

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



Propuesta de modificatorias de la Ley n° 31590 a fin de prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO

AUTOR

Miguel Stefano Vasquez Torres

ASESOR

Ulices Nilson Damian Paredes

<https://orcid.org/0000-0002-7641-7676>

Chiclayo, 2024

**Propuesta de modificatorias de la Ley n° 31590 a fin de prevenir la
vulneración del derecho alimentario del menor**

PRESENTADA POR
Miguel Stefano Vasquez Torres

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Betty Sulmi Anaya de Pauta
PRESIDENTE

Dora María Ojeda Arriaran
SECRETARIO

Ulices Nilson Damian Paredes
VOCAL

Dedicatoria

El presente artículo va dedicado a mis padres Miguel Vásquez y Yenni Torres debido a su gran esfuerzo por brindarme una buena educación y por su gran amor e incondicional apoyo para perseguir mis sueños y metas.

Agradecimientos

A Dios por guiarme y permitirme llegar a esta última etapa universitaria,
A mis padres por ser mi soporte y motivación para no rendirme,
A mi tía Rosa Torres por su gran apoyo y ser como una segunda madre,
A mi asesor, Dr. Ulices Damián Paredes, por su tiempo, dedicación y conocimientos impartidos para el desarrollo de este artículo.

ARTICULO FINAL - STEFANO VASQUEZ

INFORME DE ORIGINALIDAD

21 %	21 %	6 %	8 %
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	5 %
2	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	2 %
3	tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet	2 %
4	sapientia.ucss.edu.pe Fuente de Internet	2 %
5	repositorio.autonoma.edu.pe Fuente de Internet	1 %
6	zagan.unizar.es Fuente de Internet	1 %
7	Submitted to Universidad Señor de Sipan Trabajo del estudiante	1 %
8	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	1 %
9	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	<1 %

Índice

Resumen	6
Abstract	7
I. Introducción.....	8
II. Revisión de literatura.....	9
III. Materiales y métodos	28
IV. Resultados y discusión.	28
Conclusiones.....	39
Referencias.....	40
Anexos.....	44

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo general proponer modificatorias a la Ley N° 31590 con el fin de prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor en casos de tenencia compartida. Para alcanzar este objetivo, se han planteado objetivos específicos que involucran analizar las implicancias de los derechos del menor en situaciones de tenencia compartida, identificar los problemas derivados de la aplicación de la Ley N° 31590 en los derechos del menor y su derecho alimentario, y explicar la necesidad de incorporar mejoras a dicha ley. La metodología utilizada se enmarca en un enfoque cualitativo y se basa en la investigación documental, con la técnica de fichaje para sintetizar la información relevante. Uno de los resultados más destacados es que la Ley N° 31590 promueve la tenencia compartida como opción generalizada en casos de separación o divorcio, pero carece de criterios específicos para distribuir los recursos económicos destinados al bienestar de los hijos en estas situaciones. Además, no aborda adecuadamente el principio del interés superior del niño. El propósito central es analizar este vacío legal y proponer enmiendas que consideren el principio del interés superior del niño, contribuyendo así a una regulación más equitativa y justa de la tenencia compartida en el sistema legal peruano.

Palabras clave: Tenencia Compartida, Interés Superior del Niño, Derecho Alimentario.

Abstract

The general objective of this research is to propose amendments to Law No. 31590 in order to prevent the violation of the child's right to food in cases of shared custody. In order to achieve this objective, specific objectives have been proposed that involve analyzing the implications of the rights of the minor in situations of shared custody, identifying the problems derived from the application of Law No. 31590 on the rights of the minor and his or her right to food, and explaining the need to incorporate improvements to said law. The methodology used is framed within a qualitative approach and is based on documentary research, with the fiching technique to synthesize relevant information. One of the most outstanding results is that Law No. 31590 promotes shared custody as a generalized option in cases of separation or divorce, but lacks specific criteria for distributing economic resources for the welfare of children in these situations. Furthermore, it does not adequately address the principle of the best interest of the child. The central purpose is to analyze this legal vacuum and propose amendments that consider the principle of the best interests of the child, thus contributing to a more equitable and fairer regulation of shared custody in the Peruvian legal system.

Keywords: Joint Tenancy, Best Interest of the Child, Food Law.

I. Introducción

La Ley 31590 ha introducido un cambio significativo en el panorama legal peruano al promover la tenencia compartida como una opción generalizada en casos de separación o divorcio. Este cambio legislativo busca fomentar la cooperación equitativa los padres en la formación de sus menores hijos para lo cual es fundamental que estos estén dispuestos a tomar acuerdos, sin embargo, se enfrenta a un desafío fundamental. Nuestro contexto nacional nos muestra que, en el Perú, 6 de cada 10 mujeres sufren de violencia por parte de su pareja (INEI 2021), por lo que la aplicación de esta ley pretendería que estas parejas deban incurrir en la toma de acuerdos a fin de poder ejercer la tenencia compartida; lo que causaría que en la mayoría de casos en vez de resultar siendo algo beneficioso para el menor, se produzca el efecto contrario.

Echevarría, C. y Ponce, O. (2022) destacan la imperante necesidad de que nuestra normativa incluya de manera clara los criterios que determinen las situaciones apropiadas para considerar una tenencia compartida; esto debe ocurrir únicamente cuando los padres estén de acuerdo y sin que ello afecte negativamente al bienestar del menor involucrado. Por lo que esta ley carece de criterios específicos para determinar cómo se deben distribuir los recursos económicos destinados al bienestar de los hijos en situaciones de tenencia compartida y no contempla de manera adecuada el principio del interés superior del niño, que es un pilar esencial en el ámbito del derecho de familia, lo que en consecuencia acarrearía que los menores queden más indefensos pues de no existir una predisposición por parte de los padres para la toma de acuerdos, su bienestar se pondría aún más en riesgo. En este contexto, es crucial abordar esta laguna legal y proponer enmiendas que consideren el principio del interés superior del niño para asegurar una regulación más equitativa y justa que priorice el bienestar de los menores involucrados en casos de tenencia compartida.

Frente a este escenario nos planteamos la siguiente interrogante ¿Qué modificatorias se deberán realizar a la Ley N° 31590 “Sobre tenencia compartida” para prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor? buscando de este modo salvaguardar la integridad del menor que se encuentra inmerso dentro de un divorcio o separación, pues si bien este ya se encuentra afrontando un fuerte suceso, nuestro ordenamiento jurídico debe brindar las garantías suficientes para que el menor no se vea aún más afectado de presentarse una tenencia compartida.

Así mismo la presente investigación nos permitirá conceptualizar conceptos de tenencia compartida, derecho alimentario del menor y del interés superior del niño a fin de analizar su aplicación a raíz de la Ley N°31590 sobre tenencia compartida, para lo cual se ha establecido

como objetivo general: Proponer modificatorias a la Ley N°31590 con la finalidad de prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor en los casos de tenencia compartida. En consecuencia, a fin de arribar a una respuesta para el objetivo general, se ha establecido tres objetivos específicos: Analizar las implicancias de los derechos del menor frente a una tenencia compartida, identificar los problemas a partir de la aplicación de la Ley N° 31590 en los derechos del menor y su derecho alimentario y explicar la necesidad de incorporar mejoras a la Ley N° 31590.

En este sentido se formuló la siguiente hipótesis: Si la aplicación de la nueva ley de tenencia compartida (ley N° 31590) llegaría a perjudicar los derechos del menor, entonces en atención al principio del interés superior del niño se deberían establecer propuestas modificatorias a fin de prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor.

La presente investigación se justifica en la importancia de no dejar indefenso o vulnerable a los menores frente a los casos donde se otorgue una tenencia compartida a fin de que se respete el principio del interés superior del niño y se garantice el cumplimiento de su derecho alimentario, evitando de esta manera que la aplicación de la Ley N°31590 resulte negativa o lesiva para los menores.

Para concluir como aporte se ha considerado conveniente modificar la ley n°31590 “ley de tenencia compartida” a fin de proponer mejoras y prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor.

II. Revisión de literatura

El Instituto Universitario del Centro de México entiende por revisión de la literatura como aquella que “Consiste en destacar, obtener y consultar la bibliografía y otros materiales que pueden ser útiles para los propósitos de estudio, de donde se debe extraer y recopilar la información relevante y necesaria que atañe a nuestro problema de investigación.” (p.7)

2.1. Antecedentes

Echevarría C, y Ponce, O. (2022), en su tesis de pregrado para optar por el título de abogadas, Universidad César Vallejo – Perú titulada: “**Análisis del tratamiento normativo de la tenencia compartida y las implicancias en el interés superior del niño en el Perú y el derecho comparado**” señalan que la reciente promulgación de la Ley N°31590 que regula la tenencia compartida, requiere de una minuciosa evaluación puesto que ocasionará cambios sumamente importantes en la manera de legislar de los magistrados, destacando la necesidad apremiante de que la ley incluya de manera específica los criterios que determinen cuándo es

apropiado recurrir a la tenencia compartida, con el propósito de fortalecer la relación entre los progenitores y garantizar en todo momento el bienestar prioritario del niño, lo cual debería ocurrir únicamente cuando los padres estén de acuerdo y sin que ello cause daño al menor involucrado.

Por lo tanto, si bien la nueva ley que regula la tenencia compartida busca que los niños puedan compartir momentos de igual manera con sus progenitores, su aplicación aún requiere de un análisis cuidadoso y de requisitos más específicos para que pueda llegar a funcionar de manera eficiente y alcance su objetivo, caso contrario solo produciría que las disputas entre los padres aumenten y el bienestar de los niños se vea en peligro dejándose de lado el interés superior del niño, que es el principio fundamental bajo el cual se debe regir la aplicación de este tipo de tenencia.

Yesquen, A. (2022), en su tesis de pregrado para optar por el título de abogada, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo – Perú titulada: **“Lineamientos jurídicos para mitigar la afectación del principio del interés superior del niño en torno a las medidas adoptadas por el Perú, bajo un régimen de excepción”** determina de qué manera las medidas que emitió el Poder Ejecutivo con el desarrollo de la pandemia por COVID-19 llegó a generar afectación al principio del interés superior del niño, pues para realizar la implementación de medidas por el estado de emergencia se debió prever cualquier limitación injustificada a los derechos del niño; en consecuencia considera que se deben establecer lineamientos jurídicos frente a las resoluciones emitidas por el estado peruano a fin de mitigar la vulneración del interés superior del niño.

En este sentido es evidente que el estado antes de realizar la toma de decisiones donde el interés superior del niño se vea involucrado, deberá realizar una previa evaluación y así de esta manera prever la eficiencia de las mismas a fin de resguardar al máximo la protección de los derechos del niño frente a escenarios que se podría suscitar.

Dávila, M. (2020), en su tesis de pregrado para optar por el título de abogada, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo – Perú titulada: **“Propuesta normativa para la ejecución del régimen de visitas, ante la obstaculización por parte del padre que posee la tenencia, atendiendo al interés superior del niño y adolescente”** considera que es nuestro gobierno quien debe proteger los derechos fundamentales de los niños y adolescentes para que no se encuentren afectados en ninguna circunstancia ya que tienen derecho a un familia y a desarrollarse en un espacio de seguridad moral y afecto, el cual se llega a poner en riesgo por la ruptura del vínculo conyugal; es así que considera la implementación de casas para reuniones familiares en el territorio peruano y su vez el pago de indemnizaciones por daño

moral cuando la tenencia la ostente uno de los progenitores y obstruya la posibilidad de participar en la vida de sus hijos al otro progenitor.

