



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO**



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

TÍTULO:

**“LA DISPUTA LEGAL DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS FRENTE
AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, COMO MEJOR
ALTERNATIVA PARA SU DESARROLLO EN LA LEGISLACIÓN
PERUANA EN EL AÑO 2017”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

OSCAR MARTÍN GARCIA RUIZ

ASESOR:

ABOG. ELEO MITRIDATES GRILLO PAICO

CHICLAYO- PERU

2019

**“LA DISPUTA LEGAL DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS FRENTE EL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO, COMO MEJOR ALTERNATIVA PARA SU
DESARROLLO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA EN EL AÑO 2017”**

Tesis presentada por el Bachiller Sr. **OSCAR MARTÍN GARCIA RUIZ**, a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional De Abogado.

Bachiller: Oscar Martín García Ruiz

Abg. Eleo Mitridates Grillo Paico
Asesor

Aprobado por:

Dr. Lito Becerra Angulo
Presidente

Dr. Teófilo Rojas Quispe
Secretario

Mg. Javier Díaz Díaz
Vocal

DEDICATORIA

A Dios todo poderoso que en su infinita misericordia nos hace partícipes de su amor dándole sentido a nuestra vida, inspirándonos a hacer lo bueno.

Con profundo amor y eterna gratitud a mis Padres: **ROSARIO** y **OSCAR**.

Por ser constantes conmigo en verme realizado como un excelente Profesional.

A mi Familia; por ser fuente de inspiración por su paciencia y comprensión en los momentos que he dejado de vivirlos junto a ellos, para que se sientan orgullosos, dedico mis éxitos, pues más que míos son suyos.

AGRADECIMIENTO

El presente Trabajo de investigación Tesis, en primer lugar, le agradezco a Dios por bendecirme a lo largo de ésta ardua carrera.

A la Universidad Particular de Chiclayo, mi Alma Mater; a sus docentes quienes demuestran su profesionalismo y espíritu en la labor que desempeña, identificándose con los estudiantes de ésta prestigiosa Facultad de Derecho.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO	iv
PRESENTACIÓN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN.....	xi

CAPITULO I

MARCO DE LA INVESTIGACION

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	12
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
1.4.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:.....	15
1.4.1.- General:.....	15
1.4.2.- Específicos	15
1.5.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	16
1.6.- HIPÓTESIS.	17
1.7.- VARIABLES.....	17
1.7.1.- Variable independiente (causa).....	17
1.7.2.- Variable dependiente (efecto)	17
1.8.- METODOLOGÍA.....	17
1.8.1. Tipo y nivel de la investigación	17
1.8.2.- Diseño de la investigación	18
1.8.3. Población - Muestra	18
Población:.....	18
Muestra:.....	18

CAPITULO II

TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ

2.1.- DEFINICIÓN.	19
2.2.- OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.	22
2.3.- TIPOS DE TENENCIA DE ACUERDO AL TIEMPO.	24
2.3.1.- Tenencia definitiva.....	25
2.3.2.- Tenencia provisional.....	25
2.4.- VARIACIÓN O MODIFICACIÓN DE LA TENENCIA.....	26
2.4.1.- La variación de la tenencia	26
2.4.2.- Modificación de la tenencia	28
2.5.- TENENCIA COMPARTIDA.....	29
2.5.1.- Origen de la tenencia compartida	29
2.5.2.- Definición.	29
2.5.3.- Aspectos Fundamentales.....	30
2.5.4.- Visión procesalista.....	31
2.5.5.- La Ley N° 29269 Tenencia Compartida.	34
2.5.5.1.- La Tenencia y su Aplicación en el Campo Judicial.....	35
2.5.5.2.- La Tenencia Compartida como Solución a los Hijos de Padres Separados....	37
2.5.5.3.- Análisis de la Modificatoria.....	38
2.5.5.4.- Anotaciones Finales.....	39
2.5.5.5.- Régimen de Visitas y Tenencia Compartida: Acerca de la Necesidad de Cambio De Modelo.	40

CAPITULO III

LA ALIENACIÓN PARENTAL COMO RIESGO EN LOS PROCESOS DE TENENCIA

3.1.- INTRODUCCIÓN.....	42
3.2.- LOS HECHOS DEL CASO	43
3.2.1. Proceso de hábeas corpus.....	43
3.2.2.- Respecto del proceso de tenencia (Expediente N° 02502-2007).....	44
3.3.- TIPOS DE HÁBEAS CORPUS	45
3.4.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	49
3.5.- ALIENACIÓN PARENTAL.....	52
3.6.- SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS	56

CAPITULO IV

EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

4.1.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.	58
4.2.- LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN NUESTRO DERECHO.	59
4.3.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A VIVIR EN UNA FAMILIA.....	67
4.4.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.....	68
4.6.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO EN EL SISTEMA FILIATORIO:	70

CAPITULO V

LA FAMILIA

5.1.- CONCEPTO DE FAMILIA.	72
A.- Familia en sentido amplio	72

B.- Familia en sentido restringido (familia nuclear).	72
C.- Familia en sentido intermedio (familia compuesta).	73
5.2.- PRINCIPIOS DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR.	73
5.3.- CARACTERES PECULIARES DEL DERECHO DE FAMILIA	74
5.4.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA.....	75
5.5.- EL VÍNCULO JURÍDICO FAMILIAR Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.	76
5.6.- EL ROL DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO DE FAMILIA. ..	77
5.6.1.- La autonomía privada y los derechos indisponibles familiares.	79
5.6.2.- El estado de familia.....	82
5.6.4.- El Acto Jurídico Familiar.....	85
6.1.- GENERALIDADES.....	87
6.1.1.- Francia.....	90
6.1.2.- España	90
6.1.3.- La Convención por los Derechos del Niño.	90

CAPITULO VI

ANALISIS DE LOS RESULTADOS

7.1.- RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS	91
7.2.- RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS	98
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES	104
ANEXO	105
BIBLIOGRAFÍA	106

PRESENTACIÓN

La presente Tesis titulada “La disputa legal de la tenencia de los hijos frente al interés superior del niño, como mejor alternativa para su desarrollo en la legislación peruana en el año 2017” es de Tipo no experimental y explicativo y el diseño descriptivo correlacional. La Población y muestra está constituida por los juzgados de Paz Letrado de Chiclayo, y Juzgados de Familia de Chiclayo.

El Objeto de Nuestra Investigación. Es Probable que exista una relación directa y significativa entre la custodia compartida y la igualdad en las relaciones de pareja con las implicancias del desarrollo integral del niño, niña o adolescente, teniendo como referencia procesos de los juzgados de familia de Chiclayo.

Para la obtención de resultados se ha recurrido a diversas fuentes doctrinarias y legislativas del ámbito nacional e internacional.

Nuestro principal resultado es que existe una relación directa y significativa, entre la tenencia compartida y el desarrollo integral del niño o adolescente a nivel del juzgado de Familia de Chiclayo.

ABSTRACT

This thesis entitled "The legal dispute of the possession of children against the best interests of the child, as the best alternative for its development in Peruvian legislation in 2017" is of a non-experimental and explanatory nature and the descriptive correlational design. The population and sample is constituted by the courts of Peace Law of Chiclayo, and Courts of Family of Chiclayo.

The Object of Our Research. It is likely that there is a direct and significant relationship between joint custody and equality in relationships with the implications of the overall development of the child or adolescent, having as a reference processes of the family courts of Chiclayo.

In order to obtain results, various doctrinal and legislative sources of national and international scope have been used.

Our main result is that there is a direct and significant relationship between shared tenure and the integral development of the child or adolescent at the Family Court of Chiclayo.

INTRODUCCIÓN

La experiencia nos ha demostrado que, en un proceso de Tenencia, es frecuente su otorgamiento a la madre; más aún cuando el hijo o los hijos son pequeños. Algunos de los argumentos, pueden ser: que es aquella la persona más idónea para encargarse de la crianza de los hijos, les prodiga más ternura y protección, o tal vez porque en muchos casos, es el padre quien provee al hogar los recursos económicos necesarios para su subsistencia, debiendo para ello ausentarse para ir a su centro laboral.

En la problemática existente en las separaciones matrimoniales o de uniones de hecho es cuando se trata de decidir con quién se quedará un niño, luego de la separación de sus padres, qué mejor que asignar dicha responsabilidad a ambos, aun cuando la forma de ejercer dichos deberes, tenga, evidentemente, que cambiar y adecuarse a nuevas estrategias, sin necesidad de exponer a los niños, a que sean ellos quienes cambien y quienes sufran los avatares de una situación que no provocaron.

CAPITULO I

MARCO DE LA INVESTIGACION

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.

Tenencia compartida o conjunta es una institución jurídica de la autoridad parental, para padres que desean seguir con la relación paternal, aun cuando el vínculo paternal se haya fragmentado, es el llamado a los padres que viven separados, para que puedan seguir ejerciendo en conjunto con la responsabilidad hacía sus hijos.

Si bien la continuidad de la convivencia del menor con ambos padres es indispensable para el desarrollo emocional y saludable del mismo, la investigación establece entre los diferentes tipos de tenencia, un análisis de la tenencia compartida en el Perú.

Existen cuatro modelos de tenencia de los hijos: la Tenencia Alternada, la Tenencia Dividida, el Anidamiento o Anidación y la Tenencia Compartida.

La Tenencia Compartida o Conjunta, se refiere a un tipo de tenencia en la que los padres y las madres se dividen la responsabilidad legal sobre los hijos, al mismo tiempo en el que comparten obligaciones por las decisiones importantes con relación al menor. Es un concepto que debería ser la norma en todas las tenencias, respetándose – evidentemente- a aquellos casos especiales. Se trata del cuidado de los hijos concedido a los padres que se comprometen a ello con respeto e igualdad.

Es evidente que no en todos los casos la tenencia compartida resulta ser lo más conveniente. Ello estará determinado en la vida familiar establecida antes de la ruptura de la relación, si éstas eran condiciones normales, vale decir sin violencia, amenazas, adicciones, entonces la tenencia compartida será una alternativa digna de evaluarse. Si, por el contrario, han existido graves patologías de vida intrafamiliar, entonces corresponderá hacer una evaluación más exhaustiva de la norma jurídica sobre qué es lo más favorable para los hijos.

La Constitución Política en su artículo 6 promueve la paternidad y maternidad responsable lo que implica el ejercicio de la patria potestad, que a su vez incluye el derecho de los padres a vivir con sus hijos y de estos a vivir en una familia sea ésta monoparental, nuclear, separada, reconstituida o ensamblada, a fin de que entre los padres y los hijos se produzca el disfrute mutuo de la compañía recíproca.

Desde el Código de los niños y adolescentes promulgado el 21 de julio del 2000, la tenencia fue asumida íntegramente por la madre, disponiendo un régimen de visitas para el padre que, en el mejor de los casos, podía ser un régimen abierto sujeto a la disponibilidad del padre que visita.

Con la promulgación de la ley 29269 que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y adolescentes, incorporando la llamada tenencia compartida, la cual, a diferencia de la tenencia monoparental, parte de una óptica ecléctica y altruista privilegiando la posibilidad de que el menor se siga vinculando con los padres viviendo indistintamente con cada uno de ellos, para que estos en conjunto puedan velar por su educación y desarrollo.

Lo que se busca es que de una manera sea legítima un hogar a tiempo compartida en el que los hijos conviven un tiempo con el padre y otro con la madre fomentando a que la formación y contacto con sus progenitores sea equitativo y pleno, para que ambos puedan compartir sus experiencias, emociones e inquietudes; además, de intervenir en el desarrollo escolar, salud, amistades y en general todo aquello que se relaciona con el menor en crecimiento.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Desde hace aproximadamente veinte años, la figura jurídica de la Tenencia Compartida está apareciendo en los repertorios de doctrina y jurisprudencia internacional a través de distintas opciones y sentencias, jurisprudencias, plenarios que la aplican, consiste en la posibilidad de que, aunque ambos progenitores hayan abandonado la convivencia, continúen ejerciendo la tenencia de sus hijos, es decir el cuidado y protección a los hijos.

