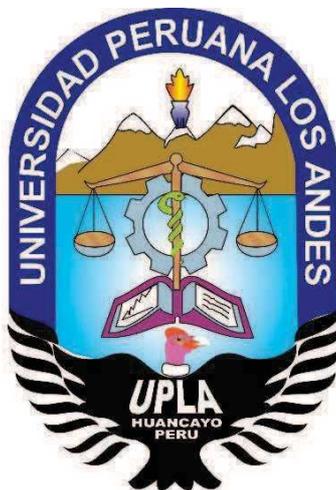


# UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

## Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

### Escuela Profesional de Derecho



## TESIS

TÍTULO	: LA TUTELA MORAL DE LOS PADRES RESPECTO A LOS HIJOS ALIMENTISTAS EN EL ESTADO PERUANO
PARA OPTAR	: EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO
AUTORES	: WILLIAM ANTONIO URIBE SANCHEZ : MIRELLE DENISSE FIERRO GARCES
ASESOR	: Mg. HECTOR VIVANCO VASQUEZ
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN INSTITUCIONAL	: DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS
FECHA DE INICIO Y DE CULMINACIÓN	: NOVIEMBRE 2019 A ENERO 2020

HUANCAYO – PERÚ

2020

## **DEDICATORIA**

Esta Tesis va dedicada a mis dos hijos, Luana y Alejandro, un par de angelitos que Dios me brindó para cambiarme la vida de forma tan significativa que tuve la fuerza para dejar atrás las cadenas de un pasado doloroso y dar pie a un “romper el ciclo” y lograr una nueva vida llena de amor y con un significado real de lo que es una verdadera familia, quienes me impulsan a la superación constante en este camino llamado vida.

Mirelle

En especial a mi padre que está en el cielo de quien recibí la mejor guía y al motor de vida, mi familia, quienes siempre me acompañaron y apoyaron en este proceso como a lo largo de todos mis emprendimientos.

William

## **AGRADECIMIENTO**

En especial un agradecimiento a nuestra alma máter, la Universidad Peruana los Andes, porque, en sus aulas logramos nuestros objetivos, a nuestros maestros que nos compartieron sus conocimientos y en especial a nuestro asesor, el Dr. Hector Vivanco, quien tuvo la dedicación, paciencia y disciplina para culminar la tesis en el tiempo programado.

Mirelle Fierro y William Uribe

## CONTENIDO

<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>2</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>3</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>7</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>14</b>
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA .....	14
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA .....	16
1.2.1. Delimitación espacial.....	16
1.2.2. Delimitación temporal.....	16
1.2.3. Delimitación conceptual .....	17
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	17
1.3.1. Problema general .....	17
1.3.2. Problemas específicos .....	17
1.4. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN .....	17
1.5. JUSTIFICACIÓN.....	18
1.5.1. Social.....	18
1.5.2. Teórica .....	18
1.5.3. Metodológica .....	19
1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
1.6.1. Objetivo general.....	19
1.6.2. Objetivos específicos .....	19
1.7. Importancia de la investigación.....	20
1.8. Limitaciones de la investigación .....	20

<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>21</b>
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	21
2.1.1. Internacionales .....	21
2.1.2. Nacionales.....	31
2.1.3. Locales .....	37
2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN .....	37
2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS .....	79
<b>CAPÍTULO III: METODOLOGÍA .....</b>	<b>82</b>
3.1. METODOLOGÍA .....	82
3.2. TIPO DE ESTUDIO.....	83
3.3. NIVEL DE ESTUDIO .....	84
3.4. DISEÑO DE ESTUDIO .....	84
3.5. ESCENARIO DE ESTUDIO .....	86
3.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS O FENÓMENOS .....	86
3.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA .....	87
3.8. MAPEAMIENTO .....	87
3.9. RIGOR CIENTÍFICO .....	89
3.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	89
3.10.1. Técnicas de recolección de datos .....	89
3.10.2. Instrumentos de recolección de datos.....	90
<b>CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....</b>	<b>91</b>
3.1. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO .....	91
3.2. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS .....	99
<b>CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS .....</b>	<b>109</b>
4.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO .....	109
4.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS .....	117

4.3. DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL .....	125
<b>CAPÍTULO VI: PROPUESTA DE MEJORA.....</b>	<b>137</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>139</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>140</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>141</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>150</b>
MATRIZ DE CONSISTENCIA .....	151
INSTRUMENTOS .....	152
PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS .....	153
PROCESO DE CODIFICACIÓN .....	155
PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL.....	158
COMPROMISO DE AUTORÍA.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>

## RESUMEN

La presente investigación tiene como **objetivo general** analizar la influencia de la Tutela Moral de los padres en la protección de los Hijos Alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano, de allí que, nuestra **pregunta general** de investigación sea: ¿ De qué manera influiría la Tutela Moral de los padres en la protección de los Hijos Alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano?, y nuestra **hipótesis general**: “La Tutela Moral de los padres influiría positivamente en la protección del Hijo Alimentista en el ordenamiento”; asimismo, guarda un **método de investigación** de corte jurídico dogmático, esto es con un método general denominado la hermenéutica, asimismo presenta un tipo de investigación básico o fundamental, con un nivel correlacional y un diseño observacional, por tal motivo es que la investigación por su naturaleza expuesta, utilizará la técnica del análisis documental de leyes, códigos, sentencias y libros doctrinarios que serán procesados mediante la argumentación jurídica a través de los instrumentos de recolección de datos como la ficha textual y de resumen que se obtengan de cada libro con información relevante; asimismo, la tesis obtuvo los **siguientes resultados**: La Convención de los Derechos del Niño insta a una figura protectora del desarrollo psicológico, emocional y físico del menor, requiriéndose la presencia de ambos padres, que cumplen un determinado rol en la vida del niño o adolescente; finalmente la **conclusión** más importante de la investigación fue: La introducción de la Tutela Moral en nuestro ordenamiento jurídico como una figura que brindará al menor apoyo, seguimiento y soporte emocional en su vida diaria por parte de sus progenitores contribuyendo a su desarrollo integral.

**Palabras clave:** Tutela Moral, Responsabilidad Parental, Patria Potestad, Alimentos, deberes parentales, Síndrome de Alienación Parental.

## ABSTRACT

The present investigation has as a general objective to analyze the influence of the moral guardianship of the parents in the protection of the Food Sons in the Peruvian legal system, hence, our general research question is: How would the moral guardianship of the parents in the protection of the Food Sons in the Peruvian legal system ?, and our general hypothesis: “The moral guardianship of the parents would positively influence the protection of the Food Child in the ordering”; It also has a dogmatic legal investigation method, that is, with a general method called hermeneutics, it also presents a basic or fundamental type of investigation, with a correlational level and an observational design, for that reason it is that the investigation for its Exposed nature, will use the technique of documentary analysis of laws, codes, sentences and doctrinal books that will be processed through legal argumentation through data collection instruments such as textual and summary data obtained from each book with relevant information ; Likewise, the thesis obtained the following results: The Convention on the Rights of the Child urges a protective figure of the psychological, emotional and physical development of the child, requiring the presence of both parents, who fulfill a certain role in the life of the child or adolescent ; Finally, the most important conclusion of the investigation was: The introduction of Moral Guardianship in our legal system as a figure that will provide the least support, follow-up and emotional support in your daily life by your parents contributing to your integral development.

**Keywords:** Moral Guardianship, Parental Responsibility, Parental Rights, Food, parental duties, Parental Alienation Syndrome

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como propósito analizar la fundamentación de la asignación familiar del trabajador basado en el principio del interés superior del niño en el Estado peruano, pues el monto que se otorga al trabajador como beneficio social de asignación familiar y el objeto de esta que es cubrir las necesidades del menor, estimamos es muy bajo.

Por consiguiente, la presente investigación está compuesta por seis capítulos, así vamos a detallar de manera general cada una de ellas. **En el primer capítulo** denominado planteamiento del problema, se desarrollan tópicos como la descripción de la realidad problemática, delimitación del problema, la justificación, entre otros.

En éste primer capítulo se pone énfasis a la formulación del problema, la cual tiene como pregunta general: De qué manera influiría la tutela moral de los padres en la protección de los hijos alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano?, asimismo en el objetivo general de la investigación, el cual es: Analizar la influencia de la tutela moral de los padres en la protección de los hijos alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano, y finalmente presentar la hipótesis general: “La tutela moral de los padres influiría positivamente en la protección del hijo alimentista en el ordenamiento jurídico peruano”, la cual será sometida a contrastación.

Posteriormente, se desarrollan los antecedentes de investigación, con la finalidad de saber cuáles fueron los trabajos anteriores y determinar cuál fue el último status de las investigaciones sobre la tutela moral (que es la variable independiente) y los hijos alimentistas (que es la variable dependiente), asimismo se detallan las bases teóricas de la investigación, las mismas que se profundizaron y sistematizaron de acuerdo a las variables de investigación.

En el **capítulo dos** cuyo título es metodología es donde se desarrollan y describen la forma en la cual se realizará la recolección y el procesamiento de la información, de tal suerte que para el caso nuestro, se utilizó el método general de la hermenéutica, como método específico la hermenéutica jurídica, asimismo se utilizó un tipo de investigación básico o fundamental, un nivel correlacional y un diseño observacional, en seguida se utilizó la técnica del análisis documental junto con su instrumento que es la ficha textual, de resumen y bibliográfica.

En el **capítulo tres** denominado resultados en donde se puso en evidencia en forma más sistemática los datos que se utilizarán para el correspondiente análisis y discusión con el objeto de arribar a una contrastación de hipótesis, entonces en éste capítulo en el cual por cada hipótesis específica se consiguió sistematizar toda la información recabada en las bases teóricas para luego realizar un examen crítico académico, siendo los principales resultados:

- Tanto el Código Civil como el Código de los Niños y Adolescentes definen a los alimentos como “lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente”. Por lo mismo, involucra dos aristas: (i) una obligación alimentaria del padre (o madre), (ii) un derecho del menor por su propia condición.
- Además de ello, creemos importante hacer una referencia a la clasificación de los alimentos. Pues, aunque en la doctrina se señalen la clasificación en alimentos congruos y necesarios, lo importante de ambos es el contenido que justifica dicha denominación.
- En el artículo 418 hace referencia a: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. Así, la

patria potestad se caracteriza por darle a los padres no solo el derecho respecto a sus hijos, sino también un deber como imperativo de obligatorio cumplimiento.

- Teniendo en consideración que la finalidad de la tutela y la patria potestad es la misma, actuando la primera en reemplazo de esta última; los deberes que corresponden a los padres que ejercen la patria potestad, serán los mismos en para la tutela.
- Doctrinariamente se desarrolla la responsabilidad parental como una función, y no como un deber, que tienen los progenitores del menor, la misma que está orientada a la protección desarrollo y formación integral del menor. Aunque podría pensarse que esta función es similar (sino la misma) que la institución de la patria potestad, la diferencia recae en el mantenimiento de la función independientemente de quién ejerza la tenencia del menor; pues como sucede con la patria potestad, esta es ejercida por el padre a cargo del menor.
- El síndrome de alienación parental consiste en una alteración que normalmente aparece en el contexto del divorcio (o separación en general), en la cual el niño desprecia y critica a uno de sus progenitores; ello como consecuencia de que un progenitor programa mentalmente al hijo para que rechace al otro.

El **capítulo cuatro** nombrado análisis y discusión de los resultados, es donde ya se realiza por cada hipótesis específica una valoración de juicio contando con la información sistematizada a fin de llegar o arribar a conclusiones lógicas argumentativas y sobre todo para lograr contrastar las hipótesis específicas y luego la hipótesis general, así siendo las principales discusiones fueron:

- Como se observa, existe una disyunción entorno al objeto de la institución de los alimentos y su efectivización en la realidad. En ese sentido, en contraposición a los

que defienden la tesis patrimonial, se señala que esta solo está fundamentada en que los alimentos tienen su solución (o efectivización) en una prestación de índole patrimonial; no obstante, ello no le otorga esa naturaleza, toda vez que el objeto es el desarrollo integral del menor, así como su subsistencia.

- Se hizo referencia de manera general de las circunstancias que ocasionan el establecimiento de una pensión alimenticia: (i) la separación o divorcio de los padres que desencadena un proceso de alimentos, o (ii) que desde el inicio se lleve a cabo un proceso judicial alimentario (de manera individual o en conjunto con la declaración judicial de paternidad) por ser un hijo extramatrimonial.
- Se debe comprender que la responsabilidad parental es el pilar que fundamenta a la tutela moral, pues si bien este término (responsabilidad parental) engloba tanto al contenido de la institución alimentaria como al de la tutela moral; los alimentos ya son, además de regulados, cautelados por medio de una resolución judicial que dispone la entrega de una pensión alimentaria para el niño.
- Queremos hacer una precisión si aún (luego de desarrollo de la investigación) no queda clara la referencia a la esfera moral del menor, pues esta se encuentra referida a un enfoque moralizador y de soporte; es decir, la orientación y educación de este a las buenas costumbres, valores, reglas sociales, etc., además de un apoyo, seguimiento y soporte emocional en todo el desarrollo de su vida diaria, de manera constante.

Finalmente, con los **capítulos cinco y seis**, se exponen las conclusiones y sus consecuentes recomendaciones, las cuales están expuestas en orden sistemático, en otras palabras, que existe una conclusión por cada hipótesis específica y general, al igual que las recomendaciones, que en nuestro caso fueron tres en cada uno.

Teniendo la seguridad de que la tesis sea de utilidad para nuestra comunidad jurídica, auguramos una alturada discusión del tema, con la finalidad de consolidar nuestra postura académica y la de los operadores del derecho.

## **CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

El Estado, como consecuencia de la organización social, tiene como finalidad la protección de la persona humana, pero también tiene como obligación la protección de la familia, así como de sus miembros, como núcleo de la sociedad. En ese orden de ideas, los niños y adolescentes, parte esencial de la familia, merecen una adecuada protección por su inherente condición de vulnerabilidad.

La realidad mundial, que se va asentado poco a poco en nuestro país, es cruda. El modelo de familia tradicional es cada vez más escaso y en su remplazo se van estableciendo familias “modernas”, en la mayoría de los casos disfuncionales; ésta está integrada por los hijos y (en su mayoría) solo uno de los progenitores. Si bien la protección estatal frente a esta situación existe en nuestro ordenamiento jurídico bajo la figura de los alimentos, es importante hacer referencia a la extensión de esta y las falencias que contiene, pues ellas se ven evidenciadas en los propios menores, que en teoría son objeto de protección de dicha figura jurídica.

Como consecuencia de dos supuestos: (i) el divorcio de los padres, quedando el hijo a cargo de uno de ellos y, (ii) el reconocimiento judicial de un hijo extramatrimonial, producto de un proceso incoado en contra del padre del menor; se establece la figura de los Alimentos. Esta figura, regulada en el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 472 del Código Civil, es entendida como lo “indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación”; de ello, podemos extraer la siguiente conclusión: los alimentos no están

circunscritos a una simple “prestación u obligación económica”. No obstante, en la práctica, sí se considera así.

En cualquiera de los supuestos antes señalados, como consecuencia de un proceso judicial, el juez deberá fijar una “pensión alimenticia” a uno de los padres en beneficio del menor; así, dicha pensión que debería contener los alimentos [en la totalidad de su acepción], se restringe a una suma dineraria mensual a entregar al padre que ejerce la tenencia del menor. Esta situación acaecida en nuestra sociedad genera, por parte del padre o madre obligado con la prestación alimentaria, a una indiferencia e irresponsabilidad respecto de su hijo.

No es quimérico afirmar que, en muchos casos, una vez asignado el monto de pensión alimenticia, el padre (debiendo entenderse tanto al padre o la madre pues ninguno es ajeno a este hecho) se conforma con el depositar mensualmente una suma de dinero (cual cuotas de pago al banco) olvidándose de los deberes que le atañen como padre. Pero tampoco es fantasiosa la restricción que practica el padre, que ejerce la tutela, en contra del otro y en perjuicio del menor; ello se materializa en la disposición del padre para cumplir sus deberes [no económicos] para con su hijo, sin embargo, se ve limitado por el otro padre que, por resentimientos personales, impide la convivencia y relación entre el padre y el hijo.

Los deberes que atañen a los padres de índole no económica a los que se hacen referencia, son similares a los de la patria potestad; estos en concurrencia con los descritos como parte de los alimentos pueden ser contenidos en un solo término: Tutela Moral. En ese sentido, esta involucrará el deber de todo padre de brindar una adecuada educación, guía, afecto, apoyo, sostenimiento, dirección, etc., a su hijo; tal como lo tiene un menor perteneciente a una familia nuclear ideal.

Estando a lo mencionado, planteamos la siguiente interrogante: ¿De qué manera influiría la Tutela Moral de los padres en la protección de los Hijos Alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano?

## **1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Delimitación espacial**

Nuestra investigación, por su misma naturaleza jurídica dogmática, se enfocará en el análisis de figuras e instituciones jurídicas. En primer término centraremos nuestra atención en la figura jurídica de la tutela moral, la misma que aunque no se encuentra expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico, es justo la razón por la cual va a ser materia de análisis en relación a figuras afines a la misma; asimismo, esta figura jurídica va a ser correlacionada con la institución jurídica de alimentos, en específico con la figura jurídica del derecho del hijo alimentista, la misma que se encuentra regulada Código del Niño y del Adolescente. En ese orden de ideas, el espacio de investigación va a ser el territorio peruano toda vez que las normas que regulan las instituciones y figuras jurídicas mencionadas son obligatorio cumplimiento en el territorio peruano.

### **1.2.2. Delimitación temporal**

Estando a lo antes mencionado, y reiterando la naturaleza jurídica dogmática de la presente investigación, el tiempo que abarcará esta va ser acorde a las variables de investigación contenidas en las figuras e instituciones jurídicas a las que se hicieron referencia, las que son: tutela moral e hijos alimentistas; en consecuencia, el tiempo que abarcará la investigación dependerá de la vigencia de las figuras jurídicas en análisis. En otras palabras, el tiempo será hasta el año 2019, toda vez que hasta este momento ambas variables se encuentran en vigencia como parte del Código Civil y del Código de Niños y Adolescentes.

### **1.2.3. Delimitación conceptual**

La presente investigación va a consistir en cada una de las partes en discusión enfocadas desde una óptica positivista, ello en función al análisis dogmático. Así, la figura jurídica de la tutela moral y los hijos alimentistas, contenidos, como ya se señaló en el Código Civil, deben estar en sintonía con los demás conceptos jurídicos que tienen lugar en la presente investigación; en consecuencia, vamos a usar la teoría *ius-positivista*, siendo el punto de referencia la interpretación jurídica positivista (exegética y sistemática-lógica), de esta manera se van a desarrollar los parámetros como parte de la elaboración de la presente investigación.

## **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.3.1. Problema general**

- ¿De qué manera influiría la tutela moral de los padres en la protección de los hijos alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano?

### **1.3.2. Problemas específicos**

- ¿De qué manera influiría la responsabilidad parental de los padres en la protección de los hijos alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿De qué manera afectaría las carencias morales de los padres en la protección de los hijos alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano?

## **1.4. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN**

EL propósito de la investigación es que la tutela moral, como figura jurídica, obligue al padre a dar una orientación y educación de las buenas costumbres, valores, reglas sociales, etc., además de un apoyo, seguimiento y soporte emocional al niño, a lo largo de su desarrollo. Por

ende, se propone la modificación de los siguientes artículos: 472 del Código Civil, 92 del Código de los Niños y Adolescentes y 546 del Código Procesal Civil.

## **1.5. JUSTIFICACIÓN**

### **1.5.1. Social**

La presente investigación coadyuvará al Estado con el cumplimiento de su rol tuitivo y protector de la familia y en especial de los niños y adolescentes, toda vez que los hijos alimentistas que merecen una adecuada protección, no siempre la tienen. En consecuencia, nuestra tesis contribuye a que las personas y en especial los padres, sepan que no es suficiente con brindar un monto dinerario para el correcto desarrollo, protección y crecimiento del menor; por el contrario, es necesaria una debida Tutela moral, la misma que involucra tanto las relaciones afectivas, como correctivas y educativas, pues ellas permitirán el adecuado crecimiento del menor. Además, en su defecto, permitirán que el padre o madre a cargo del menor exija (por intermedio del órgano jurisdiccional) la tutela moral por parte del otro padre, en aras del bienestar del menor.

### **1.5.2. Teórica**

En función al análisis que se realizará de la institución jurídica de los alimentos y de los derechos del hijo alimentista, se podrán establecer los límites que tiene la norma respecto a la protección de los menores y de los deberes que tienen los padres respecto de ellos; así, relacionando dichas falencias con la figura jurídica de la tutela moral, se propondrá una extensión de los derechos de los menores y de los deberes de los padres, dejando de estar circunscritos a un ámbito meramente económico. Por consiguiente, el legislador, y los doctrinarios, de tomar en consideración lo que se desarrolle en la presente investigación, permitirán que se proteja de manera adecuada al menor, acercándonos cada vez más a una

correcta aplicación del interés superior del niño en cada ámbito de nuestro ordenamiento jurídico.

### **1.5.3. Metodológica**

En orden a la naturaleza de la investigación, se va a emplear como método de investigación la hermenéutica jurídica al analizar ambas variables de estudio, teniendo por ende como instrumento de recolección de datos a la ficha (bibliográfica, textual y de resumen) tanto de la tutela moral como de los hijos alimentistas; así, al estar orientado a un nivel correlacional, se analizarán las características de ambas variables y su nivel de compromiso y relación, para emplear por último la argumentación jurídica como método de procesamiento de datos, para así poder contrastar la hipótesis planteada. En consecuencia, se aportará un esquema de cómo investigar cuando estemos frente a dos variables de naturaleza distinta, siendo una figura jurídica ajena nuestro ordenamiento jurídico como la tutela moral y la segunda los hijos alimentistas, regulada en el libro de familia y el Código de Niños y Adolescentes.

## **1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1. Objetivo general**

- Analizar la influencia de la tutela moral de los padres en la protección de los hijos alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano.

### **1.6.2. Objetivos específicos**

- Identificar la influencia de la responsabilidad parental de los padres en la protección de los hijos alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano.
- Examinar la influencia de las carencias afectivas en la protección de los Hijos alimentistas en el ordenamiento jurídico peruano.

### **1.7. Importancia de la investigación**

Es importante porque la tutela moral de los padres influiría positivamente en la protección del hijo alimentista en el ordenamiento jurídico peruano, toda vez que la pensión alimenticia se restringe a un ámbito patrimonial, dejando de lado la educación integral del menor para un desarrollo y adaptación social adecuada.

### **1.8. Limitaciones de la investigación**

Las limitantes han sido el hecho de conseguir expedientes judiciales porque los jueces son muy recelosos y herméticos para brindar casos reales sobre la pensión alimenticia, de allí que, no se pudo obtener la casuística esperada, de igual manera los libros versados, porque si bien existe libros sobre pensión alimenticia, no tocan sobre el deber moral de los padres, pero tomado desde una visión jurídica.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

#### 2.1.1. Internacionales

Como investigación internacional, se tiene a la tesis titulada: *Facultades y Deberes del Progenitor No Custodio*, por Cornejo (2017), sustentada en el país de Chile para optar el grado de licenciado en derecho por la Universidad de Chile; en ésta investigación lo más resaltante es el enfoque que se realiza la falta de regulación por parte de la legislación chilena, respecto a los deberes morales del padre no custodio frente al menor. Ello con la finalidad de proteger su desarrollo psicológico, social y moral. Y este resultado se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto refleja la importancia de realizar la regulación de los deberes morales del padre no custodio frente al menor, con la finalidad de proteger el interés superior del niño. Las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- Según Cornejo, la presente investigación, tiene como principal objetivo determinar los deberes del padre no custodio frente al menor. Que por su naturaleza no posee la responsabilidad del cuidado de los hijos. El Código Civil chileno regula los deberes y derechos de la patria potestad, sin embargo, el autor hace referencia a la falta de regulación de los deberes del padre no custodio y lo importante que resulta en la vida del menor la regulación de dicho vacío.
- Según Cornejo, el término “el cuidado personal de los hijos” no tiene una única interpretación. Sino que abarca un concepto más amplio en relación a la vida del menor como el cuidado social, psicológico y físico. Y la responsabilidad moral no resulta unilateral para el padre que posee la patria potestad, sino que esta desde un punto de vista moral resulta también responsabilidad del padre no custodio.

- El autor hace referencia al principio de corresponsabilidad, el cual consiste en otorgar la misma responsabilidad a ambos padres sin importar si estos se encuentran viviendo juntos o separados. Con la finalidad de otorgar un rol activo al padre no custodio, independientemente del deber de alimentos que tiene como deber frente al menor. Con la finalidad de proteger diferentes ámbitos de la vida del menor, y no solo enfocarse en proteger el ámbito económico.
- Como ya se mencionó, bajo el principio de corresponsabilidad se atribuye una responsabilidad compartida a ambos padres, independientemente de lo económico, pues dicha responsabilidad cubre aspectos que el dinero no puede afrontar. Como es el ámbito emocional.
- En la legislación chilena, actualmente se encuentra regulado la patria potestad, la cual señala una serie de deberes y derechos dirigida para los padres con la finalidad de proteger el interés superior del niño, así también la mencionada ley señala que, si se trata de padres separados, la patria potestad será otorgada a uno de los padres. Otorgándole responsabilidad económica a solo uno de los progenitores dejándolo sin responsabilidad moral.
- Bajo esta premisa el autor propone sustituir la patria potestad por la responsabilidad parental, el cual refiere compartir la responsabilidad correspondiente a los deberes entre ambos progenitores. Asumiendo que la responsabilidad frente al hijo no solo abarca el tema económico.