En efecto al analizar el interés superior del niños tendremos que este debe primar por sobre toda discrepancia existente entre sus progenitores a fin de garantizar su correcto desarrollo; por lo que es necesario que los padres dejen de lado sus problemas conyugales y se pongan de acuerdo a fin de no perjudicar a sus menores hijos; sin embargo de no suceder ello nos encontraremos ante una gran dificultad pues lo más probable es que ninguno de los padres quiera colaborar con los acuerdos y en consecuencia se originarán más conflictos.

Gallardos, H. (2019), en su trabajo de investigación para optar por el grado de bachiller, Universidad Señor de Sipán – Perú titulada: **“Análisis de la problemática de tenencia compartida en los juzgados de familia de Chiclayo, 2017”** realiza un estudio sistemático de la implicancia que presenta la tenencia compartida desde un aspecto internacional hacia un aspecto nacional y local, llegando tener a la tenencia compartida como un fenómeno que en la actualidad de nuestra sociedad peruana viene presentando una serie de reformas que se orientan a establecer a esta figura como la más idónea para situaciones donde los padres deciden separarse y así no dejar en un estado de vulneración a sus hijos, mas se considera que para que esta funcione se debe realizar algunos cambios al Código de los Niños y Adolescentes a fin de maximizar las garantías mínimas y evitar que se perjudique el estado emocional del menor.

De esto se puede resaltar que, si bien la figura de la tenencia compartida es algo positivo para nuestro sistema jurídico, esta debe estar preparada con lineamientos bien establecidos y definidos para evitar cualquier tipo de vulneración a los derechos de los niños; ya que caso contrario al buscar implementar esta figura para un bien del menor, resultará en todo lo contrario.

Calderón, T. (2018), en su tesis de pregrado para optar el título de abogado, Universidad Nacional de Áncash “Santiago Antúnez de Mayolo” – Perú titulada: **“El principio del interés superior del niño como principio garantista en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de los derechos en el Perú”** se dirige hacia la identificación de las bases legales que respaldan el principio del interés superior del niño como un principio de protección, ya que esto habilita el ejercicio de otros derechos y la resolución de controversias entre derechos que también están debidamente reconocidos, situándose como primordial el interés superior del niño y desempeñándose como una guía para la interpretación de otros artículos implicando que las decisiones y acciones que tome el estado sean regidas por el interés superior del niño reconociéndolo como sujeto pleno de derechos.

Por consiguiente, el principio del interés superior del niño o sus derechos, se entiende que deberán primar frente a otros si se encuentran en contraposición y a su vez deberán respetarse al momento de que el estado tome decisiones que involucre de alguna manera estos derechos; por lo que servirá para nuevamente analizar si la implementación de la Ley N° 31590 no llega a vulnerar el derecho alimentista del menor o cualquier otro tipo de derecho.

Ayala, S. (2018), en sus tesis de pregrado para optar por el título de abogada, Universidad César Vallejo - Perú titulada: **“Regulación del Derecho a los alimentos en la Tenencia compartida desde la perspectiva del principio del interés superior del niño”** tratará sobre la existencia de una regulación jurídica normativa del derecho alimentario en los casos que corresponda el ejercicio de una tenencia compartida sin contravenir el principio del interés superior del niño y favoreciendo su desarrollo integral, para lo cual toma en cuenta que el CNA no establece procedimientos para el desarrollo de la responsabilidad alimentaria cuando el juez disponga la tenencia compartida lo que podría generar una disputa entre los progenitores que deberían buscar llegar a un acuerdo mutuo, pues caso contrario ocasionaría que los padres no contribuyan económicamente de manera equilibrada con los gastos del menor; por lo que es necesario un mutuo acuerdo entre los progenitores para que esta tenencia compartida se desarrolle de manera efectiva y a su vez el juzgado pueda observar un equilibrio emocional por parte de los padres, a la vez de que estos asuman en igualdad de condiciones las obligaciones, responsabilidades y derechos con sus hijos a fin de lograr un pleno desarrollo en todos los aspectos de su vida.

En efecto podemos observar nuevamente que para el correcto funcionamiento de una tenencia compartida lo que es fundamental y necesario será la disposición a tomar acuerdos mutuos entre los padres, a fin de que estos cumplan en igualdad de condiciones sus obligaciones y cuiden el correcto desarrollo de sus menores hijos; sin embargo al imponérseles como tal que tomen acuerdos para una tenencia compartida lo que ocasionaría sería el efecto contrario, pues se colocaría al menor en una situación de inestabilidad y disputa entre sus progenitores; es en este sentido que algo que se rescata de la investigación es la recomendación que brinda respecto a que se debe fomentar mejoras al proceso comunicativo dentro de los integrantes de la familia, incluso mediante la ayuda de expertos como psicólogos.

Arratea, E. y García, R. (2017), en su tesis de pregrado para optar el título de abogado, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo – Perú titulada: **“La obligación alimentaria en la tenencia compartida: Razones jurídicas que sustentan la obligación de ambos padres de prestar alimentos”** analiza la carencia de normativas específicas y de análisis

judiciales y académicos en relación con la manera en que los progenitores deben satisfacer la responsabilidad alimentaria en el contexto de una tenencia compartida, con el propósito de establecer justificaciones legales que respalden la necesidad de que ambos padres cumplan con la obligación alimentaria, ya que en la práctica alguno de los padres asumiendo que tiene al menor bajo su tenencia durante el periodo que le corresponda podría pretender evadir su obligación alimentaria; como consecuencia de este análisis, se concluye que en una tenencia compartida, ambas partes parentales tienen la obligación de proporcionar sustento alimentario, esto se fundamenta en la distribución equitativa y proporcional de la tenencia compartida y en la vinculación conjunta con la responsabilidad alimentaria.

De esta manera podemos observar cómo es necesaria la existencia de ciertos requisitos o criterios que garanticen la no vulneración del derecho alimentario del menor frente a un proceso de tenencia compartida, y más aún cuando este pretende ser de alguna manera impuesto conforme a lo que establece la Ley N° 31590 sin haber tomado en cuenta diversas situaciones a fin de evitar afectar el interés superior del niño y en consecuencia su derecho alimentario.

Fernández, L. (2017), en su tesis para la obtención de Doctor en Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid – España titulada: **“Custodia compartida y protección del menor”** concluye que el régimen de custodia compartida se establecerá como la vía más idónea siempre y cuando exista un acuerdo previo entre los progenitores ya que de esta manera velará por el interés superior de los niños y adolescentes; pues mediante la tenencia compartida se contribuirá a una cooperación y respeto entre los padres al momento de cumplir sus obligaciones además de actuar en igualdad de condiciones para brindar un mejor desarrollo integral en sus hijos.

De lo cual rescatamos que en relación a nuestra investigación reforzará la idea de que la tenencia compartida será eficiente siempre y cuando los padres presenten una disposición a actuar de manera conjunta en bienestar de sus hijos, sin embargo al imponérseles una tenencia compartida pese a no existir una predisposición para actuar de acuerdo lo que ocasionará es una mayor vulneración a los derechos de los niños y más aún si no se cuenta con criterios o lineamientos bien establecidos que abarquen la mayor cantidad de situaciones que se pueden presentar en nuestro país.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Implicancias de los derechos del menor frente a una tenencia compartida

Tenencia Compartida

Definición y Aplicación

Antes de llegar al concepto de tenencia compartida, brevemente indicamos que tenencia según Chunga Lamonja, citado por Gallegos, C. y Jara, R. (2020): Es desde un punto de vista jurídico una situación en la que los padres o guardadores se encuentran a cargo de un menor. Por lo que configura un derecho que concede a los padres el poder gozar de la compañía de sus hijos. (pág. 447)

Por su parte Canales, C. (2014) identifica a la tenencia como una institución con la finalidad de colocar al menor bajo la protección de uno de los padres al haberse estos separado, tomando en consideración la situación que brinde mejores condiciones de desarrollo para el menor y guíen su bienestar conforme al interés superior del niño. (pág. 12)

Ya hablando propiamente de la tenencia compartida, en palabras de Plácido (2010) corresponderá a la responsabilidad que recaerá sobre los progenitores separados, la cual será de manera igualitaria en relación a aspectos básicos de la vida de sus hijos, pues existirá el mismo derecho para ambos padres en cuanto a la toma de decisiones para el mejor desarrollo del menor salvaguardando su desarrollo personal y psicológico. (pág. 51)

Beltrán, P. (2009) denomina a la tenencia compartida como tenencia legal conjunta, que configura una nueva figura de carácter jurídico mediante la cual los padres asumen de manera compartida las responsabilidades y autoridad sobre las decisiones que guarden relación con el desarrollo y bienestar de sus hijos, donde la prioridad sea las necesidades del menor.

Derecho Comparado

Resulta necesario para un mejor análisis conocer lo establecido por otros países en relación a la tenencia compartida, ello a fin de obtener un panorama más amplio, motivo por el cual hablaremos de España, Francia, Italia y Suecia.

- España: La custodia compartida se introdujo en la legislación española por el año 2005, donde el Código Civil Español mediante la Ley 15/2005 procedió a modificar el código adjetivo y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre temas de separación y divorcio, de igual manera varió el artículo 92 de su Código Civil el cual hacía referencia a la custodia compartida estableciendo que esta brinda a ambos padres igualdad de derechos y deberes tras un divorcio o separación. Inicialmente esta decisión no era tan común, mas con el transcurso del tiempo fue obteniendo un poco más de forma, siendo así que el 29 de abril del 2013 el Tribunal Supremo mediante sentencia 257 establecería que se debía considerar como figura

normal e incluso deseable a la custodia compartida. Es importante señalar que la implementación de la tenencia compartida no restringe la facultad del juez para determinar un régimen de manutención a favor de una de las partes, si se constata que esta ha experimentado un perjuicio significativo tras la separación y existe un desequilibrio manifiesto entre ambos progenitores, así mismo su regulación no indica que sea necesario que el tiempo que pasa el menor con cada uno de sus padres tenga la misma duración; por lo que en la legislación española la adecuada aplicación de la custodia compartida se ha ido dando con el transcurso del tiempo, pues en un inicio no habría sido bien recibida.

- Francia: Consideró que la custodia monoparental era algo discriminatorio hacia el padre o la madre, y a fin de evitar que siga ocurriendo, los primogenitores deben responsabilizarse del día a día de los cuidados que necesitan sus hijos mediante la implementación de la denominada coparentalidad o guarda conjunta. La ley de autoridad parental de Francia, Ley 2002-305, entró en vigor el 4 de marzo de 2002, estableciendo que los padres separados propongan un plan de coparentalidad de mutuo acuerdo, de modo que el tribunal ya no sea el encargado de decidir el futuro de sus hijos menores. En definitiva, una de las disposiciones incorporadas en el estatuto francés prevé que el domicilio del hijo puede establecerse en diferentes momentos en el domicilio de ambos progenitores alternativamente, o el de uno solo de ellos. Francia optó por utilizar el término "coparentalidad", que tiene igual propósito que la custodia compartida, en la que ambos padres mantienen conjuntamente a un menor durante un período de tiempo. Por otro lado, la ley busca fundamentar las decisiones sobre el futuro de los hijos en base a la voluntad, que se sustenta sobre la igualdad de los padres al momento de ejercer la patria potestad sobre sus hijos; por lo que se puede deducir que la aplicación de esta tenencia o coparentalidad en este país busca evitar litigios ya que solo es necesario que los padres arriben a un acuerdo, siendo esto algo más simple y menos pesado. De suceder el caso que no se cumpla, su artículo 373.2 inciso 1 del Código Civil francés establece que los jueces pueden dictar órdenes para la ejecución unilateral de la patria potestad para el menor. Asimismo, su artículo 373.2.9 del Código Civil francés faculta que el tribunal de familia pueda pronunciarse en los casos en que no haya acuerdo entre los padres y considere que es lo que más favorezca el interés del menor.