La determinación de con cuál de los progenitores deben permanecer los hijos en un divorcio o separación se ha convertido en un problema creciente en las últimas décadas. Los hijos han sido vistos en el pasado como una propiedad paterna, de quienes se tenía que proteger, mantener y educar.

La división resultante de las responsabilidades familiares en cuidadoras primarias y proveedoras directas del alimento influenció las siguientes decisiones sobre la tenencia. La preferencia paterna existente hasta entonces, fue sustituida por la preferencia materna, basada en la presunción de los “pocos años”. La presunción de la madre como mejor criadora de los hijos recibió un apoyo intelectual en la teoría psicoanalítica de Sigmund Freud, quien focalizó la crianza exclusivamente en la relación materna, olvidando el papel del padre en el desarrollo de los hijos.

La resultante idealización de la maternidad se reflejó con frecuencia en las decisiones de tenencia. La presunción de la tenencia materna permaneció firme durante muchas décadas, sobre todo en la cultura anglosajona, hasta aproximadamente los años 1960, donde se produjo un movimiento social exigiendo el final de la discriminación existente basada en el sexo.

El Perú no es ajeno a la tendencia de preferencia al menor con su madre sin tomar debidamente en cuenta las condiciones sociales o familiares particulares de las personas. Esta tendencia empieza desde la cultura que se ha forjado, la madre es responsable de criar a los hijos y el padre de proveerlos, pues debido a ello, los asesores o abogados orientan indebidamente a sus clientes o usuarios, si es la madre quien solicita demandar Tenencia de su menor, pues es orientada a defender sus derechos como madre de permanecer con su hijo, sin embargo dándose el caso de que sea el padre quien lo solicite generalmente desprestigian sus capacidades paternales, haciéndolos ajenos a derechos que se les son reconocidos como padres. Lo mismo sucede cuando se judicializa el caso, en la práctica los factores empleados por los jueces de familia, para la otorgar la tenencia a favor de uno de los padres, parecen estar apartados del interés superior del niño e inclinados a los prejuicios socioculturales manteniendo la visión a priori que la madre es la más idónea para ejercer los cuidados del menor, no motivan correctamente sus decisiones, se conducen por un costumbrismo

jurídico que ellos mismos han creado, despojando a los padres de sus derechos inherentes como tales, y principalmente no priorizan el derecho del menor a permanecer al lado de ellos.

El interés del menor es un principio rector en todas las legislaciones que tratan el tema, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular" (Art. 9.3). Es este también un principio consagrado por muchas constituciones, algunas de las cuales hacen de ello letra muerta el establecer en la legislación complementaria la sola posibilidad de la custodia exclusiva.

Los artículos 81 y 84 del CNA peruano parecen ser antagónicos, pues por un lado el artículo 81 da la posibilidad de la de la tenencia compartida, el artículo 84 da un marco rígido a las facultades del juez tendentes a la tenencia monoparental a favor de la madre. La posibilidad de actuar a favor del hijo (Interés Superior del Niño) es sólo un marco referencial, mas no es una imposición al juez especializado.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿En qué medida la normatividad de la tenencia compartida de los hijos en el Perú, permite una correcta interpretación del interés superior del niño?

1.4.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:

1.4.1.- General:

- Analizar si la normatividad de la tenencia compartida en el Perú, realmente permite una correcta interpretación del interés superior del niño

1.4.2.- Específicos

- Determinar qué efectos socio-jurídico se dan en los casos de tenencia exclusiva de los hijos en el Perú.

- Explicar el criterio jurisdiccional para la concesión de la Tenencia de los hijos en el Perú.
- Analizar el interés superior del niño en la legislación peruana.
- Proponer la Tenencia Compartida de los Hijos como un Modelo Normativo exclusivo en el Ordenamiento Legal Peruano.

1.5.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.

La justificación del estudio profundo de este tema, se encuentra en nuestra misma realidad social y judicial, sustentada en la necesidad de garantizar el interés superior del menor, para que los padres puedan gozar de responsabilidades sobre los hijos de manera conjunta.

El presente proyecto realiza un análisis exclusivo de la Tenencia Compartida de los hijos en el Perú; la situación social, de la ruptura conyugal o separación que ocurre en medio de ilógicos rencores en uno o en ambos miembros de la ex-pareja. Pero el hecho de que uno de los padres sea favorecido con la convivencia de los hijos, sirve en muchos casos para que éstos sean virtualmente tomados como rehenes, descargando su rencor e incluso su odio contra el ex-cónyuge, por medio de la limitación u obstaculización del régimen de visitas o presionando a los hijos contra el padre que no convive con ellos (Síndrome de Alienación Parental), mediante chantajes sentimentales, situaciones que conllevan a que el menor adopte una conducta en ocasiones antisocial, pues el hijo pierde de alguna manera al padre en su rol proteccionista, en razón a ello la tenencia compartida es la salida más madura a adoptar por los padres y juzgadores, permitiendo la convivencia de los hijos con ellos(padres), fortaleciendo así los lazos afectivos entre ellos, para un mejor desarrollo del menor en la sociedad, precisando que la Tenencia Compartida no hace ningún llamado a ningún progenitor que sistemáticamente descuide, maltrate, golpee o abuse física o psicológicamente de sus hijos.

En tal sentido el presente Trabajo de Suficiencia Profesional es importante jurídicamente, pues analiza la norma exclusiva referente a la tenencia de los hijos es decir la Ley N° 29269 (Código de los niños adolescentes Artículos 81° y 84°).

1.6.- HIPÓTESIS.

Sí, existe una normatividad adecuada sobre la tenencia compartida de los hijos menores en el Perú, entonces **se garantizará** una correcta interpretación y aplicación del interés superior del niño.

1.7.- VARIABLES

1.7.1.- Variable independiente (causa)

- Normatividad de la tenencia compartida

1.7.2.- Variable dependiente (efecto)

- Correcta interpretación y aplicación del - Interés superior del niño.

1.8.- METODOLOGÍA.

1.8.1. Tipo y nivel de la investigación

Tipología de la investigación:

Investigación Socio-Jurídico Propositiva Prospectiva.

Socio-Jurídico: La Investigación se basa en un problema de la sociedad y que está relacionada con normas legales.

Nivel de la investigación:

De acuerdo a la naturaleza del estudio de la investigación, reúne por su nivel las características de un estudio descriptivo.

1.8.2.- Diseño de la investigación

Descriptiva: Porque es explorativa, nace de una investigación primigenia, cuya información es obtenida de bases bibliográficas, digitales y/o técnicas (expedientes), no obliga una hipótesis (respuesta probable).

1.8.3. Población - Muestra

Población:

Distrito Judicial Lambayeque.

Muestra:

Expedientes, sentencias, jurisprudencia.

CAPITULO II

TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ

2.1.- DEFINICIÓN.

La tenencia y custodia de los hijos es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida o a un tercero si fuese necesario.

Doctrinariamente, se entiende por tenencia a aquella facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (artículos 81 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes). Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica¹.

La tenencia sin duda es un tema muy importante dentro del derecho de familia, al determinarse se precisa con quién vivirán los menores, ya sea con el padre o con la madre. Cuando los padres estén separados, la tenencia de los niños y adolescentes generalmente se determinará de común acuerdo con ellos. Sin embargo, al no haber acuerdo de los padres o si estando de acuerdo, este resulta perjudicial para ellos, la tenencia la resolverá el juez de familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Actualmente en nuestro medio tenemos la denominada tenencia compartida o coparentalidad mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica de la coparentalidad es

¹ Poder Judicial del Perú. *Pleno Jurisdiccional de Familia*. 1997.

que los dos padres, pese a vivir separados, llevan a cabo los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad se robustece dado que ambos padres la ejercerán directamente. En tal orientación, la tenencia compartida es aquella en la que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor.

En tal sentido, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 81, establece que: "Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente". Así pues el Código de los Niños y Adolescentes se muestra como una norma mucho más abierta que el Código Civil a esta institución.

Por su parte el citado cuerpo normativo, en su artículo 83 establece lo siguiente: "El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la custodia y tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes". La tenencia del niño o adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés, en otras palabras, la demanda de tenencia no solo podrá ser presentada por el padre que no tenga al niño o adolescente, sino también por el que la tenga.

Asimismo, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes establece, respecto de las facultades del juez, que: "En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”.

También una regla en materia de tenencia de menores de edad, es la contemplada en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual: “El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”. Ello no implica que el juez decida siempre atendiendo a los deseos de los menores.

Algunos de los supuestos que implican generalmente la solicitud judicial de la tenencia de los hijos menores son;

- La existencia de una separación de hecho, de facto de los padres. ²
- La existencia de acuerdo de padres al respecto, pero que sea perjudicial para el niño o adolescente.
- El juez debe tomar en cuenta el parecer del niño o adolescente.

El juez debe analizar las circunstancias concretas del caso, en concordancia con los criterios legales y suele priorizar:

- El interés superior del niño y adolescente.
- El derecho de audiencia de los menores.
- El principio de no separación de hermanos.
- La edad de los menores.
- El tiempo de que disponen los progenitores.
- La convivencia del solicitante con una tercera persona (otra pareja).
- El lugar de residencia, entre otros.

2.- La no existencia de acuerdo entre los padres para determinar con quién se quedan los hijos.

2.2.- OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Cillero Bruñol nos explica que el interés superior del niño constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar tal interés como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, ya que en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen³. En tal sentido concordamos en que el interés superior es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor; y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño o adolescente.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su principio 2 establece: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".

En sentido similar, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su

3 CILLERO BRUÑOL, Miguel. "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". En: <<http://www.vv.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/modl/Texto%208.pdf>>, p. 8.

personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares.

El Estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces, orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea este proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

En el ámbito nacional, el principio del interés superior del niño lo encontramos plasmado normativamente en el Código de los Niños y Adolescentes. Así pues en el artículo IX del referido cuerpo legal establece que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Esto se concuerda con el principio constitucional plasmado en la primera parte del artículo 4 de nuestra Carta Magna que establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio

de especial protección del niño, podríamos considerar que el interés superior del niño se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4 de la Constitución. De ahí que, en virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Con respecto a la tenencia y el régimen de vistas en el mismo Código de los Niños y Adolescentes, se establecen referencias directas al Interés Superior del Niño. Así, dicho cuerpo normativo en el ya citado artículo 81 establece en su segunda parte, respecto de las resoluciones judiciales de tenencia que: “(...) De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”.

En similar sentido, con respecto al régimen de visitas, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescente establece que: “El juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”. Asimismo, respecto de la extensión del régimen de visitas, el citado cuerpo legal establece en su artículo 90 que: “El régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique”.

2.3.- TIPOS DE TENENCIA DE ACUERDO AL TIEMPO.

Existen en doctrina diversos tipos de tenencia. Para los fines que competen a los temas bajo análisis, nos quedamos con el criterio simple de clasificación de la tenencia, a partir del tiempo de utilización de la institución. De acuerdo al referido criterio, tenemos: La tenencia definitiva y la tenencia provisional.

2.3.1.- Tenencia definitiva

La tenencia definitiva es aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o conciliación extrajudicial, que como sabemos, tiene calidad de cosa juzgada. Así pues, esta tenencia es definitiva en el sentido de que se requeriría nueva resolución judicial o acuerdo conciliatorio que la varíe o modifique. Se determina al final de un proceso judicial o acuerdo conciliatorio. Se plantea esta pretensión, generalmente a través de un proceso principal.