Finalmente, la tesis **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

Como segunda investigación internacional, se tiene la tesis titulada: *Incidencia de la responsabilidad parental en menores en conflicto con la ley colombiana: el derecho de familia como herramienta para la identificación y análisis de problemáticas relacionadas con adolescentes en conflicto con la ley en Colombia*, **por** Herman (2014), sustentada en Colombia, para optar el grado del licenciado en derecho por la Universidad Católica de Colombia; en ésta investigación **lo más resaltante** es la importancia que se realiza en relación a la influencia que tiene el entorno familiar en la vida del niño o adolescente. Determinando su desarrollo personal y su actuación frente a la sociedad. Es por ello que el Estado debe asegurar el cumplimiento de los derechos y deberes que gozan los progenitores, establecidos en la legislación colombiana con la finalidad de proteger el interés superior del niño o adolescente, Pues, Según la investigación del autor, la mayoría de adolescentes que tienen problemas con la ley, crecieron con vínculos afectivos distantes por parte de sus padres acompañados de problemas sociales y económicos. **Y éste resultado** se relaciona con nuestro tema de investigación, en tanto afirma la importancia de la presencia emocional que requiere el niño o adolescentes de ambos progenitores, para construir de manera adecuada su desarrollo personal, para ello, el Estado debe asegurarse del cumplimiento de los derechos y deberes que estipula el Código colombiano, sin importar la situación sentimental de ambos padres. Las **conclusiones** de dicha investigación fueron las siguientes:

- La mayoría de adolescentes que tienen problemas con la ley, sufrieron en su infancia abandono emocional por parte de sus padres, acompañado por problemas sociales y económicos. Factores que influyeron para que estos jóvenes presenten conductas transgresoras.

Todas estas ausencias influyeron para que cada uno de ellos presentara una conducta transgresora. Pues, buscaron estos factores ausentes en su infancia en elementos externos a su hogar.

- Cuando el adolescente se encuentra asumiendo su responsabilidad penal, el adolescente debe afrontar un proceso de resocialización con un conjunto de necesidades familiares. Con la finalidad de integrarlo nuevamente en la sociedad. Para ello, el apoyo familiar que debe recibir el adolescente durante ese periodo debe ser constante.
- Es importante resaltar que el rol parental que deben cumplir los progenitores no solo se enfoca en satisfacer las necesidades materiales, como señala el autor, es más importante satisfacer las necesidades emocionales y psicológicas con la finalidad de no afectar el desarrollo integral del menor, uno de los pilares para ser un buen elemento en la sociedad, son los valores promovidos por la familia, así también, lograr la plenitud en los diferentes contextos de su vida, pues lo mencionado tiene directa relación con el principio de corresponsabilidad .
- Durante la etapa de resocialización la participación de la familia es importante ya que durante este periodo el adolescente refine sus pautas de comportamiento a nivel individual y familiar. Pues una de la finalidad que tiene el proceso de resocialización es fortalecer el rol parental, alejando así al menor de la zona de riesgo.

Finalmente, la tesis de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

Como tercera investigación internacional, se tiene a la tesis titulada: *Alienación parental causa de la pérdida o suspensión de la patria potestad en el estado de México*, **por** Castro (2018) sustentada en México, **para** optar el grado de licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de México; la presente investigación estuvo enfocada en el síndrome de alienación parental, el cual afecta de manera directa a los niños o adolescentes provenientes de padres separados. El síndrome de alienación parental es un síndrome familiar, ya que cada

uno de sus integrantes tiene responsabilidad en la aparición de este. Según el autor, al ser un síndrome que afecta a la familia, El estado como ente protector de la sociedad, debe regular y sancionar al progenitor que provoque el inicio de dicho síndrome y **éste resultado** se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto resalta la importancia de la presencia emocional que debe tener un progenitor frente al menor o adolescente, es por ello que se recomienda la intervención por parte del Estado, para establecer mediante la legislación mexicana, los deberes de ambos padres frente a las necesidades emocionales que requiere un menor o adolescentes, **(cambiar a singular)** es así que la presente investigación llevo a las siguientes **conclusiones:**

- El síndrome de alienación parental, consiste en el alejamiento provocado por uno de los progenitores en afectación del vínculo del otro progenitor, teniendo como síntoma principal el rechazo manifestado por el menor o adolescentes. Afectando de manera grave su desarrollo personal.
- El síndrome de alienación parental, al ser un síndrome que afecta de manera grave el desarrollo personal de los menores. El autor recomienda, la intervención por parte del estado, implementando sanciones dirigidas hacia el progenitor que mediante estrategias promueva el alejamiento y rechazo de los hijos hacia el otro progenitor. Pues mediante estos actos, afecta de manera directa el interés superior del niño.
- Es responsabilidad del Estado sancionar este tipo de actos, ya que el síndrome de alienación parental quiebra el desarrollo emocional y psicológico, entonces, como consecuencia, el niño cuando se convierte en adulto en su mayoría, tiene problemas con adecuarse a las normas establecidas en la sociedad.
- Es por ello que el autor sugiere incorporar en el Código Civil, el síndrome de alienación parental como una causal de suspensión o perdida de la patria potestad, específicamente en el capítulo de “violencia familiar” reformando el artículo 4.397 del Código Civil mexicano.

Finalmente, la tesis de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

Como cuarta investigación internacional, se tiene a la tesis titulada: *Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación*, **por** Álvarez (2018) sustentada en **España, para** optar el grado de licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona; la presente investigación estuvo enfocada en el bienestar de los hijos cuando los padres mantienen problemas sentimentales y no cumplen con el deber de proteger el bienestar emocional de los menores y **éste resultado** se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto resalta la importancia de la presencia emocional que debe tener un progenitor frente al menor o adolescentes, es así que la presente investigación llego a las siguientes **conclusiones**:

- La familia se perfila actualmente como un fenómeno heterogéneo, en que convergen aspectos sociales, culturales y jurídicos y, en la que también incide el desarrollo biogenético, al cual el derecho debe abocarse, posicionado en su centro a la persona, con pleno respeto a la dignidad que le es inherente y, a los derechos que le son esenciales, entre estos, uno que reviste especial conexión con la relación filial, por contribuir esta uno de sus componentes: el derecho a la identidad personal.
- La necesidad vital de conocer de quien se proviene, teniendo como sustrato la dignidad humana, apoya la construcción y el desarrollo de la identidad personal, ubicando al sujeto en un contexto único, desde el cual se determina, forjando además su existencia relacional para con los otros.
- En los distintos ordenamientos jurídicos, la consagración de la verdad material por sobre la verdad formal, base del actual sistema filial, trasciende hasta convertirse en regla, sin embargo la máxima de convergencia entre la filiación biológica y la filiación

jurídica, no es absoluta, en la adopción o, respecto a las personas nacidas mediante uso de técnicas de reproducción humana asistida con intervención de donantes, en que la determinación jurídica se traslada, respectivamente, al acto que la constituye o, a la voluntad de la procreación. Correspondiendo al derecho de familia, también en estos casos, articular los medios que posibiliten el acceso a la verdad biológica, evitando cualquier injerencia que entorpezca el derecho a conocer el origen.

Finalmente, la tesis de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

Como investigación internacional llevada a cabo por el Gobierno del país de México, titulada: *Principios generales de la obligación alimentaria (s/a)*, la cual fue publicada en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la cual busca profundizar sobre las consecuencias que acarrea el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte de los padres respecto de sus hijos, por ello es que consignamos las siguientes conclusiones:

- Las faltas de proporcionar alimentos hacia los hijos ocasionan consecuencias jurídicas, mismas que se dividen en jurídicas y penales; ahora bien, en lo que respecta a las jurídicas encontramos a la figura del divorcio el cual se origina en el momento en que uno de los cónyuges no colabore con el sostén del hogar, así como también con los alimentos de los hijos.
- La legislación del Distrito Federal considera que, tras la ausencia injustificada por más de 90 días por parte de los padres, estos recibirán a modo de sanción la pérdida de la patria potestad de sus hijos.

- Por otro lado, en materia penal la normatividad del Distrito federal, así como de otras legislaciones estatales contemplan el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar como un delito, mismo que se configurará al momento en que el o los padres dejen de cumplir las obligaciones sin justificación alguna respecto a sus hijos. Asimismo, el monto que adeude el que incumplió sus obligaciones será calculada en base a las cantidades no suministradas a la parte ofendidas.

Finalmente, el artículo de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo mencionado por la revista es cierto.

Asimismo, tenemos otra revista de investigación internacional llevada a cabo por el Consejo Nacional para la Enseñanza en Investigación en Psicología (CNEIP) A.C. del país de México, titulada: *Responsabilidad en la crianza de los hijos* (2008), la cual fue publicada en la Red de Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal, la cual busca profundizar sobre las responsabilidades de crianza que tienen los padres sobre los hijos, que no se bastara con un monto económico, ello a razón de los cambios sociales y económicos, cambiando está limitada concepción, esto se relaciona con nuestra tesis, por cuanto en el deber de crianza de los padres también se encuentra el desarrollo personal y psicológico del menor, por ello es que consignamos las siguientes conclusiones:

- Concordamos con Osherson (1994), y afirmamos que resulta imprescindible erradicar la creencia que se encuentra presente en el imaginario social, de que se puede prescindir de la figura paterna en la crianza; asimismo, suponer que las madres son las únicas que educan y que resulta posible para ellas sustituir la función del padre por el sólo hecho de mantener económicamente a los hijos. Es preciso visualizar otras funciones que

puedan definir la paternidad y no únicamente la de ser proveedor, pues la ausencia física o psicológica del padre tiene serias consecuencias en el desarrollo de los hijos.

- Debe tenerse presente que también los padres varones obtienen gratificaciones al ocuparse de la crianza. Referente a ello Olavarría (2000) apunta que el hecho de ser padres le da sentido a su vida y los hace importantes; les da derechos al constituirse en autoridad en el hogar, en proveedores, en personas responsables; los obliga a madurar, les permite realizarse como personas y les dota de un proyecto por el que pueden luchar.
- Asimismo, Chavarría (1990) señala que el padre no sólo es el punto de conexión entre el hijo y el mundo exterior, sino que es el encargado de colocarlo en ese mundo, de orientarlo, impulsarlo y apoyarlo. Para esta autora, ser padre significa atender a los hijos en sus necesidades vitales, cuidarlos, enseñarles a valerse por sí mismos y ser un ejemplo para ellos; toman decisiones por ellos cuando aún no lo pueden hacer, y los aconsejan, corrigen y orientan.
- De igual manera, Cline (1998) indica que para formar hijos seguros de sí mismos, positivos y con una vida dichosa y productiva es necesario consolidar un buen matrimonio, formar la autoimagen y estimación en los hijos, a quienes se enseñan habilidades sociales efectivas; elevar su coeficiente intelectual; educarlos sexualmente, alimentando sus afectos y capacidad de amar; formar la conciencia y valores morales; enseñarlos a ser responsables y proteger su salud mental. Nótese que, a diferencia de las respuestas de los entrevistados, este autor es explícito en los aspectos que deben ser incluidos en la crianza de los hijos.
- Es de todo lo anterior señalado por los autores que concluimos que es necesario que los padres pasen tiempo con sus hijos; Seidler (2000) apunta que el tiempo que un padre pasa con sus hijos es importante para la calidad de su relación, aunque dicho tiempo, por sí solo, no necesariamente es suficiente. Importa igualmente la calidad de la

relación, la que requiere tiempo y energía. Es necesario que los varones, si pretenden tener una relación significativa con sus hijos, la forjen cotidianamente y no sólo los fines de semana.

- Finalmente, entre las responsabilidades del ser padre y madre consideradas relevantes para el desarrollo de los hijos e hijas, se encuentran las siguientes: formar, amar, disciplinar, dar seguridad, estar presentes, dar identidad.
- Resulta sumamente esencial reiterar que existe una necesidad en los hijos de mantener contacto con sus padres. En diversos estudios (Torres, 2004; Torres, 2005, en prensa; Torres, Ortega y Garrido, 2004) se ha manifestado lo que consideran los varones que son sus responsabilidades en la crianza de los hijos: dar ejemplo, educar, lograr relaciones armoniosas, pasar tiempo juntos, disciplinar, amar, proveer lo necesario, comprender, proporcionar valores sobre los que edifiquen su vida y ofrecer una guía espiritual. En dichos estudios se asienta asimismo la responsabilidad de proporcionar a sus hijos una educación integral, en donde se incluya la educación académica, sexual, moral y religiosa. Sin embargo, hay un adelanto mayor en la ideología (lo que se cree que se debe ser) que en la práctica (lo que se hace). Es fundamental que esta diferencia vaya disminuyendo y las nuevas generaciones de padres asuman y se comprometan día a día en la crianza de sus hijos, lo que permitirá disminuir sus temores por la posible incompetencia manifestada en la crianza y repercutirá favorablemente en los aspectos sociales y culturales de nuestro medio.

Finalmente, el artículo de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo mencionado por la revista es cierto.

### 2.1.2. Nacionales

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada: *Síndrome de alienación parental en el Derecho Penal peruano, como factor positivo contra la violencia psicológica-Lima 2017*, por Chávez (2017), sustentada en la ciudad de Lima para optar el grado de magister por la Universidad Federico Villareal, la cual tuvo como propósito **resaltar** los efectos negativos del síndrome de alienación parental, el cual consiste en que uno de los progenitores mediante estrategias, genera distanciamiento o destruye vínculos con el otro padre progenitor. Por lo que el menor, en modo de alerta presenta, síntomas que evidencian la presencia de este síndrome. Por lo general, este síndrome afecta a hijos de padres separados. Pues, uno de sus principales efectos es, dañar la convivencia entre padre e hijo, afectando psicológicamente al menor, ya que este tipo de hechos afectan su desarrollo personal, **relacionándose así con nuestro tema de investigación**, en tanto el autor propone erradicar actos que generen el mencionado síndrome por parte de uno de los progenitores hacia el menor. Así también uno de los mecanismos a adoptar es implementar los deberes y derechos del padre no custodio con la finalidad de no solo atribuirle una responsabilidad económica, es así que la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- Un tipo de violencia ejercida de padres a hijos es causar en ellos el síndrome de alienación parental. El cual consiste en provocar mediante estrategias el distanciamiento emocional y físico entre uno de los padres progenitores y el menor. Según el autor, una de las formas de eliminar estas barreras creadas por de uno de los progenitores en contra del otro es incluir este tipo de actos dentro del Código Penal. Ya que como se mencionó anteriormente, el síndrome de alienación parental genera un impacto negativo (psicológico y emocional) que causa este síndrome en un menor.
- Al no contar con una implementación por parte de la legislación peruana respecto a los deberes del padre no custodio, este tipo de actos son más fáciles de ocurrir y de

cierta manera son un escape para vulnerar el interés superior del niño, Es por ello que el estado como ente protector no solo debe realizar la regulación del aspecto económico por parte del padre no custodio, sino que debe implementar deberes y derechos para el padre no custodio, con la finalidad de no vulnerar sus derechos como padre y el bienestar del niño.

Finalmente, la tesis de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis: *Situación socio-jurídica del divorcio y el perjuicio causado a los niños y adolescentes*, por Valencia (2018), sustentada en la ciudad de Lima **para** optar el grado de abogado por la Universidad Federico Villareal, la cual tuvo como **propósito** principal evidenciar el efecto negativo que genera el divorcio a los hijos, y la necesidad que existe de implementar políticas que prevengan daños psicológicos y emocionales en el menor. **Relacionándose así con nuestro tema de investigación** en cuanto refleja la importancia de regular los deberes del padre no custodio con la finalidad de proteger el interés superior del niño, así la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- Conforme a las encuestas realizadas, el 80% frente al 20% de encuestados sostienen que en el Perú existe legislación relacionada al divorcio también sobre la protección a los niños y adolescentes, lo que no existe en nuestro país son políticas públicas adecuadas que contrarresten el divorcio que afecta negativamente el normal desarrollo del niño y el adolescente.
- La institución del divorcio, genera de manera directa una afectación emocional en el menor. Por lo que el autor recomienda implementar políticas que contrarresten el efecto de un divorcio.

- Al ser un cambio drástico en la vida del niño o adolescente el divorcio entre sus padres, los afecta en su crecimiento y desarrollo volitivo, cognoscitivo y evolutivo. Trayendo como consecuencia la integración en grupos sociales negativos, drogas o con problemas psicológicos que afectan su desarrollo personal.
- Si bien es cierto, en el Perú existe legislación relacionada al divorcio y sobre la protección a los niños y adolescentes, sin embargo, el legislador no ha pensado en el efecto que tiene el divorcio sobre los menores o adolescentes los cuales afectan negativamente el normal desarrollo del niño o adolescentes, es por ello, que se recomienda al gobierno y la sociedad organizada, implementar no solamente políticas adecuadas, sino la concientización y educación con valores y principios dirigido a la conservación de la familia.

Finalmente, la tesis de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo dicho por la tesista es cierto.

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada: *El síndrome de alienación parental como causal de suspensión de la patria potestad de menores*, sustentada por Ocaña (2017), en la ciudad de Lima **para** optar el grado de abogado por la Universidad Cesar Vallejo, la cual sugiere la implementación como causal de suspensión o pérdida de la patria potestad, la provocación del síndrome de alienación parental. **Relacionándose así con nuestro tema de investigación**, en cuanto resalta la importancia del deber de protección por parte de la legislación nacional, el bienestar psicológico y emocional del menor, pues necesita la presencia de ambos padres para no afectar su desarrollo personal, así la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- El autor propone incluir “el síndrome de alienación parental como causal de suspensión de la patria potestad”, para lo cual se ha realizado una contrastación, análisis e integración de los trabajos previos, el marco teórico y principalmente de los resultados obtenidos en las entrevistas y el análisis de las fuentes documentales; en ese sentido, las conclusiones que se presentan guardan relación directa con los objetivos señalados.
- Según el autor el síndrome de alienación parental, es una manipulación estratégica de carácter psicológico que recae en el menor de edad por parte de uno de los progenitores en contra del otro, con la finalidad de generar el alejamiento y ruptura del vínculo paterno filial. Los síntomas del mencionado síndrome resaltan en el menor cuando están inmersos en un proceso judicial relacionado con el ejercicio de la Patria Potestad de menores. Una de las deficiencias que presentan los procesos judiciales es que dicho síndrome que es valorado y tiene eficacia solo en los procesos de Tenencia y/o Variación de la Tenencia. Se ha analizado que emplear el SAP en el menor, en nuestro atrasado Derecho de Familia de ninguna manera implica la suspensión de la patria potestad.
- El autor recomienda incorporar con urgencia el Síndrome de Alienación Parental como una causal de suspensión de la patria potestad en el Código de los Niños y Adolescentes, con la finalidad de que los progenitores dejen de utilizar a sus menores hijos para hacer daño al progenitor.

Finalmente, el tipo de investigación, es el siguiente: El tipo de investigación es básica de teoría fundamentada, con diseño teoría fundamentada, el análisis es cualitativo, porque responde al resultado de la aplicación del instrumento de recolección de datos a través de una encuesta y al análisis de la entrevista en donde describimos en forma cualitativa el comportamiento de las variables.

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada: *Las sentencias de divorcio sobre separación de hecho*, sustentada por Ataupillco (2016) en la ciudad de Ayacucho para optar el título de abogado por la Universidad San Cristóbal de Huamanga, la cual tuvo como propósito resaltar la falta de evaluación por parte de los jueces al momento de otorgar el ejercicio de la patria potestad, pues sin importar, quien ejerce la mayoría es la madre sea demandante o demandada con hijos menores de edad. Omitiendo el bienestar psicológico del menor, al no evaluar la conducta de los padres al momento de otorgar la mencionada figura y no otorgar deberes morales al padre no custodio relacionándose así con nuestro tema de investigación en base al reconocimiento de la falta de regulación en cuanto a los deberes morales del padre no custodio y su importancia, es así que la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- En el ejercicio de la patria potestad, quien ejerce la mayoría es la madre sea demandante o demandada con hijos menores de edad. Una gran cantidad considerada, tienen hijos mayores de edad, por otro lado, un porcentaje minoritario son perjudicados los hijos menores de edad.
- Las sentencias de divorcio por separación de hecho reflejan en su totalidad la situación familiar deteriorada ya que muchos de ellos no tienen la voluntad de continuar o reanudar la convivencia matrimonial entre los cónyuges, ya que al parecer no les importa que tienen hijos de por medio y siendo los hijos los más perjudicados al encontrarse frente a una familia matrimonial fraccionada e incompleta.
- Una de las principales conclusiones de la presente investigación es la debida protección a los menores frente a un eventual divorcio, con la finalidad de proteger uno de los principios más resaltantes redactados en la convención de los derechos del niño “*el interés superior del niño*”.

Finalmente, el tipo de investigación, es el siguiente: El tipo de investigación es básica de teoría fundamentada, con diseño teoría fundamentada, el análisis es cualitativo, porque responde al resultado de la aplicación del instrumento de recolección de datos a través de una encuesta y al análisis de la entrevista.

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis titulada: *Razones jurídicas que sustentan la obligación de ambos padres para prestar alimentos*, por Arratea y García (2017), sustentada en la ciudad de Lima para optar el grado de magíster en gerencia social, por la Pontificia Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, la cual tuvo como propósito explicar la importancia que gira en torno al deber que tienen los padres con relación a sus hijos, relacionándose así con la tesis, por cuanto la referida tesis afirma que la obligación de los padres no solo radica en alimentos, sino en brindarles su compañía, por ello es que se evidencia las siguientes conclusiones:

- Existen determinadas razones por las cuales ambos progenitores deben estar obligados a prestar alimentos dentro de una tenencia compartida, los mismos que son: i) La naturaleza proporcional e igualitaria de la tenencia compartida; y, ii) la vinculación conjunta de la obligación alimentaria.
- Afirmamos que la tenencia compartida resulta ser una figura del Derecho de Familia, mismo que se presenta como uno de los medios de ejercicio conjunto de la patria potestad; asimismo, cabe recalcar que el derecho más importante de los padres es el de tener al hijo en su compañía y el deber de alimentarlos, así como el derecho de los hijos es estar en compañía de sus padres. Y son precisamente los padres los que son aquellos obligados a cubrir todas las necesidades del menor.
- Absolutamente todo ser humano desde el momento que nace, es un ser frágil e indefenso, no pudiéndose valer por sí mismo; por lo tanto, este debe estar protegido, y

dicha protección recae en los hombros de los padres quienes deben intervenir y atender la subsistencia del menor.

Finalmente, el artículo de investigación **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorar y contrastar que lo mencionado por la revista es cierto.

### **2.1.3. Locales**

No se han encontrado investigaciones a nivel Junín.

## **2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **2.2.1. Tutela moral**

#### **2.2.1.1. Definición de tutela**

Antes de ingresar al análisis doctrinario de la presente figura jurídica, es importante señalar el origen de la aplicación de la tutela en la sociedad. Para ello, debemos ubicarnos en la antigua Roma. Así lo refiere el doctrinario Gutiérrez (s/f) en su artículo titulado: *La evolución de la tutela en el derecho romano*, en el cual refiere que el encargado de asumir la tutela de aquellos que no podían valerse por sí mismo era el *pater familia*. Es decir, la tutela desde su nacimiento en el derecho romano, tuvo como propósito proteger a las personas que no podían valerse por sí mismas.

En la actualidad este concepto se encuentra modificado debido a su evolución (lo cual será desarrollado en la presente investigación).

La tutela tiene como finalidad proteger a aquellas personas, sujetos de derecho y carentes de capacidad jurídica para obrar. Según UNID en su artículo titulado *Concepto de*

*tutela* nos dice sobre la tutela lo siguiente: (...) es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica (2020, p.1). En efecto, tal como refiere el autor, la tutela tiene la finalidad de proteger a la persona que no puede valerse por sí misma, delegándole un representante para que vele por el respeto a sus derechos patrimoniales, económicos y demás.

En el caso de los menores de edad resulta necesaria la aplicación de la institución de la tutela, esto es cuando ninguno de los progenitores puede ejercer la patria potestad, ya que tiene la necesidad de proteger las necesidades del menor o adolescente.

De tal suerte que a la tutela se la entenderá como: “(...) una institución supletoria de amparo familiar (...)” (Zapata, 2019, p.66). Es decir, que este es un ente en el cual el menor de edad o el adulto incapaz encuentra protección para subsistir.

En la legislación peruana, se encuentra ubicado en el título II de la sección cuarta del libro de derecho de familia (*Instituciones supletorias de amparo familiar*), artículo 502 del Código Civil el cual establece lo siguiente: “Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuida de su persona y bienes”. Esto refiere a que si un menor de edad no tiene a sus padres se le designara a una persona adecuada que pueda hacer valer sus derechos y brinde la protección adecuada en todos los sentidos.

Asimismo, la figura de la tutela se regula en el artículo 526 del Código Civil, estableciendo que: “El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de

este, proteger y defender su persona. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia”.

En base a todo lo mencionado, se concluye que la tutela tiene la misma finalidad que la patria potestad, puesto que ambos persiguen la protección y cuidado de los bienes y derechos del menor o adolescente. Sin embargo, la tutela viene a ser una figura supletoria de la patria potestad, ya que cuando resulta imposible aplicar la patria potestad, se asigna a una persona como tutor del menor con la finalidad de velar por su protección.

#### **2.2.1.2. Tutela moral**

Si bien es cierto, en la legislación peruana aún no se tiene el concepto exacto de la figura jurídica “tutela moral”; sin embargo, se tiene opiniones doctrinarias y figuras que intentan explicar la finalidad de ello.

La Convención de los Derechos del Niño, asegura como figura protectora del desarrollo psicológico, emocional y físico a la responsabilidad parental (tema que se tratara en la presente investigación), la cual obliga mediante la legislación internacional y nacional la presencia emocional de ambos padres, con el fin de establecer roles de ambos progenitores en la vida del niño o adolescente. A diferencia de la patria potestad, la cual atribuye a uno de los progenitores los deberes morales, dejando al otro progenitor total o parcial la responsabilidad económica.

La figura de la tutela es una representación supletoria de la patria potestad, ya que cuando los progenitores por diferentes motivos no pueden asumir esta responsabilidad, se designa a una persona como tutor del menor, con el fin de velar por el desarrollo y participación correcta en la sociedad.