- Italia: A partir de la modificación del Código Civil relacionada con la separación, se establece la prioridad de utilizar la custodia compartida desde el 23 de enero de 2006. Esta medida se implementó con el objetivo de buscar la satisfacción del interés del menor. A diferencia de la legislación española, en Italia la custodia compartida es la norma general que se aplica en todos los casos de divorcio o separación. No se permite elegir entre una custodia

compartida o monoparental, aunque se señala que el magistrado puede establecer, según lo considere conveniente para el bienestar del menor, un régimen de custodia conjunta o alternada.

- Suecia: En la legislación de este país se ha estipulado que, en caso de divorcio, si los progenitores llegan a un acuerdo, se mantendrá el régimen de custodia compartida. No obstante, se asegura que el tribunal tiene la facultad de disolver esta modalidad si resulta desacorde al interés superior del niño. En 1998, en Suecia, se realizó una modificación en la legislación interna con el objetivo de facilitar la implementación de la custodia compartida. Esta modificación estableció lo siguiente: en primer lugar, se debe determinar el lugar de residencia del menor en base a su interés superior; en segundo lugar, si los padres están de acuerdo, deben firmar un documento que será aprobado por el Comité de Bienestar Social del municipio correspondiente; en tercer lugar, la pensión alimenticia debe dividirse proporcionalmente según el tiempo que el menor pase con cada padre; y por último, en relación a los gastos de viaje de los menores, estos deben ser compartidos por ambos progenitores. Es necesario resaltar que debido a su sistema legal, en Suecia casi no se producen juicios por la lucha de la custodia, lo cual es destacable pues en caso de presentarse un juicio de esta naturaleza, el padre que pretenda la custodia deberá demostrar ante el tribunal de justicia la falta de idoneidad del otro progenitor, en caso de no hacerlo este deberá incurrir en el pago de los costos judiciales tanto para el Estado como para la otra parte; por lo que se evita llegar a judicializar la vida de los menores y de las familias en conflicto, a su vez que se evitan juicios que implican tiempo y dinero siendo estos muy pesados y pudiendo resolverse mediante acuerdos razonables que protejan el bienestar del menor.

Derecho Alimentario del Menor

Definición y Dimensión de los Alimentos

Según Berrios, D. (2018) se conceptualiza al derecho alimentario: Como un instituto jurídico que llega a abarcar un conjunto de normas que buscan custodiar el derecho de subsistencia del menor; ya que la importancia de este derecho radicará en la finalidad a la que se dirige que es la de cubrir un estado de necesidad de quien lo acciona, motivo por el cual también se le denomina como derecho de urgencia ya que sin los alimentos adecuados la persona no podría subsistir. (pág. 15)

Para Leyva, C. (2014) el derecho alimentario: Se encuentra sustentado en un imperio de la ley, el que resulta inherente en la naturaleza de la responsabilidad de la familia que se fundamenta en el parentesco; es mediante este derecho que una persona asistirá a otra

otorgando los medios necesarios a fin de poder satisfacer sus necesidades fundamentales, teniendo estas personas una relación situada en lazos de consanguinidad directa y disponiendo de los medios para poner a disposición a fin de cumplir la obligación, además de que este exigirá a los medios judiciales que actúen orientados a la defensa del interés superior del niño y adolescente.

En palabras de Bermúdez, T. (2015) considera al derecho alimentario: En relación a una facultad brindada a un sujeto a fin de que este reciba de otra los insumos necesarios para su supervivencia, en obediencia de un mandato legal; llegando a abarcar dentro de estos insumos indispensables la alimentación propiamente dicha, recreación, educación, vestuario, entre otros que busquen satisfacer completamente las necesidades básicas de quien los recibe y tomando en cuenta la posición social de la familia. (pág. 24)

Por otro lado, se le connota a la vez una relación con el derecho natural, pues como indica Ayala, S. (2018) citando a Scheriber: El deber que tiene los padres para otorgar educación y manutención a sus hijos tendría su origen en el derecho natural que toma como punto de partida el derecho a la vida de los hijos y su desarrollo en la sociedad; por lo que considera que este derecho iría acorde al proceso biológico hasta que el menor alcance la mayoría de edad; más puede presentarse la situación de que esta continúe en relación a que los hijos sigan sus estudios. (pág. 9)

Herrera, P. y Torres, M. (2017) señalan que: este derecho se fundamenta en la solidaridad humana, la cual se encuentra ligada a la solidaridad familiar pues estos vínculos afectivos presentes en la familia buscan cuidar y proteger la dignidad humana. (pág. 144)

Para Sospedra, F. (2006) el principio de solidaridad familiar servirá como base para este derecho pues en virtud de este genera una obligación sobre los progenitores a fin de atender y satisfacer las necesidades de sus hijos en cuanto estos se encuentren dentro de un estado necesidad. (pág. 258)

En el mismo sentido Herrera, M. (2014) considera que el derecho alimentario es producto de una vinculación entre la solidaridad familiar y el derecho de familia, pues al considerársele como un derecho fundamental este se justifica en los sujetos que se encuentran relacionados por lazos de sangre en condiciones mínimas o estado de necesidad que pertenezcan al grupo familiar. (129-130)

Derecho Alimentario y Obligación Alimentaria

Pese a que ambos términos parezcan similares o conserven alguna similitud en sus características, es necesario establecer sus diferencias a fin de evitar confundirlos; por un lado el derecho alimentario hace referencia al conjunto de derechos o beneficios que posee el

alimentista, es decir el hijo producto de una relación ya sea convivencial o conyugal, sin que se vea afectada por una separación posterior; mientras que por otro lado la obligación alimentaria comprende el conjunto de deberes que deberán cumplir los padres, tomando en cuenta de igual manera que no se vea afectada por una separación posterior.

Es necesario señalar que la obligación alimentaria es de responsabilidad para ambos padres de manera igual, pues esto estipula nuestro ordenamiento jurídico, mas al separarse los padres origina una situación especial donde para garantizar que el padre que no tenga a su menor hijo con él no cumpla con su responsabilidad y obligación, se llega a fijar una determinada cantidad mensual a fin de que los gastos en los que incurra el menor se vean cubiertos, todo ello mediante un proceso judicial si es que uno de los progenitores se negara a cumplir con su obligación; para esto el juez aplicará su criterio en base a ciertos requisitos que son: Estado de Necesidad, Posibilidad Económica del Obligado, Vinculo Legal y Proporcionalidad en su fijación.

Interés Superior del Niño

Definición

Si bien no se ha establecido una definición exacta respecto a este principio; en la búsqueda de brindar alcances para su delimitación tenemos a autores como Jean Zermatten, J. quien en su calidad de presidente del Comité de los Derechos del Niño llegó a profundizar respecto al tema indicando que la Convención sobre los Derechos del Niño unifica los términos interés y superior, enfatizando que la finalidad perseguida será el bienestar del niño. A la par se indicaría que la Convención en palabras de Álvarez, Y. mediante su aprobación habría brindado más protección a los niños que antes de su promulgación vivían prácticamente en una situación de abandono o eran sujetos ignorados por la sociedad y en muchas situaciones se veían vulnerados y maltratados de distintas formas por la sociedad

De esta manera el interés superior del niño mediante la interpretación jurídica fundamental vendría a ser un principio de interpretación que limita la extensión de la autoridad que mantenían los progenitores sobre los niños; pues estos solo tomarán decisiones sobre sus menores hijos a raíz de la vulnerabilidad y falta de experiencia y juicio de estos; en consecuencia Calderón, T. otorga dos significados al interés superior siendo estos: Interés superior como regla de procedimiento e Interés superior como garantía de este principio. Por otro lado, tenemos a Liebel, M. que destaca la importancia de la Convención sobre los Derechos de los Niños y Adolescentes ya que estos incorporarían por primera vez al interés superior como un Principio Rector sumamente importante.

Es así que la aplicación de este principio se presentaría en toda situación que impacte de alguna manera los derechos de los menores, pues se deberán tomar las reglas y medidas necesarias a fin de salvaguardar el derecho del menor; a la par de que los estados deberán tener en constante observación las normas que tengan relación con el interés superior del niño a fin de garantizar su no vulneración; por lo que pese a que no exista una definición concreta del principio, su aplicación debe respetar la importancia de cada uno de los niños así como su individualidad a fin de que no se permita una interpretación relativista cultural o que no tome en cuenta sus derechos consignados en la Convención sobre los derechos del Niño como sostendría Zermatten, J.

Relación con la Tenencia Compartida

Habiendo buscado dar una delimitación respecto a lo que concierne el interés superior del niño, dentro de nuestra legislación tenemos que el Código de los Niños y Adolescentes lo contempla en su título preliminar en el artículo IX, indicando que su propósito es asegurar al menor una existencia digna y un desarrollo favorable, para lo cual el estado deberá estar presente a fin de que esto se cumpla, sirviendo este principio para fundamentar el criterio del juez al momento de decidir en situaciones donde se presente un divorcio o tenencia y que origine que el menor se encuentre en contacto frecuente con ambos progenitores tras la separación de estos. Es en este sentido que habiendo analizado a la figura de la tenencia compartida en líneas anteriores, se entiende que se habla de un rol compartido entre los padres los cuales deberán priorizar el bienestar de sus hijos, y es aquí donde se hace presente el interés superior del niño; pues para que la tenencia compartida debe tener que regirse primordialmente sobre el interés superior del niño, ya que comúnmente se argumenta que la tenencia compartida proporcionará un entorno más propicio para el crecimiento de los menores, al permitirles crecer en la compañía de ambos progenitores y en un ambiente adecuado, sin verse afectados por los conflictos que puedan surgir entre ellos, fortaleciéndolos emocionalmente y ayudándolos a superar la separación o desintegración familiar por la cual pueda pasar su hogar; así como puede mostrar ventajas la tenencia compartida erigida sobre el interés superior del niño, también puede mostrar algunas desventajas que iremos desarrollando.

2.2.2. Problemas a partir de la aplicación de la Ley N°31590 en los derechos del menor y su derecho alimentario

Funciones de los Jueces de Familia

Los magistrados especializados en asuntos familiares en el sistema judicial peruano desempeñan un papel fundamental en la resolución de disputas familiares, la salvaguarda de los derechos de menores y personas en situación de vulnerabilidad, la aseguración del cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de sustento, y la emisión de medidas de protección y seguridad en situaciones de violencia familiar. En general, su tarea es proteger y garantizar los derechos de las personas y familias en el ámbito jurídico, y de resolver conflictos de manera justa y equitativa. Por lo tanto, se pueden identificar que los jueces de familia tienen las siguientes funciones:

- Resolver conflictos familiares, tales como separaciones, divorcios, adopciones, patria potestad, alimentos, etc.
- Garantizar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de manutención.
- Proteger los derechos de los menores de edad y de las personas en situaciones de vulnerabilidad.
- Dictar medidas de protección y seguridad en casos de violencia familiar.

Jurisprudencia con posterioridad a la aplicación de la Ley N°31590

Debido a que esta nueva ley de tenencia compartida es relativamente nueva dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues entraría en vigencia el 27 de octubre del 2022, la jurisprudencia resulta muy escasa, máxime es necesario destacar las importantes opiniones de algunos profesionales dentro del ámbito jurídico que se han pronunciado frente a este tema. En este sentido, en opinión de Varsi, E. (2023) “La Tenencia Compartida es una novedosa institución del Derecho de Familia aplicada en el sistema anglosajón mediante la cual, luego de producirse la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres cuidando ambos por su educación y desarrollo. Lo que caracteriza a esta institución es que ambos progenitores, pese a no vivir juntos, tendrán las mismas atribuciones y facultades sobre sus hijos, por lo que la Patria Potestad queda incólume, esto quiere decir que ambos progenitores seguirán ejerciendo la coparentalidad, también llamada guarda conjunta”. Por lo tanto, otra opinión que se une a la de Varsi sería la de García, V. quien comparte la idea de que la tenencia compartida implica la participación de ambos padres en la vida y desarrollo del menor, añadiendo que esto serviría para hacer la separación menos traumática para los hijos que se ven implicados dentro de dichas situaciones.