2.3.2.- Tenencia provisional

La tenencia provisional es la facultad del padre que no tiene la custodia de recurrir al juez especializado a fin de solicitar la tenencia provisional. En nuestro medio, la tenencia provisional es considerada en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Se presume que el menor está corriendo un grave riesgo al estar con el otro padre, este debe entregarlo inmediatamente con una orden judicial. Esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años.

El que tiene la custodia de hecho no puede solicitar la tenencia provisional precisamente porque la tiene de hecho, pero puede recurrir inmediatamente a solicitar la tenencia a fin de que se le reconozca el derecho, con las garantías correspondientes. La ley prevé que quien no tiene la custodia, tiene el derecho de solicitar la tenencia provisional para salvar la integridad del menor, entonces el juez deberá ordenar dentro de las 24 horas la entrega del menor.

Se dice que esta facultad de solicitar la tenencia provisional viola el derecho a la igualdad ante la ley, ya que deberían ser ambos los padres quienes puedan acceder a solicitar una tenencia provisional (el que tiene y el que no tiene la custodia). Ante tal interpretación, los jueces podrían ejercer el control difuso, prefiriendo la norma constitucional.

La tenencia provisional se plantea usualmente como una medida cautelar, a través de un proceso cautelar. Dependerá de la eficacia de las pruebas del solicitante, el éxito de esta medida, así como también puede llegar a ser determinante la voluntad del menor

de edad.

El Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 87, respecto de la tenencia provisional, establece que: "Se podrá solicitar la tenencia provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el juez resolver en un plazo de veinticuatro horas. En los demás casos, el juez resolverá teniendo en cuenta el informe del equipo multidisciplinario, previo dictamen fiscal. Esta acción solo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de tenencia provisional como medida cautelar fuera de proceso".

No hallamos fundamento por el cual el artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes protege solo la integridad a los menores de tres años con la tenencia provisional, cuando debería protegerse la integridad de todos los menores. Además, consideramos que debe protegerse al menor no solo dentro de las 24 horas, sino inmediatamente.

2.4.- VARIACIÓN O MODIFICACIÓN DE LA TENENCIA

Después de obtenida la tenencia por vía judicial, pueden ocurrir una serie de hechos, debidamente comprobados que impulsen al otro padre a solicitar la tenencia. La ley establece dos casos: La variación de la tenencia y la modificación de la tenencia.

2.4.1.- La variación de la tenencia

La tenencia es un derecho que se atribuye a un solo padre. El derecho de solicitar la variación de la tenencia le pertenece a quien no tiene la tenencia. El padre que tiene al hijo consigo, tiene mayor responsabilidad de quien no lo tiene a su lado, el padre que cede la tenencia al otro, confía en los cuidados que este prodigará a su hijo. Sin embargo, la ley establece la facultad que tiene todo padre de solicitar la variación de la tenencia en caso de que dichos cuidados no existan o no sean suficientes.

El padre que ha tenido durante cierto tiempo al menor ha fortalecido el grado de amor y dependencia del menor. Por esta razón la ley establece que la variación de la tenencia se realizará con la asesoría del equipo multidisciplinario a fin de que el cambio no

produzca daño o trastorno al menor, pero se procederá con el cumplimiento inmediato del fallo, en caso que la integridad del menor se encuentre en peligro.

El requisito es que exista una tenencia, otorgada por separación de mutuo acuerdo, o divorcio, o una tenencia otorgada por el juez.

La resolución que establece la separación convencional, establece de conformidad con el convenio, cual es el padre que tendrá a los hijos. Pero esta resolución si bien tienen autoridad de cosa juzgada, en materia de tenencia, puede variar si el otro padre considera que debe tener la tenencia, para ello deberá solicitar en nuevo proceso la tenencia, pero solo con otra resolución judicial podrá variar la tenencia.

Lo anterior se encuentra establecido por el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 82, que dispone que: "Si resulta necesaria la variación de la tenencia, el juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato".

Así pues, el juez en la variación de la tenencia la resuelve de dos grandes formas:

- a) En la mayoría de los casos se dispone que se realice de forma ||progresiva para evitar daños o trastornos en el menor de edad.
- b) Excepcionalmente se dispone que se cumpla de inmediato cuando se pueda acreditar que el menor de edad se encuentra en peligro para su integridad.

Otro supuesto que da lugar a la variación de la tenencia es lo relativo a la restitución de la patria potestad. El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 78, dispone que: "los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente".

Asimismo, en lo relativo al incumplimiento del régimen de visitas, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 91 establece que: “El incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el juez que conoció del primer proceso”.

El padre o madre a quien se le imposibilite de visitar a sus hijos incumpléndose indebidamente una resolución judicial, tiene derecho a solicitar la variación de la tenencia, en cuyo caso el otro padre perderá la tenencia por no cumplir debidamente el acta de conciliación judicial, o la sentencia del Juzgado Especializado de Familia, o la sentencia del proceso de divorcio por mutuo acuerdo o la de divorcio por causal en su caso.

2.4.2.- Modificación de la tenencia

La resolución que otorga la tenencia solo puede modificarse mediante nuevo proceso judicial después de seis meses de otorgada. Esto se encuentra establecido en el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual: “La resolución sobre tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción. Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente”.

Para solicitar la modificación se requieren la existencia de circunstancias debidamente comprobadas. La ley establece que deben acontecer circunstancias que obliguen a los padres a solicitar un cambio en la tenencia, esta modificación requiere de nuevo proceso. Este proceso lo puede interponer el padre que tiene la tenencia o el otro. La ley establece que deben transcurrir seis meses desde la resolución originaria. Igualmente, el padre o madre que obtuvo la tenencia puede haber viajado repentinamente, o el trabajo la obliga a viajar durante temporadas largas, es decir pueden ocurrir hechos que perjudiquen la tenencia del menor. Solamente procede la modificación sin esperar que transcurran los seis meses, en caso de que la integridad del niño o adolescente se encuentre en peligro. Una vez resuelta la tenencia el otro la

habrá perdido.

2.5.- TENENCIA COMPARTIDA

2.5.1.- Origen de la tenencia compartida

(MALLQUI REYNISO, 2001)

Oriunda de Inglaterra, en la década de los sesenta ocurrió la primera decisión sobre la Tenencia Compartida (joint custody). La idea de la Tenencia Compartida se extendió a Francia y a Canadá, ganando la jurisprudencia en sus provincias y esparciéndose en toda América del Norte. El derecho estadounidense absorbió la nueva tendencia y la desarrolló en larga escala.

Los EE.UU. la Tenencia Compartida son intensamente discutida, debatida y estudiada, debido al aumento de padres involucrados en el cuidado de sus hijos. La American Bar Association-ABA creó un comité especial para desarrollar estudios sobre la tenencia de menores (Child Custody Committee). Existe en ese país una gran divulgación de este modelo hacia los padres, siendo uno de los que más crece.

En Francia, en 1976, la jurisprudencia rechaza el monopolio de la autoridad paternal, recibiendo ello su consagración legislativa en la Ley del 22-07-1987. La nueva ley modificó los textos del Código Civil francés, relativos al ejercicio de la autoridad parental, armonizando las decisiones y tranquilizando a los jueces.

La tendencia mundial es la del reconocimiento de la Tenencia Compartida como la forma más adecuada y benéfica en las relaciones entre padres e hijos, sirviendo como un intento para disminuir los efectos desastrosos de la mayoría de las separaciones.

2.5.2.- Definición.

El termino Custodia o tenencia compartida, también denominada coparentabilidad o responsabilidad parental conjunta, implica la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente

con un padre y una madre y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex esposos, pero aun socios parentales.

Este concepto involucra que el padre y la madre son igualmente responsables de sus hijos, por lo que cada progenitor debe responder frente a las demandas y expectativas de los hijos de forma independiente o de forma conjunta, porque a su vez el concepto de coparentalidad engloba al progenitor como un ser completo, capaz de ejercer su rol y el del otro, pero cada uno conserva su personalidad.

En el contexto legal, un régimen de coparentalidad luego de una separación resulta mucho más eficaz cuando los padres han llegado a un acuerdo mutuo. Por eso todas las legislaciones que podrían servirnos como modelo para establecer un régimen de divorcio acorde con el interés del niño insisten en la conveniencia de que los padres que se separan presenten al juez un plan de coparentalidad o plan de responsabilidad parental, establecido por mutuo acuerdo.

2.5.3.- Aspectos Fundamentales

El 17 de octubre del año 2008 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 29269 mediante la cual se modifica el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando la figura de la tenencia compartida en el sistema legal.

De acuerdo a lo señalado en dicho artículo, interpretamos que en el caso que los padres que se encuentren separados de hecho no se pongan de acuerdo sobre la tenencia de su menor hijo o si al haber llegado a uno, tomando en cuenta el parecer del menor, el acuerdo resulta perjudicial para este, el juez a través de un proceso judicial de tenencia iniciado por uno de los padres, podrá establecer en la sentencia, la cual debe estar correctamente fundamentada y cumplir con los demás requisitos establecidos en el artículo 122 del Código Procesal Civil, que el hijo viva indistintamente con cada uno de ellos, fortaleciéndose los deberes y derechos de ambos padres señalados en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual a la letra señala lo siguiente:

Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer su sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su actuación no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuera necesario para recuperarlos;
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil”.

Sin embargo, pese a lo señalado, creemos que no existe impedimento legal alguno para que la tenencia compartida no solo pueda ser establecida a través de una sentencia dictada por un Juez Especializado en familia a través de un proceso judicial de tenencia iniciado por uno de los padres, sino también que se pueda establecer a través de un acta de conciliación mediante la cual ambos padres hayan acordado la tenencia compartida de sus menores hijos.

2.5.4.- Visión procesalista

Desde este punto de vista es importante, en primer lugar, analizar el artículo 81 del Código comentado con el fin de establecer los requisitos que impone este para que proceda la tenencia que se solicite. Así, el artículo citado regula dos situaciones distintas que se dan respecto a la tenencia de los menores hijos cuando los padres se encuentran separados de hecho:

La primera se da cuando los padres que se encuentran separados de hecho y tomando en cuenta el parecer del menor, llegan a un acuerdo sobre la tenencia del menor. En este caso si el acuerdo al que se llegó resulta perjudicial para el menor, el padre que no goce de la tenencia de este podrá iniciar un proceso judicial de tenencia exclusiva o compartida, si el acuerdo fue verbal, o podrá solicitar judicialmente la variación de la tenencia a una exclusiva o compartida, si el acuerdo se plasmó mediante un acta de conciliación.

Esta variación de la tenencia debe ser interpuesta, de ser el caso que no se encuentre en peligro la integridad del menor, cuando Lavan transcurrido seis meses de la resolución originaria o del acuerdo al que hayan llegado los padres, por circunstancias debidamente comprobadas y siempre y cuando resulte beneficiosa para el menor. La variación, debe ser ordenada por el juez para que se efectúe de manera progresiva con el fin de no producirle daño o trastorno al menor.

El artículo 82 del Código del Niño y Adolescente, establece que si la integridad del menor se encuentra en peligro, el juez, por decisión motivada, ordenará que la variación de la tenencia se cumpla de inmediato. Creemos que en este caso la variación de la tenencia no se podría establecer a una compartida, tendría que ser a una exclusiva, toda vez que, de lo contrario, el juez estaría poniendo en riesgo la integridad del menor, atentando gravemente contra el Principio del Interés Superior del Niño al establecer que, aunque ahora de manera parcial, siga conviviendo en un ambiente en donde su integridad, ya sea física, psíquica o moral, se encuentre en riesgo de ser vulnerada.

La segunda situación respecto a la tenencia se da cuando los padres que se encuentran separados de hecho no llegan a un acuerdo respecto a la tenencia del menor. En este caso cualquiera de ellos podrá iniciar un proceso judicial de tenencia exclusiva o compartida.