De ese modo Romo hace alusión que debe existir una estrecha relación entre la conciencia y la ley respecto a la moral (2001, p. 2), con todo lo expresado el tutor deberá dirigir al menor en relación a las normas establecidas por la sociedad.

Entonces, la figura de la tutela moral viene a ser la protección moral del menor por parte de los padres progenitores, sin importar si se encuentran juntos o separados.

A consideración del autor, la figura de la tutela moral se aplicaría al padre no custodio, con la finalidad de no desproteger al menor en el ámbito emocional. Ya que, al enfrentarse a una separación, uno de los padres es quien carga exclusivamente con el deber emocional, desligando al otro progenitor de dicha responsabilidad.

Tal como lo señala la responsabilidad parental, el deber moral es de ambos padres, así estos se encuentren separados. Pues, la carencia afectiva conlleva a grandes efectos negativos en la vida del menor.

### **2.2.1.3 Definiciones de patria potestad**

Con la finalidad de brindar protección a uno de los grupos más vulnerables dentro de la sociedad peruana, el Código Civil peruano ha implementado la figura de la patria potestad, la cual consiste en atribuir la responsabilidad a los padres de proteger los derechos de los hijos menores de edad, es decir, derechos y deberes. Esto con la finalidad de atraer beneficios para el menor dentro de su desarrollo personal y social.

Es importante el desarrollo evolutivo que tuvo la figura jurídica de la patria potestad, pues no siempre se tuvo el concepto que se maneja en la actualidad, para esto Diez Picazo y Gullón, refieren en su libro “*Sistema de derecho civil*” como antecedente histórico de la figura de la Patria Potestad, lo siguiente:

(...) La potestad era la jefatura doméstica o soberanía que el jefe del grupo el *pater familias*, ejerce sobre todo los miembros del mismo. Era un poder absoluto y despótico como concebido a favor de quien lo ejerce y de la cohesión del grupo mismo (...) (c.p. Zapata, 2019, p. 23).

Pues según lo citado, la evolución del derecho y sociedad han transformado la esencia de la figura de la patria potestad, otorgándola exclusivamente a los padres progenitores de los hijos menores, con la finalidad de proteger el interés superior del niño.

En cuanto al Perú, la legislación peruana en su artículo 418 establece lo siguiente: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. En base a lo citado, podemos decir que la esencia de la patria potestad es otorgar derechos y deberes a los padres con la finalidad de velar por el desarrollo integral de sus menores hijos.

Según lo estipulado por la convención de los derechos del niño, los padres del menor tienen como deber primordial y fundamental proteger el desarrollo psicológico y emocional de su menor hijo, ya que de ello dependerá su forma de actuar e integrarse en la sociedad.

### **2.2.1.3.1 Deberes de la patria potestad**

Los deberes de la patria potestad según Gómez (2018), (...) son un conjunto de derechos y deberes que pertenecen a los progenitores de un menor precisamente por la posición que ocupan en su vida, es decir que deriva de la relación paterno-filial y no puede ser ejercida por ninguna otra persona que no sean estos, ya sean los dos o uno de ellos (p.7). Lo que nos trata de decir el autor es que ni los abuelos, ni hermanos, ni otras personas pueden cumplir la labor que un padre puede hacer, puede haber una excepción en la que sea a la inversa, esto es que un abuelo cuide mejor que un padre, pero eso no es lo correcto, si no que el padre debe asumir su responsabilidad.

Por otro lado, el Código Civil peruano establece deberes dirigidos a los padres en relación al sostenimiento educativo, emocional, psicológico y económico de los hijos, ya que estos deberes provienen de la relación paterno-filial.

#### **A. Sostenimiento y educación de los hijos**

Cuando el Código Civil peruano menciona el “sostenimiento de los hijos”, hace referencia a la responsabilidad que tienen los progenitores frente a las necesidades básicas que requiere un menor para su subsistencia, pero también hace extensivo a las necesidades que requiere este menor de entablar una conexión con su sociedad y la importancia de poder educarlo.

Todo ser humano tiene derecho a adquirir conocimientos que le ayuden a alcanzar una vida digna y plena dentro de la sociedad. “El derecho a la educación es uno de los más importantes derechos de la niñez y quizás el más importante de los derechos sociales” (Turabay,

2016, p.09). Esto nos señala que, como principales responsables de cubrir esta necesidad son los progenitores, obligación que se da por la patria potestad.

### **B. Dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo**

Las funciones que cumplen los padres en el proceso educativo, así como las capacitaciones de los menores hijos son fundamentales, ya que de ello dependerá el adecuado desenvolvimiento del menor dentro de la sociedad. Según La Secretaría del Gobierno de Guanajuato explica que “La capacitación como todo proceso educativo cumple una función eminente; la formación y actualización de los recursos humanos, reditúa en el individuo como progreso personal y en beneficio de sus relaciones con el medio social” (2020, p. 02). De acuerdo a lo citado, y pese a ser de doctrina extranjera, la capacitación educativa incrementa el progreso personal y beneficia la participación positiva dentro de la sociedad, creando seres íntegros que brinden aportes positivos para la sociedad permitiéndoles de esa manera ser independientes, responsables y seguros de lo que puedan pensar, sentir y proyectar sobre su vida.

### **C. Corrección de los hijos menores**

El padre y la madre tienen el derecho y el deber de velar, cuidar, educar y procurar dar una formación correcta e integral a sus menores hijos. Con respecto a ello, Universitas Miguel Hernández, aborda el tema del derecho de corrección de los padres sobre sus hijos, derecho recogido y regulado en nuestro ordenamiento, con la finalidad de beneficiar positivamente a la sociedad cuando el hombre se une a ella (2011/2012, p.01). Tal como señala el autor, los progenitores deben ejercer el deber de corrección cuando sea necesario, ya que de ello dependerá el bienestar común dentro de la sociedad en la que viven.

Sin embargo, a lo antes mencionado no es permitido en el ordenamiento jurídico peruano, ya que el inciso tres del artículo 423 ha sido derogado, porque la violencia en nuestro país ha sido malinterpretada con violencia, por lo que el Estado ha tomado las políticas necesarias para salvaguardar la integridad del niño y adolescente.

#### **D. Representar a los hijos en actos de la vida civil**

Los progenitores tienen la responsabilidad civil de representar a sus hijos, Cusi nos dice que: “La representación es una figura jurídica mediante la cual una persona llamada representante celebra uno o varios actos jurídicos en nombre, en interés y teniendo en cuenta a otro sujeto” (2018, p.01). Esto es que, en relación a los deberes de la patria potestad, los progenitores actúan en representación cuando se requiera celebrar actos civiles.

#### **E. Usufructuar los bienes de sus hijos menores**

Esta facultad que tienen los padres para poder disponer de dichos bienes son naturales y legítimos por sus hijos. Definición. De nos dice que: En el ámbito judicial, el usufructo es el derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservarlos. Esto quiere decir que el usufructuario posee el bien en cuestión (tiene la posesión), puede utilizarlo y obtener sus frutos, pero no es su dueño (no es el propietario) (2010/2013, p.01). Es decir, que una persona puede gozar y disfrutar de un bien que no le pertenece.

En el caso de los menores de edad, el progenitor encargado de usufructuar los bienes de sus hijos menores, deberá buscar la conservación del bien con la finalidad de proteger el interés del menor.

#### **2.2.1.4. El síndrome de alienación Parental**

Este problema se da entre padres e hijos, ya que uno de los progenitores puede estar manipulando psicológicamente al menor llevándolo a un conflicto interno, como por ejemplo en un caso de divorcio, siendo esta una problemática que requiere tratamiento clínico.

El psicólogo jurídico Vilalta, refiere que el síndrome de alienación parental, fue definido por Gardner (1985, 1897, 1992) como una alteración que usualmente aparece en el contexto de un divorcio, en la que el niño desprecia y critica a uno de los progenitores, cuando tal valoración negativa, está justificada o es exagerada. En el SAP un progenitor programa mentalmente al hijo para que rechace al otro (2011, p.637). Es decir, que existe una maniobra manipuladora que solo causa trastornos en el menor.

Usualmente, el SAP se hace presente durante la infancia. Es importante reconocer esta etapa como la más importante en la vida del ser humano, ya que durante este periodo el ser humano adquiere valores y costumbres que determinarán su conducta dentro de la sociedad.

El síndrome de alienación parental, opera como un proceso de difamación que realiza uno de los progenitores en contra del otro, con la única finalidad de quebrar el vínculo del hijo menor y el otro progenitor. Afectando de manera grave el desarrollo psicológico y emocional del menor. Vilalta nos dice que: “El interés por el SAP se debe principalmente a la atención de los profesionales en la evaluación psicológica forense de las parejas en proceso de ruptura” (2011, p.637). Es decir, requiere de tratamiento clínico urgente ya que daña la mente de dicho hijo.

Este proceso que enfrenta el menor o adolescente son cambios bruscos en todo aspecto, como es el vivir con un progenitor y tener visitas con el otro. En dicho proceso, la ventaja la

adquiere el progenitor que adquiere la patria potestad, puesto que él es quien compartirá más tiempo con el menor, sin embargo, también implica una gran responsabilidad, ya que deberá guiar al menor durante el proceso de separación con la finalidad de no afectar su desarrollo emocional y psicológico.

Pero, ¿qué pasa si esta responsabilidad moral no es seguida por el progenitor que adquiere la patria potestad? ¿Qué pasa si el progenitor actúa como barrera entre el menor y el otro progenitor? ¿Dicha conducta es negativa para el menor? ¿Genera efectos en la sociedad?

Como nada es perfecto en una sociedad, en ciertos casos se ha evidenciado que el progenitor que tiene la patria potestad del menor, mediante estrategias provoca el alejamiento del menor con el otro progenitor, generando rechazo por parte del hijo hacia el otro. En su mayoría de los casos, este tipo de actos se realizan con el fin de castigar a uno de los progenitores por la separación sentimental entre ambos. Segura refiere lo siguiente:

Si bien es cierto que, para realizar una campaña de desacreditación respecto al progenitor alienado, el alienador debe ser consciente de los actos que realiza, también es cierto que a menudo, este no es plenamente consciente de que está produciendo un daño psicológico y emocional en sus hijos/as y de las consecuencias que ello va a tener a corto y largo plazo en el o la menor (2006, p.121).

En efecto, como señala el autor, el generar este síndrome tiene consigo dos modalidades (de manera consciente y de manera inconsciente), sin embargo, ambas tienen el mismo resultado negativo en la vida del menor o adolescente.

Bolaños entiende el SAP como: (...) un síndrome familiar en el que cada uno de sus participantes tiene una responsabilidad relacional en su construcción y por tanto en su

transformación; teniendo en cuenta que el elemento principal es el rechazo más o menos intenso de los hijos hacia uno de los cónyuges (...) (c.p. Segura, 2006, p.121).

#### **2.2.1.4.1 Consecuencia del SAP en menores**

##### **A. Trastorno de ansiedad**

El más perjudicado en esta etapa sin duda alguna es el menor, por lo que este es incapaz de mantenerse en un punto neutro, siendo cuestionable el actuar de uno de los progenitores, ya que chantajea o manipula al hijo con el único fin de lastimar a la otra parte, causándole así grandes daños en su desarrollo personal y a continuación veremos una de estas consecuencias, la ansiedad. Según el psiquiatra Reyes “(...) la ansiedad se define como un estado emocional desagradable en las que hay una sensación subjetiva de peligro, malestar, tensión o aprensión, acompañado de una descarga neurovegetativa y cuya causa no está claramente reconocida para la persona” (s/a, p.12). Es decir, que esto crea en la persona inseguridades y temores intensos, que puedan llevarle a tener sudoraciones excesivas, tener la respiración agitada o sentirse muy cansado, perjudicando la vida del ser.

Los síntomas que puede presentar un menor con respecto a la ansiedad que afronta tras la separación de sus padres, son los siguientes: enrojecimiento de la piel, elevación del tono de voz y temblores. En ocasiones para afrontar la visita que recibirá de su progenitor o progenitora, estos acuden a medicamentos como los ansiolíticos, entre ellos tenemos al clorazepato potásico, tranxilium pediátrico, entre otros (Segura, 2016, p.124).

En la mayoría de casos, estas complicaciones generan en el menor un rechazo absoluto hacia su progenitor, impidiendo de esta manera la intervención del padre o la madre en la vida futura del menor, provocándole quiebres emocionales y psicológicos irreparables.

## **B. Trastorno en el sueño y de alimentación**

Otras de las consecuencias que existe en el SAP son los trastornos que se presentaran en el sueño y en la alimentación del menor. Según Carrillo & Barajas en su artículo titulado *Trastornos de sueño ¿Que son y cuáles son las consecuencias* dicen lo siguiente:

(...) Los estudios sobre la fisiología del sueño han demostrado que durante este se produce una diversidad de procesos biológicos de gran relevancia, como la conservación de la energía, la regulación metabólica, la consolidación de la memoria, la eliminación de sustancias de desecho, activación del sistema inmunológico, etc. (...) (2017, p.07).

En lo mencionado por los autores, el sueño es importante y fundamental para que el ser humano pueda realizar sus actividades diarias, de lo contrario, el ser humano puede presentar diversos problemas en relación a su salud, perjudicando su rutina diaria.

En el caso de estos menores que presentan trastornos de sueño, se ven perjudicados en el ámbito académico, ya que presentan fatiga excesiva al momento de realizar sus actividades, así como también presentan cambios de ánimo repentino. Segura refiere que en el caso de los menores que presentan SAP a menudo sufren de pesadillas, así como problemas para conciliar o mantener el sueño. Por otro lado, pueden sufrir trastornos alimenticios derivados de la situación que viven y no saben afrontar, ingiriendo alimentos compulsivamente o no alimentándose adecuadamente, hechos que el progenitor alienador utiliza para culpar a la otra parte, diciendo que estos síntomas son debidos al sufrimiento del o la menor por no querer ver al progenitor rechazado, con la finalidad de hacerle saber el daño que este les ha causado (2006, p.124). Con todo esto se concluye en que solo están alterando la salud psicológica y física del

menor, ya que por un lado el progenitor alienador genera conflictos emocionales, como también existe el gran riesgo de generar obesidad en el menor.

### **C. Trastorno de conducta**

Uno de los síntomas más comunes en menores con SAP, son estos trastornos en la conducta, alterando el comportamiento usual del menor. Segura nos dice: “Cuando nos encontramos ante un nivel severo, en el que como hemos descrito anteriormente las visitas se hacen imposibles; a menudo se observa en los menores problemas de control de impulsos, teniendo que ser contenidos en ocasiones por los profesionales” (2006, p.124). Esto quiere decir, que el menor mostrara una actitud anormal del que siempre tiene, generando gran preocupación en el cual tendrá que intervenir un profesional médico.

Es por ello que, resulta evidente la necesaria presencia de ambos progenitores en la vida del menor. A fin de evitar este tipo de problemas que definitivamente afectan las relaciones interpersonales del menor o adolescente.

Uno de los problemas de conducta que sufren los menores con SAP de forma frecuente, es la dependencia emocional, pues sienten miedo a ser abandonados por el progenitor con el que conviven, ya que saben y sienten que su cariño está condicionado. Por ello Segura nos dice: “Tienen que odiar a uno para ser querido y aceptado por el otro y ese odio tiene que ser sin ambivalencias; todo ello va a crear una fuerte dependencia emocional para él o la menor” (2006, p.124). Es decir, que el menor solo debe de dar su amor a uno de sus progenitores, rechazando por completo al otro, para que de esa manera se aferre y gane el cariño de uno de los padres.

### **2.2.1.5. Responsabilidad Parental**

La responsabilidad parental se encuentra regulada en la Convención de los Derechos del Niño. Con respecto a ello Ahumada refiere lo siguiente: «El uso del vocablo “responsabilidad parental” no es inocuo toda vez que la responsabilidad refiere a una función y no ya, a un poder o potestad que recaía en los padres por sobre los hijos» (2016, p.54). Según lo citado, la responsabilidad parental es la función de protección que otorga el Estado a los progenitores del menor. A diferencia de la patria potestad que opera como un poder otorgado a los padres sobre los hijos.

También vemos que la responsabilidad parental es definida como: “(...) el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de los hijos, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sean menores y no se emancipen” (Ahumada, 2016, p.55). En base a lo citado, la responsabilidad parental es la responsabilidad de ambos padres en proteger los deberes y derechos correspondientes al menor o adolescentes.

Como ya se ha mencionado, a diferencia de la patria potestad, la responsabilidad parental es una función que corresponde a ambos padres, con la finalidad de velar por el desarrollo personal y social del menor. Sin importar si estos se encuentran juntos o separados. Ahumada nos dice: (...) ambos padres se encuentran obligados a proteger el interés superior del niño. “ya no predomina el derecho de los padres sobre la persona de los hijos, sino a la inversa, son las funciones parentales las que se regulan para con los hijos y en resguardo de su integridad y bienestar” (2016, p.56). Es decir, que ambos progenitores tienen el compromiso de cuidar, velar y sostener al menor con el único propósito de darle un correcto desarrollo personal, para que este pueda subsistir dentro de la sociedad con independencia, integridad y buena salud física como mental.

### **2.2.1.5.1. Fundamentos de la responsabilidad parental**

Una de las primeras apariciones de la responsabilidad parental fue en la convención de los derechos del niño, con la finalidad de proteger el interés superior de este. Ahumada nos refiere lo siguiente:

El concepto de “interés superior del menor” como principio general del derecho y a su vez como principio rector. Entendiendo al niño o adolescente como sujeto de protección, reconociendo expresamente su derecho a mantener el debido contacto con ambos progenitores. Como consecuencia de ello, se fija la obligación al Estado como un ente que se encargará de salvaguardar los derechos de estos menores, garantizando el derecho a ser oídos y al reconocimiento de su expresión e intenciones por medio de su evolución madurativa (2016, p.56).

Es decir, que el menor al ser sujeto de derecho debe tener el debido contacto con sus progenitores recibiendo de ellos el debido cuidado y protección que este requerirá para su pleno desarrollo físico y emocional, haciendo valer estos derechos el Estado para que de esa manera los menores no queden en un abandono.

#### **A. Extensión del instituto**

Las responsabilidades que los padres tienen con respecto a los hijos son muchas y cambiantes que sin duda deberían de darse de manera natural pero lastimosamente no es de esa manera. Ahumada nos dice: “La responsabilidad parental se ejerce mientras los hijos sean menores de edad o no se hayan emancipados” (2016, p.58). Es decir, mientras los hijos sean menores de edad, los padres deben velar por sus deberes y derechos. Esto, porque cuando el menor aun no cumple con la mayoría de edad es vulnerable frente a la sociedad.

## **B. Cuidado personal unilateral**

Concerniente a esto Ahumada señala: “El ejercicio recae sobre ambos progenitores ya sea que vivan juntos o no; siendo la excepción el ejercicio unilateral de la responsabilidad parental” (2016, p.58). Esto quiere decir que, la responsabilidad del cuidado psicológico, emocional y físico corresponde a ambos padres, sin importar si estos se encuentran viviendo juntos o separados.

Por otro lado, Ahumada nos dice que “(...) se presume que los actos realizados por uno de los padres son porque cuenta con el consentimiento del otro” (2016, p.58). Esto es, que existe un acuerdo entre ambos padres para poder realizar algún acto favorable para el menor. Por lo que existe una gran diferencia entre la responsabilidad parental y la patria potestad.

## **C. El cuidado personal compartido**

El principio de cuidado personal compartido, refiere a la responsabilidad que existe de ambos padres para cubrir con las necesidades de los hijos menores. Según Ahumada: La coparentalidad se rige, por un lado, en el derecho que tiene el hijo de crecer bajo el amparo y protección de ambos progenitores y por otro, en el deber que tienen ambos padres de participar a diario y activamente en el proceso de crianza y formación integral del hijo (2016, p.58). A lo dicho, para evitar interrumpir el adecuado desarrollo emocional del niño, ambos padres deben dar el respectivo seguimiento a los hijos en relación a sus actividades.

## **D. Cuidado personal compartido alternado**

Con la finalidad de permitir al menor compartir tiempo con ambos padres y evitar carencias emocionales. Ahumada dice: “El cuidado personal compartido alternado es aquel en

el cual el niño vive un lapso de tiempo con cada progenitor” (2016, p.59). Ello implica que, el menor podrá compartir tiempo con ambos padres para así evitar carencias emocionales.

### **E. Prioridad del cuidado personal compartido indistinto**

Referente a este principio de prioridad del cuidado personal compartido indistinto, Ahumada señala lo siguiente: “(...) el régimen de cuidado personal compartido indistinto del hijo reside en el domicilio de alguno de sus progenitores de modo principal, compartiendo ambos padres las tareas relacionadas al desarrollo y cuidado del hijo” (2016, p.69). Como señala el autor, a diferencia de la patria potestad, la responsabilidad parental atribuye como función el deber de cuidado emocional y psicológico a ambos padres, sin importar quien se encuentre viviendo con el menor.

### **F. Desacuerdo**

Existirán miles de desacuerdos o conflictos entre los padres referente a los hijos, ya sean estos por temas sentimentales, educativos, vestimenta, correctivos, etc. Sobre esto Ahumada refiere que “Cuando medie desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir a la justicia” (2016, p.60). Esto es que, cualquiera de los padres puede hacer valer los derechos del niño o niña en las entidades correspondientes, con la finalidad de llegar a un acuerdo que no perjudique en bienestar del menor.

### **G. Interés superior del niño**

Uno de los principales fundamentos de la responsabilidad parental, es la protección del interés superior del niño. Para lo cual ambos padres deben estar presentes en la vida del menor o adolescente. Pues es indispensable, no solo recargar el deber moral a un solo progenitor. “Se reitera en este punto que el interés superior del niño es el principio básico sobre el cual se

construye la regulación de los derechos y funciones que son inherentes a la responsabilidad parental” (Ahumada, 2016, p.63). Lo cual quiere decir que, lo principal y fundamental es velar por los intereses que tiene el menor, llevando consigo a que los padres cumplan adecuada y responsablemente sus funciones como progenitores.

## **H. Regulación en la convención de los derechos del niño**

Tal como enseña Cataldi (2015), es importante exponer lo que señaló el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General número catorce del año dos mil trece, definiendo al interés superior del niño, como un derecho sustantivo: constituye un derecho y una garantía de que el primero se activará siempre que se requiera una decisión que afecte al niño, niña o adolescente o a un grupo de ellos. El artículo 3 del primer párrafo de responsabilidad parental de los progenitores adolescentes de la Convención de los Derechos del Niño, establece un mandato a los Estados de plena operatividad y puede invocarse ante los tribunales (c.p. Ahumada, 2016, p.63).

Es decir, en base a lo reconocido por la Convención de los Derechos del Niño, la responsabilidad parental, es la figura adecuada para asegurar el correcto desarrollo emocional y psicológico del menor, ya que mediante la legislación nacional e internacional ambos progenitores se encuentran obligados a estar presentes en la vida del menor, evitando de esa manera carencias afectivas.

## **2.2.1.6. Carencia afectiva**

### **2.2.1.6.1. Efectos de la carencia afectiva según la psicología**

Según el estudio psicológico titulado: *La carencia afectiva intrafamiliar en niños y niñas de cinco a diez años*, realizado por Contreras, psicóloga en educación básica, en la Universidad de Cuenca, refiere lo siguiente:

Todo ser humano para poder sobrevivir debe estar rodeado de personas, para desarrollar sus conocimientos y saber relacionarse con la realidad, también siendo indispensable que reaccione de una u otra forma frente a los fenómenos de la naturaleza y del medio que lo rodea (2010, p.19).

En base a lo referido por el autor, el afecto brindado por los padres y su entorno, es importante en la vida del ser humano en relación a su desarrollo personal y social. La carencia de ello, afecta de manera directa el medio el cual lo rodea, siendo fundamental y esencial el afecto brindado por ambos progenitores.

Asimismo, Contreras también señala lo siguiente: La ausencia del rol a desempeñar puede traer consigo una personalidad insegura, incomunicación, relaciones inestables, malos tratos, toxicomanías, prostitución, prejuicios culturales, desinterés personal y social, bajo nivel cultural, desviaciones sexuales, hacinamiento, promiscuidad, falta de identidad, patrones rígidos de comportamiento, individualismo, valores (...) (2010, p.23). Es decir, que una de las principales causas por las que una persona no se adecua a las normas establecidas por la sociedad, es debido a la carencia de afecto por parte de sus progenitores, ya que cada uno de ellos cumple un rol importante en la vida de sus hijos, aportando experiencias que les servirán de ejemplo en su vida futura.

Quizás, si los progenitores supieran sobre los efectos que genera la falta de afecto producida por su ausencia en la vida de sus hijos, muchos de ellos procurarían tener más participación en la vida de los menores o adolescentes sin importar si se encuentran juntos o separados.

Contreras refiere que: “La afectividad constituye el principal factor de desarrollo del niño dentro del sistema familiar el niño necesita del afecto de sus padres, soporte emocional y cognitivo óptimo, mismo que es alterado por la carencia de afectividad” (2010, p.26). Ello significa que altera y modifica la conducta del menor, ya que el menor al carecer del afecto emocional por parte de sus padres, es probable que este busque ese vacío fuera del ambiente familiar.

#### **2.2.1.6.2 Carencia afectiva y su influencia en la sociedad**

El sociólogo mexicano Jiménez en su artículo titulado: *La delincuencia juvenil: fenómeno actual de la sociedad*” refiere lo siguiente:

La violencia no es producida aleatoriamente, sino que parte de una cultura de conflictos familiares, sociales, económicos, políticos y en general del sistema globalizado que a su vez permea las diferentes formas de vida en la sociedad, donde los estilos de vida de los jóvenes son catalogados como formas de delincuencia (2005, p. 01).

Según lo citado, entendemos que uno de los inicios para la delincuencia en la sociedad, se dan por los conflictos familiares. Como la carencia afectiva por parte de los progenitores y la falta de interés que denotan por la actividad de sus hijos.