Sin embargo, desde otra opinión un tanto más neutra, Quintanilla, A. busca identificar algunas ventajas que ofrece la tenencia compartida, tales como: el disfrute igualitario del tiempo que pasan los menores con sus padres gozando de una convivencia simultánea, se mantiene el vínculo afectivo entre los hijos y sus progenitores, brinda una mayor comprensión sobre que le sucede a los menores, se comparten las responsabilidades y se evitarían las disputas por la tenencia de los hijos; sin embargo este mismo autor identificaría el otro lado de la moneda al señalar algunas desventajas como: la adaptación a nuevas reglas y horarios que tenga cada progenitor que podrían ocasionar confusión y desestabilización en los menores, las diferencias culturales, axiológicas, de usos y costumbres opuestas que pueden crear un desequilibrio emocional, mayores costos relacionados con la creación de un entorno apropiado para los menores en las residencias de cada progenitor y el espacio geográfico que pueda facilitar una tenencia compartida más llevadera. Aunado a esta apreciación tenemos a Gusi quien señala que la tenencia compartida implicaría una gran dificultad al requerir que ambos padres se encuentren en la misma localidad pues de lo contrario sería difícil desplazarse cada poco tiempo para poder hacerse responsable del menor, así mismo el horario de los menores deberá ser algo fundamental en lo que se tendrán que poner de acuerdo a fin de que los hijos no vean alteradas sus rutinas habituales, denotando una comunicación más constante con la expareja, lo cual a su vez podría acarrear dificultad para que los progenitores puedan reanudar sus relaciones sentimentales, especialmente cuando sus nuevas parejas encuentren dificultades para separarse de la nueva familia durante la mitad del tiempo.

Criterios adoptados por los juzgados, posteriores a la aplicación de la Ley N°31590

Al ser una nueva ley que entró en vigencia recién en el año 2022, es carente la jurisprudencia relacionada con la aplicación de la tenencia compartida a raíz de la aplicación de la Ley N°31590. Sin embargo, en base a un análisis más amplio de ya casos existentes donde se planteó una tenencia compartida, antes de la entrada en vigor de esta nueva ley, ya que nuestro ordenamiento jurídico lo permitía de manera excepcional, Paredes, A. y Yovera, J. señalan una serie de criterios que se deben tomar en cuenta en los juzgados a fin de que se dé la adecuada aplicación de la tenencia compartida, estos son:

- Ocupación u oficio de los padres: Es esencial considerar el criterio relacionado con la ocupación o profesión de los padres al aplicar la tenencia compartida. Evaluando el trabajo, la profesión y el tiempo disponible de los progenitores, se podrá determinar si es factible aplicar la tenencia compartida sin afectar el bienestar del niño o adolescente; así mismo dentro de este criterio se debe considerar especialmente el tema económico en relación a los alimentos, pues los pagos de manutención que un padre solía proporcionar al otro para el sustento de los

hijos deberán ajustarse considerando que el menor pasará igual cantidad de tiempo con ambos padres. Por lo tanto, los pagos de manutención deberán reducirse a la mitad. Es posible que esta situación no sea bien recibida por aquel que ya estaba recibiendo una pensión y había planificado su presupuesto en base a ella. No obstante, si estamos buscando justicia e igualdad, ambos deben aplicarse de manera consistente en todos los casos, y el aspecto económico no puede ser una excepción.

- Estabilidad del niño y el adolescente: La separación de los padres inevitablemente afectará a los hijos, quienes tendrán dificultades para adaptarse a la nueva dinámica familiar. Para mitigar los efectos traumáticos de esta situación, la implementación de la tenencia compartida se presenta como una solución que preserva los lazos familiares y permite que ambos progenitores ejerzan conjuntamente la patria potestad del niño o adolescente. El criterio fundamental para aplicar la tenencia compartida en beneficio de la estabilidad del niño y adolescente es garantizar que, a pesar de las disputas surgidas entre los padres debido a la separación, estas no causen daños duraderos en los hijos. Es importante que los hijos comprendan que, aunque la relación conyugal o de convivencia entre los padres se haya deteriorado al punto de la crisis que provoca la separación, esto no implica que la relación fraterna y afectiva con sus padres se vea afectada. Más bien, la implementación de la tenencia compartida contribuye a mantener ese vínculo y salvaguardar su bienestar moral y material, lo cual es fundamental en su desarrollo.

- Reparto del tiempo del niño o adolescente: Este aspecto está estrechamente vinculado al respeto que se debe tener por el principio de igualdad, ya que la manera de cómo se distribuye el tiempo de los padres para el ejercicio de la tenencia de sus menores hijos debe ser evaluada considerando diversas circunstancias. Estas incluyen el tiempo dedicado a actividades educativas, las ocupaciones durante los horarios no escolares, el tiempo pasado en casa y el tiempo de pernocta. Por tanto, para determinar la asignación equitativa de los momentos que pasará con cada padre, se evaluarán las 24 horas del día con el objetivo de establecer una distribución adecuada y justa.

- Edad de los hijos: La consideración de la edad de los hijos resulta crucial para establecer si se puede aplicar la tenencia compartida. Este factor determinará si es factible utilizar este modelo de tenencia. Además, es importante tener en cuenta que, en casos de separación de hecho, la normativa establecía que la madre será responsable de la tenencia de los hijos menores de tres (03) años de edad, mas esto ha quedado desfazado con la entrada en vigor de la nueva ley puesto que ya no menciona nada al respecto de la edad, dejando gran responsabilidad a criterio del juez.

- Lugar del domicilio de los padres: Se ha hecho hincapié en que la separación de los padres no debe tener efectos negativos en los hijos. En este sentido, al aplicar la tenencia compartida, es crucial considerar el lugar de residencia de los progenitores, ya que, si viven cerca, en la misma localidad o provincia, facilitará la adaptación de los hijos a su nueva convivencia con ambos padres. Por lo tanto, la tenencia compartida debe cumplir con el requisito de la prontitud de la residencia de los padres pues sería perjudicial para el bienestar de los hijos exhibirlos a cambios drásticos en cuanto a su lugar de domicilio, escuela y entorno social, si los padres viven en diferentes provincias o estados. El propósito de esta figura legal es proporcionar al niño un entorno adecuado que responda a su interés superior, en lugar de generarle más perjuicios después de la ruptura del vínculo entre sus padres.

2.2.3. Necesidad de incorporar mejoras a la Ley N°31590

Problemas que se identifican en la aplicación de la Ley N°31590

Con relación a la tenencia compartida Gallardo, H. (2019) indica que se habla de desventajas cuando se hace referencia a distintas variantes que se presentan cuando se realiza un reparto justo e igualitario, donde se intenta que ninguna de las partes se vea afectada. Por otro lado, la doctora Torres, S. (2022) citando a Aguilar, B. mencionan que se debe tomar en consideración la aplicación de la tenencia compartida no va ser sencilla en nuestro país ya que la situación en la que se encuentran los progenitores suelen ser muy variadas desde distintos puntos de vista como la situación económica en la que se encuentran, pues por un lado uno de los padres puede tener las comodidades suficientes para lidiar con la tenencia compartida mientras que el otro no goza de estas facilidades, por lo que volvemos a llegar a la idea de que la aplicación de esta modalidad de tenencia debería ser evaluada en cada caso en particular, mas no ser impuesto por una norma general. Los problemas que se podrían identificar ante la ejecución de la ley N°31590 son:

- En relación a la obligación de prestar los alimentos y el aspecto económico, es importante considerar que los pagos de alimentos que un padre solía proporcionar al otro para el sustento de los hijos deberán ajustarse, ya que el menor pasará igual cantidad de tiempo con ambos progenitores, lo cual implica que los alimentos también deberán reducirse a la mitad. Es probable que esto no sea bien recibido por aquel que ya estaba recibiendo una pensión y había planificado su presupuesto en base a ella. Sin embargo, si buscamos justicia e igualdad, ambos principios deben aplicarse en todos los casos y el tema económico no puede ser una excepción. De igual manera la situación de que ambos padres deberán preparar un ambiente para la estadía de sus hijos implica que incurran en un mayor gasto económico y pues si

somos realistas en nuestro país no todos cuentan con una capacidad económica que les permita cumplir este requisito que resultaría de fundamental importancia para que funcione la tenencia compartida.

- Cuando se busca lograr un reparto equitativo basado en el tiempo, es importante considerar que requerir que los menores se desplacen periódicamente de un domicilio a otro puede generar una sensación de peregrinaje y provocar inestabilidad que resulta perjudicial para el desarrollo emocional y psicológico del niño, niña o adolescente involucrado. Por ejemplo, si la semana consta de 7 días, el menor debería pasar 3.5 días con cada padre. A primera vista, esto podría parecer justo, pero plantea el siguiente problema: si los progenitores domicilian en distritos diferentes, existiendo varios kilómetros de distancia, el menor tendría que viajar de un lugar a otro todas las semanas durante esos 3.5 días, llevando consigo libros, cuadernos, ropa, etc. ¿Es esto beneficioso? Quizás resulte más aceptable que, en lugar de repartir el tiempo de manera tan fraccionada, el menor pase 15 días con un padre y 15 días con el otro, o incluso se pueda acordar un mes con cada uno. También se podría considerar períodos más largos, como seis meses con cada padre. Estas alternativas parecen más adecuadas para evitar que el menor se convierta en una suerte de "pelota de ping-pong" entre las viviendas de sus progenitores.

- En cuanto a normas de comportamiento, este aspecto resulta de gran importancia si el menor está continuamente expuesto a normas distintas en cada hogar, surge la pregunta de cómo esto afecta su desarrollo. Por ejemplo, si uno de los padres permite que el niño permanezca despierto hasta las 10 de la noche, mientras que el otro establece un límite hasta las 7 de la noche, es probable que esto cause confusión en el menor acerca de las expectativas de comportamiento, lo que podría influir en su conducta. A veces, en un intento por ganarse el afecto del niño, uno de los padres puede adoptar un enfoque más permisivo en detrimento del otro progenitor. La falta de una comunicación adecuada y acuerdos entre los padres sobre las normas de comportamiento hará que sea difícil lograr el bienestar deseado para el niño. Es importante recordar que existen diversas formas de crianza, como el autoritarismo, el enfoque democrático o el enfoque permisivo, entre otros. Con referencia a la importancia del estilo de crianza aplicado a los menores, las Dras. María Fernanda Márquez Silva y Liseth Camila Sánchez Rico, tras una exhaustiva investigación, llegan a identificar que "los patrones de crianza tienen un impacto significativo en cómo el menor se percibe y se relaciona con su entorno y las personas, ya que es en este primer entorno social donde comienza a conocer el mundo y aprende cómo interactuar adecuadamente con sus padres".