En cualquiera de las dos situaciones anteriores el Juez Especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, puede disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor.

Es el Juez Especializado en Familia, en los lugares donde los haya, o de no haberlo, el Juzgado Mixto, a quien le corresponde el conocimiento del proceso de tenencia exclusiva o compartida, siendo importante señalar que el proceso de variación de tenencia es un nuevo pro-ceso que se debe tramitar ante un nuevo juzgado competente.

Dichos procesos se deberán tramitar de acuerdo a las disposiciones del Proceso Único establecidas entre los artículos 164 y 182 del Código de los Niños y Adolescentes.

Dentro de un proceso judicial de tenencia, si el juez no cree conveniente establecer la tenencia compartida, debe resolver teniendo en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable al menor y que el hijo menor de tres años debe permanecer con la madre, priorizando siempre el otorgamiento de la tenencia exclusiva a quien mejor garantice el derecho del menor a mantener contacto con el otro progenitor.

Asimismo, el Código del Niño y Adolescente señala en el inciso c) del artículo 84 que al padre que no se le otorgue la tenencia, en este caso exclusiva, se le debe señalar un régimen de visitas.

Al respecto, actualmente muchos juzgados competentes para conocer el proceso materia del presente artículo, exigen como requisito de admisibilidad que el solicitante de la tenencia exclusiva proponga un régimen de visitas para el otro padre en su demanda, exigencia que creemos innecesaria y dilatoria, toda vez que el propio juez, teniendo en cuenta lo expresado por las partes y los informes psicológicos y sociales, estará en mejor condición de establecer el régimen de visitas, a favor del padre que no goce de la tenencia, más beneficioso para el menor en el momento de establecer la tenencia a favor del otro progenitor.

El artículo 85 del Código comentado establece que el juez competente para conocer el proceso de tenencia, es decir, como mencionamos líneas arriba, el Juez Especializado en Familia, o de no haberlo en el lugar, el Juzgado Mixto, debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente. Al respecto, discrepamos con lo señalado en el presente artículo, toda vez que creemos que el juez no solo debe escuchar la opinión del niño, sino que también debe tomar siempre en cuenta la opinión de este y la del

adolescente, conforme lo establece la primera parte del artículo 81, con lo cual no queremos decir que las decisiones de los jueces deban darse de acuerdo solo a lo que los niños y adolescentes han opinado, pero sí que en sus decisiones se tome en cuenta la opinión de estos.

Por último, dentro de esta visión procesalista de la tenencia compartida en el Perú, el Código de los Niños y Adolescentes establece en su artículo 87 que el padre que no goce de la tenencia exclusiva, ya sea por un acuerdo al que ha llegado con el otro progenitor o por decisión del juez, puede solicitar dentro de un proceso judicial de tenencia o, de ser el caso, de separación o divorcio por causal, la tenencia provisional solo en el caso de que el niño fuere menor de 3 años y estuviera en peligro su integridad física, debiendo el juez resolver en el plazo de 24 horas. Es decir, deben conjugarse las dos situaciones, que el niño tenga menos de tres años y que esté en peligro su integridad física para que el juez otorgue la tenencia provisional.

En los demás casos, es decir, cuando no se den juntas las situaciones descritas, señala el Código indicado que el juez resolverá teniendo en cuenta el informe del equipo multidisciplinario, previo dictamen fiscal.

2.5.5.- La Ley N° 29269 Tenencia Compartida.

Los que nos encontramos en contacto con el Derecho de Familia sabemos que al producirse el quiebre de la pareja y uno de las partes no acepta tal, se producirán de por sí, consecuencias respecto a todo lo relacionado con el hogar que se desintegra, no sólo en el aspecto patrimonial sino sobre todo en el lado más débil y vulnerable que es la relación afectiva padres-hijos y viceversa, pues además de que los hijos se ven obligados a separarse y alejarse de uno de los padres, está en peligro que el progenitor poseedor de la tenencia del niño o adolescente no permita su interrelación con el otro, traduciéndose ello inicialmente en un impedimento a las visitas y quizá en un posterior rechazo de los hijos al contacto con el padre que no ve.

Es necesario recordar que la noción de familia no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros lazos de “familia” de facto cuando las partes viven juntas sin estar casadas, por ejemplo, así entre el niño y sus padres existe un vínculo

equivalente a la vida familiar. Dentro de ese contexto, el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo, constituye un elemento fundamental de la vida familiar, más aún cuando la relación entre los padres se haya resquebrajada, y que las medidas internas que obstaculizan ese disfrute, constituyen una violación de este derecho, debido a que tanto el Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes, así como los Convenios Internacionales ratificados por el Perú, crean el marco legal donde se desarrolla el derecho familiar y en el caso específico la protección del menor, basándose en el Interés Superior del Niño y del Adolescente; así en su artículo 9º inciso 3), la Convención sobre los Derechos del Niño, se refiere directamente a este derecho del hijo. Es por ello que la intención de la Ley N° 29269 que modifica los artículos 81º y 84º del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando en nuestra legislación a la Tenencia Compartida, es demostrar a los hijos, que el nuevo estado de familia no significa ningún cambio para ellos, puesto que se le considera un sujeto de derechos y que sus progenitores a pesar de su separación, siguen teniendo para con ellos derechos y obligaciones debiendo evitársele cualquier tipo de angustias que ellos le causen con su separación; propiciando que su relación se mantenga en la mejor de las formas, pensando en su interés y su desarrollo psicológico, moral y físico, sin olvidar que este derecho es precisamente un derecho más de los hijos que de los padres. Teniendo en cuenta ello, es necesario analizar si en nuestro país tendrá el resultado esperado.

2.5.5.1.- La Tenencia y su Aplicación en el Campo Judicial.

Al iniciarse el trámite judicial de tenencia ya sea peticionada por el padre o la madre del niño o adolescente, se observan contextos familiares diferentes según sea el caso; así que hay progenitores que peticionan la tenencia de sus hijos, solicitando un régimen de visitas para el otro padre; hay otros, que si bien es cierto peticionan la tenencia de sus hijos, solicitan además que el otro padre tenga un régimen de visitas limitado, esto es ya sea dentro del hogar donde el hijo habita o sea supervisado por un familiar directo; hay otro grupo de padres que peticiona la tenencia de sus hijos incluso solicitando que el otro padre no tenga oportunidad de interrelacionarse con su hijo, en otras palabras que no se le fije un régimen de visitas. Frente a diversos tipos de petitorios, se tiene que claro y a tenor del artículo 84º inciso c) del Código de los Niños y Adolescentes, que para el padre que no obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente, debe

señalarse un régimen de visitas. Dentro de estas diversas pretensiones, es necesario indicar que desde el punto de vista jurídico, la tenencia de menores se define como una institución que tiene como finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar, esto es, teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro, correspondiéndole al que no la ostenta un régimen de visitas. Puede observarse, que “en relación a la tenencia, se fuerza a una elección entre el padre y la madre, opción que pueden realizar los propios interesados o en su defecto el Juez a base de ciertos principios rectores que han sido contruidos, teniendo en cuenta el prevalente interés del hijo”. Sin embargo, cabe precisar que en principio la tenencia más recomendable para el bienestar y desarrollo físico, psicológico, y emocional de todo menor, es la ejercida conjuntamente por ambos padres; en todo caso ante la separación de éstos corresponderá al Juzgador determinar si el demandante cuenta con las condiciones apropiadas para ejercer la tenencia de su menor hijo atendiendo para ello el interés superior del niño. En consecuencia, se aprecia que nuestro sistema peruano había optado por la tenencia de carácter monoparental, es decir sólo uno de los progenitores podía gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro. Así luego de evaluar los medios probatorios, ofrecidos por las partes, las evaluaciones psicológicas ordenadas en la persona de los progenitores e hijos y las visitas sociales en el domicilio de los padres, el Juez determinará si el demandante reúne las condiciones ya indicadas para amparar su petitorio estableciendo el régimen de visitas para el otro progenitor.

Sin embargo, lejos de ser una solución armoniosa, el problema que casi la mayoría de Juzgadores afrontan, es precisamente cuando es amparada la pretensión del demandante y se fija un régimen de visitas para el otro padre, puesto que si bien el régimen de visitas puede ejecutarse, muchas veces el padre que ostenta la tenencia no contribuye a que dicho régimen de visitas se realice de una manera armoniosa y conducente a que se afiance los vínculos con el otro progenitor, que ávido de ver a su hijos dentro del horario establecido sólo encuentra obstáculos, así como no localizar a los hijos dentro del horario que le fijó el Juez, o si bien es cierto sale con su hijo tiene

una persecución incesante del otro progenitor hasta que concluya su horario de visitas; o simplemente le manifiestan que su hijo no desea salir con él; o si bien sale con su hijo éste ya no es el niño o el adolescente con quien puede disfrutar de dicha salida puesto que muchas veces la tenencia monoparental ha dado lugar al Síndrome de Alejamiento Parental; lo que por supuesto es perjudicial para el progenitor a quien no le queda otro remedio que realizar una o más constataciones policiales para efectivizar su régimen de visitas convirtiéndose en un círculo vicioso, que no logró solucionar la autoridad judicial y ahondando más el distanciamiento con el hijo que no logra ver. Es dentro de este contexto en el que se desarrolla el niño o adolescente, por un lado teniendo a uno de sus progenitores más cerca, lo que inevitablemente afianzará sus vínculos con éste, y por otro, a un progenitor con poca oportunidad para relacionarse con su hijo, produciendo un distanciamiento no querido.

2.5.5.2.- La Tenencia Compartida como Solución a los Hijos de Padres Separados.

Con la Ley N° 29269 que modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescente y que introduce la llamada Coparentabilidad o Tenencia Compartida, en nuestra legislación, se presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial o separación de los padres, en la medida en que evita la aparición de los "conflictos de lealtades" de los hijos para con sus padres, favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos -tampoco puede afirmarse que las acentúe y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial o de pareja como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos.

Asimismo es necesario indicar que, si bien en nuestros textos legales no estaba regulada la tenencia compartida de manera explícita, ello no ha imposibilitado que en los procesos de tenencia en los cuales, las partes de común acuerdo y teniendo en cuenta la fórmula conciliatoria propuesta por el Juez quien en todo momento velará por los intereses de los niños y adolescentes, acuerden una tenencia donde ambos padres

podrán vivir con sus hijos de manera alternada, ya sea por periodos largos o cortos siendo precisamente su objeto el de mantener vivo el doble vínculo de parentabilidad; esto es, no reduciendo la intervención de uno de los padres a horarios que deberán ser cumplidos escrupulosamente por los progenitores y evitando las múltiples excusas ya señaladas anteriormente, sino más bien permitir a ambos padres, su intervención en el crecimiento de sus hijos, conocer sus experiencias, emociones, sus inquietudes además de permitir intervenir en su desarrollo escolar, preocuparse por su salud, por las relaciones de amistad con quien comparte su hijo y en general todo aquello que acompaña a un niño o adolescente en su crecimiento; por lo que teniendo la experiencia en los procesos judiciales que a la fecha se han concluido con conciliación entre las partes fijando una “figurada tenencia compartida”, se puede asegurar el éxito de la misma si se guarda ciertos parámetros.

2.5.5.3.- Análisis de la Modificatoria.

Se puede verificar de la modificatoria al artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes que se precisa que “Cuando los padres estén separados de hecho la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si, este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”.