Es importante, reconocer la participación de la familia en relación con la sociedad. Pues de ello depende el estatus de dicha sociedad y la escala de valores del sujeto. Jiménez nos dice, (...) toda sociedad necesita construir y construye un determinado tipo de sujeto social, el adecuado para el mantenimiento y reproducción del sistema estructural que lo forma, utilizando para ello las diferentes instituciones que confluyen hacia el objetivo buscado (escuelas, iglesias, medios, etc.), cada una de las cuales adquiere carácter hegemónico en distintos momentos del proceso histórico (2005, p.02). Esto quiere decir que, de acuerdo a lo aprendido en la familia u otro lugar, el ser humano crea su escala de valores y lo aplica en la sociedad. De ello dependerá el bienestar común, ya que, si el ser humano aprende violencia, aplicará violencia.

Con todo lo mencionado decimos que la carencia afectiva o el síndrome de alienación parental afectan la vida social del menor o adolescentes generando efectos negativos en la sociedad, como la delincuencia juvenil.

## **2.2.2. Hijo alimentista**

### **2.2.2.1. Contexto histórico**

Al momento de referirnos al hijo alimentista, también nos estamos refiriendo a la familia, puesto que es en esta última donde el primero encuentra su origen. En vista a ello, observaremos a grosso modo los momentos más resaltantes del desarrollo de la familia peruana a través del tiempo.

En la época feudal la familia constituía el núcleo, y todos los integrantes debían proporcionarse seguridad personal, ello referido a los ámbitos de la salud, la educación, la actividad económica, entre otras necesidades (Mazzinghi, 1999, p. 43).

Sin embargo, en la época moderna se encomiendan una buena parte de estas funciones; que antes eran exclusivas de la familia, al estado, como por ejemplo la defensa de la salud, la economía, entre otros. Empero, se conservaron dos funciones primordiales, ello debido al carácter indelegable que los revestía, estos son la transmisión de la vida, y la educación. La primera, es una función propia de la familia, en la cual el estado solo cumple con un papel de motivador de la procreación dentro del ceo familiar y desalentar la creada fuera de dicho ámbito. La segunda, debe ser entendida en función de la transmisión de la cultura, por su obvio carácter irrenunciable (Mazzinghi, 1999, p. 44).

Ahora bien, para dar un breve alcance del desarrollo de la familia dentro del Perú, es menester realizar un análisis de las diferentes épocas, así como del funcionamiento de las relaciones familiares del aquel entonces. Bajo ese contexto, nos remitimos al periodo de los incas.

La familia incaica fue la base fundamental de la familia peruana antigua, la misma que se caracterizó por mantener lazos muy íntimos, tanto así que, según Bartolomé de la Casas, los integrantes de la familia solían llamar como padres y hermanos a todos sus familiares, no importándoles mucho si los familiares eran muy lejanos (Vásquez, 1998, p. 43).

La familia dentro del incanato poseía según Vásquez tres características básicas, entre las cuales tenemos primero, el carácter económico, el cual era regido por el estado imperial inca, mismo que tenía su base en el Cusco, cuya función era la satisfacción de las necesidades de las personas que pertenecían al Tahuantinsuyo, garantizando de esta manera derechos como: alimentación, vivienda, satisfacción plena de las necesidades morales y materiales, existiendo

por ello un gran control de todos los recursos económicos del imperio, vinculándose de forma indisoluble al proceso económico de la comunidad (Vásquez, 1998, pp. 43-44).

Cabe recalcar también que la misma sociedad se preocupaba por garantizar que la vida, la dignidad, la libertad, todo ello para establecer que la tenencia de propiedades tenía que ser acorde a las necesidades familiares.

Como segunda característica tenemos al carácter político, el cual concebía a la familia del incanato como la base fundamental de la organización social del imperio, ello puesto que la familia era considerada como célula básica y fecunda expresión de solidaridad humana, siendo también elemento esencial en la organización política, ello a razón de que en ese tiempo tenía más poder político la familia cuyo número de integrantes era el más numeroso, obteniendo más tierras debido a que su necesidad también era más grande (Vásquez, 1998, p. 44).

Asimismo, en tercer lugar, tenemos al carácter ético, el cual fue un rasgo muy notorio de la familia inca, ello por cuanto, la conducta estuvo estrictamente regulada por principios morales cuya función dentro de la familia era de carácter imperativo, este carácter ético se debía principalmente a la naturaleza de las relaciones familiares establecidas dentro de la familia (Vásquez, 1998, p. 45).

Por otro lado, tenemos a las principales instituciones del derecho en la familia inca, entre las cuales tenemos primero al matrimonio, la cual era para aquel entonces pieza fundamental para la organización social, ya que ésta institución jurídica funcionaba no solo sobre bases económicas, sino sobre fundamentos públicos, ya que su intervención era regulado por las normas consuetudinarias que lo promovía el mismo inca; asimismo, el matrimonio se

caracterizaba por ser monógamo, claro con excepción de que el inca y sus curacas puedan tener más de una mujer (Vásquez, 1998, p. 47).

Referido a ello, el Dr. Emilio F. Valverde agrega que, el matrimonio no era considerado como un sacramento, sino como un acto civil de compra acompañada con obsequios y ceremonias que se cumplían frente al representante del inca. A ello, mencionar que el matrimonio tenía carácter de obligatorio para acrecentar la población y con ello el capital humano del trabajo, otro de los rasgos característicos era la completa sumisión de la mujer y los hijos a la autoridad paterna (c.p. Vásquez, 1998, pp. 49-50).

De igual manera, el matrimonio era de carácter indisoluble siendo la única causal para el divorcio en caso de adulterio o por mandato imperial, caso contrario el matrimonio solo se disolvía por causa de muerte de uno de los esposos (Vásquez, 1998, p. 50).

Sin embargo, también existían impedimentos para la celebración del matrimonio, entre los cuales tenemos la minoría de edad, misma que era considerada hasta los 25 años, puesto que hasta esta edad tanto el varón y la mujer estaban sometidos a la patria potestad de sus padres, otro de los impedimentos giraba en torno al parentesco, ya que se prohibía el matrimonio entre familiares como, hermanas, los ascendientes dentro de los grados más próximos y descendientes, teniendo como excepción a la regla al inca. En caso de desobediencia esta era castigada con la muerte (Vásquez, 1998, pp. 51-52).

Otra de las instituciones del Derecho de Familia inca fue la patria potestad, misma que estuvo ejercida por el padre de familia, ya que como antes lo habíamos mencionado, tanto la mujer como los hijos se encontraban plenamente sometidos a éste, luego del padre se

encontraba el ayllu. Ahora bien, en caso de los huérfanos estos eran confiados a las viudas con la condición de que estas últimas no volvieran a casarse, asimismo, la patria potestad era rígidamente exigida por los padres, ya que se consideraba delito la desobediencia al padre (Vásquez, 1998, p. 53).

En el caso de la institución de la adopción, en aquel tiempo solo era aplicado en los casos en los cuales la mujer legítima del inca no podía tener hijos o cuando estos nacían con algún tipo de discapacidad, es así que el consejo familiar o “panaca real” se reunía para escoger entre los bastardos del inca, uno que tome el lugar de hijo legítimo con todos los privilegios que esto conllevaba (Vásquez, 1998, p. 54).

Por último, tenemos a la institución del divorcio, la cual al igual que en la actualidad no es otra cosa, que la disolución del vínculo matrimonial. Sin embargo, esta difiere de la actual por cuanto en aquella época el único capaz de disolver dicho vínculo era el inca mediante mandato real a pedido del marido; asimismo, para que dicho pedido procediera el marido tendría que encontrar a su mujer en adulterio y tener un testigo que lo respalde. Respecto a ello, en las Crónicas de Juan Damían de la Cruz agrega que, en caso de que el inca aceptara le concedía al marido el poder de repudiar a la mujer adúltera y contraer un nuevo matrimonio (Vásquez, 1998, p. 54).

#### **2.2.2.2. Derecho de familia**

Previo a brindar una definición de derecho de familia es menester dar los siguientes alcances; para ello, citemos lo señalado por el profesor Lovaina, citado por Mazzinghi, el cual refiere lo siguiente: “(...) el natural impulso del instinto sexual, del amor materno, la tendencia que tiene el hombre a desear que otros le continúen, fundan la familia de la manera más

inmediata” (1999, p.36); en otras palabras, la familia lleva consigo como característica fundamental su perfecto ajuste con la ley natural.

De igual manera, Leclercq respecto a la familia agrega:

(...) se da un acuerdo universal del género humano que se explica por el mismo carácter de la institución familiar. No hay institución más cercana a la naturaleza. Sociedad simple, apoyada de manera inmediata en ciertos instintos primordiales, la familia nace espontáneamente del mero desarrollo de la vida humana (c.p. Mazzinghi, 1999, p. 36).

Entonces, podemos afirmar que la familia al nacer del derecho natural, tiene como rasgo fundamental su función informativa, por cuanto los legisladores al momento de crear normas tomaran del derecho natural su orientación.

Respecto a lo anterior, Renard refiere que: “El derecho natural es un manantial de orientación” (c.p. Mazzinghi, 1999, p. 40); sin embargo, también el autor deja en claro esta función de guía no se extiende hasta poder dar soluciones precisas, puesto que solo tiene un carácter de dirección; asimismo, otro rasgo marcado del derecho natural es su función limitativa de leyes positivas, ello en vista de que muestra al legislador aquellos principios fundamentales que el legislador no puede trasgredir, compartimos la posición del referido autor, quien refiere que el derecho natural actúa como un círculo invisible de limitantes que gira alrededor de iniciativas legislativas, jurisprudenciales y doctrinales (Mazzinghi, 1999, p. 41).

En suma, podemos decir que la familia en si viene a ser una institución que no puede ser tomada a la ligera por el derecho, siendo altamente considerada por esta última; contrario sensu, nos encontraríamos frente a un inminente desastre, como lo ocurrido en la revolución

bolchevique, en la cual las leyes de la Unión Soviética, en materia familiar se adecuaron a los postulados ideológicos del amor libre, educación de los hijos por el estado y la virtual supresión del matrimonio como vínculo estable (Vásquez, 1998, 41).

Por último, concordamos con Vásquez cuando define al Derecho de Familia como el conjunto de normas legales que regulan las relaciones jurídicas originadas dentro de la familia sea esta natural legal o civil, así como también aquellas que se derivan de la dependencia entre las personas, relaciones de dependencia, de hecho, o de concubinato (1998, p. 27).

Entonces, el Derecho de Familia no es otra cosa que el conjunto de normas encargadas de regular las relaciones familiares; asimismo, de entre los aspectos regulados por este derecho hacemos un especial hincapié en el estudio de las garantías que sirven de protección a los derechos de menores de edad; específicamente hablando, del derecho del menor frente a sus padres, resultado poco relevante si este nació dentro del matrimonio o fuera de él, como en los casos de los hijos extramatrimoniales.

Para finalizar, resulta importante especificar que, en el párrafo predecesor se le resta importancia al origen del menor de edad, a razón de que en la actualidad la estructura, referente a esto Vásquez señala: “(...) es institución ofrece nueva estructura a través de los cambios de sus elementos estructurales, pero conserva su trascendencia permanente” (Vásquez, 1998, p. 24). En otras palabras, la familia puede ser conformada tan solo por una madre con su hijo, un abuelo y su nieto, etc. Sin embargo, esto no mermará la importancia que tiene esta familia y la protección que esta merece.

### 2.2.2.3. Alimentos

Teniendo presente lo anterior, resaltamos que el instituto jurídico de los alimentos es uno de los más importantes del derecho de familia; por ende, es preciso brindar un concepto de lo que son los alimentos; empero, como lo menciona Carbonell, debido a la existencia de diversas fuentes del derecho alimentario, resulta difícil dar un único concepto en el derecho civil (1998, pp. 22-23).

Sin embargo, es de interés de la presente dar un concepto referido a la obligación que tienen los padres respecto a sus hijos; es decir, los alimentos con relación al parentesco; entonces, tenemos que se caracteriza a la obligación alimentaria como un todo, entendamos por “todo” a aquello necesario para la subsistencia del menor de edad, entre ellos tenemos la habitación, vestimenta, alimento propiamente dicho, y no solo ello, sino también los alimentos deben cubrir lo necesario para la educación y el esparcimiento del menor (Carbonell, 1998, p. 23).

Messineo, citado por Carbonell tiene una postura diferente, ya que refiriéndose al derecho de alimentos sostiene que: “(...) tiene naturaleza genuinamente patrimonial; la nueva legislación no contiene ninguna indicación que justifique la concepción de aquel derecho como dirigido también al cuidado de la persona de quien recibe los alimentos” (1998, p. 25). En otras palabras, dicho autor considera que los alimentos son netamente patrimoniales; por tanto, aplicado al ámbito de nuestro interés (obligación alimentaria de los padres respecto de sus hijos), tenemos que se deja relegada la importancia del deber de cuidado de los padres hacia sus hijos respecto a la instrucción, atención, u otro similar que tenga que ver con el cuidado del menor.

Contrario a lo anterior opinan diversos doctrinarios, de entre los cuales citaremos a Casso y Cervera citados por Carbonell, quienes consideran que los alimentos no pueden ser de naturaleza puramente patrimonial, pues esto iría contrario a su fundamentación ética; sin bien es cierto, esta institución halla su solución en una prestación de índole patrimonial, no puede ser tratada como ella, a razón de que el derecho del alimentista no constituye un elemento activo de su patrimonio; es decir, el alimentista no tiene un interés patrimonial o individual al que la ley le otorgue protección; por el contrario, nos encontramos frente a un interés de orden superior y familiar (1998, p. 26).

Asimismo, Ricci refiere que: “(...) este derecho, eminentemente personal, no forma parte de nuestro patrimonio, sino que es inherente a la persona, de la cual no puede separarse y con la cual se extingue o perece (...)” (c.p. Carbonell, 1998, p. 27); es decir, y respecto al ámbito de nuestro interés, la única persona que resulta beneficiaria de esta obligación alimentaria es hijo alimentista, quien a su muerte no podrá transmitir ese derecho a sus herederos en caso los tenga.

Respecto a ello, nuestro Código Civil en su artículo 472 sostiene que los alimentos comprenden lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica que es indispensable para el sustento; sin embargo, al observar los legisladores lo limitado de este concepto para poder proteger los intereses de los hijos es que se incorpora una modificatoria a este artículo; es así que, mediante la Ley N° 30292 se incorpora también la asistencia psicológica, esto teniendo en consideración la situación económica de los padres.

Asimismo, cabe señalar que al artículo 472 en su segunda parte hace referencia a los hijos menores de edad, en cuyo caso los alimentos comprenden educación, instrucción y

capacitación para el trabajo; de igual manera, se adiciona la recreación del menor, tal como lo señala el artículo 92 de Código de los Niños y Adolescentes, mismo que también fue modificado por la Ley 30292 (Aguilar, 2016, p. 12).

Cabe señalar que el Código de Niños y Adolescentes que fue promulgado por la Ley N° 27337 del 21 de julio de 2000 también considera los gastos de embarazo de la madre como alimentos; el cual se computa desde la etapa de la concepción hasta el post parto, norma considerada un tanto innecesaria, debido a que dicho derecho ya se encuentra protegido mediante el derecho alimentario de la madre matrimonial, y en caso de madres extramatrimoniales se prescribe que ésta tendrá derecho alimentos durante los 60 días antes y los 60 días después del parto, mandato que alude al artículo 414 del Código Civil (Aguilar, 2016, p. 12).

En suma, podemos concluir que los alimentos no solo les competen a los hijos nacidos dentro de un matrimonio, sino también aquellos que nacen fuera de éste. Asimismo, la ley provee alimentos al menor desde su concepción, es decir, cuando se encuentran en el vientre de su madre. Por otro lado, al ver los legisladores que la ley resultaba insuficiente al momento de garantizar los derechos de los hijos optaron por modificarla.

#### **2.2.2.3.1. Naturaleza de los alimentos**

Ahora bien, cuando hablamos de cuál es la naturaleza de los alimentos estamos tratando de ubicar al derecho como un derecho patrimonial o personal. Referente a ello los doctrinarios se encuentran divididos, puesto como ya lo habíamos venido tocando en párrafos anteriores, algunos doctrinarios consideran que los alimentos tienen carácter patrimonial, puesto que estos se materializan en algo que tenga significado económico, pudiendo ser en especies o dinero;

sin embargo, otros doctrinarios objetan esta teoría sosteniendo que, de tener carácter patrimonial los alimentos, estos podrían transferirse o renunciarse, cosa que es imposible para los alimentos (Aguilar, 2016, p. 13).

Asimismo, acotan que entonces nos encontraríamos con un derecho personalísimo, puesto que este derecho nace con la persona y se extingue con ella, es por esto que resulta imposible su transmisibilidad. Frente a dicho argumento los que se encuentran a favor de que los alimentos revisten carácter patrimonial mencionan que los alimentos como derecho personal poseen una valoración económica, cosa que no sucede con muchos de los derechos típicamente personales (Aguilar, 2016, p. 13).

Bajo ese lineamiento, el uruguayo Guastavino y el peruano Cornejo concuerdan en una teoría mixta, concluyendo así que el derecho alimentario posee rasgos del derecho patrimonial por cuanto su contenido tiene carácter económico, así como también posee la característica de un derecho patrimonial obligacional, ya que dicha obligación no compromete a todas las personas sino a algunas cuantas. Sin embargo, no puede ser considerado como un derecho patrimonial a plenitud, ya que carece de la característica *erga omnes* de un derecho patrimonial real (c.p Aguilar, 2016, p. 14).

#### **2.2.2.3.2. Características de los alimentos**

Entre las características más resaltantes del derecho o deber alimentario de los hijos tenemos a aquellos puestos en manifiesto por la doctrina tradicional, mismos que recibieron consagración legislativa tanto en nuestro país como en muchos otros. Nuestro Código señala expresamente los siguientes.

### **a) Inherencia personal**

En nuestra legislación la inherencia encuentra su fundamento en los efectos de la intransmisibilidad sucesoria; cuando hablamos de derechos intransmisibles nos referimos a derechos tanto como obligaciones, por ejemplo, un heredero no puede heredar los derechos intransmisibles de un acreedor; asimismo, cuando no puede heredar las obligaciones intransmisibles de un deudor. A estos derechos se les denomina en nuestro Código Civil como derechos inherentes a la persona; es decir, derechos personalísimos que nacen y mueren con la persona (Carbonell, 1998, p. 28).

Cabe señalar que este carácter de inherencia personal del derecho u obligación alimentaria, si bien es cierto, no se encuentra expreso en nuestro Código Civil como tal, esto no repercute en su condición personalísima. Ello debido a que resultaría contraproducente que a la muerte del alimentado sus herederos continúen percibiendo un beneficio económico; de igual manera, no es aceptable que quien estaba obligado a brindar alimentos transmita a sus herederos dicha obligación a su fallecimiento (Carbonell, 1998, p. 29).

Entonces, tenemos que es cierto que el Código Civil no manifiesta de forma escrita la intransmisibilidad del derecho u obligación alimentaria; sin embargo, esto si está mencionado de forma implícita en el referido Código, cuando menciona que no pueden “(...) transferirse por acto entre vivos o muerte del acreedor o deudor (...)”; asimismo, debido a la inherencia personal se pueden reconocer otras características: i) intransmisibilidad sucesoria; ii) inalienabilidad; iii) irrenunciabilidad; iv) incompesabilidad; v) intransigibilidad; vi) inembargabilidad (Carbonell, 1998, p. 30).

**b) Variabilidad**

El derecho o deber alimentario tiende a sufrir de variaciones ya sea que se trate de alimentos fijados en una sentencia judicial o alimentos pactados mediante una conciliación extrajudicial, esto a causa de que no existe una regla general que sirva para determinar los alimentos, variando estos para cada caso particular (Carbonell, 1998, p. 33).

**c) Imprescriptibilidad**

Al hablar de esta característica nos referimos, a que no importa el tiempo que transcurra, ya que éste no podrá originar la pérdida al reclamo de alimentos, este pensamiento es ampliamente respaldado por la doctrina pese a que no está señalada taxativamente por esta, así como tampoco los alimentos se encuentran contenidos en la lista de acciones imprescriptibles que considera nuestro Código Civil (Carbonell, 1998, p. 34).

**d) Reciprocidad**

Este carácter se refiere a que los alimentos son una prestación recíproca entre parientes, cabe aclarar que al afirmar que es una prestación recíproca no se refiere que se deba guardar equivalencia, puesto que es mayor la obligación que tienen los padres respecto de sus hijos menores de edad, que la obligación de los hijos respecto de sus padres. Referente a ello Belluscio, afirma que esta característica particular se presenta únicamente en la obligación alimentaria que se origina del parentesco, ausentándose así en las obligaciones originadas en el matrimonio, patria potestad, donación o testamento (c.p Carbonell, 1998, p. 34).

Aunque en el matrimonio y la patria potestad exista también la reciprocidad, se diferencia del parentesco, porque en esta última puede no haber equivalencia de las

prestaciones, extendiendo la legislación respecto a la protección del menor de edad (Carbonell, 1998, p. 35).

Para finalizar, concordamos con Carbonell, cuando refiere que el derecho alimentario es personalísimo y subsistirá mientras el estado de necesidad del titular también lo haga; en consecuencia, el derecho alimentario no puede transferirse inter vivos o mortis causa; es decir, es de imposible transferencia a pesar de que el titular cuente con herederos, subsistiendo el derecho alimentario con la única condición de la que el titular se encuentre vivo y el estado de necesidad subsista; por tanto, la acción es imprescriptible; es decir, mientras exista la necesidad existirá la acción para ejercerlo. Por último, se tiene que tener en cuenta que el derecho alimentario se encuentra sujeto a revisión (1998, p. 35).

#### **2.2.2.3.3. Clasificación de los alimentos**

Aguilar (2016, p. 12), clasifica a los alimentos en dos grupos pudiendo ser estos congruos o necesarios. La legislación no se pronuncia de forma expresa sobre los alimentos congruos, como lo hace con los alimentos necesarios; empero, si lo hace tácitamente. A continuación, explicamos cada uno de estos grupos.

##### **a) Alimentos congruos**

Cuando hablamos de alimentos congruos nos referimos, como es posible deducir de su misma nomenclatura, a la congruencia que debe existir entre el monto de los alimentos y la condición de las partes, respecto a ello el Código Civil de 1936 sostenía que los alimentos debían consistir en el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, según la posición social de la familia; es decir, desde este código predecesor ya se veía la importancia que tenía la posición social de la familia al momento de fijar los alimentos (Aguilar, 2016, p. 12).

Ahora, bien tanto la legislación chilena como la colombiana refieren que al hablar de congruo nos referimos de algo conveniente u oportuno, es así que, el Código Civil de Chile, nos alcanza una pequeña pero muy acertada definición de lo que son los alimentos congruos presentándola como aquellos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social (Aguilar, 2016, p. 12).

Teniendo en mente lo anterior, señalamos que en la actualidad nuestro Código Civil refiere que los alimentos deben ser dados teniendo en consideración la situación y posibilidades de la familia, resulta obvio que las posibilidades a las que se refiere el Código son de carácter económico. Por otro lado, en caso de que se pasara por alto esta exigencia tendríamos pensiones imposibles de pagar por ejemplo para una persona que solo gana el mínimo vital (Aguilar, 2016, pp. 12-13).

**b) Alimentos necesarios.**

Se considera alimentos necesarios a aquellos que el deudor alimenticio se encuentra obligado, siempre y cuando el acreedor alimentista no pueda subsistir por sí solo, claro ejemplo tenemos a los menores de edad que necesitan la protección y respaldo económico de su familia para poder desarrollarse y posteriormente insertarse a la sociedad.

Referente a lo anterior, cabe indicar que para nuestro Código Civil los alimentos necesarios implican una noción objetiva; es decir, lo que basta para sustentar la vida del acreedor alimentista, ello refiriéndose específicamente en los casos de acreedores alimenticios mayores de edad. Aguilar, refiere que los legisladores peruanos recogen los alimentos necesarios brindándole un matiz sancionador, esto lo podemos ver claramente en el segundo

párrafo del artículo 473 de nuestro Código Civil, por cuanto refiere que los alimentos así descritos se reducen a lo estrictamente necesario para subsistir (2016, p. 13).

Cabe precisar, que los legisladores usan el término “alimentos estrictamente necesarios” en los casos que los acreedores alimentarios mayores de edad hayan contraído incapacidad física o mental debidamente probadas, a causa de su inmoralidad; es decir, debido a su propia imprudencia. A ello, podemos observar claramente que el legislador usa el termino alimento necesario a modo de sanción, puesto que dichos alimentos solo comprenden los estrictamente necesarios para el sustento; asimismo, y bajo esta misma sanción el artículo 485 agrega “o cuando ha incurrido en causal de indignidad o desheredación”.

Por último, el legislador hace una precisión indicando que lo dicho no aplica cuando quien demanda alimentos es ascendiente del deudor alimentario, salvo que se trate de indignidad o desheredación (Aguilar, 2016, p. 13).

#### **2.2.2.3.4. Extensión de los alimentos.**

Respecto a la extensión de los alimentos, refirámonos en primer lugar a lo contenido en el artículo 350 del Código Civil, el cual toca los alimentos que se deben entre cónyuges separados judicialmente, resaltando que estos no deben ser entendidos como únicamente materiales, debiendo considerarse también las necesidades de orden espiritual; es decir, se atiende incluso aquellas necesidades que escapan a lo indispensable como el esparcimiento e incluso actividades de carácter cultural (Bossert c.p. Carbonell, p. 38).

Por otro lado, en cuanto concierne al derecho alimentario de los hijos ya sean estos matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos o declarados que sea menores de 18 años, el

derecho alimentario no comprenderá tan solo los necesarios para el sustento, el vestido, la habitación o la asistencia médica, según las posibilidades de las partes (alimentos congruos que anteriormente tratamos), sino que va más allá, puesto que se considera la importancia de la educación, instrucción profesional u capacitación para el trabajo (Carbonell, 1998, p. 38).