- Otro problema que se puede identificar surge cuando uno de los padres no estuvo presente en la vida del menor y, en un momento dado, busca obtener la tenencia compartida. ¿Exponer al menor a la presencia de una persona que ni siquiera conoce o no ha visto en mucho tiempo podría tener un impacto negativo en su salud psicológica? ¿Está el menor preparado para convivir con un completo desconocido? No descartamos la posibilidad de que el menor pueda desarrollar un vínculo con el padre ausente, pero consideramos que imponer una presencia intensa no correspondería a la fórmula más adecuada. En estos casos, sería más pertinente optar por una interacción gradual, posiblemente con la orientación de un psicólogo.
- También podemos observar la significativa transformación que ocurre a largo plazo con respecto a las terceras personas que forman parte de la vida de los progenitores, cuando los padres que comparten la custodia contraen matrimonio con nuevas parejas, esto puede generar dificultades de integración y adaptación en los hijos, especialmente durante la transición del hogar materno al hogar del padre.
- Finalmente se podría identificar como último problema la limitación del papel del juez, pues la Jueza Suprema Carmen Cabello Matamala expresó su disconformidad con esta nueva ley señalando que si bien se busca promover la tenencia compartida como el objetivo principal, esta debería ser una decisión exclusiva del juez y no una imposición normativa, ya que los derechos de los niños y su bienestar deben primar sobre una ley general que en muchas situaciones resultaría impracticable, pues el papel del juez no se limita a aplicar la norma de manera uniforme en todas las situaciones, sino a considerar las circunstancias específicas de cada caso y priorizar el interés superior del niño, pues este deberá actuar junto con la ayuda de otros operadores, como el equipo multidisciplinario, a fin de evaluar de manera particular cada caso y su contexto para recién optar por la aplicación de la tenencia compartida, puesto que no en todos los casos es siempre lo más conveniente, dejando una carga muy delicada para los jueces ya que su decisión influirá en un correcto desarrollo de los menores o no.

Principios que vulnera la aplicación de la Ley N°31590

Principalmente dentro de los principios que se ven vulnerados frente a la aplicación de la Ley N°31590 se encuentra:

- El Interés Superior del Niño, Camino, M., Pardo, M. y Varsi, E., señalan que el legislador debe tomar las medidas generales adecuadas que tengan como finalidad optimizar los derechos de los niños y niñas sin distinción, siendo así necesario tener presente el interés superior del niño para adoptar las alternativas más apropiadas en cada caso en concreto, pues de no ser así e imponer lo que establece esta ley de manera general podría ocasionar el efecto contrario que busca esta ley al querer brindar un desarrollo adecuado e íntegro al menor, e

incluso ocasionar un conflicto familiar más grande debido a la no existencia de un acuerdo por parte de los progenitores.

- El principio de corresponsabilidad parental, Ayala, S. (2018) alega que el mencionado principio se basa en una distribución igualitaria de deberes y derechos que deberán cumplir los progenitores frente a sus hijos, de acuerdo con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se reconoce el derecho humano de los niños y adolescentes a contar con la corresponsabilidad parental. El artículo 18 de dicha convención se establece los países que la conforman deben hacer su mejor esfuerzo para amparar el reconocimiento de este principio, el cual implica que ambos progenitores comparten las mismas responsabilidades en la crianza y desarrollo del menor. Según Betelu, el principio de corresponsabilidad parental mantiene similitud con el principio del interés superior del niño, ya que persiguen que ambos padres asuman de manera equitativa el desarrollo integral del niño, niña o adolescente. Para lograr esto, los progenitores deben mantener una relación óptima, caracterizada por la cordialidad, amabilidad y plenitud.

- El principio de protección especial de la infancia y adolescencia, que como alegan Paredes, A. y Yovera, J. se encuentra orientado a aclarar que la protección del niño y adolescente no tiene como límite su sola protección o cuidado, sino que busca reconocer su individualidad como sujeto de derecho y obligaciones, evitando que se les cosifique o no se les tome en cuenta al momento de tomar una decisión tan importante como es la de la aplicación de la tenencia compartida; puesto que esto denotará una gran influencia en cuanto al desarrollo y bienestar del menor.

Necesidad de aplicar el interés superior del niño en las resoluciones judiciales a partir de la aplicación de la Ley N°31590

Bravo, D. considera que es primordial resguardar y aplicar el interés superior del niño ya que abarca todo aquello que promueva su desarrollo físico, psicológico, moral y social a fin de alcanzar su pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; a la par que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales y autoridades administrativas u órganos legislativos procuren el interés superior del niño a fin de que este goce plenamente de sus derechos fundamentales como alimentación, vestimenta, salud, y otro más que permitan su libre desarrollo integral. Así mismo los jueces de familia aplicaran el interés superior del niño como directriz en los procesos de tenencia compartida y en todo proceso que involucre a menores de edad, pues las decisiones que solo utilizan como frase cliché el interés superior del niño, lejos de resolver un problema lo podrían generar al incurrir en la debida motivación de resoluciones judiciales; pues es responsabilidad de los operadores de justicia avalar el

principio del debido proceso, mas de encontrarse un conflicto entre este último y el interés superior del niño se deberán ponderar ambos principios teniendo en cuenta que le resulta más favorable al menor, dado que al reconocer el interés superior del niño dentro del bloque de constitucionalidad peruano, es obligación del Estado y la comunidad garantizar la protección del niño, niña y adolescente.

Propuestas para mejorar la aplicación de la Ley N°31590

Para una adecuada aplicación de la Ley N°31590 es necesario tomar en cuenta lo que dicen algunos expertos respecto al tema, ya que se ha originado muchas controversias por lo que resulta necesario tener una aproximación de su aplicación dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Durante una entrevista Rentería Durand, presidenta de la Comisión del Niño y el Adolescente del Colegio de Abogados de Lima y ex jueza de familia, plantea que la aplicación de la norma de tenencia compartida puede resultar complicada. Algunos padres argumentan que no han tenido un régimen de visitas adecuado y han sido considerados como extraños. Además, se señala que dicha ley no ha considerado la Convención de los Derechos del Niño, la cual establece que el juez decidirá el lugar de residencia del niño en caso de separación de los padres. Por lo tanto, esto no implica que el niño deba estar constantemente cambiando de lugar o que se tomen decisiones arbitrarias. Se destaca también que al imponer de manera rígida y generalizada la tenencia compartida, se está coartando la función jurisdiccional del juez. al requerir que establezca la tenencia compartida, incluso sin considerar la realidad de los niños.

Patricia Beltrán Pacheco, en una entrevista con RPP Noticias, menciona que esta ley es de suma importancia, pero se debería enfocar en el desarrollo integral de los niños y niñas. Se identifica como principal error que la norma pretenda que el juez tenga el deber de establecer la tenencia compartida y luego, en caso de que no sea posible, se abra la opción de la tenencia exclusiva y se brinde un tiempo mínimo de convivencia con el otro progenitor. Se destaca la importancia de evaluar cada caso y promover una adecuada comunicación entre los padres. Se hace hincapié en que ya existen precedentes jurisprudenciales y que no era necesaria una nueva ley. Se menciona la posibilidad de que los hijos experimenten inestabilidad emocional al tener que moverse constantemente, y se resalta que los niños también son sujetos de derecho con capacidad para determinar sus actividades a cierta edad, por lo que deberían realizarse ciertos ajustes.

En ambas entrevistas se considera que se deben realizar ajustes en la norma para evitar limitaciones al juez y no perder de vista que los menores son sujetos de derecho. Aunque se

establezca la tenencia compartida para el desarrollo del menor, se debe tener en cuenta cada caso particular, ya que no se puede aplicar como una regla general, dado que cada familia es distinta en todos los aspectos

III. Materiales y métodos

Esta investigación se enmarca en un enfoque cualitativo, de tipo documental ya que busca identificar de qué manera la aplicación de la Ley N° 31590 llega a vulnerar el derecho alimentario del menor a fin de establecer cuestiones previas para futuras modificatorias en aras de salvaguardar este derecho; como la investigación documental se ejecuta a partir de la exploración de documentos, revistas o cualquier otro tipo de publicación considerado como fuente de información, que se originaron a partir de otras investigaciones; se ha trabajado la técnica del fichaje que permite sintetizar la información necesaria y más significativa de las fuentes recopiladas a fin de alcanzar las conclusiones, constituyendo la base teórica del objeto de investigación ya que el conocimiento se edificará mediante la lectura, análisis, reflexión e interpretación de dicho material documental. Además, el procedimiento requirió de un análisis que se ha realizado sucesivamente desde la elección del tema, descripción de la realidad problemática, planteamiento del problema, objetivos, hipótesis, aporte, hasta la redacción final que tomó en cuenta el material bibliográfico oportuno para este estudio.

IV. Resultados y discusión.

La discusión sobre el contexto de la protección de la familia como instituto fundamental en la sociedad peruana, y la importancia del bienestar de los niños como parte integral de la familia, es un tema de interés para la investigación jurídica. En este capítulo se examinan las implicancias de la Ley N° 31590, sobre la tenencia compartida en el Perú. La aplicación de esta ley representa un cambio significativo en la dinámica de las decisiones judiciales relacionadas con la custodia de los hijos en casos de separación o divorcio. Siendo así, nuestros objetivos específicos han sido analizar las implicancias de los derechos del menor en el contexto de una tenencia compartida, identificar problemas a través de entrevistas con jueces de familia y proponer mejoras en la aplicación de la Ley N° 31590. La preocupación central de esta investigación es dilucidar como esta ley podría afectar el derecho alimentario del menor, considerando que las disposiciones sobre esta cuestión no están claramente definidas en casos de tenencia compartida. Nuestra hipótesis se basa en la idea de que si la aplicación de la Ley N° 31590 llegara a perjudicar los derechos del menor, se requerirían

ajustes y consideraciones adicionales para prevenir la vulneración del derecho alimentario de los niños en estas situaciones complejas.

4.1. Implicancias de los derechos del menor frente a una tenencia compartida

La tenencia compartida se originará fundamentalmente a raíz de una separación o divorcio por parte de los progenitores, donde la situación del menor quedará en un evidente conflicto de no existir un acuerdo; por lo que esta institución sostiene que ambos progenitores se harán responsables de manera conjunta e igualitaria de las obligaciones y derechos de sus menores hijos, participando activamente en la vida de sus hijos a fin de que estos cuenten con el afecto y apoyo necesario preservando el interés superior del niño; para lo cual es necesario que exista una disposición a tomar acuerdos entre los padres y que estos recuerden que si bien la relación de pareja ya no existe, deberán actuar como socios parentales a fin de evitar vulnerar los derechos de sus hijos.

4.1.1. Análisis de la Tenencia Compartida.

Cuando nos adentramos en la tenencia compartida, entendemos que ambos progenitores tienen una responsabilidad igualitaria en aspectos básicos de la vida de sus hijos. Esto incluye la toma conjunta de decisiones que afectan el desarrollo personal y psicológico del menor, garantizando su bienestar y desarrollo. Esta modalidad surge principalmente a raíz de separaciones o divorcios, donde ambos padres deben compartir responsabilidades y autoridad para el beneficio de sus hijos. Es crucial que exista una disposición para la colaboración y la toma de acuerdos, recordando siempre la importancia de actuar en favor de los hijos y preservar su interés superior, incluso después de la disolución de la relación de pareja. La tenencia compartida, en su esencia, busca proteger y promover el bienestar de los niños a través de la colaboración activa de ambos padres en su vida diaria. En el marco del derecho comparado respecto a la tenencia compartida tenemos:

Tabla 1:*Tenencia Compartida en el Derecho Comparado*

País	Aplicación de la Tenencia Compartida
España	En España, la custodia compartida se introdujo en 2005, otorgando igualdad de derechos y deberes a ambos padres después de un divorcio o separación. La legislación ha evolucionado, reconociendo su carácter normal y deseable, en base a la sentencia del 29 de abril del 2013 cuando el Tribunal Supremo mediante sentencia 257 establecería que se debía considerar como figura normal e incluso deseable a la custodia compartida.
Francia	Francia promueve la "coparentalidad" tras la separación, donde ambos padres comparten la crianza diaria de los hijos. La ley de autoridad parental de Francia, Ley 2002-305, enfatiza la igualdad de los padres en la toma de decisiones y busca evitar litigios, facilitando acuerdos entre ellos.
Italia	En Italia, la custodia compartida se estableció como norma general en 2006 para priorizar el interés del menor. No se permite elegir entre custodia compartida o monoparental; el juez puede decidir un régimen de custodia según el bienestar del menor.
Suecia	Suecia fomenta la custodia compartida si los padres están de acuerdo, pero el tribunal puede disolverla si no beneficia al interés superior del niño. Su sistema legal reduce los juicios por custodia, incentivando acuerdos para proteger el bienestar del menor.