Se aprecia de dicha redacción entonces que para disponer la tenencia compartida no es necesaria que sea invocada por una de las partes, ya que el Juez podrá disponer la misma, obviamente teniendo en cuenta el interés superior del niño. A nuestro entender nos parece razonable la norma puesto que ante la situación de cambio social en donde se produce poco a poco un estado de corresponsabilidad, la limitación o exclusión de la posibilidad de tenencia compartida supone hacer una norma que refuerce el papel de uno de los progenitores en la custodia de los hijos en situación de separación de los padres; más aún al otorgársele el Juez esa facultad, éste deberá valorar con carácter previo las circunstancias que se presentan en el caso concreto, así por ejemplo valorará

la opinión de los hijos, su edad, el lugar de residencia de los progenitores, la disponibilidad de un domicilio adecuado por ambos progenitores para el cuidado de los hijos e hijas, el horario laboral de los progenitores, así como otras circunstancias relevantes que posibiliten la tenencia compartida sin graves quebrantos en la vida cotidiana de los hijos y de las hijas; por lo que evidentemente tendrá un papel relevante el equipo multidisciplinario compuesto por psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales quienes proporcionarán las herramientas necesarias para que el Juzgador tenga un criterio más amplio respecto al caso para determinar que la tenencia compartida por ambos progenitores es el medio más adecuado para procurar el beneficio del menor siempre que sea la situación factible y realmente vivida.

Pero es necesario indicar que por lo menos uno de los progenitores deberá solicitar estar conforme con la tenencia compartida, puesto que no tendría sentido forzar a los padres a la misma cuando ninguno de ellos lo tiene en mente ni presente o cuando exista una oposición frontal de una de las partes, puesto que el Juzgador fundamentará y justificará esta medida, en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor, lo cual quiere decir que la tenencia concentrada en uno sólo de los progenitores con un régimen de visitas del otro no es la mejor solución para el caso concreto.

2.5.5.4.- Anotaciones Finales.

Con la modificatoria se pretende construir una regulación legal sobre la base general de la realidad social de las partes en un proceso, sin embargo y como se ha esbozado en el presente artículo la tenencia compartida se debe considerar en el supuesto en donde se pueda entender adecuado según el contexto familiar de cada caso en concreto, ya sea consensuada o estimada por el Juzgador, ateniendo a las circunstancias más adecuadas para los niños y adolescentes y que favorezca sus intereses; sin embargo hay que tener presente que sobre la norma se debe trabajar principalmente en la oportunidad que brinden los progenitores para que esta institución se desarrolle puesto que ellos son quienes en principio, están en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen convenio y qué es lo más beneficioso para sus hijos a efectos de poder vincularse con ellos de la manera más conveniente para ellos.

2.5.5.5.- Régimen de Visitas y Tenencia Compartida: Acerca de la Necesidad de Cambio De Modelo.

Desde el punto de vista del niño o adolescente, puede decirse que el régimen de visitas no es la forma en que se materializa el derecho que ellos tienen de mantener una relación directa y regular con su padre y con su madre. Desde el punto de vista del padre o de la madre, se puede decir que es la forma en que se hace posible el derecho y deber que ella o él tienen de mantener una relación directa y regular con todos y cada uno de sus hijos. Salta pues a la vista que, aunque no se viva con los hijos, es imperativo mantener una relación permanente con ellos, para dar estabilidad al vínculo afectivo y emocional entre los progenitores y sus hijos, fortaleciendo un conocimiento personal mutuo. La asignación de la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, por la desintegración del grupo familiar, no supone para el otro una sanción, ni constituye motivo de pérdida o supresión del derecho de patria potestad, ya que el problema de la guarda ha debido resolverse a favor de uno de ellos. Por ello, es natural que el progenitor que no tiene a los hijos en su compañía, tenga derecho a visitarlos.

El derecho a visitas tiene, como no puede ser de otro modo, consagración legislativa en el Perú y fuera de él. De conformidad con lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita y aprobada por el Perú, los niños que estén separados de uno o ambos padres tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores de modo regular, salvo que ello sea contrario a su interés superior. En concordancia con este precepto, el artículo 88° de nuestro Código de los Niños y Adolescentes establece que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos y que el Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño y el adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

(PALACIOS PIMENTEL, 1995)

Es casi norma universal en el mundo entero el derecho de niños y adolescentes de mantener relaciones personales con ambos padres, aun cuando los padres no vivan juntos. La legislación europea y especialmente la comunitaria ha puesto énfasis en el derecho de todos los miembros de la familia de tener relaciones familiares respetadas por la ley, así como en el derecho de niños y adolescentes a protección en caso de disolución del matrimonio de los padres. Esa es la línea de pensamiento de preceptos como el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales -abierto para firma por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1959 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953-, así como de muchas de las decisiones adoptadas por la Corte Europea de Derechos Humanos. Es objeto de este trabajo el examen de una de esas decisiones, la recaída en el ya famoso Caso de Elsholz contra Alemania (Demanda N° 25735/94), concluido por sentencia del 13 de julio del año 2000. EL fallo del Tribunal Europeo fue, como se sabe, favorable al padre demandante, al que se le había denegado el régimen de visitas fundamentalmente sobre la base de las declaraciones de su hijo de cinco años, que era, al parecer, víctima del síndrome de alienación parental.

Conviene recordar brevemente los antecedentes del caso. En diciembre de 1986 nace C., cuyos padres conviven juntos sin estar casados. En junio de 1988, los progenitores se separan y la madre se va con su hijo a vivir a otro lugar. A partir de julio de 1991, la madre impide a Egbert Elsholz ver a su hijo y para el padre empieza un largo calvario judicial para lograr que se reconozca su derecho de visita, que las sucesivas instancias de los tribunales alemanes le deniegan. Por último, Elsholz recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que le da parcialmente la razón e impone al Estado alemán el pago de una indemnización. Para entonces habían pasado casi diez años desde que dejó de ver a su hijo.

La posibilidad de que se produzca la interrupción de las relaciones parentales en perjuicio de los intereses de niños y adolescentes –con consecuencias tan dramáticas como en el caso Elsholz nos anima a tomar posición a favor de un modelo que supera el concepto clásico de derecho de visitas, la custodia compartida.

CAPITULO III

LA ALIENACIÓN PARENTAL COMO RIESGO EN LOS PROCESOS DE TENENCIA

3.1.- INTRODUCCIÓN

Lo ideal es que las familias nucleares se consoliden en el tiempo, y se mantengan unidas, pero por diversas razones ocurre que los matrimonios o las uniones de hecho llegan a su fin, a veces por mutuo acuerdo y otras luego de conflictos que pueden durar algunos años en el Poder Judicial

De hecho, se dice que la tasa de divorcios en el Perú se ha incrementado de manera considerable, por lo que no es inusual que tengamos familias monoparentales o ensambladas. Nos tomamos una licencia con lo de monoparentales, y es que salvo la llamada **tenencia compartida**, normal es que acudamos a un triste espectáculo, en el que los hijos se vuelven el caballito de batalla de los padres, y no es inusual entonces que se persiga el todo o nada, es decir, que el padre que no está con el niño en el día a día, tenga el menor contacto posible. Y, sin embargo, nadie puede dudar de que el niño necesite de la figura paterna y materna, y que ambas le garanticen un clima de paz en el cual desarrollarse.

Podemos jugar a ser abogados del diablo, en los hechos que se han narrado, resulta que la madre ha sido condenada por actos de violencia familiar contra su hija, pero ¿qué pasa cuando los actos de violencia son sutiles? Pensemos, por ejemplo, en la violencia psicológica, que normalmente solo queda expuesta con el apoyo de los especialistas; queda claro que no es conveniente para el desarrollo integral del niño, de la niña o del adolescente, que su cuidado sea entregado a quien lo maltrata de manera habitual. Pero seamos todavía más finos, y pensemos en los casos de **alienación parental**.

A primera vista, la sentencia del Tribunal Constitucional no debería generar objeciones, pensamos que pocos discutirán que un niño no puede ser cuidado adecuadamente por un progenitor que lo maltrata, pero si vemos con mayor atención, a lo mejor volvemos a un escenario ya conocido. El excesivo garantismo que olvida con relativa facilidad las vías igualmente satisfactorias. (TORRES CARRASCO, 2014)

3.2.- LOS HECHOS DEL CASO

Es materia de comentario la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el trámite de la causa N° 04430-2012-PHC/TC. En primer lugar, es pertinente hacer un breve resumen de los hechos citados en la sentencia.

3.2.1. Proceso de hábeas corpus

a) Don Jorge Edmundo Fernández Lazo, por derecho propio y a favor de su menor hija de iniciales M.F.B.F.C., interpone demanda de hábeas corpus contra la Jueza del Segundo Juzgado de Familia de Tacna, la Fiscal de la Segunda Fiscalía de Familia de Tacna, el Procurador Público del Poder Judicial y doña Rosa Callao Perales. La demanda tiene como propósito que se deje sin efecto el mandato de restitución y entrega de la menor con apercibimiento de detención contenido en la resolución judicial N° 59 de fecha 11 de agosto de 2011.

b) El Quincuagésimo Sexto Juzgado Penal de Lima, con fecha 27 de octubre de 2011, declaró infundada la demanda por estimar que el proceso constitucional de hábeas corpus protege la libertad y no puede ser utilizado como un recurso más para modificar decisiones judiciales adversas. Habiendo sido materia de apelación, esta sentencia fue confirmada por la Sala Penal de Vacaciones para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Luego, don Jorge Edmundo Fernández Lazo interpone recurso de agravio constitucional, contra la resolución expedida por la Sala Penal de Vacaciones para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha 21 días del mes de agosto de 2013, que confirmando la apelada, declaró infundada la demanda de autos. (TORRES CARRASCO, 2014)

Los fundamentos de la sentencia que serán relevantes para el análisis del presente caso son los siguientes:

Mientras que en la demanda se alega que la resolución judicial cuestionada amenaza la libertad individual del demandante, toda vez que ordena la restitución y entrega de la menor, bajo apercibimiento de detención; el Tribunal tiene como argumento central del

recurso de agravio, que el objeto de la presente demanda de hábeas corpus es, en esencia, solicitar protección para la integridad de la menor M.F.B.F.C., respecto del mandato que ordena su entrega bajo apercibimiento de detención dictado en un proceso familiar de tenencia, es decir, la entrega de la niña a quien fue sentenciada y condenada por el delito de violencia familiar en agravio de la misma menor.

3.2.2.- Respecto del proceso de tenencia (Expediente N° 02502-2007)

- a) Se advierte de autos que la emplazada Rosa Elvira Callao Perales promovió proceso familiar sobre tenencia de la menor contra el accionante del proceso de hábeas corpus, don Jorge Edmundo Fernández Lazo. Proceso de tenencia tramitado en el Expediente N°02502-2007, donde se expide la resolución judicial N°50 sentencia de vista, de fecha 31 de mayo de 2010 que declaró fundada en parte la demanda, reconoce a favor de la citada emplazada la tenencia de la menor M.F.B.F.C. Luego, mediante resolución judicial N° 59, de fecha 11 de agosto de 2011, se requiere al demandante que proceda a la entrega de la menor beneficiaría, bajo apercibimiento de disponer su detención, en caso de incumplimiento.

- b) La sentencia expedida por el Décimo Tercer Juzgado de Familia de Lima, de fecha 8 de junio de 2011, declaró fundada la denuncia interpuesta por el Décimo Tercer Fiscalía de Familia de Lima, y condena a la emplazada doña Rosa Elvira Callao Perales por violencia familiar, en sus modalidades de maltrato físico y psicológico ejercido contra su hija, la menor ya referida, quien es beneficiaría del presente proceso constitucional. (TORRES CARRASCO, 2014)

Estos son los hechos que consideramos relevantes para realizar nuestro análisis. Y para estos efectos, proponemos comenzar con algunas consideraciones procesales; así, siendo un hábeas corpus, comenzaremos por determinar ante qué tipo de hábeas corpus nos encontramos.