Bajo ese contexto, cabe señalar que este derecho de alimentos no solo asiste a los menores de edad, sino también a aquellos que pasando los 18 años de edad siguen con éxito una carrera universitaria u otro oficio (Carbonell, 1998, p. 39).

Ahora, en caso de las hijas solteras el derecho de alimentos subsistirá mientras estas no se encuentren en situación de ganarse la vida, este derecho comprende lo necesario para su sustento, vestido, habitación y asistencia médica según la situación de la familia.

Por otro lado, en el caso de aquellos hijos que a pesar de ya no recibir alimentos caen en estado de necesidad, siempre y cuando, este estado no haya sido provocado por su actuar inmoral. El artículo 474 de nuestro Código Civil, sostiene que el de alimentos de los descendientes puede llegar a no tener límite de edad, ello en vista a su estado de necesidad; asimismo, el artículo 415 del mismo Código se refiere al hijo puramente alimentista prolongará su derecho más allá de los 18 años en caso de que este padezca de incapacidad física o mental, que le dificultara ganarse la vida por sí mismo. De todo lo anterior se concluye que, nuestra legislación brinda tanto a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales especial protección otorgándoles a estos un status superior al meramente alimentista (Carbonell, 1998, pp. 39-40).

En consecuencia, se infiere que los legisladores contemplan como estado de necesidad incluso a la imposibilidad de encontrar trabajo o la insuficiente remuneración. Ahora bien, en

cuanto a la duración de este derecho de alimentos rige hasta que el acreedor alimentario obtenga la mayoría de edad; empero, la legislación contempla una salvedad en caso de que el hijo una vez llegado a los 18 años no sea capaz de mantenerse por sí mismo a causa de incapacidad física o mental (Carbonell, 1998, p. 40).

#### **2.2.2.4. Derecho alimentario de los hijos**

El derecho de los hijos es uno de los más obvios entre los derechos alimentarios, es por ello que resulta necesario distinguir las diferentes posiciones en que se encuentran respecto a sus padres (Carbonell, 1998, p. 44).

Una de las principales diferencias entre los hijos radica por cuanto los que se hallan bajo patria potestad y los que no. No siempre los hijos se encontrarán bajo la patria potestad de ambos padres, pudiendo estarlo solo respecto a uno de ellos, aquí es donde Carbonell señala algunos casos: (...) los matrimoniales respecto de ambos padres, si éstos hacen vida matrimonial normal; o de aquel de ellos a quien se ha confiado los hijos, en caso de separación, divorcio o invalidez; así como el caso de los extramatrimoniales, respecto del padre o madre que decida el juez (...) (1998, p. 44).

Entonces, el deber de alimentar a los hijos es uno muy amplio ya que la patria potestad lo impone de forma integral; ahora bien, en el caso de que los hijos no se encuentren bajo patria potestad de los padres el derecho se traducirá en una pensión alimentaria de carácter económico; sin embargo, el juez se encuentra en la facultad de ordenar que esta obligación se cumpla de manera diferente (Carbonell, 1998, pp. 44-45).

Por último, cabe recalcar que el derecho alimentario existirá siempre y cuando exista un estado de necesidad; en otras palabras, este derecho permanecerá mientras los hijos no puedan valerse por sí mismos. La ley presume hasta cierta edad el estado de necesidad, por ende, no existe el deber de acreditarlo; empero, si supera dicha edad el hijo deberá probar dicha condición de necesidad (Carbonell, 1998, p. 45).

#### **a) Hijos matrimoniales**

Resulta lógico que el derecho del hijo nacido dentro de un matrimonio tenga un más sólido respaldo legal, ello a razón de que nuestro Código Civil en su artículo 423 refiere que entre todos aquellos deberes y derechos que se originan por el matrimonio se encuentran las obligaciones que recaen sobre los cónyuges respecto al deber de alimentar, educar, dirigir la instrucción profesional de sus hijos; asimismo, los artículos 300, 291 y 311 refieren que este derecho alimentario subsistirá sea cual sea el régimen patrimonial del matrimonio, esto se reafirma por cuanto no solo los hijos matrimoniales tienen derecho a los alimentos, sino también los hijos extramatrimoniales (Carbonell, 1998, p. 46).

Resulta esencial señalar pues que el derecho alimentario encuentra su origen primario en la consanguinidad. Asimismo, en caso de que esta obligación alimentaria no sea cumplida por los padres, el hijo podrá pedir al juez fije una pensión en dinero a su favor, cuyo pago estará sujeto a garantías procesales y penales (Carbonell, 1998, p. 47).

#### **b) Hijos extramatrimoniales.**

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido o declarado, este hijo al igual que el matrimonial tiene derecho alimentos frente a sus padres, ello a razón de que el origen del referido derecho nace con la consanguinidad y todos los demás factores jurídicos, entre estos

últimos tenemos al matrimonio, régimen de gananciales, separación de patrimonios entre ellos la figura de la patria potestad o en su caso el goce de usufructo; de los cuales por obvias razones solo las dos últimas figuras pueden darse para los hijos extramatrimoniales (Carbonell, 1998, p. 47).

Bajo ese contexto, cabe resaltar que estos factores jurídicos no afectarán el derecho alimentario, ya que solo servirán para señalar la técnica al momento de regular el derecho alimentario (Carbonell, 1998, pp. 47-48).

Ahora bien, es de interés de la presente el reconocer las diferentes situaciones en las que se hallan los hijos extramatrimoniales, entre ellos tenemos a los señalados por Carbonell (1998, p. 48):

- El hijo extramatrimonial reconocido de forma voluntaria por ambos padres o declarado judicialmente por los mismos.
- El hijo extramatrimonial que se encuentra reconocido de forma voluntaria por su madre, o cuando dicha madre fue declarada judicialmente, mientras que su padre ni lo ha reconocido voluntariamente ni ha sido declarado judicialmente como tal; empero, se le tiene como padre por efecto puramente alimentario, ello según lo contenido por el artículo 415 del Código Civil.
- El hijo alimentista reconocido por la madre, o cuando esta última fue declarada judicialmente, en tanto el padre no lo reconoce ni ha sido declarado judicialmente como tal, ni se ha vencido la acción que señala el artículo 415 del Código Civil.
- El hijo alimentista cuyo padre es declarado judicialmente, en tanto su madre no lo reconoce ni es declarada judicialmente.

- El hijo alimentista que no es reconocido ni declarado en juicio por ninguno de los padres.

Cabe recalcar que en todos los casos señalados la obligación alimentaria pesa sobre ambos padres; asimismo, la ley indica que esta obligación se distribuirá conforme a las necesidades del alimentista, así como las posibilidades del obligado; asimismo, el juez tomara en cuenta cuál de los dos obligados tiene recursos inferiores haciendo recaer preeminentemente la obligación sobre el otro (Carbonell, 1998, pp. 48-49).

#### **2.2.2.5. Concepto hijo alimentista**

Para el maestro Cornejo citado por Vásquez, el hijo alimentista es aquel: hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado por su padre, a quien debe pasar una pensión alimenticia hasta cierta edad el varón que hubiera mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción. Entonces no es como su nombre pareciera sugerirlo que todo hijo tiene derecho a alimentos, pues entonces todos lo serían en tanto se hallen en estado de necesidad (1998, p.630).

No se denomina hijo alimentista a todo hijo que tenga derecho a alimentos, esto debido a que; si fuese así, entonces todos lo serían bastando solo la prueba de su estado de necesidad, tampoco se debe entender dicho termino como el único hijo que merece alimentos. Hijo alimentista es en realidad aquel hijo extramatrimonial que no se encuentra reconocido ni declarado por su padre; empero, esto no significa que no sea sujeto de derecho alimentario (Carbonell, 1998, p. 49).

Si el hijo alimentista es aquel hijo extramatrimonial, entonces es menester mencionar que existen dos maneras de emplazar su estatus, la primera de ellas es cuando el reconocimiento voluntario, la segunda es la declaración judicial de la paternidad o la maternidad; entonces, estamos hablando de aquellos hijos que no han sido reconocidos o que no han podido ubicar a su padre o madre a través de un juicio, quienes estrictamente no deberían tener ningún tipo de derecho frente a progenitores que desconocen, de igual manera, dichos hijos no se encuentran amparados por la patria potestad ni herencia (Carbonell, 1998, p. 50).

Sin embargo, a estos hijos extramatrimoniales no se les niega a subsistir, por tanto, la ley les concede el derecho a los alimentos mientras este no pueda valerse por sí mismo. A ello, la ley antes de adjudicarle la obligación alimentaria a la beneficencia privada o pública o al estado a través de la asistencia social, hará recaer dicha obligación sobre quien no pudiendo ser señalado como padre, puede serlo verosímilmente; aquel que en la época de la concepción mantuvo relaciones sexuales coitales con la madre (Carbonell, 1998, p. 50).

Referente a ello Vásquez agrega que, al hablar de hijos alimentistas nos referimos a aquellos hijos legalmente sin padres, por tanto, no llevan sus apellidos; de igual manera, carecen de la patria potestad, empero, a pesar de todo ello la ley no le desconoce el derecho a sobrevivir, que se traduce en los alimentos que necesiten mientras no puedan valerse por sí mismos (1998, p. 630).

Por tanto, se acuerda entonces el derecho alimentario por parte del padre es inherente porque la madre estará más a los cuidados personales del menor, en cambio el padre soportará la carga alimentaria por su grado de fuerza y accesibilidad al mundo laboral para proteger a su familia y menor de edad (Carbonell, 1998, p. 50).

En consecuencia, afirmamos que la presunción de paternidad es con un fin netamente alimentario, presunción que exige la prueba de la relación sexual con la madre, ello por lo menos durante los 121 primeros días de los 300 anteriores al parto, dicho acto tendrá el carácter de *iuris tantum* desde que puede ser destruida por el demandado, si es que el mismo prueba que durante ese lapso de tiempo la madre llevo una vida desordenada o en su caso pruebe que le fue imposible tener acceso carnal con la madre durante ese tiempo, tal y como lo indica el artículo 416 del Código Civil (Carbonell, 1998, p. 51).

Por último, el artículo 415 del Código Civil refiere que fuera de los casos contenidos en el artículo 402 del mismo Código, el hijo solo tendrá derecho a reclamar una pensión alimentaria hasta haber cumplido la mayoría de edad, que es cuando cumplen los 18 años, asimismo, dicha obligación de prestar los alimentos caerá sobre el que hubiera mantenido relaciones sexuales con su madre durante la etapa de la concepción (c.p Vázquez, 1998, p. 631).

### **2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS**

Los conceptos claves para comprender mejor el proyecto de tesis serán desarrollados a continuación, sin embargo, dichos conceptos serán descritos bajo el Diccionario Jurídico de Lengua Española, el Diccionario de la Real Academia Española, Diccionario Jurídico novena edición (2017) y Valleta Ediciones-2009.

**Responsabilidad:** Situación jurídica de quien debe asumir sus actos y las consecuencias que puedan derivarse de los mismos; o, de los actos y sus consecuencias de personas bajo su cuidado y protección. (2017, p..526)

**Paternidad:** Vínculo entre el padre y el hijo. (2009, p.450)

**Patria Potestad:** Dícese del conjunto de derechos y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad. Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. (2015, p.450)

**Tutela:** en derecho de familia, dícese de aquella institución creada por la ley para que cuide de los bienes y personas del menor de edad que no se encuentra sometido a patria potestad. (2010, p. 611)

**Menor de edad:** Condición jurídica de la persona que no ha alcanzado cierta edad señalada por la ley para su plena capacidad (2008, p. 405).

**Incapacidad:** Estado de una persona privada por la ley del goce o del ejercicio de ciertos derechos. La incapacidad se dice que es de ejercicio cuando la persona que la sufre no es apta para actuar por sí misma o ejercer por sí sola ciertos derechos de que continúa siendo titular. La incapacidad se dice de goce cuando la persona que la sufre es inepta para ser titular de uno o más derechos, pero no puede ser general (2009, p. 340).

**Alienable:** Dícese de todo aquello que es susceptible de enajenación o transferencia (2014, p. 57).

**Principios:** En el ámbito del derecho de trabajo. Zuretti explica que se trata de enunciados básicos que comprenden, contemplan, una serie indefinida de situaciones, resultado más general que las normas ya que, precisamente, sirven para inspirarlas, entenderlas y reemplazarlas. Constituyen los cimientos de toda la estructura jurídico-normativa laboral (2009, p. 660).

**Trastorno:** Cambio de posición natural de una cosa, persona, situación o hecho con trascendencia en lo jurídico (2012, p. 605).

**Menores:** Personas que no tiene la edad suficiente para gozar de los derechos civiles en forma plena, es decir, que no han alcanzado los veintiún años (en el caso de Argentina). El límite de edad varía según las legislaciones (2011, p. 539).

## CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

### 3.1. METODOLOGÍA

Para la realización de la investigación se utilizó el método de la hermenéutica, la misma que también es denominada el método de búsqueda de la verdad, y en consecuencia un método de interpretación; por ello es que, los profesores Gómez y Gómez (2006) señalan respecto a la hermenéutica que: “(...) no [se] rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino sólo la pretensión de reducir la verdad a un proceso de conocimiento, y en concreto, al basado en el método científico-tecnológico (...)” (p. 203).

Debemos entender que para la realización de una investigación hermenéutica debemos de olvidar la realización al estilo de los procesos clásicos de una investigación empírica, porque la principal labor en la tesis, es la interpretación la cual está sometida bajo parámetros subjetivos, esto es que, el hombre no puede ser ajeno a la interpretación de usar la política, academicismos o incluso a la religión.

En consecuencia, debemos afirmar que la hermenéutica en su afán de buscar la verdad “(...) no parte del presupuesto básico de las teorías puramente epistemológicas, que arrancan una supuesta situación ideal de conocimiento (la razón de los positivistas) o de comunicación (la razón práctica de los procedimentalistas) (...)” (Gómez & Gómez, 2006, p.201); por lo tanto, al contrario a la clásica investigación positivista, no será necesaria una separación entre el sujeto y objeto de estudio, como tampoco el requerir datos objetivos y evidentes.

En suma, entendiendo el método a emplear en nuestra investigación, se concluye que el procedimiento será utilizar la hermenéutica con la finalidad de que los investigadores tengan

como requisito mínimo interpretar la ley, la doctrina y la jurisprudencia respecto a la tutela moral y los hijos alimentistas; requiriéndose a ellos a consignar un comentario o interpretación perteneciente en el contexto de no fallar respecto a la verdad del tema de investigación

Asimismo, se debe señalar que la investigación al ser de la carrera de derecho, por su naturaleza se va a emplear la hermenéutica jurídica, la misma que irremediamente va a contener la exégesis jurídica, la cual es considerada como un método por excelencia para la búsqueda de la voluntad del legislador de las normas bajo análisis (Miró-Quesada, 2003, p. 157).

Aunado a ello, tampoco siempre va a ser suficiente el método exegético, frente a esta situación es importante el empleo del método sistemático-lógico, consistiendo este en encontrar de manera sistemática el significado de los conceptos dentro del ordenamiento jurídico, a fin de aproximar su significado que coadyuvará a esclarecer la ambigüedad o insuficiencia que ésta necesita (Miró-Quesada, 2003, p. 157).

A lo dicho, los dos métodos específicos (interpretación exegética y la lógica-sistemática) se utilizarán para el análisis de los dispositivos normativos que regulan la tutela moral y a la figura de los hijos alimentistas dentro de nuestro país; estas últimas contenidas principalmente en el Código Civil y de los Niños y Adolescentes, además de la jurisprudencia emitida por los tribunales peruanos.

### **3.2. TIPO DE ESTUDIO**

Nuestra investigación en función de la naturaleza de la misma, va a emplear la investigación básica o fundamental (Carrasco, 2013, p. 49); afirmamos ello pues se tiene como

objetivo el incremento de doctrinario o teórico que existe respecto a las figuras jurídicas de la tutela moral y los hijos alimentista.

Por ende, no solo nos vamos a enfocar en la recolección de información relevante de cada una de las variables en estudio (tutela moral e hijos alimentistas), sino que la investigación básica permite aportar debates a la comunidad jurídica.

### **3.3. NIVEL DE ESTUDIO**

En esa misma línea de análisis, se expresa que el nivel de investigación del presente trabajo de investigación es correlacional (Hernández; Fernández & Batpista, 2010, p. 82), toda vez que, el desarrollo del trabajo tendrá como base, la forma en la cual se relacionan las características principales de la primera figura (tutela moral) en relación a los caracteres de la segunda figura (hijos alimentistas), así en los resultados obtenidos se podrá ver la incidencia de una sobre la otra.

Por consiguiente, el ser correlacional, la relación de las características intrínsecas de cada variable permitirá determinar su compatibilidad e influencia, en consecuencia, permitirá conocer si su relación es fuerte o débil.

### **3.4. DISEÑO DE ESTUDIO**

Ahora bien, el diseño que se va a emplear fue el de corte observacional o no experimental, el mismo que consiste en la no manipulación de las variables de investigación, siendo que la única función que se realizará es extracción de las características más importantes de cada variable para poder relacionarlas adecuadamente (Sánchez, 2016, p. 109).

Entonces, debemos de precisar que la no manipulación de las variables quiere decir que, no se va a experimentar con las características de cada una de ellas, una frente a la otra, o por medio de un instrumento; sino, más bien que a través de las características que ya se cimentaron de cada una de ellas, se analizará su potencialidad y predictibilidad en la investigación.

Aunado a lo ya dicho, la investigación también es de corte transaccional, pues el análisis de las variables de estudio se efectuará por medio de la recolección de datos obtenidas en un único momento (Sánchez, 2016, p. 109); es decir, los instrumentos de recolección de datos coadyuvaran a la obtención de información principal de las teorías, doctrinas y jurisprudencia de cada tema de la investigación, pero en un solo momento dado.

Por todo lo mencionado, de acuerdo a Sánchez y Reyes (1998, p.79) el diseño esquemático que se adecua más es el de una investigación correlacional, el cual se estructura de la siguiente manera:

$M_1$	$O_x$
$r$	$r$
$M_2$	$O_y$

Siendo en este M la muestra en la que se usará los instrumentos de aplicación para la recolección de datos, en consecuencia M vienen a ser todos los libros que aborden la Tutela Moral ( $M_1$ ) y los Hijos Alimentistas ( $M_2$ ); a su vez, los O vendrán a ser la información principal e importante sometida a análisis, en consecuencia los  $O_x$  vendrán a ser las fichas textuales y de resumen que otorgan una cantidad importante de información que llegue a saturar

el tema de tutela moral para que se correlacione con las características saturadas de los Hijos Alimentistas cantidad en las fichas del O<sub>y</sub>.

Se entiende que M representa la muestra en la que se aplicarán los instrumentos para recolectar datos, por lo tanto M son todos los libros que hablan sobre el Despido Arbitrario (M<sub>1</sub>) y Deontología (M<sub>2</sub>), mientras que los O consistirán en aquella información relevante que se va a analizar, pues ello conlleva a que los O<sub>x</sub> sean las fichas textuales y de resumen que otorgan un conglomerado de información hasta un punto de saturación del Despido Arbitrario para que finalmente se correlacione con las características saturadas de la Deontología Jurídica contenida en el O<sub>y</sub>.

### **3.5. ESCENARIO DE ESTUDIO**

La investigación al ser cualitativa y utilizar uno de los métodos dogmáticos jurídicas, propias de la ciencia jurídica, esto es de analizar la norma jurídica y observar si está acorde a una realidad social y legislativa, pues el escenario constituye el mismo ordenamiento jurídico peruano, ya que de allí es de donde se va a poner a prueba su consistencia e interpretación acorde a la Constitución.

### **3.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS O FENÓMENOS**

Como ya se ha advertido, la investigación al ser de enfoque cualitativo y tener una modalidad específica dentro de la rama del Derecho, la investigación dogmática jurídica, lo que se está analizando son las estructuras normativas y también las posturas doctrinarias referidas a los conceptos jurídicos: tutela moral e hijos alimentistas, a fin de saber si son compatibles o no y poder hacer una modificación normativa racional y válida dentro del ordenamiento jurídico peruano.

### 3.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA

La trayectoria está referida al cómo se va a proceder desde que se instala la metodología hasta la explicación de manera sistemática de los datos, es decir, a una explicación holística del cómo se va a realizar la tesis desde un enfoque metodológico, para ello, explicaremos *grosso modo*.

En orden a la naturaleza de la investigación se va a emplear como método de investigación la hermenéutica jurídica al analizar ambos conceptos jurídicos de estudio, teniendo por ende como instrumento de recolección de datos a la ficha (bibliográfica, textual y de resumen) tanto de la tutela moral como de los hijos alimentistas; así, al estar orientado a un nivel correlacional, se analizarán las características de ambos conceptos jurídicos para observar su nivel de relación, para finalmente emplear el procesamiento de datos a través de la argumentación jurídica, para así poder responder las preguntas planteadas.

### 3.8. MAPEAMIENTO

El mapeamiento está destinado al cómo se abordó los lugares en dónde se extraerán los datos para poder ejecutar la tesis, para ello, primero se explicará qué es la población, en palabras del profesor Nel (2010) viene a ser el conjunto de los elementos que contienen información respecto al objeto de estudio, pues va a estar comprendida por datos, fenómenos, animales y personas, etc. (p. 95); por ello es que señala: “(...) representa una colección completa de elementos (sujetos, objetos, fenómenos o **datos**) que poseen características comunes (...)” [el resaltado es nuestro] (p. 95).

De esta manera, es así como se efectuará en nuestra investigación, ya que el método general que se utilizará será la hermenéutica y el específico a la hermenéutica jurídica, la

principal fuente de recolección de datos será a través de libros, pues con diversas interpretaciones de ellas se elaborará progresivamente un marco teórico consistente que será en base a: los libros, leyes, jurisprudencia que se desarrollen con los temas de tutela moral e hijos alimentistas.

Con lo expuesto por el profesor Nel, la población también es un **conjunto de datos** que contiene rasgos comunes, los mismos que a su vez, de dichos datos se condice con la **información** expresada con cada una como oraciones, frases, conceptos o palabras contenidas en diferentes libros, los mismos que tienen cualidades en común. En consideración cualquier oración, concepto o frase que esté relacionado con la tutela moral y los hijos alimentistas, debe ser procesado e incorporado en el marco teórico.

Por lo tanto, la idea es encontrar una población de la siguiente forma:

<b>Variable</b>	<b>Libro o artículo</b>	<b>Autor</b>
Tutela Moral	Facultades y Deberes del Progenitor no custodio	Cornejo, V.
	El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes Psico-legales	Bolaños, I.
	Responsabilidad Parental	Notrica F & Rodriguez M
	Situación socio-jurídica del divorcio y el perjuicio causado a los niños y adolescentes	Valencia, I.
Hijos Alimentistas	Derecho de alimentos	Carbonell, F.
	Derecho de familia-el matrimonio como acto jurídico	Mazzinghi, J.
	Derecho de familia-Teórico práctico	Vásquez, Y.
	Responsabilidad en la crianza de los hijos	Garrido, A; Resyes L & Ortega P.

Como se puede observar, los libros detallados son los más importantes de cada tema, de ellos en un primer momento se va a obtener la información principal con el fin de realizar un marco teórico sólido.

Por consiguiente, por medio de los instrumentos de recolección de datos como la ficha textual y de resumen hacia los libros, es que se realizará la búsqueda de información objetiva hasta saturar la información de cada variable; en consecuencia, el método de muestreo a utilizar, será el de la bola de nieve (planteada dentro de nuestro enfoque cualitativo), el cual toma como punto de partida la información existente y relevante para iniciar un marco teórico sustentable hasta llegar a un punto en el cual se tenga cierta cantidad de datos donde ya no se pueda seguir ahondando y se pueda afirmar que el marco teórico es totalmente sólido y completo.

### **3.9. RIGOR CIENTÍFICO**

El rigor científico esta denotado a la seriedad del cómo se han obtenido los datos de una población de estudio y por sobre todo si la divulgación de dichos datos va a vulnerar su derecho a la intimidad; sin embargo, para el caso de la presente investigación, no se está utilizando datos personales, ni se está adulterando la información recolectada, porque dicha información es publica, por lo que, cualquier interesado puede analizar y corroborar, asimismo, lo que importa para éste tipo de investigación es la consistencia y coherencia de los argumentos, es decir, que cumpla los principios de la lógica jurídica: principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido.

### **3.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

#### **3.10.1. Técnicas de recolección de datos**

El análisis documental será la técnica de investigación a emplear, esta consiste en la realización de un análisis de textos doctrinarios que tiene por objeto la extracción de información relevante para la elaboración de nuestra investigación. De esta manera, podemos señalar que el análisis documental será considerado una operación cimentada en el

conocimiento cognoscitivo, pues este permitirá elaborar un documento primario por medio de otras fuentes, tanto primarias como secundarias; estas fuentes actuarán como una suerte de intermediario o instrumento que permitirá que el usuario tenga acceso al documento inicial para la obtención de información y comprobación de la hipótesis (Velázquez & Rey, 2010, p. 183).

### **3.10.2. Instrumentos de recolección de datos**

De todo lo señalado, ya se adelantó que como instrumento de recolección de datos vamos a emplear la ficha de toda índole: textuales, de resumen, bibliográficas, pues a partir de ellas podremos realizar un marco teórico sólido que se adecue a nuestras necesidades conforme al decurso de la investigación, así como al enfoque e interpretación otorgada a la realidad y los textos.

## CAPÍTULO IV: RESULTADOS

### 3.1. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

Los resultados en relación a la hipótesis uno: “La responsabilidad parental de los padres influiría positivamente en la protección del hijo alimentista en el ordenamiento jurídico peruano”; fueron los siguientes:

**PRIMERO.** - La familia, a través del tiempo, ha sido el pilar fundamental de la sociedad. En ese sentido, esta tenía (y tiene) una especial preponderancia en su protección y regulación por parte del Estado.