Nota: Elaboración propia (2023)

4.1.2. Examen del Derecho Alimentario del Menor

El derecho alimentario, representa un instituto jurídico crucial que busca garantizar la subsistencia de los menores. Berrios, D. (2018) destaca su importancia vital, aludiendo a la cobertura de necesidades básicas y calificándolo como un derecho de urgencia debido a su relación con la supervivencia. Leyva resalta su fundamento en la responsabilidad familiar basada en el parentesco y su rol en satisfacer las necesidades esenciales del individuo. Bermúdez lo interpreta como una facultad que asegura la provisión de elementos esenciales para la supervivencia, abarcando alimentación, educación, vestuario y más. Sospedra y Herrera (2006) añaden la base de solidaridad familiar, generando la responsabilidad de los progenitores de atender las insuficiencias de sus hijos en estado de necesidad. En síntesis, el derecho alimentario del menor se dirige a la protección de niños y adolescentes en situación de necesidad, abarcando aspectos vitales como alimentación, vestimenta, educación y salud;

teniendo en cuenta que este derecho emana de nuestro ordenamiento jurídico tomando en cuenta la existencia de parentesco entre dos personas siendo uno de estos el alimentista y el otro alimentante.

Es esencial diferenciar entre el derecho alimentario y la obligación alimentaria para evitar confusiones. El primero se refiere a los derechos y beneficios que el alimentista, ya sea hijo de una relación convivencial o conyugal, posee y que no se ven afectados por separaciones posteriores. Por otro lado, la obligación alimentaria abarca los deberes de ambos padres de manera igualitaria, según lo establece nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, al producirse una separación, se genera una situación especial en la que se fija una cantidad mensual para cubrir los gastos del menor y asegurar que el padre que no convive con el hijo cumpla con su responsabilidad. Este monto se establece a través de un proceso judicial, y el juez aplica ciertos criterios como el estado de necesidad, la posibilidad económica del obligado, el vínculo legal y la proporcionalidad en su fijación.

4.1.3. Exploración del Interés Superior del Niño

La aplicación del principio del Interés Superior del Niño condiciona a autoridades e instituciones privadas a tomar en consideración el interés superior del niño de manera primordial a fin de responder a la realidad que estos viven y garantizar su respeto, pues Calderón, T. (2018) refiere que esto servirá para que las medidas tomadas promuevan y protejan los derechos de los niños y no los amenacen. Por lo tanto, este principio desempeñará un papel fundamental al orientar las decisiones del Estado y a su vez como menciona Miranda, W. (2022) que los operadores legales se encontrarán obligados a mantener la vigencia de los derechos básicos de los niños y adolescentes en los actos que sigan una iniciativa política, legislativa o privada que llegue afectarlos de manera directa o indirecta a fin de garantizar el desarrollo más óptimo de los menores. La tenencia compartida debe regirse principalmente por el interés superior del niño, asegurando un entorno propicio para su desarrollo, minimizando conflictos y fortaleciendo emocionalmente al menor. Aunque la tenencia compartida ofrece ventajas, es crucial considerar sus posibles desventajas para su adecuada implementación, evitando colocar en una situación de riesgo la integridad y desarrollo del menor. Así mismo la relación entre el interés superior del niño y la tenencia compartida es muy estrecha y necesaria; pues si se desea aplicar la tenencia compartida de manera adecuada sin situar en peligro la integridad y desarrollo del menor, esta deberá contemplar múltiples circunstancias con la finalidad de garantizar la correcta aplicación del

interés superior del niño y no devenir en una mala práctica que ocasione todo lo opuesto al fin que busca la tenencia compartida.

En conclusión, se tendrá que frente a cualquier acción política que pretenda emitir, se deberá tomar de una forma prioritaria al interés superior del niño identificando lo más conveniente para ellos, pues como señala Aguilar, B. (2022) la supervivencia, protección y desarrollo de los niños deben situarse por, sobre todo.

4.2. Problemas A Partir De La Aplicación De La Ley N° 31590 En Los Derechos Del Menor Y Su Derecho Alimentario

Sobre los Jueces de Familia recaerá la responsabilidad de resolver conflictos familiares buscando proteger y garantizar los derechos de las personas y familias dentro del ámbito jurídico, mas esta protección en relación a la aplicación de la reciente Ley N°31590 se centrará en proteger los derechos del menor de edad a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los padres y de la primacía del interés superior del niño.

4.2.1 Análisis de la Jurisprudencia Posterior a la Ley N° 31590

Algunos autores se han pronunciado respecto a la tenencia compartida la cual será aplicada a partir de la Ley N°31590, identificando que esta brindaría ventajas como el disfrute igualitario del tiempo que los progenitores pasen con sus hijos o que el vínculo afectivo entre los hijos y sus padres se mantenga pese a que estos no vivan juntos; por otro lado se identifican algunas desventajas como la confusión que podría ocasionar la adaptación a nuevas reglas y horarios que tenga cada progenitor lo cual podría ocasionar una desestabilización en el menor o la forma para determinar cómo se cubrirán los gastos de manutención del menor teniendo en cuenta los tiempos que pasará con cada uno de sus progenitores. Por lo que al existir posiciones contrarias una apreciación más equilibrada es la que nos brinda Rodríguez, D. (2022) quien indica que la tenencia compartida debe ser considerado como modelo preferente, siempre y cuando se presenten las condiciones adecuadas a fin de que esta resulte realmente positiva; pues el hecho de establecer de manera automática la tenencia compartida, sin haber evaluado de manera minuciosa el contexto familiar en el que se encuentra el menor implicado, podría acarrear consecuencias negativas en su aplicación. Entonces, si bien se reconoce que debe ser el modelo elegido en primer orden, se señala que esto solo debe ocurrir cuando el bienestar del menor sea lo buscado.

Debido a lo reciente que es esta nueva ley de tenencia compartida dentro de nuestro contexto jurídico la jurisprudencia relacionada aún se encuentra en desarrollo, más se puede

citar al Expediente N°08177-2020-0-1618-JR-FC-01, mediante el cual el magistrado Félix Ramírez Sánchez, juez civil del MJB La Esperanza de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, explica las pautas establecidas para la tenencia compartida y enfatiza que se trata de un proceso abierto a litigio, subrayando que en estricta aplicación de los principios que abordan de manera integral los conflictos familiares, el interés superior del niño como norma procesal y la relativización de la congruencia, los jueces de familia pueden optar por la propuesta presentada por las partes en sus solicitudes originales o por otra solución diferente (utilizando la figura de la suplencia de queja deficiente), siempre considerando las circunstancias específicas que rodean al niño o adolescente en cada caso individual y priorizando el principio del interés superior del niño.. En consecuencia, de lo analizado se puede observar la existencia de opiniones contrarias que no son solo de los últimos años, ya que esta figura ha dado mucho de qué hablar desde hace ya un tiempo, siendo esto más notorio con la aprobación de la Ley N°31590 la cual produjo más opiniones compartidas tanto por la figura de la tenencia compartida, como por la manera en que se llegó a dar la aprobación de esta nueva ley; mas se observa que frente a estos nuevos escenarios de aplicación de la Ley N°31590 siempre deberá primar el respeto y garantía del interés superior del niño.

4.2.2 Criterios Adoptados por los Juzgados después de la Aplicación de la Ley N° 31590

La reciente entrada en vigor de La Ley N°31590 no permite tener una serie de criterios que los juzgados hayan adoptado a partir de su aplicación, mas se conoce que la figura de tenencia compartida ya existía en nuestro ordenamiento jurídico desde antes de la aplicación de esta nueva ley, en este sentido Paredes, A y Yovera, J (2018) señalan una serie de criterios que los juzgados deben tomar en cuenta al momento de aplicar la tenencia compartida, los cuales corresponden: a la ocupación u oficio de los padres a fin de determinar específicamente el tema económico en relación a los alimentos para el menor; la estabilidad del niño o el adolescente; el reparto del tiempo, la edad del menor y el lugar del domicilio de los padres.

El Expediente N°08177-2020-0-1618-JR-FC-01, mediante el cual el Juzgado Civil Permanente de La Esperanza – La Libertad, explica las pautas establecidas para la tenencia compartida y establece que es de litis abierta enfatizando que el juez o jueza de familia debe basar su decisión sobre la custodia y tenencia del menor en el principio rector que prioriza el interés superior del niño y garantiza de manera efectiva sus derechos fundamentales. Este enfoque implica sopesar los intereses del niño frente a otras consideraciones y las posibles consecuencias positivas y negativas de la determinación, debido a que la mayoría de las disputas familiares son intrincadas, el juez debe abordar el problema de manera holística,

utilizando el principio de congruencia e incluso la figura de la suplencia de queja deficiente, lo cual permitirá llegar a una resolución que realmente atienda a las circunstancias específicas que rodean al niño o adolescente en cada caso, siguiendo el principio del interés superior del niño, buscando preservar el derecho de los menores a mantener vínculos cercanos y afectuosos con ambos padres y a promover y garantizar la responsabilidad parental compartida en el cuidado de sus hijos menores.

4.3. De Qué Manera Se Puede Incorporar Mejoras A La Ley N° 31590

Con el desarrollo de la presente investigación hemos observado como la problemática se presenta en torno al interés superior del niño la cual busca garantizar un desarrollo integral del niño y adolescente dentro de su entorno familiar siendo rodeado de amor, comprensión y felicidad; por lo que tomando esto en cuenta nos cuestionamos si realmente la aplicación de la Ley N°31590 es la opción en la búsqueda del bienestar del menor o no, pues así como la tenencia compartida presenta ventajas también presenta problemas o desventajas.

4.3.1 Identificación de Problemas en la Aplicación de la Ley N° 31590

A raíz de la incorporación de la Ley N°31590 dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se ha identificado algunos problemas que se podrían presentar en la práctica a partir de su aplicación; en el aspecto económico en relación a la obligación de prestar los alimentos pues al no existir referencia sobre este tema dentro de la Ley N°31590 resulta necesario tomar en cuenta el grado de afectación que tendrán los pagos que realizaba uno de los progenitores para la manutención de su hijo o hijos, pues este podría variar en proporción al tiempo que pase el menor con cada uno de sus progenitores lo cual probablemente no sería bien aceptado por aquel que se encontraba recibiendo la pensión de alimentos y había planificado un presupuesto en base a ello, lo cual a su vez acarrearía un aumento desmedido de la carga procesal en los juzgados competentes pues las controversias para delimitar la adecuada división de los alimentos entre los padres se acrecentaría; otro problema que se presentaría sería que ambos padres deberán preparar un ambiente adecuado para la estadía de sus menores hijos, lo cual implica un mayor gasto económico y atendiendo a la realidad nacional no todos cuentan con una capacidad económica suficiente que les facilite cumplir este requisito que es indispensable para el funcionamiento de la tenencia compartida; así mismo el buscar lograr un reparto equitativo en cuanto al tiempo que pase el menor con cada uno de sus padres sin que este produzca una situación de inestabilidad en el menor a fin de evitar que caiga en una suerte de “pelota de ping-pong” entre las casas de sus padres; otro problema corresponde a las normas de comportamiento que puedan presentarse en cada hogar, pues si el

menor está expuesto a dos patrones de crianza diferentes en cada uno de los hogares de sus padres esto podría ocasionar una confusión que pueda afectar su correcto desarrollo integral; también tendríamos la situación donde uno de los padres ha estado ausente en la vida del menor por lo que imponer una presencia intensa no será la alternativa más adecuada; como último problema identificable tendríamos la limitación del papel del juez pues si bien la tenencia compartida es el ideal perseguido, esta decisión deberá ser exclusiva del juez atendiendo a las circunstancias de cada caso en especial y no imponerse por una norma.