3.3.- TIPOS DE HÁBEAS CORPUS

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 6 de la STC Expediente. N° 02663-2003-PHC/TC, ha recogido de la doctrina, una clasificación de tipos de hábeas corpus:

- i) El hábeas corpus reparador, modalidad clásica, que se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial, de un mandato judicial en sentido lato, de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil, etc. Tiene como propósito promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida;
- ii) El hábeas corpus restringido, cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, se le limita en menor grado;
- iii) El hábeas corpus correctivo, modalidad usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto de las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad;
- iv) El hábeas corpus preventivo, que podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia.

Para ello es requisito sine qua non que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentren en proceso de ejecución;

- v) el hábeas corpus traslativo, que es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido;

- vi) El hábeas corpus instructivo, que podrá ser utilizado cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no solo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición;
- vii) El hábeas corpus innovativo, que procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante; viii) el hábeas corpus conexo, que cabe utilizar cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores.

Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra él o la cónyuge, etc.

En otras palabras, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con este. Adicionalmente, permite que los derechos innominados -previstos en el artículo 3 de la Constitución- entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados. Si bien no se incluye en esta sentencia, también es posible hablar de un hábeas corpus excepcional, que procede durante un estado de excepción. En este supuesto, se va a evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas durante el régimen de excepción, mas no examinará su declaración misma; que se hace vía decreto supremo, de conformidad con el artículo 137 de la Constitución Política de 1993⁴.

4 Hábeas corpus excepcional (artículo 23). Nuestra Constitución, regula los estados de excepción en el artículo 137, y el artículo 200, parte final establece que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137. Es innegable así, la procedencia del habeas corpus en los estados de excepción, que denominamos de excepción por las condiciones reinantes en que se dicta, por lo que bien vale el nombre seleccionado. Debe anotarse que el Instituto de Ciencia Procesal Penal ha señalado que la tramitación correcta de este hábeas corpus debe hacerse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se utilizan para determinar la validez de los actos que restringen derechos en los estados de

En el caso materia de comentario, el Tribunal Constitucional emite pronunciamiento de fondo, pero no termina de precisar ante qué tipo de hábeas corpus estamos. Con fecha 2 de setiembre de 2011, el recurrente por derecho propio y a favor de su menor hija de iniciales M.F.B.F.C interpone demanda de hábeas corpus contra la Jueza del Segundo Juzgado de Familia de Tacna, la Fiscal de la Segunda Fiscalía de Familia de Tacna, el Procurador Público del Poder Judicial y doña Rosa Callao Perales, solicitando que se deje sin efecto el mandato de restitución y entrega de la menor con apercibimiento de detención contenido en la resolución judicial N° 59 de fecha 11 de agosto de 2011, expedida por la jueza emplazada en el proceso de familia sobre tenencia de menor N° 2592-2009. Alega que la resolución judicial cuestionada amenaza su libertad individual y vulnera el debido proceso, particularmente, su derecho a la motivación de las resoluciones; a la par que lesiona el derecho a la integridad que le asiste a la citada menor. (TORRES CARRASCO, 2014)

El padre interpone demanda, pues, considera que el apercibimiento de detención en caso de no cumplir con entregar a su hija, para el cumplimiento de la sentencia de tenencia, constituye una amenaza cierta a su libertad individual, y es que él considera también que no puede cumplir con el mandato judicial, al existir también sentencia definitiva en el proceso de violencia familiar. Es sintomático que solo en segundo lugar, se mencione la integridad de la hija. Se trata de una clara muestra de que en estos procesos, no siempre es el niño el centro del debate (se supone que es interés de este que se discute la tenencia), ya que el padre parece más preocupado de su propia situación jurídica, que del bienestar de su hija. Pues bien, el Tribunal Constitucional, con buen criterio, devuelve centralidad al niño; constata para ello que, en los términos en que se interpuso la demanda, nos encontraríamos ante una amenaza, de manera

excepción. La aplicación de la razonabilidad, si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción, o si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos. La aplicación del principio de proporcionalidad, si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación del hecho sumariamente evaluada por el juez. Cfr. ORE GUARDIA, Arsenio. *El proceso de hábeas corpus*. Instituto de Ciencia Procesal Penal, pp. 3-4. Vide <incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/habeascorpus%5B1%5D.pdf>.

que se trataría de un hábeas Corpus preventivo; luego, sobre la base del literal f, del inciso 24), del artículo 2 de la Constitución, precisa que la facultad de dictar el mandato de detención no es potestad exclusiva del juez penal, en tanto se cumpla con la exigencia de motivación previa. (TORRES CARRASCO, 2014)

El artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que:

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. Esta disposición no afecta el derecho de gracia”.

La finalidad institucional del Poder Judicial es procurar la paz social en justicia, por lo que tiene bajo su responsabilidad, la última palabra sobre los conflictos de intereses, y en un **Estado Constitucional de Derecho**, y para ello, se le ha premunido de los atributos de la *coertio* y la *executio*. En rigor, es la única cara del Estado que puede utilizar la fuerza de manera legítima, en condiciones normales; y es que se requiere el uso de la fuerza, cuando los particulares no hacen caso de los mandatos judiciales; dentro de dicho contexto, el apercibimiento dictado en el proceso de tenencia no es, en modo alguno, arbitrario.

En todo caso, el Tribunal Constitucional considera que lo prevalente es la integridad de la niña y sus posibilidades de crecer en un ambiente adecuado para su desarrollo, por lo que no tiene reparos en suplir las notorias deficiencias de la demanda; luego, no se dice, pero es claro que nos encontramos ante un **hábeas corpus conexo**. Y todo ello por el **interés superior del niño**, al que nos referimos a continuación.

3.4.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Suele asumirse que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico. Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención de los Derechos del Niño consagra.

Ahora bien, si la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, sería posible afirmar que en aplicación de este principio, la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. Esto, sin embargo, no nos debe llevar a determinar que el principio del "interés superior" es una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

Para (CILLERO BRUÑOL, 2012) es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades, e incluso a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea uno considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción

del bienestar social o de la bondad, sino en la medida en que los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos⁵.

El interés del menor tiene un valor jurídico eminentemente instrumental en la decisión acerca de un derecho aislado o en conflicto con otros derechos: lo importante y en verdad discutido es siempre el derecho o derechos en juego, en cuya solución el criterio determinante es precisamente el del interés del menor. (HERNÁNDEZ, 2000).

Puede afirmarse que el interés del menor (valoración positiva de lo que le conviene) no coincide con toda situación o acto que deba considerarse (inicialmente) más ventajoso para el respecto de otros posibles, sino aquellos que, más allá de una valoración comparativa con otras opciones más o menos buenas, comporten un razonable beneficio para el menor y sus principales centros de interés actuales o futuros, desde un punto de vista objetivo (por referencia a la realidad jurídica y social de aquel)⁶.

El dar una amplia participación al menor en la determinación de cuál sea su propio interés no quiere decir que se decline o delegue en él la toma de decisiones. Cabe pensar en no pocas objeciones a ello, no solo porque muchas veces no reúne los mínimos intelectuales y volitivos para optar en una disyuntiva y decidir consciente y libremente, o por falta de experiencia de vida (particularmente importante en estas situaciones vivenciales, donde no todo es inteligencia y voluntad), sino, sobre todo, en los casos en los que los menores se ven implicados en conflictos con personas muy próximas: son muy vulnerables a presiones de los adultos para decidir en favor de alguno de estos; corren el riesgo de sentirse luego culpables del resultado de su opción, y de sufrir la enemistad de aquel contra quien han decidido⁷.

5 Ibídem, p. 4.

6 Ibídem, p. 97.

7 Ibídem, p. 179.

Refiriéndose a la jurisprudencia española, Rivero refiere que los Tribunales suelen ser "poco explícitos en su argumentación acerca de cómo actúa el interés de los hijos menores, interés, por cierto, que es hoy el único criterio legal rector de la asignación de la guarda de los hijos tras la crisis matrimonial. A la hora de concretarlo y decidir al respecto, los Tribunales se han fijado especialmente en variadas circunstancias: así, unas veces han tomado en consideración la convivencia anterior de los hijos con el progenitor al que se confía la guarda, el entorno socioeconómico y cultural que rodea al hijo e influye en su afectividad y relaciones habituales, o la mejor aptitud de la madre al cuidado del hijo.

Para Rivero, el juez al momento de aplicar el interés superior del menor deberá tener en cuenta que: a) no debe regirse tanto por sus convicciones personales (ideológicas, sociales, jurídicas, etc.) cuanto por criterios de valoración generales y bien asentados en la sociedad, en el lugar y momento en que se demanda su decisión; b) la decisión a tomar tiene una fuerte carga humana y meta-jurídica, que desborda holgadamente ciertas perspectivas legalistas, formalistas, de los derechos fundamentales; c) el criterio y valoración judicial de los datos de que disponga y del interés del menor son discrecionales, mas ello no quiere decir que el juez pueda manejar de cualquier forma la autonomía o arbitrio que la ley le concede. Es decir, se trata de una apreciación discrecional y razonable, no arbitraria⁸.

Como se puede advertir de lo anterior, el interés superior del niño no constituye una fórmula básica de motivación, no excusa al juzgador de realizar una detenida revisión del caso concreto, y de fundamentar sus decisiones, en virtud del deber contenido en el numeral 6) del artículo 50 del Código Procesal Civil. A nuestro juicio, este deber de motivación garantiza la protección especial que la Constitución Política del Estado ha previsto para el niño y adolescente. Por otra parte, el interés superior del niño actuará cuando estemos ante un conflicto no regulado, para legitimar decisiones específicas, no debería tener más que una función de apoyo cuando la fórmula de solución del conflicto ya está regulada y protege adecuadamente los intereses del niño y

8 Ibídem, pp. 239 a 241.

adolescente. Es lo que ocurre con el instituto de la tenencia.

3.5.- ALIENACIÓN PARENTAL

Dentro de dicho contexto, si bien el juez deberá intentar que la decisión que se adopte sea la más adecuada al desarrollo integral del niño, la niña o el adolescente, lo cierto es que no crecerá en una situación ideal. Es cierto que nada garantiza que la convivencia con ambos padres lleve a un desarrollo afectivo adecuado, pero al menos brinda a la persona en desarrollo, ambas figuras paternas. Se asume pues, que la separación de los padres afectará en mayor o menor medida a los hijos. De esta manera, los especialistas han identificado situaciones de riesgo para el desarrollo emocional del niño y que propician la aparición de alteraciones psicológicas en la infancia. Siguiendo a Fernández y Godoy (2005), algunas de estas situaciones son las siguientes:

- i) El niño hipermaduro, es decir, que aparenta una madurez superior a la de su misma edad, pero que esconde un sufrimiento en silencio por no atreverse a expresar sus sentimientos, ya que ve mal a sus padres y quiere hacer creer que no les afecta la separación para que estos no se preocupen;
- ii) El niño espía, cuando se bombardea a los hijos con preguntas sobre el otro progenitor, sobre qué han hecho con ellos, con quién han estado, que pueden determinar que los hijos entren en un conflicto de lealtad;
- iii) Conflicto de lealtad, que se produce cuando el niño sabe que si contesta desagrada a uno de sus padres y no contesta puede ser causa de un enfrentamiento entre ellos, y como no quiere desagradar a ninguno de los dos, se crea la situación de conflicto;
- iv) El niño dividido, es decir, cuando se intenta negar la existencia del otro progenitor, el niño aprende que ciertos temas son tabú, ni siquiera se atreven a llevar un juguete a casa que les haya regalado el otro progenitor, lo que lleva a algunos menores a llevar una doble vida;

- v) El niño mensajero, cuando se utiliza al menor para transmitirse mensajes de uno a otro;
- vi) El niño colchón, cuando el niño amortigua el conflicto entre sus padres, pues estos descargan sobre el hijo la rabia ante las actuaciones malintencionadas del ex, soportando descalificaciones y desvalorarizaciones de uno contra el otro, sin delatarles en ningún momento;
- vii) El niño confidente, que es utilizado como confidente del conflicto de pareja por uno de sus padres, lo que genera que el niño se sienta culpable y traidor ante el otro progenitor porque tiene una información que les afecta y que oculta, al mismo tiempo que sufren en silencio una angustia por una posible ruptura, lo cual puede dañar la estabilidad psicológica del niño;
- viii) El niño víctima del sacrificio de su madre/ padre, cuando la madre o el padre dice frases como "lo he sacrificado todo por ti" el niño crece sintiendo que es un Síndrome de Alienación Parental (SAP) en procesos de separación, carga y piensa que su madre o padre lamenta su existencia por el tono de reproche que capta en sus palabras;
- ix) El niño bajo el síndrome de alienación parental, proceso que consiste en programar a un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación, el hijo da entonces su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienador;
- x) El síndrome de la madre maliciosa, se refiere a la figura materna; la madre intenta injustificadamente castigar a su exmarido (indisponiendo al niño

contra el progenitor, implicando a otras personas en sus actos maliciosos o manteniendo litigios judiciales durante años), interfiere en el régimen de visitas y en el acceso del padre a los hijos;

- xi) El efecto bumerán, se produce cuando el desprestigio y la desvalorización vertida sobre uno de los progenitores y que en su momento propició una alianza con el propulsor de esta campaña, se vuelve en contra de este.