Ahora, se suele trasladar al Estado ciertas atribuciones que antes correspondían a la cabeza de la familia; pues este, debe generar las condiciones de su realización además de la observancia de su cumplimiento. Así, entendemos a la familia como el conjunto de normas legales que van a regular las relaciones jurídicas originadas dentro de la familia, tenga esta naturaleza civil o legal.

En ese sentido, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en específico en el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, se encuentra regulado lo concerniente al Derecho de Familia, siendo su efectivización y cautela realizado por medio de la vía procesal.

Como es evidente, la conformación de la familia, aunque haya sufrido variaciones a través del tiempo, siempre tendrá un componente principal: la existencia de hijos dentro de ella (véase a las familias monoparentales, por ejemplo). En consecuencia, las disposiciones normativas entorno a la familia también contendrán las regulaciones que sirvan de protección

para los derechos de los menores de edad (de suma importancia por la situación de vulnerabilidad de estos).

**SEGUNDO.** - Como parte de la regulación normativa para el menor, se tiene el instituto jurídico de los alimentos. Este, implica la obligación alimentaria como un todo, es decir, como aquello necesario para la subsistencia del menor; estando dentro de ello la habitación vestimenta, alimento propiamente dicho, educación, salud y esparcimiento del menor.

En efecto, tanto el Código Civil como el Código de los Niños y Adolescentes definen a los alimentos como “lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente”. Por lo mismo, involucra dos aristas: (i) una obligación alimentaria del padre (o madre), (ii) un derecho del menor por su propia condición.

Así, aunque muchos doctrinarios afirmen que la institución jurídica de los alimentos tiene una naturaleza patrimonial; esta teoría es muy objetada a razón de afirmar que se trata de un derecho personalísimo, siendo imposible su transmisibilidad, que, si bien tiene una valoración económica, ello no le brinda la calidad de patrimonial. Sobre el particular, nos adherimos a los opinado por Casso y Cervera citados por Carbonell (1998, p.26), que niegan la naturaleza puramente patrimonial de los alimentos, pues si bien tienen su **solución** en una prestación de índole patrimonial no puede ser considerada como tal, toda vez que el fundamento de los alimentos tiene un interés de orden superior y familiar: el desarrollo adecuado del niño.

**TERCERO.** - Entonces, determinando lo que debe entenderse por los alimentos y la extensión del mismo, describiremos las características de este:

- a. Inherencia personal: Es decir es un derecho personalísimo que nace y muere con la persona, y que no se puede transferir. Asimismo, como consecuencia de esta característica se reconocen otra gama más extensa como es: (i) intransmisibilidad sucesoria, (ii) inalienabilidad, (iii) irrenunciabilidad, (iv) incompensabilidad, (v) intransigibilidad, (vi) inembargabilidad.
  
- b. Variabilidad: Esta característica se debe que el derecho alimentario es pasible de sufrir variaciones en función de las condiciones en las cuales este se determine, pues no solo dependerá de la vía de determinación, sino de la capacidad del obligado entorno a la misma.
  
- c. Imprescriptibilidad: Si bien el derecho alimentario no se encuentra señalado expresamente como parte de las acciones imprescriptibles consideradas como tales en nuestro ordenamiento jurídico. Doctrinariamente y en la práctica este derecho no prescribe debido a su propia naturaleza, ya que cautela los intereses de un niño y su efectivo desarrollo.
  
- d. Reciprocidad: Si bien hemos mencionado que los alimentos están orientados principalmente en los niños, esta prestación se entiende como una reciprocidad entre parientes, pues a futuro también constituirá una obligación de los hijos respecto a los padres mayores de edad.

Además de ello, creemos importante hacer una referencia a la clasificación de los alimentos. Pues, aunque en la doctrina se señalen la clasificación en alimentos congruos y necesarios, lo importante de ambos es el contenido que justifica dicha denominación.

Dentro de del desarrollo de los alimentos congruos, se estima una relación entre el monto de los alimentos y la condición de las partes; ello implica que el establecimiento de los alimentos se brinda en consideración de la situación y posibilidades de la familia (no siendo estas solo de carácter económico). Dicha situación se materializa cuando se tiene en consideración los ingresos económicos mensuales del obligado (padre o madre) y las necesidades y calidad de vida del menor, pues no son las mismas de un entorno social alto, a uno medio o bajo.

Mientras que los alimentos necesarios, se comprenden como los que el deudor está obligado a brindar mientras el acreedor no pueda subsistir por si solo. Esta característica es una de las primordiales si se tiene en consideración que nuestro tema de investigación se ciñe a los alimentos para los niños, aunque también opere en el caso inverso de hijos para padres.

Sin perjuicio de ello, debemos hacer una atinencia en torno al carácter económico que otorgan cada una de estas características y clasificaciones, a pesar de haber señalado que la naturaleza jurídica de las mismas no debería de ceñirse solo a lo económico, por su interés de orden superior (del niño) y familiar.

Por último, respecto al derecho alimentario, este adopta la forma de una prestación económica a favor del acreedor en función de dos supuestos. (i) Producto de la ruptura de una relación matrimonial, (ii) para el hijo extramatrimonial.

Así, la institución de los alimentos prima facie es cubierta por los padres sin necesidad de un mandato legal, de manera implícita en el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, también pueden darse el caso de que uno de los padres ejerza la patria potestad sobre uno de ellos, ya sea que este hijo sea matrimonial o extramatrimonial. En consecuencia, la forma de determinación de la obligación alimentaria puede darse si es un hijo matrimonial, pero de estar separados los progenitores, por medio de una demanda de alimentos u acta de conciliación; mientras que, en los supuestos de un hijo extramatrimonial, de este no encontrarse reconocido por medio de un proceso de declaración judicial de paternidad y como pretensión accesoria alimentos, o de estar reconocido, de la misma manera que un hijo matrimonial.

**CUARTO.** - Siendo conscientes de la limitación dada a los alimentos, centrándolo solo en lo económico, es que se consideró un tópico que permita complementarlo: la tutela.

La tutela desde su origen ha estado orientada a la protección de las personas carentes de capacidad jurídica para obrar, es decir que no pueden valerse por sí mismas. Doctrinariamente, se considera a la tutela como una institución supletoria de la patria potestad mediante la cual se brinda representación, protección y asistencia a los que no pueden gobernar su persona ni cautelar sus derechos por sí mismos.

A pesar de ese término general, en nuestro ordenamiento jurídico se distingue a la tutela de la curatela no por su finalidad, sino de los sujetos bajo los cuales actúa; estando la tutela orientada a los menores de edad cuando ninguno de sus progenitores puede ejercer la patria potestad. Así, el artículo 502 del Código Civil señala: “Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”

Por consiguiente, la tutela, al actuar como una institución supletoria del amparo familiar, tiene la misma finalidad de la patria potestad ya que ambas persiguen la protección y cuidado de los bienes y derechos del menor.

**QUINTO.** - Teniendo en consideración la finalidad que comparte con la tutela, tenemos a la patria potestad como una institución que se erige con el objeto de atribuir la responsabilidad a los padres de proteger los derechos de sus hijos menores de edad, así como orientarlos en sus deberes.

Esta figura, también regulada en el Código Civil peruano, en el artículo 418 hace referencia a: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. Así, la patria potestad se caracteriza por darle a los padres no solo el derecho respecto a sus hijos, sino también un deber como imperativo de obligatorio cumplimiento.

Esta cualidad de los padres debida de la relación paterno filial que tienen con los hijos, por lo tanto, es exclusivo de los padres. Así, por la relevancia de los mismos, detallaremos los deberes que deben cumplir los padres en ejercicio de la patria potestad:

- a. Sostenimiento y educación de los hijos: Debiendo entenderse por el sostenimiento a brindar lo necesario para que el menor satisfaga sus necesidades básicas, la misma que se complementa con la educación (de manera integral).
- b. Dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo: Esta se enfoca en estricto con cada la capacitación, es decir con la formación y actualización del individuo, enfocado en su crecimiento, progreso y desarrollo personal que le permitirá desenvolverse adecuadamente en la sociedad.

- c. Corrección de los hijos menores: El deber de corrección, se comprende desde un ámbito formativo para el correcto encaminamiento del menor, respondiendo frente a conductas inapropiadas o negativas del menor; claro está dentro de los parámetros normativos, de proporción y sin violencia.
- d. Representar a los hijos en actos de la vida civil: Comprendida como la facultad del padre de actuar en representación del hijo, siempre con la debida cautela de los intereses del menor.
- e. Usufructuar los bienes de los hijos menores: El usufructo, entendido como el uso, goce y disfrute de un bien ajeno, pero con la obligación de conservarlo para que el menor pueda, al alcanzar la mayoría de edad disfrutarlo.

**SEXTO.** - Teniendo en consideración que la finalidad de la tutela y la patria potestad es la misma, actuando la primera en reemplazo de esta última; los deberes que corresponden a los padres que ejercen la patria potestad, serán los mismos en para la tutela.

Dentro de estas instituciones, aparece, aunque sin un concepto exacto en nuestro ordenamiento jurídico, la figura de la tutela moral. Como parte del sostenimiento de este concepto recurrimos a la Convención de los Derechos del Niño, que insta a una figura protectora del desarrollo psicológico, emocional y físico del menor, requiriéndose la presencia de ambos padres, que cumplen un determinado rol en la vida del niño o adolescente.

Partiendo de ello, se concluye entonces que la tutela moral, será la protección moral del menor por parte de los padres progenitores, independientemente de la relación entre ellos, la cual está orientada a un desarrollo integral del menor.

No obstante, en la realidad peruana se advierte una separación o disgregación de responsabilidades entre los padres (cuando estos se encuentran separados). Por un lado, el padre que tiene bajo su cuidado al menor, ejerce principalmente los deberes de tutela moral; mientras que el otro, es (en teoría) el que asume la responsabilidad económica para satisfacer las necesidades del menor.

**SÉPTIMO.** - Uno de los términos que se desprende de la tutela moral, y que se regula en la Convención sobre los Derechos del Niño es la responsabilidad parental.

Doctrinariamente se desarrolla la responsabilidad parental como una función, y no como un deber, que tienen los progenitores del menor, la misma que está orientada a la protección desarrollo y formación integral del menor. Aunque podría pensarse que esta función es similar (sino la misma) que la institución de la patria potestad, la diferencia recae en el mantenimiento de la función independientemente de quién ejerza la tenencia del menor; pues como sucede con la patria potestad, esta es ejercida por el padre a cargo del menor.

Asimismo, para poder comprender a mayor extensión esta figura jurídica describiremos las características primordiales de la responsabilidad parental:

- (i) Es ejercida mientras los hijos sean menores de edad, por lo que opera con la misma extensión que la patria potestad.
- (ii) Es independiente del cuidado unilateral del menor; en otras palabras, no importa si los progenitores vivan juntos o no con el menor, el cuidado psicológico, emocional y físico de este les corresponde a ambos.
- (iii) Impone el deber de ambos progenitores a participar diaria y activamente en el proceso de crianza y formación integral del hijo.

- (iv) Admite el cuidado alternado del menor, pues con el fin de evitar carencias emocionales del menor permite la convivencia por periodos de tiempo determinados con cada progenitor.
- (v) De vivir el menor solo con uno de los progenitores permanentemente, se incoa que ambos padres compartan las tareas relacionadas al desarrollo y cuidado del hijo.
- (vi) Cuando medie desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir a la justicia para que se arribe a un acuerdo en el que prime el bienestar del menor.
- (vii) En las decisiones que se tomen respecto del menor, se tendrá como referencia los lineamientos del Interés Superior del Niño.

Para finalizar, conforme a la Observación General N° 14 del Comité Sobre los Derechos del Niño, la responsabilidad parental (y por ende la tutela moral) es la figura adecuada para asegurar el correcto desarrollo emocional y psicológico del menor; la misma que debe ser incorporada en el ordenamiento peruano.

### **3.2. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS**

Los resultados en relación a la hipótesis uno: “Las carencias morales de los padres afectarían negativamente en la protección del hijo alimentista en el ordenamiento jurídico peruano”; fueron los siguientes:

**PRIMERO.** - La familia, a través del tiempo, ha sido el pilar fundamental de la sociedad. En ese sentido, esta tenía (y tiene) una especial preponderancia en su protección y regulación por parte del Estado.

Ahora, se suele trasladar al Estado ciertas atribuciones que antes correspondían a la cabeza de la familia; pues este, debe generar las condiciones de su realización además de la observancia de su cumplimiento. Así, entendemos a la familia como el conjunto de normas legales que van a regular las relaciones jurídicas originadas dentro de la familia, tenga esta naturaleza civil o legal.

En ese sentido, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en específico en el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, se encuentra regulado lo concerniente al derecho de familia, siendo su efectivización y cautela realizado por medio de la vía procesal.

Como es evidente, la conformación de la familia, aunque haya sufrido variaciones a través del tiempo, siempre tendrá un componente principal: la existencia de hijos dentro de ella (véase a las familias monoparentales, por ejemplo). En consecuencia, las disposiciones normativas entorno a la familia también contendrán las regulaciones que sirvan de protección para los derechos de los menores de edad (de suma importancia por la situación de vulnerabilidad de estos).

**SEGUNDO.** - Como parte de la regulación normativa para el menor, se tiene el instituto jurídico de los alimentos. Este, implica la obligación alimentaria como un todo, es decir, como aquello necesario para la subsistencia del menor; estando dentro de ello la habitación vestimenta, alimento propiamente dicho, educación, salud y esparcimiento del menor.

En efecto, tanto el Código Civil como el Código de los Niños y Adolescentes definen a los alimentos como “lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del

adolescente”. Por lo mismo, involucra dos aristas: (i) una obligación alimentaria del padre (o madre), (ii) un derecho del menor por su propia condición.

Así, aunque muchos doctrinarios afirmen que la institución jurídica de los alimentos tiene una naturaleza patrimonial; esta teoría es muy objetada a razón de afirmar que se trata de un derecho personalísimo, siendo imposible su transmisibilidad, que, si bien tiene una valoración económica, ello no le brinda la calidad de patrimonial. Sobre el particular, nos adherimos a los opinado por Casso y Cervera citados por Carbonell (1998, p.26), que niegan la naturaleza puramente patrimonial de los alimentos, pues si bien tienen su **solución** en una prestación de índole patrimonial no puede ser considerada como tal, toda vez que el fundamento de los alimentos tiene un interés de orden superior y familiar: el desarrollo adecuado del niño.

**TERCERO.** - Entonces, determinando lo que debe entenderse por los alimentos y la extensión del mismo, describiremos las características de este:

- a. Inherencia personal: Es decir es un derecho personalísimo que nace y muere con la persona, y que no se puede transferir. Asimismo, como consecuencia de esta característica se reconocen otra gama más extensa como es: (i) intransmisibilidad sucesoria, (ii) inalienabilidad, (iii) irrenunciabilidad, (iv) incompensabilidad, (v) intransigibilidad, (vi) inembargabilidad.
- b. Variabilidad: Esta característica se debe que el derecho alimentario es pasible de sufrir variaciones en función de las condiciones en las cuales este se determine, pues no solo dependerá de la vía de determinación, sino de la capacidad del obligado entorno a la misma.

- c. Imprescriptibilidad: Si bien el derecho alimentario no se encuentra señalado expresamente como parte de las acciones imprescriptibles consideradas como tales en nuestro ordenamiento jurídico. Doctrinariamente y en la práctica este derecho no prescribe debido a su propia naturaleza, ya que cautela los intereses de un niño y su efectivo desarrollo.
  
- d. Reciprocidad: Si bien hemos mencionado que los alimentos están orientados principalmente en los niños, esta prestación se entiende como una reciprocidad entre parientes, pues a futuro también constituirá una obligación de los hijos respecto a los padres mayores de edad.

Además de ello, creemos importante hacer una referencia a la clasificación de los alimentos. Pues, aunque en la doctrina se señalen la clasificación en alimentos congruos y necesarios, lo importante de ambos es el contenido que justifica dicha denominación.

Dentro de del desarrollo de los alimentos congruos, se estima una relación entre el monto de los alimentos y la condición de las partes; ello implica que el establecimiento de los alimentos se brinda en consideración de la situación y posibilidades de la familia (no siendo estas solo de carácter económico). Dicha situación se materializa cuando se tiene en consideración los ingresos económicos mensuales del obligado (padre o madre) y las necesidades y calidad de vida del menor, pues no son las mismas de un entorno social alto, a uno medio o bajo.

Mientras que los alimentos necesarios, se comprenden como los que el deudor está obligado a brindar mientras el acreedor no pueda subsistir por sí solo. Esta característica es una

de las primordiales si se tiene en consideración que nuestro tema de investigación se ciñe a los alimentos para los niños, aunque también opere en el caso inverso de hijos para padres.

Sin perjuicio de ello, debemos hacer una atinencia en torno al carácter económico que otorgan cada una de estas características y clasificaciones, a pesar de haber señalado que la naturaleza jurídica de las mismas no debería de ceñirse solo a lo económico, por su interés de orden superior (del niño) y familiar.

Por último, respecto al derecho alimentario, este adopta la forma de una prestación económica a favor del acreedor en función de dos supuestos. (i) Producto de la ruptura de una relación matrimonial, (ii) para el hijo extramatrimonial.

Así, la institución de los alimentos prima facie es cubierta por los padres sin necesidad de un mandato legal, de manera implícita en el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, también pueden darse el caso de que uno de los padres ejerza la patria potestad sobre uno de ellos, ya sea que este hijo sea matrimonial o extramatrimonial. En consecuencia, la forma de determinación de la obligación alimentaria puede darse si es un hijo matrimonial, pero de estar separados los progenitores, por medio de una demanda de alimentos u acta de conciliación; mientras que, en los supuestos de un hijo extramatrimonial, de este no encontrarse reconocido por medio de un proceso de declaración judicial de paternidad y como pretensión accesoria alimentos, o de estar reconocido, de la misma manera que un hijo matrimonial.

**CUARTO.** - Siendo conscientes de la limitación dada a los alimentos, centrándolo solo en lo económico, es que se consideró un tópico que permita complementarlo: la tutela.

La tutela desde su origen ha estado orientada a la protección de las personas carentes de capacidad jurídica para obrar, es decir que no pueden valerse por sí mismas. Doctrinariamente, se considera a la tutela como una institución supletoria de la patria potestad mediante la cual se brinda representación, protección y asistencia a los que no pueden gobernar su persona ni cautelar sus derechos por sí mismos.

A pesar de ese término general, en nuestro ordenamiento jurídico se distingue a la tutela de la curatela no por su finalidad, sino de los sujetos bajo los cuales actúa; estando la tutela orientada a los menores de edad cuando ninguno de sus progenitores puede ejercer la patria potestad. Así, el artículo 502 del Código Civil señala: “Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”

Por consiguiente, la tutela, al actuar como una institución supletoria del amparo familiar, tiene la misma finalidad de la patria potestad ya que ambas persiguen la protección y cuidado de los bienes y derechos del menor.

**QUINTO.** - Teniendo en consideración la finalidad que comparte con la tutela, tenemos a la patria potestad como una institución que se erige con el objeto de atribuir la responsabilidad a los padres de proteger los derechos de sus hijos menores de edad, así como orientarlos en sus deberes.

Esta figura, también regulada en el Código Civil peruano, en el artículo 418 hace referencia a: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. Así, la patria potestad se caracteriza por darle a los

padres no solo el derecho respecto a sus hijos, sino también un deber como imperativo de obligatorio cumplimiento.

Esta cualidad de los padres debida de la relación paterno filial que tienen con los hijos, por lo tanto, es exclusivo de los padres. Así, por la relevancia de los mismos, detallaremos los deberes que deben cumplir los padres en ejercicio de la patria potestad:

- a. Sostenimiento y educación de los hijos: Debiendo entenderse por el sostenimiento a brindar lo necesario para que el menor satisfaga sus necesidades básicas, la misma que se complementa con la educación (de manera integral).
- b. Dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo: Esta se enfoca en estricto con cada la capacitación, es decir con la formación y actualización del individuo, enfocado en su crecimiento, progreso y desarrollo personal que le permitirá desenvolverse adecuadamente en la sociedad.
- c. Corrección de los hijos menores: El deber de corrección, se comprende desde un ámbito formativo para el correcto encaminamiento del menor, respondiendo frente a conductas inapropiadas o negativas del menor; claro está dentro de los parámetros normativos, de proporción y sin violencia.
- d. Representar a los hijos en actos de la vida civil: Comprendida como la facultad del padre de actuar en representación del hijo, siempre con la debida cautela de los intereses del menor.
- e. Usufructuar los bienes de los hijos menores: El usufructo, entendido como el uso, goce y disfrute de un bien ajeno, pero con la obligación de conservarlo para que el menor pueda, al alcanzar la mayoría de edad disfrutarlo.

**SEXTO.** - Teniendo en consideración que la finalidad de la tutela y la patria potestad es la misma, actuando la primera en reemplazo de esta última; los deberes que corresponden a los padres que ejercen la patria potestad, serán los mismos en para la tutela.

Dentro de estas instituciones, aparece, aunque sin un concepto exacto en nuestro ordenamiento jurídico, la figura de la tutela moral. Como parte del sostenimiento de este concepto recurrimos a la Convención de los Derechos del Niño, que insta a una figura protectora del desarrollo psicológico, emocional y físico del menor, requiriéndose la presencia de ambos padres, que cumplen un determinado rol en la vida del niño o adolescente.

Partiendo de ello, se concluye entonces que la tutela moral, será la protección moral del menor por parte de los padres progenitores, independientemente de la relación entre ellos, la cual está orientada a un desarrollo integral del menor.

No obstante, en la realidad peruana se advierte una separación o disgregación de responsabilidades entre los padres (cuando estos se encuentran separados). Por un lado, el padre que tiene bajo su cuidado al menor, ejerce principalmente los deberes de tutela moral; mientras que el otro, es (en teoría) el que asume la responsabilidad económica para satisfacer las necesidades del menor.

**SÉPTIMO.** - Estimamos necesario dilucidar qué ocurre cuando, contrario a una conducta parental adecuada, el menor se ve carente de interés, atenciones y cuidados morales y afectivos. En consecuencia, haremos referencia a las consecuencias de esta carencia en los menores, además del desarrollo de una de las causas por las cuales se configura.

Sobre el particular, como parte del desarrollo integral de un menor, se hacen necesario una relación íntima, emocional y afectiva entre el niño u los progenitores. Pues, de carecer dichas atenciones, en función a lo señalado por Contreras (2010, p.23) se puede generar en el menor una personalidad insegura, incomunicación, relaciones inestables, malos tratos, toxicomanías, prostitución, prejuicios culturales, desinterés personal y social, bajo nivel cultural, desviaciones sexuales, hacinamiento, promiscuidad, falta de identidad, patrones rígidos de comportamiento, individualismo, valores, etc.

Toda esta gama de comportamientos ocasionados por la carencia emocional del menor se resume en uno: El menor no podrá adecuarse a las normas y comportamientos establecidos por la sociedad. Además, como es necesario el afecto dentro del desarrollo del menor, se modificará su conducta negativamente, buscando el afecto fuera del ambiente familiar.

Por ende, si la familia es el primer eslabón en el cual el niño aprende valores, reglas y las replica y aplica en la sociedad; una evidente carencia de estas conllevará a conflictos familiares y problemas sociales, como la violencia o delincuencia.

Sin perjuicio de todo lo mencionado, responderemos a una interrogante ¿sólo la desidia del progenitor ocasiona la carencia moral de este para con su hijo?

El síndrome de alienación parental consiste en una alteración que normalmente aparece en el contexto del divorcio (o separación en general), en la cual el niño desprecia y critica a uno de sus progenitores; ello como consecuencia de que un progenitor programa mentalmente al hijo para que rechace al otro.

En esencia, este síndrome opera como un proceso de difamación a cargo de uno de los progenitores contra el otro, con la finalidad de quebrar el vínculo entre el hijo y el otro progenitor; ello por diferencias y controversias entre los progenitores. Síndrome que acarrea una mella en el desarrollo psicológico y emocional del menor o adolescente, a pesar de que el progenitor no siempre está plenamente consciente de que se esté produciendo un daño psicológico y emocional.

Las consecuencias específicas que genera el trastorno de ansiedad en el menor no las siguientes:

- a. Trastorno de ansiedad: Definida como el estado emocional que tiene una sensación subjetiva de peligro, malestar, tensión o aprensión, esta se presenta en los menores con un desbordamiento emocional en presencia del progenitor difamado, generando un rechazo absoluto hacia este y evitando la intervención en su vida futura. Ç
- b. Trastorno en el sueño y alimentación: teniendo en consideración la importancia del sueño para el metabolismo y desarrollo biológico de una persona. El SAP acarrea que el menor (al no saber cómo afrontar dicha situación) sufra pesadilla, tenga problemas para dormir, ingiera alimentos compulsivamente o no se alimente. Hechos que como es evidente, perjudican la salud psicológica y física del menor.
- c. Trastorno de conducta: Ello generado por el rechazo del menor hacia uno de los progenitores, siendo imposible controlar sus impulsos exteriorizados en su conducta. Además, genera dependencia emocional respecto a otras personas que “suplen” el afecto requerido, con un conexo sentimiento miedo a ser abandonados o rechazados.

## CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

### 4.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

La discusión respecto a la hipótesis uno que es: “La responsabilidad parental de los padres **influiría positivamente** en la protección del hijo alimentista en el ordenamiento jurídico peruano”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

**PRIMERO.** - La familia es uno de los pilares sobre los cuales se cimienta la sociedad, pero no solo por su relevancia económica, sino educativa. La protección estatal y la preponderancia que le da a la familia, obedece a esta importancia.

El Derecho de Familia, surgido de la relevancia antes detallada, contiene las normas legales que regularan las relaciones jurídicas que se originan dentro de esta, independientemente de su naturaleza. Así, en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos sustantivos estarán contenidas en el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, que evidentemente se efectivizarán a través de la adecuada vía procesal.

Las disposiciones contenidas en del Derecho de Familia, tiene un enfoque particular en función del núcleo de su conformación: los hijos. Pues ellos, en su condición de vulnerabilidad cuando son menores de edad, merecen una adecuada protección por parte de sus padres o progenitores.

