 1-19). Lima.
- Children Rights Council. (s.f.). Recuperado el 17 de octubre de 2017, de <http://www.gocrc.com>

- Echavarría, K. (Noviembre de 2011). La guarda y custodia compartida de los hijos. Doctorado problemática actual de derecho de familia. Granada, España.
- Echevarría, K. (2011). La guarda y custodia compartida de los hijos.
- El Principio del Interés Superior del Niño. (16 de Junio de 2012). Recuperado el 16 de octubre de 2017, de [http://www.cecocch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano\\_6\\_1.htm/Elprincipio11.pdf](http://www.cecocch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf).
- Hollweck, M. (2001). Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares. Buenos Aires: Thomson La Ley.
- Ibáñez, V. (Noviembre de 2004). El Laberinto de la Custodia Compartida-Claroscuros de un solo nombre con varios significados. 'DF', Boletín de Derecho de Familia, 1-15.
- Ibáñez, V. (2004). El Laberinto de la Custodia Compartida, Claroscuros de un solo nombre con varios significados. 'DF', Boletín de Derecho de Familia, 1-15.
- Mosquera, C. C. (2012). Tenencia de menor solo puede ser ejercida por los padres. Diálogo con la Jurisprudencia N° 164, 21.
- OEA: Interés Superior del Niño. (17 de Mayo de 2012). Recuperado el 17 de setiembre de 2017, de <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>.
- Ortega, I. (2002). El interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la unión europea. Recuperado el 15 de Setiembre de 2017, de <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf>
- PadresXSiempre. (10 de Julio de 2010). La custodia compartida o coparentalidad. Obtenido de <http://www.padresporsiempre.es/custodiacom.html>

- Pérez, M. (2006). "Padres que asumen la custodia de sus hijos en ausencia de la figura materna: miradas y retos".
- Rodríguez, T. (2008). Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia. *Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable*, 2/4.
- Rosales, M. (2005). Custodia Compartida. III ciclo de conferencias sobre temas actuales de la familia, organizado por la Agrupación Granadina de Madres y Padres Separados Canaletas-Alhambra., (págs. 1-21). Granada.
- Solano Jaime, R. Y. (2 de Febrero de 2012). La tenencia compartida ¿solución a la batalla legal que otorga como trofeo a los hijos? la tenencia compartida ¿solución a la batalla legal que otorga como trofeo a los hijos? Lima, Lima, Perú.
- Steffen, M. (2003). Coparentalidad Post-Separación Conyugal.
- Steffen, M. (2002). Coparentalidad post-separación conyugal un paradigma familiar de tuición compartida chileno. Tesis para optar al grado académico de magíster en ciencias de la educación con mención en: orientación familiar, relaciones humanas y familia. Chile.
- Tenencia. (2011). Recuperado el 12 de Octubre de 2017, de sitio web de divorcio Perú: [www.divorcioperu.com/tenencia.php](http://www.divorcioperu.com/tenencia.php) 2011
- Torres, J. M. (Octubre de 2017). Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social. Recuperado el 15 de Octubre de 2017, de InDret: [http://www.indret.com/pdf/853\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf)
- Varsi, E. (2011). Tratado de derecho de familia, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia, tomo I. Lima: El Búho E.I.R.L.
- Vezzetti, V. (2012). Primer artículo científico italiano sobre la evaluación del domicilio en niños de padres divorciados. *Revista oficial de la sociedad italiana de pediatría preventiva y social*.

# ANEXOS

## ENCUESTA DIRIGIDA A OPERADORES DEL DERECHO

Le agradecemos responder este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos referidos a la regulación del derecho alimentario en los casos de tenencia compartida en los juzgados de familia del distrito judicial de Piura; de tal manera que tengamos base para identificar las causas de este problema y así poder proponer lineamientos para su solución.

### I. GENERALIDADES.

- 1.1. Ocupación.
- Fiscal de familia
  - Juez de familia
  - Abogado independiente
- 1.2. Experiencia profesional en años.
- De 1 a 5 años
  - De 6 a 10 años
  - De 11 a 15 años
  - De 16 a 20 años
  - De 21 a 25 años

### II. SOBRE LA TENENCIA COMPARTIDA.

- 2.1. El Código Civil Peruano establece un claro límite en lo que constituye las implicancias de proporcionalidad e igualdad en el caso de determinarse la tenencia compartida por ambos padres.
- Sí está definido claramente
  - No está definido claramente.
  - Dependerá de la interpretación del Juez.
- 2.2. Esta de acuerdo en que ambos padres sean los aportantes de los alimentos de los menores en caso de separación (50% cada uno), habiéndose declarado tenencia compartida.
- Si
  - No
  - No sabe no opina.
- 2.3. Ejercer el derecho de la tenencia compartida favorece el orden jurídico y normativo respecto a la patria potestad.
- Si
  - No
  - No sabe no opina.
- 2.4. Porque considera que la tenencia compartida no se aplica prioritariamente frente a los casos de separación de las parejas.

- No está debidamente regulado.
  - Se aplican en algunos casos.
  - No es necesario su aplicación.
  - Falta capacitación a los operadores.
  - Otra razón. ¿Cuál? \_\_\_\_\_
- 2.5. ¿Cuál es la razón por la cual considera la no aplicabilidad de las normas antes mencionadas?
- No está debidamente regulado.
  - Se aplican en algunos casos.
  - No es necesario su aplicación.
  - Falta de capacitación.
  - Otra razón. ¿Cuál? \_\_\_\_\_
- 2.6. Cómo considera que deben de ser aportados los gastos de alimentos en caso de ejercerse la tenencia compartida.
- El padre y la madre (50% y 50%)
  - Padre (75%) de los gastos totales.
  - Quien determine el juez.
- 2.7. Considera que la tenencia compartida es la mejor solución frente a la disolución de la familia en beneficio de los niños o adolescentes.
- Si
  - No
  - Porque \_\_\_\_\_
- 2.8. Considera que es necesario que los padres acuerden de manera pacífica y autorizada la forma y manera como se afrontaran los gastos y que estos sean asumidos en común acuerdo.
- Si
  - No
- 2.9. En caso que no se lograra el común acuerdo de los gastos de alimentos es el juez quien deberá imponer dichos gastos y como deberán ser afrontados.
- Si
  - No

¡¡GRACIAS POR SU PARTICIPACIÓN!!