Como se puede apreciar, el comportamiento de los padres, en una situación de crisis, y de posterior ruptura, no necesariamente se caracteriza por la lealtad con el otro. Para el derecho, son al menos dos los escenarios relevantes en los que podremos encontrar las situaciones de riesgo que hemos glosado:⁹

- i) En primer lugar, tenemos los procesos en los que se discute la tenencia, y en que, ya sea porque corresponde a la realidad o por estrategia, la posición de cada padre no solo se sustenta en la propia idoneidad para hacerse cargo de la crianza del hijo, sino en la nocividad de la conducta de la contraparte. Lamentablemente, no se trata solo de una impresión. Vemos esto con mucha frecuencia en los juzgados de familia.
- ii) En segundo lugar, tenemos los casos de violencia familiar. La violencia puede ser física o psicológica, pero en el caso de la segunda, se requerirá el concurso de especialistas para determinar que se trata de casos en los que efectivamente hay violencia, y no casos en los que hay **percepción de violencia**, como consecuencia de la victimización del padre o de la madre.

9 ROS. Elia: DOMINGO. Arantza y BELTRÁN, Olga. *Síndrome de Alienación Parental (SAP) en procesos de separación*. Universitat Jaume -1, Jomades de Foment de la Investigació. Versión digital, recuperado el 17 de enero de 2014, pp. 3-6. En: <<http://www.uji.es/bin/publicacions/jfil%201/3.pdf>>.

En el presente caso, nos encontramos precisamente ante los dos escenarios. Como ya se ha señalado, estando en trámite la discusión de la tenencia, el padre presenta demanda de violencia familiar contra la madre, afirmando que esta ha maltratado a su hija. De esta manera, la conducta de la madre, respecto de la niña y, por tanto, su idoneidad para la tenencia, se lleva al conocimiento de otro juez. Y luego toda esta discusión se lleva al juez constitucional, con lo que un tercer juez deberá ver la litis. A esto nos referiremos en las siguientes líneas.

Viéndolo con ojos jurídicos, el síndrome de alienación parental está siendo considerado como un elemento a tomar en cuenta, en procesos de tenencia, variación de tenencia y régimen de visitas, tal como lo vemos en la Casación N° 2067-2010, cuando se probó que el padre venía ejerciendo influencia negativa en los hijos, indisponiéndolos con la figura materna, al punto tal que los menores llegaron a faltarle el respeto a la madre, y, por ello, se varió la tenencia, pasando del padre a favor de la madre.

El Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC) también se ha pronunciado sobre este tema, a propósito de un agravio constitucional, que fue amparado al comprobarse que en un caso determinado hubo alienación por parte del padre. Este impedía a sus hijos todo contacto con la madre, a quien los hijos llegaron a odiar. En esa circunstancia, vieron que lo más recomendable y beneficioso a los intereses de los hijos es que estos vivan con la madre y no con el padre (AGUILAR LLANOS, 2013).

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 7.1. Contempla que el niño, en la medida de lo posible, tendrá derecho desde que nace a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. De la misma manera, según el artículo 9.3 los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener

relaciones personales y contacto directo con sus progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño¹⁰.

3.6.- SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Como representación del poder político que es, el Poder Judicial es el encargado no solo de decir derecho, sino también de hacerlo cumplir, incluso valiéndose de la fuerza. Los jueces ordinarios son los que deberían tener en sus manos, la búsqueda de la paz social, pero dicho cometido requiere de ciertas condiciones que, dicho sea de paso, no se cumplen en nuestro país, y que se muestran en el presente caso. Como decía Teilhard de Chardin, el juez debe estar en condiciones de ver solo el fenómeno, lo que en palabras de abogados se puede traducir como **principio de congruencia**, pero también debe estar en posibilidad de ver todo el fenómeno. Y aquí es donde comienza buena parte de los problemas del Poder Judicial.

Ver todo el fenómeno supone que el juez pueda ver todo el conflicto, que pueda estar al tanto de todas sus aristas. Pero pensemos en la costumbre perversa de la mayoría de nuestros-abogados, de llevar un mismo conflicto, con distinto ropaje jurídico, a diversos órganos jurisdiccionales. Si nos demandan por cumplimiento de contrato, yo demando nulidad de acto jurídico: si me demandan reivindicación, yo demando prescripción adquisitiva de dominio; si me demandan alimentos, yo demando la variación de la tenencia, y casi con seguridad me demandarán por violencia familiar. No se trata de casos hipotéticos, buena parte de la carga procesal de nuestros tribunales se explica por esta conducta, que llega a extremos como falsear los domicilios de los demandados (o señalar que se desconocen, para que se notifique por edictos, sabiéndose que los diarios no siempre se leen, o casi nunca) o demandar en ciudades apartadas. Tampoco es inusual que una misma persona plantee la misma pretensión a través de diferentes vías: es una práctica común en materia pensionaria, que se promueve al mismo tiempo como demanda de amparo y como demanda contencioso-administrativa. Es claro que esta conducta afecta sobremanera la labor judicial. El juez

10 "Informe Especial. El síndrome de alienación parental es determinante para fijar la tenencia". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Tomo 6, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2013, p. 47.

no tiene, muchas veces, forma de saber si lo que sentencia se llegará a ejecutar o no, y por lo general se enterará de los otros procesos en que se discute el mismo conflicto, durante el trámite del proceso.

Además, tenemos la interferencia en los procesos judiciales. Siempre se dice que los procesos constitucionales, siendo de urgencia, son también excepcionales, pero en la práctica no ocurre eso. Casi cualquier abogado tiene como as bajo la manga, el proceso de amparo o hábeas Corpus contra resolución judicial, en caso le vaya mal en el proceso ordinario. A este respecto, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional establece que se requiere afectación a la tutela procesal efectiva, pero los jueces constitucionales y, en particular, el Tribunal Constitucional, son tan flexibles, tan **garantistas**, que incentivan esta conducta. De esta manera, lo regular en nuestro país es que la casación no es el punto final del conflicto, esta función la cumplen hoy, el proceso de amparo o el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

Decimos interferencia, porque el Tribunal Constitucional asume la jurisdicción ordinaria con relativa frecuencia. Y no es la primera vez que pedimos que el propio Tribunal se inhiba en estos casos. En el caso materia de comentario, podemos preguntarnos en forma legítima, por qué el padre, al momento de contestar la demanda de tenencia, no informó de los hechos de violencia, ¿por qué eligió ir a otro juez? Una segunda pregunta es si era necesario recurrir a un tercer proceso (el hábeas corpus) para proteger el desarrollo de la niña. Si pensamos que es preferible que todo el conflicto se concentre en un solo proceso, con mayor razón lo exigiremos en el caso de un niño, niña o adolescente, lo peor que se puede hacer por ellos, es someterlos a una multiplicidad de procesos, lo peor que le puede pasar es que sus padres no dejen de pelear. Y cuando hay alienación parental la situación se agrava, cuando no se sabe si el agresor es real o imaginario, ¿en interés superior de quién se resuelve? (TORRES CARRASCO, 2014)

CAPITULO IV

EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

4.1.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Como hemos visto es acogido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de la cual el Estado Peruano es parte. En tal sentido, si bien nuestra Constitución no reconoce el principio del interés superior del niño de manera expresa; sí reconoce en su artículo 4 que el Estado protege al niño, niña y adolescente; así como a la familia. Adicionalmente, a ello reconoce en su artículo 2 y 3 (mediante la cláusula abierta de derechos) los diversos derechos fundamentales que también coinciden con los derechos humanos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, de acuerdo al artículo 55 de nuestra Constitución, los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional, por lo que la Convención sobre los Derechos del Niño, al ser un tratado adoptado por el Estado peruano, forma parte de nuestro derecho interno. Es por ello, y en virtud de la cuarta disposición final y transitoria de nuestra Carta Magna, que señala que los derechos y libertades proclamadas en la Constitución se deberán interpretar a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte, que podemos interpretar que el interés superior del niño no solo es un principio internacional, sino también consagrado a nivel interno.

En tal sentido, ha sido recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes del 2000, el cual señala que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

Ahora bien, al igual que en el ámbito internacional es necesario que las autoridades analicen el interés superior del niño en el caso concreto y de esa manera se pueda comprender cabalmente su contenido. En razón de ello comentaremos dos pronunciamientos del Tribunal

Constitucional concernientes a los derechos de los niños y cómo han interpretado los magistrados el interés superior del niño en función a sus derechos.

4.2.- LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN NUESTRO DERECHO.

Nuestro Estado haciendo eco a la voluntad establecida en la Convención Nacional de los Derechos del Niño ha venido dictando una serie de medidas legislativas destinadas a garantizar que los derechos del niño no se vean vulnerados por el actuar (negligente) de los adultos o por el retardo procesal de la justicia. En este sentido, se han dictado diversas disposiciones normativas sustantivas y procesales que tienden a hacer efectivo de manera plena los derechos e interés del niño, aun en contraposición con normas de carácter procesal que garantizan otros derechos de diferente naturaleza.

En efecto, conforme al artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, constituye una obligación por parte del Estado peruano -firmante de la Convención sobre los Derechos del Niño- que el derecho del niño a que su interés sea superior, se constituya en una consideración primordial adoptando todas las medidas necesarias, entre ellas las de carácter legislativo y judicial, para hacer plenamente efectivo este derecho; para ello tendrá que crear y en su caso modificar normas existentes y otras fuentes del derecho para que se cumpla con el principio del interés superior del niño.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. (...).

Señala el Tribunal Constitucional que: "Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos. De allí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH),

partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la "protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos" (Exp. N° 01817- 2009-HC/TC, de fecha 07/10/2009, fundamento 5).

Así tenemos en primer término que el Artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece que: "en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos".

Por su parte, la Ley N° 29803, publicada en el diario oficial *EL Peruano* con fecha 6 de noviembre de 2011, modificó el artículo 675 del Código Procesal Civil, facultando a los jueces otorgar una asignación anticipada de alimentos de oficio para los hijos menores de edad con indubitable vínculo familiar con el demandado; es decir, sin que la parte demandante lo haya solicitado previamente. Con dicha modificación el artículo 675 del Código Procesal Civil establece lo siguiente: "En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es requerida por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores con indubitable relación familiar o por los hijos mayores de edad de acuerdo con lo previsto en los artículos 424, 473 y 483 del Código Civil. En los casos de hijos menores co-indubitable relación familiar, el juez deberá otorgar medida de asignada r anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda.