Los padres, por su propia condición tienen deberes para con los hijos. Si bien la especificidad de estos será desarrolla en los siguientes párrafos a detalle, una de las que resalta es la obligación alimentaria para su hijo.

Los alimentos deben ser otorgados naturalmente (por los padres) sin mediar una coerción estatal producto de una decisión judicial. Sin embargo, la realidad es distinta, pues la institución jurídica de los alimentos se configura cuando uno de los padres es renuente a su otorgamiento.

En ese sentido es que los alimentos son comprendidos por nuestro ordenamiento jurídico como: “lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente”. En consecuencia, es evidente que la institución es bilateral, por una parte, el niño tiene derecho a exigirlo, y el padre está obligado a otorgarla.

**SEGUNDO.** - Habiendo establecido la obligación alimentaria del padre y la necesidad de estos por parte de niño, es importante determinar la naturaleza jurídica de esta institución por tener demasiada controversia al respecto.

Del concepto contenido en la normativa peruana, y de la práctica procesal al momento de accionar este derecho se podría afirmar que esta institución jurídica tiene una naturaleza jurídica patrimonial, en estricto económica. No obstante, esta teoría es objetada también en la doctrina por el objeto y características de la misma.

Las características de los alimentos son: (a) Inherencia personal, pues este derecho nace y muere con la persona involucrando dentro del mismo otras características como: intransmisibilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, incompensabilidad, intransigibilidad, inembargabilidad. (b) Variabilidad, pues este se encuentra sujeto a las condiciones de los sujetos intervinientes y las condiciones bajo las cuales se determine. (c) Imprescriptibilidad,

pues por la relevancia del derecho y ser intrínseco al desarrollo del menor, no está sujeto a determinado plazo prescriptivo. (d) Reciprocidad, debido a que no solo se centra en los niños [aunque lo hagamos nosotros por los fines de la investigación], sino también esta se extiende a los padres cuando estos alcancen determinada edad en la que no puedan valerse por sí mismos.

De dichas características, queremos hacer énfasis en la variabilidad y la reciprocidad, pues ellas nos permiten arribar a las siguientes conclusiones:

- Los alimentos (en toda su extensión) son necesarios pues aseguran la subsistencia y correcto desarrollo del beneficiario, que en nuestro caso en particular será el menor.
- La determinación de los alimentos se realiza en función de los aspectos concomitantes, es decir los ingresos económicos del obligado y las necesidades y estilo de vida del menor.

Como se observa, existe una disyunción entorno al objeto de la institución de los alimentos y su efectivización en la realidad. En ese sentido, en contraposición a los que defienden la tesis patrimonial, se señala que esta solo está fundamentada en que **los alimentos tienen su solución (o efectivización) en una prestación de índole patrimonial; no obstante, ello no le otorga esa naturaleza**, toda vez que el objeto es el desarrollo integral del menor, así como su subsistencia.

A pesar de lo mencionado, lo cierto es que, en nuestra realidad social, los alimentos se limitan a una suma dineraria mensual que debe brindar el padre que no está a cargo del menor; situación que conlleva a una indiferencia por parte de los obligados, por causas que en muchos casos no son imputables a este.

**TERCERO.** - Se hizo referencia de manera general de las circunstancias que ocasionan el establecimiento de una pensión alimenticia: (i) la separación o divorcio de los padres que desencadena un proceso de alimentos, o (ii) que desde el inicio se lleve a cabo un proceso judicial alimentario (de manera individual o en conjunto con la declaración judicial de paternidad) por ser un hijo extramatrimonial.

De una manera u otra, solo uno de los padres “estará a cargo” del hijo. Así, frente a esta situación fáctica debemos de desarrollar dos conceptos más del derecho de familia, la tutela y la patria potestad.

La patria potestad, es una institución que tiene como objeto dar la responsabilidad a los padres de cautelarlos derechos e intereses de sus hijos menores de edad. Mientras que la tutela es concebida como una institución supletoria de la patria potestad, pero con el mismo fin de cuidar, representar y proteger a los menores que no puedan gobernar ni cautelar sus derechos por sí mismo.

Como se tiene, ambas instituciones comparten el mismo objeto, la protección de los derechos e intereses del menor; por consiguiente, los deberes específicos establecidos para el padre en la patria potestad, también son observador en la tutela. Estos son:

- a. Sostenimiento y educación de los hijos: Debiendo entenderse por el sostenimiento a brindar lo necesario para que el menor satisfaga sus necesidades básicas, la misma que se complementa con la educación (de manera integral).
- b. Dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo: Esta se enfoca en estricto con cada la capacitación, es decir con la formación y actualización del individuo,

enfocado en su crecimiento, progreso y desarrollo personal que le permitirá desenvolverse adecuadamente en la sociedad.

- c. Corrección de los hijos menores: El deber de corrección, se comprende desde un ámbito formativo para el correcto encaminamiento del menor, respondiendo frente a conductas inapropiadas o negativas del menor; claro está dentro de los parámetros normativos, de proporción y sin violencia.
- d. Representar a los hijos en actos de la vida civil: Comprendida como la facultad del padre de actuar en representación del hijo, siempre con la debida cautela de los intereses del menor.
- e. Usufructuar los bienes de los hijos menores: El usufructo, entendido como el uso, goce y disfrute de un bien ajeno, pero con la obligación de conservarlo para que el menor pueda, al alcanzar la mayoría de edad disfrutarlo.

De ello se concluye lo siguiente: Los deberes de los padres no solo se ciñen a lo alimentario (económico) sino alcanzan otros de índole moral, dentro del cual se encuentra la relación afectiva y emocional. Este último aspecto es denominado tutela moral.

En efecto la tutela moral comprenderá la protección moral del menor por parte de los padres progenitores, independientemente de la relación entre ellos; por lo tanto, complementaría el eje económico ya regulado por la institución jurídica de los alimentos.

Sin perjuicio de lo mencionado, el cumplimiento integral de los deberes como padre, es decir, lo económico y moral (alimentos y tutela moral); necesita, además de los deberes generales de la patria potestad, una base más sólida que justifique su regulación.

**CUARTO.** - Así, estando a lo antes dicho es que desarrollaremos un término esgrimido en la Convención sobre los Derechos del Niño: la responsabilidad parental.

Es importante realizar el énfasis en la distinción entre la responsabilidad parental y la patria potestad. Es último impone deberes hacia el progenitor que debe de ser cumplido por el menor, mientras que la responsabilidad parental se comprende como una función de los progenitores orientada a la protección, desarrollo y formación integral del menor.

La relevancia de la misma se adquiere cuando se recuerda que, producto de la separación de los progenitores, al tener solo uno la tenencia este ejerce individualmente los deberes de la patria potestad, correspondiéndole al otro solo el pago de una pensión alimenticia. Claro está que estas situaciones están condicionadas a una resolución judicial de por medio, y una negativa relación en los padres, pues obviamente existen padres que, aunque se separen, mantienen una relación armónica que permite el correcto cumplimiento de sus deberes parentales.

En contraposición, para la responsabilidad parental es irrelevante la separación de los progenitores y de quién ejerza la tenencia del menor, pues la función que tienen por su propia condición de padres, se sigue manteniendo, y por lo mismo debe ser cumplida.

Estando a lo antes dicho, se desarrollaron las características de la responsabilidad parental en base a los diversos supuestos en los que se actúa, siendo estos los siguientes:

- (i) Es ejercida mientras los hijos sean menores de edad, por lo que opera con la misma extensión que la patria potestad.

- (ii) Es independiente del cuidado unilateral del menor; en otras palabras, no importa si los progenitores vivan juntos o no con el menor, el cuidado psicológico, emocional y físico de este les corresponde a ambos.
- (iii) Impone el deber de ambos progenitores a participar diaria y activamente en el proceso de crianza y formación integral del hijo.
- (iv) Admite el cuidado alternado del menor, pues con el fin de evitar carencias emocionales del menor permite la convivencia por periodos de tiempo determinados con cada progenitor.
- (v) De vivir el menor solo con uno de los progenitores permanentemente, se incoa que ambos padres compartan las tareas relacionadas al desarrollo y cuidado del hijo.
- (vi) Cuando medie desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir a la justicia para que se arribe a un acuerdo en el que prime el bienestar del menor.
- (vii) En las decisiones que se tomen respecto del menor, se tendrá como referencia los lineamientos del Interés Superior del Niño.

De lo mencionado se colige que, independientemente de con quien viva el menor, o los desacuerdos personales de los progenitores, ambos mantendrán su deber de participación activa en la crianza y formación del menor. Estableciendo por lo tanto una relación afectiva estrecha con el menor, la misma que necesita para su desarrollo integral saludable.

**QUINTO.** - Entonces, ¿de qué manera se correlaciona la responsabilidad parental con el cumplimiento de los deberes de los padres y la protección del interés superior del niño?

Se debe comprender que la responsabilidad parental es el pilar que fundamenta a la tutela moral, pues si bien este término (responsabilidad parental) engloba tanto al contenido de la institución alimentaria como al de la tutela moral; los alimentos ya son, además de regulados, cautelados por medio de una resolución judicial que dispone la entrega de una pensión alimentaria para el niño.

Frente a ello, se estaría ignorando lo dispuesto en la Observación General N° 14 del Comité Sobre los Derechos del Niño, al señalar que la responsabilidad parental es la figura adecuada para asegurar el correcto desarrollo físico y psicológico del menor.

Para comprender mejor esto, planteemos el siguiente supuesto basado en lo que ocurría día con día en la realidad: Carlos y María estuvieron casados por 5 años, teniendo como producto de dicho matrimonio un hijo de 3 años llamado Alex. Producto de la infidelidad de Carlos, ellos se separan, quedando en una situación conflictiva por el rencor que aún le guardaba María a él. Así, para evitar mayores conflictos, pues no se pudo arribar a un acuerdo conciliatorio entre ambos, María decide demandar a Carlos por una pensión alimenticia para Alex. Como era de esperarse, se fija una pensión a favor del menor de 03 años en la suma de S/. 1200.00 soles mensuales; frente a ello, y sintiéndose atacado Carlos, por la demanda y la decisión judicial, decide alejarse de Alex, limitándose al pago de la pensión alimentaria, pero perdiendo toda relación con su hijo.

El ejemplo desarrollado detalla exactamente lo mencionado en el desarrollo del trabajo de investigación, la asunción fáctica de la naturaleza estrictamente económica de la institución de los alimentos (aunque consideremos que esta debe ser amplia), y la desprotección del menor en la esfera emocional.

Los deberes de padre, detallados como parte de la Patria Potestad, no solo implican una prestación económica, el deber de dirección y corrección hacen necesaria la figura de ambos progenitores para el menor. Innumerables estudios médicos y psicológicos detallan la necesidad de la presencia parental para el desarrollo de la personalidad del menor, independientemente de la edad de este, siendo vital cada etapa del desarrollo humano (antes de llegar a la mayoría de edad).

En ese sentido, en aplicación de los lineamientos de la responsabilidad parental, se debe de complementar la institución de los alimentos con la Tutela Moral, entendida esta última como la participación en la vida de los hijos, una relación afectiva con el mismo, y el cuidado integral de este.

**Por lo tanto**, la hipótesis antes formulada: “La responsabilidad Parental de los padres **influiría positivamente** en la protección del hijo alimentista en el ordenamiento jurídico peruano”, se CONFIRMA, toda vez que se brindaría una protección integral al menor, consiguiendo un desarrollo adecuado en su esfera *psico-emocional*, física y social por parte de los progenitores, complementando la prestación económica fijada con la pensión alimenticia.

#### **4.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS**

La discusión respecto a la hipótesis dos que es: “Las carencias morales de los padres **afectarían negativamente** en la protección del hijo alimentista en el ordenamiento jurídico peruano”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

**PRIMERO.** - -La familia es uno de los pilares sobre los cuales se cimienta la sociedad, pero no solo por su relevancia económica, sino educativa. La protección estatal y la preponderancia que le da a la familia, obedece a esta importancia.

El Derecho de Familia, surgido de la relevancia antes detallada, contiene las normas legales que regularan las relaciones jurídicas que se originan dentro de esta, independientemente de su naturaleza. Así, en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos sustantivos estarán contenidas en el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, que evidentemente se efectivizarán a través de la adecuada vía procesal.

Las disposiciones contenidas en del Derecho de Familia, tiene un enfoque particular en función del núcleo de su conformación: los hijos. Pues ellos, en su condición de vulnerabilidad cuando son menores de edad, merecen una adecuada protección por parte de sus padres o progenitores.

Los padres, por su propia condición tienen deberes para con los hijos. Si bien la especificidad de estos será desarrolla en los siguientes párrafos a detalle, una de las que resalta es la obligación alimentaria para su hijo.

Los alimentos deben ser otorgados naturalmente (por los padres) sin mediar una coerción estatal producto de una decisión judicial. Sin embargo, la realidad es distinta, pues la institución jurídica de los alimentos se configura cuando uno de los padres es renuente a su otorgamiento.

En ese sentido es que los alimentos son comprendidos por nuestro ordenamiento jurídico como: “lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente”. En consecuencia, es evidente que la institución es bilateral, por una parte, el niño tiene derecho a exigirlo, y el padre está obligado a otorgarla.

**SEGUNDO.** - Habiendo establecido la obligación alimentaria del padre y la necesidad de estos por parte de niño, es importante determinar la naturaleza jurídica de esta institución por tener demasiada controversia al respecto.

Del concepto contenido en la normativa peruana, y de la práctica procesal al momento de accionar este derecho se podría afirmar que esta institución jurídica tiene una naturaleza jurídica patrimonial, en estricto económica. No obstante, esta teoría es objetada también en la doctrina por el objeto y características de la misma.

Las características de los alimentos son: (a) Inherencia personal, pues este derecho nace y muere con la persona involucrando dentro del mismo otras características como: intransmisibilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, incompensabilidad, intransigibilidad, inembargabilidad. (b) Variabilidad, pues este se encuentra sujeto a las condiciones de los sujetos intervinientes y las condiciones bajo las cuales se determine. (c) Imprescriptibilidad, pues por la relevancia del derecho y ser intrínseco al desarrollo del menor, no está sujeto a determinado plazo prescriptorio. (d) Reciprocidad, debido a que no solo se centra en los niños [aunque lo hagamos nosotros por los fines de la investigación], sino también esta se extiende a los padres cuando estos alcancen determinada edad en la que no puedan valerse por sí mismos.

De dichas características, queremos hacer énfasis en la variabilidad y la reciprocidad, pues ellas nos permiten arribar a las siguientes conclusiones:

- Los alimentos (en toda su extensión) son necesarios pues aseguran la subsistencia y correcto desarrollo del beneficiario, que en nuestro caso en particular será el menor.
- La determinación de los alimentos se realiza en función de los aspectos concomitantes, es decir los ingresos económicos del obligado y las necesidades y estilo de vida del menor.

Como se observa, existe una disyunción entorno al objeto de la institución de los alimentos y su efectivización en la realidad. En ese sentido, en contraposición a los que defienden la tesis patrimonial, se señala que esta solo está fundamentada en que **los alimentos tienen su solución (o efectivización) en una prestación de índole patrimonial; no obstante, ello no le otorga esa naturaleza**, toda vez que el objeto es el desarrollo integral del menor, así como su subsistencia.

A pesar de lo mencionado, lo cierto es que, en nuestra realidad social, los alimentos se limitan a una suma dineraria mensual que debe brindar el padre que no está a cargo del menor; situación que conlleva a una indiferencia por parte de los obligados, por causas que en muchos casos no son imputables a este.

**TERCERO.** - Se hizo referencia de manera general de las circunstancias que ocasionan el establecimiento de una pensión alimenticia: (i) la separación o divorcio de los padres que desencadena un proceso de alimentos, o (ii) que desde el inicio se lleve a cabo un proceso judicial alimentario (de manera individual o en conjunto con la declaración judicial de paternidad) por ser un hijo extramatrimonial.

De una manera u otra, solo uno de los padres “estará a cargo” del hijo. Así, frente a esta situación fáctica debemos de desarrollar dos conceptos más del derecho de familia, la tutela y la patria potestad.

La patria potestad, es una institución que tiene como objeto dar la responsabilidad a los padres de cautelarlos derechos e intereses de sus hijos menores de edad. Mientras que la tutela es concebida como una institución supletoria de la patria potestad, pero con el mismo fin de cuidar, representar y proteger a los menores que no puedan gobernar ni cautelar sus derechos por sí mismo.

Como se tiene, ambas instituciones comparten el mismo objeto, la protección de los derechos e intereses del menor; por consiguiente, los deberes específicos establecidos para el padre en la patria potestad, también son observador en la tutela. Estos son:

- a. Sostenimiento y educación de los hijos: Debiendo entenderse por el sostenimiento a brindar lo necesario para que el menor satisfaga sus necesidades básicas, la misma que se complementa con la educación (de manera integral).
- b. Dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo: Esta se enfoca en estricto con cada la capacitación, es decir con la formación y actualización del individuo, enfocado en su crecimiento, progreso y desarrollo personal que le permitirá desenvolverse adecuadamente en la sociedad.
- c. Corrección de los hijos menores: El deber de corrección, se comprende desde un ámbito formativo para el correcto encaminamiento del menor, respondiendo frente a conductas inapropiadas o negativas del menor; claro está dentro de los parámetros normativos, de proporción y sin violencia.

- d. Representar a los hijos en actos de la vida civil: Comprendida como la facultad del padre de actuar en representación del hijo, siempre con la debida cautela de los intereses del menor.
- e. Usufructuar los bienes de los hijos menores: El usufructo, entendido como el uso, goce y disfrute de un bien ajeno, pero con la obligación de conservarlo para que el menor pueda, al alcanzar la mayoría de edad disfrutarlo.

De ello se concluye lo siguiente: Los deberes de los padres no solo se ciñen a lo alimentario (económico) sino alcanzan otros de índole moral, dentro del cual se encuentra la relación afectiva y emocional. Este último aspecto es denominado Tutela Moral.

en efecto la tutela moral comprenderá la protección moral del menor por parte de los padres progenitores, independientemente de la relación entre ellos; por lo tanto, complementaría el eje económico ya regulado por la institución jurídica de los alimentos.

Sin perjuicio de lo mencionado, el cumplimiento integral de los deberes como padre, es decir, lo económico y moral (alimentos y tutela moral); necesita, además de los deberes generales de la patria potestad, una base más sólida que justifique su regulación.

**CUARTO.** - En la discusión anterior se señaló a la Responsabilidad Parental como justificación de la implementación de la tutela moral. Pero, en contraposición a ello, debe hacerse referencia a lo que sucede y seguirá sucediendo de no implementarse la tutela moral en nuestro ordenamiento jurídico.

Si la tutela moral se enmarca en una protección moral, afectiva y emocional del menor, lo opuesto sería una carencia moral para las etapas de su desarrollo. La consecuencia inmediata de la carencia moral es la imposibilidad de adecuación del menor a las normas y comportamientos establecidos por la sociedad, la misma que se manifiesta de la siguiente manera:

- a. Personalidad insegura
- b. Incomunicación
- c. Relaciones inestables
- d. Malos tratos
- e. Toxicomanías
- f. Prostitución
- g. Prejuicios culturales
- h. Desinterés personal y social
- i. Bajo nivel cultural
- j. Desviaciones sexuales
- k. Hacinamiento
- l. Promiscuidad
- m. Falta de identidad
- n. Patrones rígidos de comportamiento
- o. Individualismo y carencia de valores

La razón de la aparición de dichos comportamientos se debe a la importancia de la familia para la adaptación social del menor, y la relación entre los padres y el hijo para la educación y corrección de su conducta; en otras palabras, una correcta Tutela Moral que inculque valores y reglas al menor, permitirá su adecuado desenvolvimiento en sociedad.

**QUINTO.** - Aunado a las consecuencias de las carencias afectivas, existe una situación fáctica que contribuye a su generación, además de generar mayores perjuicios al menor carente de tutela moral.

Esta situación fáctica es denominada el síndrome de alienación parental, siendo una alteración ocasionada al menor por uno de los progenitores como consecuencia de un proceso de difamación de un progenitor respecto del otro, ello con el objeto de romper el vínculo del hijo con el otro progenitor.

Siguiendo un ejemplo similar al de la discusión anterior: Carlos y María estuvieron casados por 5 años, teniendo como producto de dicho matrimonio un hijo de 3 años llamado Alex. Producto de la infidelidad de Carlos, ellos se separan, quedando en una situación conflictiva por el rencor que aún le guardaba María a él. Así, para evitar mayores conflictos, pues no se pudo arribar a un acuerdo conciliatorio entre ambos, María decide demandar a Carlos por una pensión alimenticia para Alex. Como era de esperarse, se fija una pensión a favor del menor de 03 años en la suma de S/. 1200.00 soles mensuales. Sin embargo, Carlos, como padre responsable no desea desligarse de la vida y formación de su menor hijo, buscando siempre la manera de pasar tiempo con él, conversando, aconsejándolo y corrigiéndolo en algunas ocasiones. A pesar de ello, María, enterándose que Carlos está rehaciendo su vida con una nueva pareja, prohíbe toda comunicación y convivencia de Carlos con su hijo; asimismo, empieza a mentirle a Alex diciéndole que la razón por la cual ya no viene ni sale con su papá es que este ya no lo quiere, que tiene una nueva familia, que ya lo reemplazó, y que ya no es más su hijo. Situación que como era de esperarse, genera una conducta de rechazo de Alex hacia su padre, siendo imposible para arlos cumplir con su función [moral] como padre para con su hijo.

De llevarse a cabo este supuesto, se producirían las consecuencias inmediatas de la carencia moral, pero no solo ello, sino que producto de las ideas y comentarios de uno de los progenitores respecto del otro, y el rechazo del menor a su padre; se tendrán como consecuencias adicionales: (i) Trastorno de ansiedad, generando una situación de malestar constante en el sentir del menor, y un rechazo al progenitor difamado. (ii) Trastorno de sueño y alimentación, acarreando problemas psicológicos y físicos en el menor. (iii) Trastorno de conducta, generando un comportamiento negativo y violento, además de una dependencia emocional para intentar cubrir la falta del progenitor difamado.

Así, la hipótesis antes formulada: “Las carencias morales de los padres **afectarían negativamente** en la protección del Hijo Alimentista en el ordenamiento jurídico peruano”, se CONFIRMA, pues tomando en cuenta cada una de las consecuencias de la carencia afectiva del menor por parte de uno de sus progenitores, además del perjuicio adicional causado si este se ve inmerso en una situación de pelea que incluya el síndrome de alienación parental, el menor, a futuro, irremediablemente se verá perjudicado en su desarrollo físico y mental; además, su incapacidad de adaptación en la sociedad, implicará un rechazo social y posiblemente una sanción por parte de esta.

#### **4.3. DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL**

La discusión respecto a la hipótesis general que es: “La tutela moral de los padres **influiría positivamente** en la protección del Hijo Alimentista en el ordenamiento jurídico peruano”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

**PRIMERO.** - Se ha dejado establecido la importancia de la familia para la sociedad, la relevancia económica y social que esta tiene, y la protección materializada por medio del

Derecho de Familia. Asimismo, se ha determinado que las normas legales que regulan las relaciones jurídicas surgida de la familia se encuentran en el Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes, que como otros derechos sustantivos se efectivizan por medio de una vía procesal; en este caso, contenida en el Código Procesal Civil y algunas vías especiales.

Partiendo de la relevancia de la familia, se ha señalado también el núcleo que conforma esta, y la composición de la misma, pues esta requiere necesariamente la presencia de una relación filial primordialmente padre-hijo (entendiéndose que cuando se menciona el término padre se hace referencia tanto al papá como mamá del menor). Además, se resaltó la importancia de las normas jurídicas que regulan dentro del Derecho de Familia lo dispuesto para el menor, ello en virtud de las disposiciones internacionales y el Interés Superior del Niño.

De la observancia de las disposiciones normativas para los menores, en nuestro ordenamiento jurídico, se advierte un conjunto de derechos que estos tienen, los mismos que por su situación de vulnerabilidad deben ser atendidos por los padres. En consecuencia, se ha concluido que los padres, por su condición de tal, tienen deberes respecto a sus hijos.

Previo al desarrollo individual de los deberes que atañen a los padres, como parte del desarrollo del tema de investigación se mencionó la obligación alimentaria del padre, y el derecho del menor a su percepción. Esta, que también se encuentra enmarcada en las disposiciones normativas del Derecho de Familia, es observada (otorgada) tácitamente por los padres cuando se encuentran conviviendo, sin rencillas algunas, de manera armónica como una familia nuclear. No obstante, también se da la situación inversa de requerirse una acción coercitiva para que uno de los padres cumpla con su obligación alimentaria.

Conforme lo señalado en nuestro ordenamiento jurídico y lo desarrollado por la doctrina, el derecho alimentario comprende: “lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente”. Del contenido del derecho alimentario, se tiene que este está centrado en el desarrollo y protección del menor, en cada una de las esferas de su vida; sin embargo, la naturaleza de esta institución tiene otra concepción.

A pesar de la divergencia de posiciones entorno a la naturaleza jurídica de la institución de alimentos se ha concluido que esta es económica. Sin embargo, no concluimos la postura mayoritaria si se tiene en consideración lo siguiente: La institución se caracteriza por tener inherencia personal, ser intransmisible, inalienable, irrenunciable, incompensable, intransigible, inembargable, además, ser variable, imprescriptible y recíproco; características desarrolladas con mayor amplitud en los puntos previos del trabajo de investigación.

De estas características, para la finalidad de nuestra tesis resaltan dos: (i) Los alimentos (en toda su extensión) son necesarios pues aseguran la subsistencia y correcto desarrollo del beneficiario, que en nuestro caso en particular será el menor. (ii) La determinación de los alimentos se realiza en función de los aspectos concomitantes, es decir los ingresos económicos del obligado y las necesidades y estilo de vida del menor.