En conclusión la aplicación de la Ley N°31590 implica grandes problemas ya que establece consideraciones que se alejan mucho de la realidad existente en las familias peruanas, pues los conflictos familiares en su gran mayoría son complejos, lo cual evidencia que su aplicación devenga en un campo más negativo que positivo pues Marcela Huaita Alegre y Benjamín Aguilar Llanos (2022) consideran que no existen cuadros estadísticos que respalden el cambio que propuso esta ley en cuanto a la aplicación de la tenencia compartida como norma general y más aun considerando que la realidad peruana identifica que 6 de cada 10 mujeres sufren de violencia por parte de su pareja (INEI, 2021), y es que acaso se considera posible que estas parejas puedan arribar a una tenencia compartida, y más aún que estén de acuerdo para la toma de decisiones que implican la vida cotidiana del menor, como las que señalábamos en párrafos anteriores; por lo que esta ley sería irreal e impracticable para la mayoría de personas.

4.3.2 Principios Vulnerados por la Aplicación de la Ley N° 31590

En relación a los principios vulnerados por la aplicación de la Ley N°31590 encontramos en primer lugar al Principio del Interés Superior del Niño, pues como hemos venido analizando este principio busca brindar y asegurar el bienestar del menor a fin de que se desarrolle de manera adecuada tanto en un aspecto físico, psíquico y social, por lo que debe servir como base dentro de nuestra legislación para brindar resguardo y protección a los derechos del niño, prevaleciendo por sobre cualquier otro principio, derecho o interés en controversia, y a su vez sirviendo de guía y criterio rector para la toma de decisiones que tengan los jueces al momento de versar en temas como lo son los de tenencia compartida; el Principio de Corresponsabilidad Parental mediante el cual se busca que los padres se encarguen del cuidado de sus hijos, cumpliendo con sus obligaciones y derechos de manera igualitaria, con el objetivo de garantizar el desarrollo integral de sus hijos, en consecuencia este principio se vería de igual manera vulnerado al establecer que los progenitores deben guardar una buena relación, situación que en la realidad no se presenta pues la gran parte de casos que llegan a instancias judiciales es debido a la deficiente relación y comunicación entre

los padres, la cual no les permite llegar a un buen acuerdo que tenga como prioridad el interés superior del niño y el Principio de Protección Especial de la Infancia y Adolescencia el cual reconoce la individualidad del niño y adolescente como sujeto de derecho y obligaciones a fin de evitar que estos sean cosificados por sus progenitores al punto de ser tomados como objetos de su propiedad, atendiendo a que las decisiones que se tomen influirán en gran manera en su desarrollo y bienestar.

Tomando en cuenta los principios señalados es necesario mencionar que el derecho alimentario del menor, se ve grandemente amenazado, pues la aplicación de la Ley N°31590 dentro de nuestra realidad podría generar conflictos entre los padres al no existir un acuerdo sobre como dividir la responsabilidad de proveer alimentos a sus menores hijos, y a la vez esto podría afectar negativamente en el bienestar emocional del menor; por lo que de no contar con medidas que garanticen la adecuada aplicación de la tenencia compartida, se podría afectar negativamente el bienestar del niño si no se tiene en cuenta sus necesidades específicas y el contexto familiar en cada caso en concreto.

4.3.3 Necesidad de Aplicar el Interés Superior del Niño en las Resoluciones Judiciales

Es esencial comprender la importancia de la complejidad de cada caso específico en este tema, ya que debe ser un componente influyente en la decisión de establecer una tenencia compartida. Considerando la relevancia del interés superior del niño y teniendo claro que este no está sujeto a debate y debe primar sobre cualquier otra consideración, es decir, que independientemente de si el caso es simple o extremadamente complejo, este principio sigue siendo el punto de partida; las resoluciones judiciales deberán tomarlo como directriz y a su vez teniendo en cuenta la institución de la responsabilidad parental la cual Espejo, N. (2021) define como el conjunto amplio de derechos y deberes que se encuentran orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño o la niña que incluye los derechos y deberes, responsabilidades y autoridades que por ley tienen los progenitores en relación con sus menores hijos y sus bienes. Es así que el magistrado Félix Ramírez mediante resolución N°17 del Expediente N°08177-2020-0-1618-JR-FC-01, manifiesta que el interés superior del niño coloca acertadamente a los niños y adolescentes como sujeto titular de derechos por lo que son dignos de atención, promoción, previsión y protección, teniendo las entidades gubernamentales tanto públicas como privadas y la sociedad en su conjunto la responsabilidad de seleccionar, en casos o disputas que involucren a menores, la opción que mejor se adapte y sea lógica y adecuada para asegurar de manera más eficiente sus derechos fundamentales, ello

implica una evaluación cuidadosa y el equilibrio del interés superior del niño frente a otros factores y las posibles consecuencias positivas y negativas de la elección.

Si bien la nueva ley de tenencia compartida aborda en cierta medida las lagunas que existían en la legislación anterior con respecto a la aplicación de esta figura, no podemos pasar por alto el grado de complejidad de los casos. Cuando hablamos de complejidad, nos referimos a que cada caso generalmente es único, de manera que lo que puede parecer adecuado para un caso "x" según el criterio del juez, no necesariamente es lo mismo que se deberá aplicar en un caso "y". Aquí entran en juego diferentes contextos familiares, pero lo más fundamental son los menores involucrados, y no es un secreto que, al igual que cualquier persona, cada uno de ellos experimenta emociones distintas y afronta las situaciones de manera diferente. Por lo tanto, no es lo mismo establecer una tenencia compartida para un menor que ha crecido en un entorno familiar armonioso, donde a pesar de las diferencias de sus padres, la separación o término de su relación fue llevada de manera adecuada y sin problemas, que establecer esta figura jurídica para un niño que ha sido criado en un ambiente de violencia y caos. Estas son escenarios totalmente diferentes, los cuales deben ser tratados y examinados minuciosamente, ya que se está velando por el bienestar del menor, recalco una vez más, en su interés superior.

4.3.4 Propuestas para Mejorar la Aplicación de la Ley N° 31590

La nueva Ley de tenencia compartida N°31590 si bien modifica la anterior Ley N°29269, aún existen cosas que mejorar para su adecuada aplicación, debiendo siempre recordar que los intereses de los progenitores no deben prevalecer sobre los del menor, y que la custodia compartida implica compartir responsabilidades de crianza y educación, priorizando el bienestar de los menores por encima de sentimientos negativos causados por la separación. Las tensiones existentes entre los padres pueden resultar perjudiciales para el crecimiento emocional, social, intelectual y educativo de los menores, por lo tanto, forzar la implementación de la tenencia compartida en situaciones de conflicto empeora estas implicaciones e impacta de manera negativa en el desarrollo de los niños y niñas. Centrándonos en el derecho alimentario del menor, se ha podido observar que no existen normativas o fundamentos jurídicos que regulen la manera en que se prestarán los alimentos en la tenencia compartida, pues es evidente que para que esta figura funcione deberá primar un acuerdo y buena comunicación entre los progenitores mas si esta no existe, llegamos a cuestionarnos de qué manera deberá actuar el juez. Es así que consideramos necesario establecer una regulación que ayude a la adecuada aplicación de la Ley N°31590, a fin de que se practique la tenencia compartida sin llegar a vulnerar el interés superior del niño, pues

deberán determinarse criterios que guíen a los jueces de familia y que estos no se vean limitados por la sola imposición de lo que implica esta nueva ley de tenencia compartida, impidiendo que se cosifique al menor dentro de estos procesos por no tener reglas claras y uniformes que sobre todo comprendan que en nuestro país cada situación es muy particular. Así mismo se debe considerar la aplicación estricta de los principios de abordamiento integral del conflicto familiar y el de relativización de la congruencia a fin de que los jueces de familia si bien tengan que optar en tomar como primera opción la tenencia compartida, y excepcionalmente por la tenencia exclusiva, asimismo puedan decidir por una tenencia compartida progresiva o cualquier otra solución acorde a cada caso en particular, pese a que estas no hayan sido solicitadas formalmente en el petitorio de la demanda, para lo cual se faculte al juzgador aplicar la figura de suplencia de queja deficiente a fin de garantizar una sentencia debidamente motivada y acorde al principio del interés superior del niño.

4.4. Modificatorias a la Ley n°31590 con la finalidad de prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor en los casos de tenencia compartida

La Ley 31590 ha introducido un cambio significativo en el panorama legal peruano al promover la tenencia compartida como la alternativa general en casos de separación o divorcio. Este cambio legislativo busca fomentar la cooperación equitativa de ambos progenitores en la crianza de sus hijos, sin embargo, se enfrenta a un desafío fundamental. Esta ley carece de criterios específicos para determinar cómo se deben distribuir los recursos económicos destinados al bienestar de los hijos en situaciones de tenencia compartida y no contempla de manera adecuada el principio del interés superior del niño, que es un pilar esencial en el ámbito del derecho de familia, el cual se encuentra regulado en el artículo IX del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes el cual señala que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. (2000, p. 7)

El propósito central es analizar en profundidad este vacío legal y proponer enmiendas o directrices que puedan abordar este importante asunto, tomando en consideración el principio del interés superior del niño, pues en palabras de Herencia, S. (2021) el Principio del Interés Superior del niño representa uno de los principios fundamentales y de mayor relevancia al abordar disputas familiares, y su naturaleza abstracta subraya la importancia de definir su aplicabilidad en situaciones específicas, buscando contribuir a una mejor regulación de la

tenencia compartida en el sistema legal peruano, asegurando un enfoque más equitativo y justo que priorice el bienestar de los menores involucrados.

Por lo que atendiendo a lo establecido mediante la Ley N° 31590, ley de tenencia compartida que modificó los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y el Adolescentes; consideramos acertada la propuesta de modificar el artículo 81 y 84.

Conclusiones

1. La tenencia compartida, el derecho alimentario del menor y el principio del interés superior del niño son componentes interrelacionados que buscan proteger y promover los derechos de los niños en situaciones de separación o divorcio. La tenencia compartida, al fomentar la colaboración activa de ambos padres, busca mantener vínculos sólidos y afectivos con los hijos mientras asegura la responsabilidad parental conjunta. El derecho alimentario garantiza la subsistencia de los menores en situaciones de necesidad, y la distinción entre derechos y obligaciones alimentarias es fundamental. Por último, el principio del interés superior del niño guía todas las decisiones, garantizando que el bienestar y los derechos de los niños sean la prioridad en cualquier contexto. Estos elementos deben mantenerse como principios rectores para garantizar el desarrollo óptimo de los menores y la preservación de sus derechos fundamentales.
2. La aplicación de la Ley N°31590 y la implementación de la tenencia compartida han generado un conjunto de desafíos y cuestiones clave en el ámbito jurídico. Aunque la jurisprudencia posterior a la ley se encuentra en desarrollo, se observa una diversidad de opiniones en relación con la tenencia compartida. Algunos autores destacan sus ventajas, como el disfrute igualitario del tiempo de los padres con sus hijos, mientras que otros señalan desventajas potenciales, como la adaptación a nuevas reglas y horarios, y la forma de cubrir los gastos de manutención del menor. En este contexto, es esencial considerar el principio del interés superior del niño y asegurar que la decisión del juez esté guiada por este principio, evaluando las circunstancias particulares de cada caso. La jurisprudencia, como el Expediente N°08177-2020-0-1618-JR-FC-01, subraya la importancia de considerar lo mejor para el menor, en primer lugar y garantizar la promoción de los vínculos afectivos con ambos padres. Los criterios adoptados por los juzgados también deben ser integrales y congruentes, asegurando que las decisiones se tomen en función del bienestar del menor, priorizando su interés superior y garantizando sus derechos fundamentales. Esta perspectiva reafirma la importancia de respetar y proteger los

derechos de los niños en el contexto de la aplicación de la Ley N°31590 y la tenencia compartida.