Así, los alimentos no pueden dejar de ser otorgados pues son empleados para la subsistencia del menor, pero su asignación tampoco es la misma para todos, pues se deben tener en cuenta las circunstancias particulares tanto del acreedor como del deudor alimentario.

Teniendo en consideración ello, la práctica judicial no ha llegado a determinar otra forma de efectivización del derecho alimentario en una cuantificación económica materializada por medio de una pensión alimenticia. Por lo tanto, afirmamos contundentemente que la institución de los alimentos tiene su solución en una prestación de índole patrimonial, motivo que tergiverso el entendimiento de su naturaleza jurídica a la misma: una patrimonial. Así, a pesar de nuestra disconformidad, pues el hecho que tenga su solución en una prestación económica no le da la naturaleza de la misma pues los derechos que contienen son más extensos que esta; debemos de ser consciente de que la presente investigación no tiene como fin la discusión de la naturaleza jurídica alimentaria, ni una forma alternativa de efectivización de esta distinta a la económica.

En conclusión, el derecho alimentario del menor es otorgado por medio del progenitor obligado a través de una pensión económica; es decir, se hace una suerte de cuantificación de las necesidades del menor en función del contenido alimentario y las circunstancias particulares de ambas partes.

**SEGUNDO.** - Después de la determinación de la obligación alimentaria de los progenitores para con su hijo, nos planteamos la siguiente interrogante: ¿Es suficiente el cumplimiento de este deber paternal de brindar soporte económico al menor para el cumplimiento de los deberes que tiene un padre?

Para responder esta pregunta es que se desarrolló a lo largo del trabajo de investigación la institución jurídica de la Patria Potestad y los deberes que implican su ejercicio; su comparación con la figura de la Tutela; y, por último, la real extensión de las funciones que un

padre debe cumplir con su hijo. Todas ellas, será vueltas a detallar de manera resumida para arribar a la hipótesis planteada.

En primer término, las circunstancias que ocasionan el establecimiento de una pensión alimenticia son: (i) la separación o divorcio de los padres que desencadena un proceso de alimentos, o (ii) que desde el inicio se lleve a cabo un proceso judicial alimentario (de manera individual o en conjunto con la declaración judicial de paternidad) por ser un hijo extramatrimonial. Estas son relevantes pues ocasionan la aparición de una institución jurídica importante en el Derecho de Familia como es la Patria Potestad.

La patria potestad como derecho y obligación del padre de cautelar los derechos e interés de sus hijos menores de edad, es ejercido (de manera íntegra) en la medida de que ambos ejerzan la tenencia del menor. No obstante, producto de las situaciones fácticas antes descritas que propician la fijación de una pensión alimenticia, también generan una variación en el ejercicio de la Patria Potestad por parte de uno de los padres.

La patria potestad, como se estableció, conlleva una serie de deberes determinados por el ordenamiento jurídico peruano, que volveremos a detallar:

- a. Sostenimiento y educación de los hijos: Debiendo entenderse por el sostenimiento a brindar lo necesario para que el menor satisfaga sus necesidades básicas, la misma que se complementa con la educación (de manera integral).
- b. Dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo: Esta se enfoca en estricto con cada la capacitación, es decir con la formación y actualización del individuo, enfocado en su crecimiento, progreso y desarrollo personal que le permitirá desenvolverse adecuadamente en la sociedad.

- c. Corrección de los hijos menores: El deber de corrección, se comprende desde un ámbito formativo para el correcto encaminamiento del menor, respondiendo frente a conductas inapropiadas o negativas del menor; claro está dentro de los parámetros normativos, de proporción y sin violencia.
- d. Representar a los hijos en actos de la vida civil: Comprendida como la facultad del padre de actuar en representación del hijo, siempre con la debida cautela de los intereses del menor.
- e. Usufructuar los bienes de los hijos menores: El usufructo, entendido como el uso, goce y disfrute de un bien ajeno, pero con la obligación de conservarlo para que el menor pueda, al alcanzar la mayoría de edad disfrutarlo.

En consecuencia, respondiendo a la interrogante inicial, los deberes del padre no solo se restringen a lo económico, sino estos son completos; es decir, implica también el aspecto moral. Queremos hacer una precisión si aún (luego de desarrollo de la investigación) no queda clara la referencia a la esfera moral del menor, pues esta se encuentra referida a un enfoque moralizador y de soporte; es decir, la **orientación y educación de este a las buenas costumbres, valores, reglas sociales, etc., además de un apoyo, seguimiento y soporte emocional en todo el desarrollo de su vida diaria**, de manera constante.

Este complemento moral de la patria potestad lo hemos circunscrito a un término: Tutela Moral. Ello en función a que la Tutela comparte la misma finalidad de la patria potestad, esto es cuidar, representar y proteger a los menores que no puedan gobernar ni cautelar sus derechos por sí mismos.

Por consiguiente, si debido a las situaciones fácticas, los padres restringen su deber a uno económico por medio de la pensión de alimentos, será la tutela moral [como deber que debe seguir el padre] la que complementa el soporte a los menores niños.

**TERCERO.** - Sin perjuicio de la conclusión arribada respecto a la necesidad de implementación de la Tutela Moral en nuestro ordenamiento jurídico. Se hace necesaria una justificación de mayor peso para la misma; esta la encontramos en la Responsabilidad Parental.

La responsabilidad parental se ha introducido por medio de la Convención sobre los Derechos del Niño teniendo un enfoque más amplio que el de la patria potestad, toda vez que se concibe ya no como un deber del progenitor, sino como una función; es decir se encuentra inherente a su condición de padre.

Como consecuencia de dicha naturaleza de la responsabilidad parental, esta es indiferente a toda situación ajena a la relación paterno-filial de padre-hijo; por ende, que los padres se encuentren separados y solo uno ejerza la tenencia del menor, no limita, restringe, ni justifica que el otro padre deje de cumplir su función en base a la Responsabilidad Parental.

Para comprender el real alcance de esta, se detallaron sus características principales, las mismas que serán reiteradas a continuación:

- (i) Es ejercida mientras los hijos sean menores de edad, por lo que opera con la misma extensión que la patria potestad.
- (ii) Es independiente del cuidado unilateral del menor; en otras palabras, no importa si los progenitores vivan juntos o no con el menor, el cuidado psicológico, emocional y físico de este les corresponde a ambos.

- (iii) Impone el deber de ambos progenitores a participar diaria y activamente en el proceso de crianza y formación integral del hijo.
- (iv) Admite el cuidado alternado del menor, pues con el fin de evitar carencias emocionales del menor permite la convivencia por periodos de tiempo determinados con cada progenitor.
- (v) De vivir el menor solo con uno de los progenitores permanentemente, se incoa que ambos padres compartan las tareas relacionadas al desarrollo y cuidado del hijo.
- (vi) Cuando medie desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir a la justicia para que se arribe a un acuerdo en el que prime el bienestar del menor.
- (vii) En las decisiones que se tomen respecto del menor, se tendrá como referencia los lineamientos del interés superior del niño.

Como era de esperar, se ciñe a un sostenimiento integral del menor por parte de los progenitores siempre en observancia del interés superior del niño; claro está, todo lo señalado se fundamentó en lo descrito en la Observación General N° 14 del Comité Sobre los Derechos del Niño.

Además, para comprender la extensión de la responsabilidad parental y su aplicación en un caso en concreto se planteó el siguiente ejemplo:

Carlos y María estuvieron casados por 5 años, teniendo como producto de dicho matrimonio un hijo de 3 años llamado Alex. Producto de la infidelidad de Carlos, ellos se separan, quedando en una situación conflictiva por el rencor que aún le guardaba María a él. Así, para evitar mayores conflictos, pues no se pudo arribar a un acuerdo

conciliatorio entre ambos, María decide demandar a Carlos por una pensión alimenticia para Alex. Como era de esperarse, se fija una pensión a favor del menor de 03 años en la suma de S/. 1200.00 soles mensuales; frente a ello, y sintiéndose atacado Carlos, por la demanda y la decisión judicial, decide alejarse de Alex, limitándose al pago de la pensión alimentaria, pero perdiendo toda relación con su hijo.

De este se concluyó que, existe una desprotección del menor en el aspecto moral, ignorando los lineamientos para el menor de la Convención sobre los Derechos del Niño, inaplicado la Responsabilidad Parental de los progenitores.

**CUARTO.** - Estando a lo mencionado, surge otra interrogante, ¿por qué se hace necesaria una Tutela Moral del menor?

Ya se ha detallado que es una función [y deber] del progenitor (padre y madre) de brindar orientación y educación al menor respecto a las buenas costumbres, valores, reglas sociales, etc., además de un apoyo, seguimiento y soporte emocional en todo el desarrollo de su vida. Pero no se ha hecho referencia a las consecuencias de la carencia dichas atenciones por parte de los progenitores en el menor.

En ese sentido, se ha detallado que las carencias morales consecuencia de una falta de tutela moral del progenitor generan una consecuencia primordial: **La imposibilidad de adecuación del menor a las normas y comportamientos establecidos por la sociedad.** La misma que a su vez, se ha determinado que se expresa de la siguiente manera:

- a. Personalidad insegura
- b. Incomunicación

- c. Relaciones inestables
- d. Malos tratos
- e. Toxicomanías
- f. Prostitución
- g. Prejuicios culturales
- h. Desinterés personal y social
- i. Bajo nivel cultural
- j. Desviaciones sexuales
- k. Hacinamiento
- l. Promiscuidad
- m. Falta de identidad
- n. Patrones rígidos de comportamiento
- o. Individualismo y carencia de valores

En atención a la preocupante consecuencia de la falta de tutela moral, además de las repercusiones individuales y sociales es que se justifica su implementación.

Aunado a ello, se hizo referencia también a una situación fáctica que impide (en la realidad) el ejercicio de la Tutela Moral de manera voluntaria por parte de uno de los progenitores; la misma que debe de ser también ser considerada para la implementación esta figura.

Esta situación fáctica es el síndrome de alienación parental, que consiste en una alteración ocasionada al menor por uno de los progenitores como consecuencia de un proceso de difamación de un progenitor respecto del otro, ello con el objeto de romper el vínculo del

hijo con el otro progenitor. Al respecto, para poder complementar el concepto esgrimido, se planteó el siguiente ejemplo:

Carlos y María estuvieron casados por 5 años, teniendo como producto de dicho matrimonio un hijo de 3 años llamado Alex. Producto de la infidelidad de Carlos, ellos se separan, quedando en una situación conflictiva por el rencor que aún le guardaba María a él. Así, para evitar mayores conflictos, pues no se pudo arribar a un acuerdo conciliatorio entre ambos, María decide demandar a Carlos por una pensión alimenticia para Alex. Como era de esperarse, se fija una pensión a favor del menor de 03 años en la suma de S/. 1200.00 soles mensuales. Sin embargo, Carlos, como padre responsable no desea desligarse de la vida y formación de su menor hijo, buscando siempre la manera de pasar tiempo con él, conversando, aconsejándolo y corrigiéndolo en algunas ocasiones. A pesar de ello, María, enterándose que Carlos está rehaciendo su vida con una nueva pareja, prohíbe toda comunicación y convivencia de Carlos con su hijo; asimismo, empieza a mentirle a Alex diciéndole que la razón por la cual ya no viene ni sale con su papá es que este ya no lo quiere, que tiene una nueva familia, que ya lo reemplazó, y que ya no es más su hijo. Situación que como era de esperarse, genera una conducta de rechazo de Alex hacia su padre, siendo imposible para Carlos cumplir con su función [moral] como padre para con su hijo.

Concluyendo del mismo, en base a los resultados obtenidos con la investigación, que además de las consecuencias por la carencia moral del menor (antes detalladas), el hijo padecerá de los siguientes trastornos: (i) Trastorno de ansiedad, generando una situación de malestar constante en el sentir del menor, y un rechazo al progenitor difamado. (ii) Trastorno de sueño y alimentación, acarreando problemas psicológicos y físicos en el menor. (iii) Trastorno de conducta, generando un comportamiento negativo y violento, además de una

dependencia emocional para intentar cubrir la falta del progenitor difamado. En consecuencia, debe de evitarse la configuración de este Síndrome para que el padre pueda ejercer su función de Tutela Moral para con su hijo.

**Por lo tanto**, en función a las conclusiones de los supuestos que surgen de ambas características, **CONFIRMAMOS** nuestra hipótesis general que es: “La tutela moral de los padres **influiría positivamente** en la protección del hijo alimentista en el ordenamiento jurídico peruano”, toda vez que la pensión alimenticia se restringe a un ámbito patrimonial, dejando de lado la educación integral del menor para un desarrollo y adaptación social adecuada.

## CAPÍTULO VI: PROPUESTA DE MEJORA

Como consecuencia de lo mencionado es necesaria la implementación de la Tutela Moral, como figura que obligue al padre a dar una orientación y educación de las buenas costumbres, valores, reglas sociales, etc., además de un apoyo, seguimiento y soporte emocional al niño, a lo largo de su desarrollo. Por ende, se propone la modificación de los siguientes artículos:

Artículo 472 del Código Civil:

*Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.*

**Además, esta también comprenderá el apoyo, seguimiento y soporte emocional del niño y adolescente en su vida diaria, priorizando el bienestar del menor, cuyo cumplimiento será evaluador cada 03 meses por órgano de apoyo, bajo apercibimiento de las sanciones pertinentes.**

Artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes:

*Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.*

**Además, esta también comprenderá el apoyo, seguimiento y soporte emocional del niño y adolescente en su vida diaria, priorizando el bienestar del menor.**

Artículo 546 del Código Procesal Civil:

*Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:*

*1. Alimentos y **Tutela Moral (...)***

Incorporación del Artículo 560-A del Código Procesal Civil:

**Corresponde al Juez que conozca el proceso de alimentos el conocimiento de la pretensión de la Tutela Moral para el menor, incluso si esta no es invocada como tal en la demanda.**

Para concluir, queremos precisar que la figura jurídica de la tutela moral que proponemos se introduzca como complemento a la pensión alimenticia, requerirá de un seguimiento por parte de las autoridades respectivas para su cumplimiento; no obstante, las propuestas para conseguir este objetivo y su viabilidad corresponde a otro trabajo de investigación por medio del cual se podrá ampliar estos aspectos a detalle.

## CONCLUSIONES

- La responsabilidad parental involucra la función (y por consiguiente la obligación) del progenitor de otorgar un sostenimiento integral del menor en su desarrollo y cobertura de necesidades; por ende, involucra ambos aspectos: el económico y moral. Como consecuencia, justifica el requerimiento de la tutela moral como complemento a una pensión alimenticia a cargo del progenitor del menor.
- La carencia de una tutela moral para el menor genera como consecuencia una imposibilidad de adaptación social de este, además de determinados trastornos y comportamientos perjudiciales para su desarrollo integral (físico, psicológico y social).
- La introducción de la tutela moral en nuestro ordenamiento jurídico como una figura que brindará al menor apoyo, seguimiento y soporte emocional en su vida diaria por parte de sus progenitores, contribuirá innegablemente a la protección del niño y adolescentes; además de coadyuvar a su desarrollo integral.

## RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los legisladores tener en consideración lo esgrimido en el presente trabajo de investigación, para que, como consecuencia de la comprensión de la importancia de la figura de la tutela moral, esta sea incorporada en nuestro ordenamiento jurídico por medio de las modificaciones e incorporaciones propuestas.
- Se recomienda a la comunidad jurídica, en especial a los operadores del derecho, interpretar los deberes de los padres de manera integral y no restringirlos a un ámbito patrimonial; pues de lo contrario se seguirá perjudicando el desarrollo emocional del menor.
- Se hace un llamado a los padres de familia para que sean responsables con su función de manera integral, lo cual implica asumir su obligación de tutela moral con sus hijos por medio de un interés y acercamiento a su vida diaria para permitir el correcto desenvolvimiento del niño en la sociedad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar, B. (2016). *Las necesidades económicas del acreedor alimentario como uno de los criterios a tomar en cuenta para fijar la prestación alimentaria*. En Gaceta Jurídica (Eds.) *Claves para ganar los procesos de alimentos, un enfoque aplicativo de las normas, la doctrina y la jurisprudencia* (pp. 9 – 26). Lima: El búho E.I.R.L.

Ahumada, M (2016). Responsabilidad parental de los progenitores adolescentes impacto de la capacidad progresiva (Título de abogado, Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, Córdoba, Argentina). Recuperado de <https://www.google.com/search?q=universidad+empresarial+siglo+21&oq=universidad+empre&aqs=chrome.0.0j69i57j0l3j0i20i263j0l2.5301j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

Andrés Eduardo Cusi Arredondo (16/07/2018). La representación y sus clases [web Blog].  
Recuperado de  
<https://andrescusi.blogspot.com/2018/07/la-representacion-y-sus-clases-andres.html#:~:text=La%20representaci%C3%B3n%20es%20una%20figura,para%20este%20%C3%BAltimo%20as%C3%AD%20como>

Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.

Arratea, E. & García, R. (2017). La obligación alimentaria en la tenencia compartida: Razones jurídicas que sustentan la obligación de ambos padres de prestar alimentos (Título de

abogado, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca, Perú).

Recuperado en:

<http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/253/Tesis-Arratea%20y%20Garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ataupillco, M. (2016). Las sentencias de divorcio sobre separación de hecho. (Título de

abogado, Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Ayacucho, Perú).

Recuperado en:

[http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/1810/TESIS%20D73\\_Ata.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/1810/TESIS%20D73_Ata.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Avalos, B. (2018). El síndrome de Alienación Parental y el principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño. Universidad Privada Antenor Orrego.

Trujillo, Perú. Disponible en:

[http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/4161/1/REP\\_DER\\_BRUNO.AVALOS\\_SINDROME.ALIENACION.PARENTAL.PRINCIPIO\\_DATOS.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/4161/1/REP_DER_BRUNO.AVALOS_SINDROME.ALIENACION.PARENTAL.PRINCIPIO_DATOS.pdf)

Bolaños I. (2002). El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes Psico-legales.

*Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2(3), 25- 45. Recuperado en:

<https://masterforense.com/pdf/2002/2002art15.pdf>

Carbonell, F. (1998). *Derecho de alimentos*. Primera edición. Lima: Printed in Perú.

Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Quinta reimpresión. Lima:

Editorial San Marcos.

Chávez, C. (2017). *La determinación de las pensiones de alimentos y los sistemas orientadores de cálculo*. Tesis para optar el grado de abogado de la Universidad Ricardo Palma.

Disponible en: <http://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/urp/1129/TESIS-Mar%C3%ADa%20Susan%20Ch%C3%A1vez%20Montoya.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Código Civil. (25/07/1984). Decreto Legislativo N° 295.

Contreras, J. (2010). *La carencia afectiva intrafamiliar en niños y niñas de cinco a diez años*. (Licenciada en psicología, Universidad de Cuenca, Cuenca, Ecuador). Disponible en:

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/2338>

Cornejo V. (2017). *Facultades y Deberes del Progenitor No Custodio*. Universidad de Chile, Santiago, Chile. Disponible en:

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146820/Facultades-y-deberes-del-progenitor-no-custodio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cortes I. (2013). *La Alienación Parental como causa de suspensión o pérdida de la patria potestad en el estado de México*. Universidad Autónoma del Estado de México, Texcoco, México. Disponible en:

<http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/98975/TRABAJO%20TERMINAL%20PARA%20GRADO%20DE%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Carrillo, P. y Barajas, K (2018). Trastornos del sueño: ¿qué son y cuáles son sus consecuencias?

*Revista de la Facultad de Medicina UNAM*, 61(1), 6-20. Recuperado de

<https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=76904>

Definición. De (2010/2013). Definición de usufructo [Web – Definición. De]. Recuperado de:

[https://definicion.de/usufructo/#:~:text=En%20el%20C3%A1mbito%20judicial%](https://definicion.de/usufructo/#:~:text=En%20el%20C3%A1mbito%20judicial%20el,(no%20es%20el%20propietario).)

[2C%20el,\(no%20es%20el%20propietario\).](https://definicion.de/usufructo/#:~:text=En%20el%20C3%A1mbito%20judicial%20el,(no%20es%20el%20propietario).)

Garrido, A; Torres, L; Reyes L. & Ortega, P. (2008). *Responsabilidad en la crianza de los*

*hijos*. Consejo Nacional para la Enseñanza en Investigación en Psicología (CNEIP)

A.C. del país de México, pp. 77 – 89, disponible en:

<https://www.redalyc.org/pdf/292/29213107.pdf>

Gómez, M. & Gómez, J. (2006). *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*.

Madrid: UNED.

Gómez, A (2018). Las posibilidades de patria potestad y guarda y custodia en situaciones de

crisis de la convivencia con especial mención a la violencia de género. (Título de

abogado, Universidad de Valladolid, Valladolid, España). Recuperado de

<http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/30697/TFG->

[N.917.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/30697/TFG-N.917.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Gutiérrez, A. (s/f). Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos.

*Revista Foro*, 1(0), 143- 176. Recuperado en:

<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0404220143A/13849/>

Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México,

México: MCGrawHill.

Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM (s/f). Principios generales de la obligación

alimentaria [Web-Biblioteca Virtual de la UNAM]. Recuperado en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2647/4.pdf>

Jiménez, R. (2005). La delincuencia juvenil: fenómeno de la sociedad actual. *Papeles de*

*población*, 2(43), 1-2. Recuperado en:

[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-74252005000100009](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252005000100009)

Lastiri D. (24 de octubre, 2017). Alienación parental no causa pérdida de patria potestad: SCJN.

El Universal. Disponible en:

<https://www.eluniversal.com.mx/nacion/sociedad/alienacion-parental-no-causa-perdida-de-patria-potestad-scn>

Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.

Mazzinghi, J. (1999). *Derecho de familia – el matrimonio como acto jurídico*. Tomo 1. Tercera edición. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo de Palma S.R.L.

Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.

Nel, L. (2010). *Metodología de la investigación. Estadística aplicada en la investigación*. Lima-Perú: MACRO

Notrica F. & Rodriguez M. (2014). Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas. En Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. Barcelona, España, Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/06/FN-MRI-Responsabilidad-Parental.-Algunos-aspectos-trascendentales-a-la-luz-del-Nuevo-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n..pdf>

Priori G. (2014). Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos. Lima, Perú. Disponible: <file:///C:/Users/Fernando/Downloads/13621-54233-1-PB.pdf>

Reyes, A. (s/f). Trastornos de ansiedad guía práctica para diagnóstico y tratamiento. (s/l)-(s/e) Recuperado de <http://www.bvs.hn/Honduras/pdf/TrastornoAnsiedad.pdf>

Romo, P. (2001). La conciencia moral, mediación personal de la salvación. *Teología y Vida*, 42(0), 1-2. Recuperado en:

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0049-34492001000100009](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0049-34492001000100009)

Sánchez H & Reyes C. (1998). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Lima: Editorial Mantaro.

Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al Derecho*. Lima: Normas Jurídicas Ediciones.

Secretaría del Gobierno de Guanajuato (2020). Implementación del proceso capacitador. [Web - Gobierno]. Recuperado de [http://segob.guanajuato.gob.mx/sil/docs/capacitacion/La\\_funcion\\_de\\_la\\_capacitacion.pdf](http://segob.guanajuato.gob.mx/sil/docs/capacitacion/La_funcion_de_la_capacitacion.pdf)

Segura C.; Gil MJ. & Sepúlveda MA. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. En *Cuad Med Forence*, 12(43-44), pp. 117-128. Sevilla, España.

Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/cmfn43-44/09.pdf>

Silupu P. (2018). Consecuencias legales en perjuicio de menores en actos de violencia familiar.

Universidad Nacional de Piura, Piura, Perú. Disponible en: <http://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1538/DER-SIL-TEM-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Turbay (2000). El derecho a la educación. Desde el marco de la protección integral de los derechos de la niñez y de la política educativa. [Web - Unicef]. Recuperado de: <https://www.unicef.org/colombia/media/2241/file/El%20derecho%20a%20la%20educaci%C3%B3n.pdf>

UNID (2020). Concepto de tutela [Web - UNID]. Recuperado de [http://brd.unid.edu.mx/recursos/La%20familia%20en%20derecho%20civil/Bloque%206/Lecturas/3 La tutela cautelar.pdf?603f00#:~:text=La%20tutela%20es%20una%20instituci%C3%B3n,en%20fin%2C%20su%20actividad%20jur%C3%ADdica.](http://brd.unid.edu.mx/recursos/La%20familia%20en%20derecho%20civil/Bloque%206/Lecturas/3%20La%20tutela%20cautelar.pdf?603f00#:~:text=La%20tutela%20es%20una%20instituci%C3%B3n,en%20fin%2C%20su%20actividad%20jur%C3%ADdica.)

Universitas Miguel Hernández (2011/2012). La familia como agente socializador. Sociedad, familia y educación. Sociología de la educación [Web - Universitas]. Recuperado de: <http://ocw.umh.es/ciencias-sociales-y-juridicas/sociedad-familia-y-educacion/materiales-de-aprendizaje/unidad-4/unidad-4-parte-i.pdf>

Valencia I. (2018). Situación socio-jurídica del divorcio y el perjuicio causado a los niños y adolescentes. Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú. Disponible en: <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/2468/VALENCIA%20ARIZPE%20ISAAC%20ADOLFO-%20DOCTORADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Vásquez, Y. (1998). *Derecho de familia – Teórico práctico*. Tomo 1, Lima: Huallaga.

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San Marcos.

Vilalta, R. (2011). Descripción del síndrome de alienación parental en una muestra forense.

*Psicothema*, 23(4), 636-641. Recuperado de

<http://www.psicothema.com/psicothema.asp?id=3934>

Zapata, R. (2019). La desnaturalización de la institución de la patria potestad por el ejercicio

de la tenencia por parte de los abuelos. (Título de abogado, Universidad Nacional de

Piura, Piura, Perú). Recuperado en: [https://docplayer.es/181629069-Universidad-](https://docplayer.es/181629069-Universidad-nacional-de-piura.html)

[nacional-de-piura.html](https://docplayer.es/181629069-Universidad-nacional-de-piura.html)