3. La aplicación de la Ley N°31590 y la introducción de la tenencia compartida presentan problemas económicos, de estabilidad, y de adaptación para el menor, así como posibles vulneraciones de principios como el interés superior del niño y la corresponsabilidad parental. Por ende, para mejorar su implementación, se requiere una regulación que establezca criterios claros para los jueces, priorizando el bienestar del menor, y permitiendo la adaptación de la tenencia compartida a las circunstancias de cada caso. Se sugiere la aplicación de los principios de abordamiento integral del conflicto familiar y la relativización de la congruencia para garantizar que las decisiones judiciales respeten el interés superior del niño y eviten situaciones perjudiciales en casos de violencia o conflictos familiares, asegurando una sentencia debidamente motivada y acorde al principio del interés superior del niño.
4. La Ley 31590 ha introducido la tenencia compartida como opción generalizada en casos de separación o divorcio, pero carece de criterios específicos para la distribución de recursos económicos en situaciones de tenencia compartida, lo que plantea desafíos para el bienestar del niño. Se propone enmendar los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes para garantizar un enfoque más equitativo y justo que priorice el principio del interés superior del niño de los menores involucrados en estas situaciones, buscando una buena relación entre los padres a fin de que estos puedan cooperar en beneficio de sus menores hijos, la elaboración de informes psicológicos que garanticen la aptitud de los padres para la tenencia compartida, la capacidad económica de estos a fin de que no se vea en peligro el derecho a la pensión alimentaria del menor y la edad de los menores y su capacidad de expresar su opinión.

Referencias

- Aguilar, B. (2010). "Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho". En: Revista Gaceta Constitucional. Tomo 35. Editorial Gaceta Jurídica; Lima, Perú.
- Álvarez, Y. (2017). Disparidad de Criterios de los Magistrados de la Corte Suprema en la Aplicación del Principio del Interés Superior del Niño. Tesis de pregrado. Universidad Nacional de Piura. Repositorio Institucional: <http://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1324/DER-ALV-OBL-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Arratea, E. y García, R. (2017). La obligación alimentaria en la tenencia compartida: Razones jurídicas que sustentan la obligación de ambos padres de prestar alimentos. Tesis de pregrado para optar por el título profesional de Abogado. Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.
- Ayala, S. (2018). Regulación del Derecho a los alimentos en la Tenencia compartida desde la perspectiva del principio del interés superior del niño. Tesis de pregrado para optar por el título profesional de Abogada. Universidad CésarVallejo.
- Bavaresco, A. (2013). Proceso Metodológico en la Investigación. Sexta Edición. <https://gsosa61.files.wordpress.com/2015/11/proceso-metodologico-en-la>
- 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.
- Bermúdez, M. (2015). “Artículo 6” en La constitución comentada. Análisis artículo por artículo, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica.
- Berríos, D. (2018). La unificación de los procesos de familia en el Perú. Tesis de pregrado para optar por el título de Abogada. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Cabello, C. (2023). Nueva ley que regula la tenencia compartida limita trabajo de magistrados.
- Calderón, T. (2018). El principio del interés superior del niño como principio garantista en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de los derechos en el Perú. Tesis de pregrado para optar por el título profesional de Abogado. Universidad Nacional de Áncash “Santiago Antúnez de Mayolo”
- Canales, C. (2014). Patria Potestad y Tenencia, nuevos criterios, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima.
- Chong, S. (2015). Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del primer juzgado transitorio de familia, lima sur, 2013. Tesis de pregrado para optar por el título profesional de Abogado. Universidad Autónoma del Perú.
- Dávila, M. (2020). Propuesta normativa para la ejecución del régimen de visitas, ante la obstaculización por parte del padre que posee la tenencia, atendiendo al interés superior del niño y adolescente. Tesis de pregrado para optar por el título profesional de Abogada. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Echevarría, C y Ponce, O. (2022). Análisis del tratamiento normativo de la tenencia compartida y las implicancias en el interés superior del niño en el Perú y el derecho

- comparado. Tesis de pregrado para optar por el título de Abogas. Universidad César Vallejo
- Fernández, L. (2017). Custodia compartida y protección del menor. Tesis para la obtención de Doctor en Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.
- Finol, T. y Nava, H. (1996). Procesos y Productos en la Investigación Documental. Editorial de la Universidad del Zulia (EDILUZ). Maracaibo.
- Gallardos, H. (2019). Análisis de la problemática de tenencia compartida en los juzgados de familia de Chiclayo, 2017. Trabajo de Investigación para optar por el grado de Bachiller. Universidad Señor de Sipán.
- Gallegos, Y. &, R. (2020). Manual de Derecho de Familia. Perú: Jurista Editores
- Herencia Espinoza, S. J. (2021). El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado y su concreción en la jurisprudencia nacional. Persona Y Familia. <https://doi.org/10.33539/peryfa.2021.n10.2485>
- Herrera, P y Torres, M. (2017). Los alimentos congruos en el ordenamiento jurídico peruano. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. <https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/54/download/>
- Herrera, M. y Otros. (2014). Libro de ponencialopes del I Congreso Nacional e Internacional del derecho de familia, niñez y adolescencia, Chiclayo, Universidad Señor De Sipán.
- Huaita, M. y Aguilar, B. (2022). ¿Cuáles son las implicancias de la nueva ley que regula la tenencia compartida?
- Leyva, A. (2014). Las declaraciones juradas de los demandados con régimen independiente frente al interés superior del niño en los procesos de alimentos, Tesis para optar el grade abogado, Trujillo, Universidad Privada Antenor Orrego.
- Liebel, M. (2015). Sobre el Interés Superior de los Niños y la Evolución de las Facultades. Universidad Libre de Berlín. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/3277/3305>
- Martínez, V. (2013). Paradigma de Investigación. Manual multimedia para el desarrollo de trabajos de investigación. Una visión desde la epistemología dialéctico crítica. https://pics.unison.mx/wpcontent/uploads/2013/10/7_Paradigmas_de_investigacion_2013.pdf
- Miranda, W. (2022). Variación de la tenencia del menor como consecuencia de alienación parental. Propuesta de modificación del artículo 82° del Código de Niños y Adolescentes. Tesis de pregrado para optar por el título profesional de Abogado. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

- Murillo, W. (2008). La investigación científica.
<http://www.monografias.com/trabajos15/invest-científica/investcientífica.shtm>
- Ñaupas, H. M. (2013). Metodología de la investigación científica y elaboración de tesis. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Paredes, A. y Yovera, J. (2018). La tenencia compartida y su influencia en la defensa del interés superior de los niños y adolescentes desde la perspectiva de expertos en el distrito de San Juan de Miraflores. Tesis de pregrado para optar por el título profesional de Abogado. Universidad Autónoma del Perú.
- Plácido, A. (2010). Manual de derecho de familia, Editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima.
- Ricoy, M.C. (2005). La prensa como recurso educativo. Revista Mexicana de Investigación Educativa. <https://www.redalyc.org/pdf/140/14002407.pdf>
- Sospedra, J. y Otros. (2006). Los procesos de familia, España, Editorial Aranzadi. S. A.
- Quimbita, J. (2017). Tenencia compartida de los hijos en caso de separación o divorcio de los padres en el Distrito Metropolitano de Quito, primer semestre 2016. Tesis de pregrado para optar por el título profesional de Abogado. Universidad Central del Ecuador.
- Torres, S. (2022). La tenencia compartida: ¿solución o problema?
- Yesque, A. (2022). Lineamientos jurídicos para mitigar la afectación del principio del interés superior del niño en torno a las medidas adoptadas por el Perú, bajo un régimen de excepción. Tesis de pregrado para optar por el título profesional de Abogada. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Varsi, E. (2023). Inviabilidad de un régimen legal especial para la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad en el Perú
- Zermatten, J. (2003). “El interés superior del Nino: del análisis literal al alcance filosófico”. Informe de trabajo. Institut International desde Droits de L’enfant.

Anexos

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 81 Y 84 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES PARA GARANTIZAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Artículo 1. Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto modificar los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, modificados por la Ley 31590, a fin de tomar el principio del interés superior del niño para establecer una adecuada tenencia compartida.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

Estas modificatorias serán aplicables a nivel nacional a fin de garantizar el principio del interés superior del niño.

Artículo 3. Modificación de los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes

Se modifican los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

Artículo 81. Tenencia compartida

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor.

Los padres, en común acuerdo y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser el caso se formalizará con una conciliación extrajudicial.

De no existir acuerdo, considerando a los procesos de tenencia como de litis abierta, el juez especializado optará en primer lugar por escuchar la fórmula planteada por las partes y de considerarlo necesario podrá apartarse de ella teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso en concreto y buscando salvaguardar el principio del interés superior del niño así como promover la responsabilidad parental de los padres con el cuidado de sus hijos y garantizando los vínculos estrechos y afectivos entre estos últimos.

Artículo 84. Facultad del Juez sobre la Tenencia Compartida

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

- a. La buena relación entre los padres y su capacidad para colaborar en beneficio del hijo.
 - b. Informes psicológicos de ambos padres que evalúen su aptitud para la tenencia compartida.
 - c. La capacidad económica de los padres para proporcionar un entorno adecuado para la estadía de sus hijos y garantizar que no se vea afectado el derecho a la pensión alimentaria del menor.
 - d. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores.
 - e. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo.
 - f. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma.
 - g. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna.
 - h. Las vacaciones del hijo y progenitores.
 - i. Las fechas importantes en la vida del menor.
 - j. La edad de los hijos y su capacidad de expresar su opinión de manera libre y asistida.
 - k. La interacción e interrelación de los menores con sus padres, familiares y entorno.
- En caso de disponer la tenencia exclusiva, el juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas.
- La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo y previa evaluación de las circunstancias.

- **Matriz de Consistencia**

TESISTA: MIGUEL STÉFANO VÁSQUEZ TORRES	
ORIENTADOR: DR. ULICES NILSON DAMIAN PAREDES	
LINEA DE INVESTIGACION: ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL	
TITULO: PROPUESTA DE MODIFICATORIAS DE LA LEY N°31590 A FIN DE PREVENIR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO ALIMENTARIO DEL MENOR	
PROBLEMA: ¿Qué modificatorias se deberán realizar a la Ley N° 31590 "Sobre tenencia compartida" para prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor?	
CATEGORIAS CONCEPTUALES	
Derecho Alimentario del Menor	Tenencia Compartida
OBJETIVOS	
GENERAL: PROPONER MODIFICATORIAS A LA LEY N°31590 CON LA FINALIDAD DE PREVENIR Y SALVAGUARDAR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO ALIMENTARIO DEL MENOR EN LOS CASOS DE TENENCIA COMPARTIDA	
ESPECIFICOS	Analizar las implicancias de los derechos del menor frente a una tenencia compartida
	Identificar los problemas a partir de la aplicación de la Ley N° 31590 en los derechos del menor y su derecho alimentario
	Explicar la necesidad de incorporar mejoras a la Ley N° 31590
HIPOTESIS	Si la aplicación de la nueva ley de tenencia compartida (ley N° 31590) llegaría a perjudicar los derechos del menor, entonces en atención al principio del interés superior del niño se deberían establecer propuestas modificatorias a fin de prevenir la vulneración del derecho alimentario del menor.
APOORTE	
MODIFICAR LA LEY N°31590 "LEY DE TENENCIA COMPARTIDA" A FIN DE PROPONER MEJORAS Y PREVENIR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO ALIMENTARIO DEL MENOR	