En este caso el juez suple de oficio la deficiencia o falta de previsibilidad incurrida por el representante legal del menor de solicitar la **medida de asignación anticipada** de alimentos. No cabe duda que en este caso es el interés superior del niño el que prevalece y se sobrepone sobre la voluntad de las partes, supliendo la omisión o falta de previsibilidad del demandante quien reclama alimentos para el menor. Así, el principio de

congruencia procesal cede ante un derecho universalmente reconocido y aceptado, que impone a las autoridades jurisdiccionales que al momento de resolver una situación donde esté involucrado un niño o adolescente lo hagan teniendo en consideración la protección integral de sus derechos elementales, como los alimentos, la salud física y mental, educación y todo lo relacionado con su sano desarrollo.

En esta misma línea, teniendo en cuenta el objetivo del interés superior del niño -que es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención y el desarrollo holístico del niño- es que el Poder Legislativo ha dictado también la Ley N° 29834, publicada el 2 de febrero de 2012, que modifica el artículo 370 del Código Procesal Civil, facultando al juez superior para que pueda modificar la resolución impugnada aun en perjuicio del apelante único cuando la otra parte (que no ha impugnado) es un menor de edad. Es decir, resulta legalmente válida la aplicación de la *reformatio in peius* cuando la otra parte (que no ha impugnado) es un menor de edad.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la modificación antes referida, por cuanto resulta indudable que el menor de edad -en cualquier tipo de proceso- es la parte más débil de la relación procesal; si bien es verdad, que el menor (niño o adolescente) siempre está representado legalmente por un adulto, como por ejemplo en materia de alimentos es la madre la que normalmente solicita los alimentos para el menor; sin embargo, ello no garantiza necesariamente que el menor reciba el derecho que realmente le corresponde. Pues, si se trata de garantizar de modo efectivo los derechos de los niños, consideramos que una doble garantía para que el derecho reclamado sea el que corresponde y conviene al menor, es la revisión del juez superior respecto de lo resuelto aunque el tutor no haya impugnado ya sea por descuido o por ignorancia.

Es decir, que la decisión del juez de primera instancia respecto del derecho reclamado por el menor, no solo pasa por la aceptación y conformidad del padre o madre o representante legal del menor, sino además por la aceptación del juez superior.

En este sentido, observamos que la exposición de motivos de la citada Ley N° 29834 que modificó el artículo 370 del Código Procesal Civil, se hace la siguiente pregunta:

¿Pero qué pasa si la resolución es adversa a los intereses de un menor de edad y sus padres y /o tutores que lo representan en el proceso judicial, no apelan ni se adhieren? Uno de los fundamentos principales de la exposición de motivos fue el siguiente: "para evitar que un menor de edad arrastre una resolución que a todas luces le genera perjuicio, a través de este proyecto de ley planteamos la modificación del artículo 370 del Código Procesal Civil, que tiene como único objetivo tutelar los derechos de los menores de edad, quienes al ser representados en un proceso judicial ya sea por sus padres o tutores, estos, por desconocimiento o negligencia no ejercen el derecho de la doble instancia, consintiendo una resolución adversa, quedando en un mayor grado de desprotección por los mecanismo procesales existentes"¹¹.

En efecto, estamos de acuerdo que la presencia de los padres o representantes legales de los menores en un proceso judicial no garantiza de manera plena y efectiva los derechos del niño y del adolescente objeto de discusión, por ello se hace necesario que el juez superior pueda suplir el desconocimiento o negligencia en que pudieran incurrir los padres o tutores del menor de no ejercer el derecho de la doble instancia. Resulta válido que se faculte al juez superior para que de oficio pueda revisar la resolución de primera instancia en donde se ha discutido y resuelto respecto del derecho de un menor, aunque dicho extremo no haya sido objeto del recurso impugnatorio, ello con la finalidad de que el derecho del niño o adolescente no se vea restringido ni disminuido por una falta de acción por parte de los representantes o tutores del menor. En este sentido el profesor Alex Plácido ha señalado que: 'Es de particular importancia referirse al supuesto de la apelación interpuesta solo por el demandado. De ordinario se comprueba que por diversos motivos la parte que representa los derechos del niño o adolescente no interpone recurso de apelación, consintiendo con lo resuelto en primera instancia. Sin embargo, el órgano jurisdiccional superior no puede desconsiderar el mandato constitucional de protección especial de los niños y adolescentes que lo obliga a actuar conforme al interés superior del niño. De acuerdo con ello, debe revisar el expediente a fin de comprobar que efectivamente la pensión de alimentos fijada

11 Proyecto de Ley N° 175/2011-CM, proyecto suscrito por la Congresista Luisa María Cuculiza Torre. Disponible en: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/ ContdocOI 2011](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/ContdocOI_2011)>. Tomada de la web el 4 de marzo de 2014.

responde a la edad y sexo del alimentista y a las condiciones de vida de la familia; además de apreciar el estado de necesidad y la capacidad económica del obligado. Si de la revisión comprueba que la pensión establecida es menor respecto de las necesidades del alimentista y que la capacidad económica del obligado es mayor, debe revocar la apelada y reformarla para incrementar el monto señalado en primera instancia”.

También el Tribunal Constitucional ha señalado que: “El hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social se vean supeditados a la voluntad de tales personas adultas” (Exp. N° 02132-2008-AA/TC de fecha 09/05/2011, fundamento 11). Es el Estado quien está en la obligación garantizar a través de los mecanismos idóneos -legislativos y judiciales- el disfrute pleno y efectivos de todos los derechos del niño.

La primacía del principio del interés superior de niño sobre los principios procesales de non reformatio in peius y tantum devolutum, quantum appellatum

Precedentemente hemos establecido que conforme a la doctrina y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la prohibición de la reformatio in peius, llamada también reforma peyorativa, es una garantía constitucional de carácter procesal que tiene una doble protección, esto es garantizar el derecho de defensa y permitir un acceso efectivo a los recursos procesales.

Asimismo, hemos establecido que los poderes de instancia de alzada se encuentran limitados por el contenido del recurso impugnatorio, dado que el alcance de la impugnación de la resolución recurrida determinará los poderes del órgano ad quem; y que el Colegiado Superior solo deberá resolver en función a los agravios, errores de hecho y derecho que haya expuesto el recurrente en su escrito de apelación, de tal modo que el agravio u ofensa fija el thema decidendum -la pretensión- de la Sala de revisión; esto es lo que se conoce como el principio tantum devolutum, quantum appellatum.

En efecto, conforme al artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, constituye una obligación por parte del Estado peruano -firmante de la Convención

sobre los Derechos del Niño- que el derecho del niño a que su interés sea superior, se constituya en una consideración primordial adoptando todas las medidas necesarias, entre ellas las de carácter legislativo y judicial, para hacer plenamente efectivo este derecho; para ello tendrá que crear y en su caso modificar normas existentes y otras fuentes del derecho para que se cumpla con el principio del interés superior del niño.

En principio debemos tener en consideración que la aplicación de los citados principios procesales, prohibición de la reformado in peius y tantum devolutum, quantum appellatum, resultan de suma importancia en los procesos judiciales para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes; son principios que no deben dejar de observarse por los jueces.

Sin embargo, si bien dichos principios procesales son esenciales para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes, dichos principios deben ser aplicados teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño; ello por cuanto, dicho principio debe ser considerado como una "consideración primordial", esto significa que el interés superior del niño no puede estar en el mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición -hemos dicho- se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz); pues los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses. Es decir, un niño y un adulto no se encuentran en igualdad de armas dentro de un proceso judicial, el niño siempre se encuentra en desventaja, por ello no puede aplicarse con la misma firmeza los principios non reformado in peius y tantum devolutum, quantum appellatum cuando en un proceso judicial una de las partes es un menor de edad, puesto que, se corre el riesgo de que los derechos de los niños se vean limitados o restringidos

Por ello, ha hecho muy bien la Ley N° 29834 en modificar el artículo 370 del Código Procesal Civil permitiendo al juez superior modificar la resolución impugnada aun en perjuicio del adulto impugnante, y ello será así cuando el juez superior advierta que con la decisión de juez de primera instancia se ha vulnerado el derecho del menor o que el derecho no ha sido otorgado al menor en su justa dimensión. Es decir, que el principio del interés superior del niño se impone y prevalece frente a los principios *non*

reformatio inpeius y *tantum devolutum, quantum apella- tum*. De lo cual se concluye que la directriz fundamental es la prioridad del interés del menor sobre cualquier otro interés, ello por cuanto dicho interés es superior a los intereses de los demás.

En este sentido, resulta importante destacar lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída Exp. N° 02132-2008-AA/TC de fecha 09/05/20, fundamento 10, quien señaló que: "De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel **valor especial y superior** según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, **tienen fuerza normativa superior** no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales".

Así, se ha señalado que ante cualquier caso de conflictos de derecho de igual rango, deberá dar prioridad al derecho sobre la base del interés superior del niño, que prime sobre cualquier otro interés. Así, ni el interés de los padres, ni de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios con relación a los derechos de los infantes; por lo tanto, un derecho de un menor no puede estar sujeto al interés particular que tenga al respecto el padre o quienes ejercen la representación de menores¹². Es por ello que ante cualquier conflicto de intereses del igual rango, el interés moral y material del niño y adolescente debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia.

Resulta importante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Sala Civil Transitoria en la Casación N° 756-2005-Puno, de fecha 13 de marzo de 2006, mucho antes que se promulgase la Ley N° 29834 que modificó el artículo 370 del Código Procesal Civil, dio prevalencia al principio del interés superior del niño sobre el principio de *non reformatio inpeius*. Es decir, que consideró que el principio del interés superior del niño prevalecía y se imponía frente principio de la no reforma

12 RAMÍREZ SÁNCHEZ. Félix Enrique. "El Principio del Interés Superior del Menor como eje interpretativo en la justicia civil: el cambio de nombre no está sujeto al interés de los padres". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 150, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2011, p. 149.

peyorativa que quedaba relegado. El caso era que la sentencia de primera instancia había declarado fundada en parte la demanda de violencia familiar solo con respecto a Lelia Isabel Alvarado Montenegro e infundada la demanda con respecto a los actos de violencia en agravio de los menores hijos (de esta y del denunciado por violencia familiar). El único apelante de la sentencia de primera instancia fue el demandado Arturo Huamán Arias, pues ni el Ministerio Público ni la agraviada Lelia Isabel Alvarado Montenegro interpusieron recurso de apelación. Mediante sentencia de segunda instancia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno revoca en parte la sentencia de primera instancia declarando fundada la demanda en lo concerniente a los actos de violencia familiar en agravio de los menores Arturo y Waldo Huamán Alvarado. Es decir que la Sala Superior modificó la sentencia de primera instancia en perjuicio del apelante único que en este caso era el demandado Arturo Huamán Arias, contraviniendo así el artículo 370 del Código Procesal Civil que regula el principio de *non reformatio in peius*, precisamente este fue el argumento del demandado en su Recurso de Casación. Sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el Recurso de Casación por considerar que: "Si bien es cierto el artículo 370 del Código Procesal Civil consagra el principio de la *reformatio in peius* o de prohibición de la reforma en peor (...) **no es menos cierto que existen normas sustantivas que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal.** Tal es el caso del artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone que: (...). En consecuencia, estando a que es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, estableciendo medidas cautelares y resarcimiento de los daños y perjuicios causados por ella y al haberse determinado según las evaluaciones psicológicas obrantes a fojas diez, once que los menores sufren de maltrato emocional, bien ha hecho la Sala Superior en fijar medidas de protección a favor de los menores. Estando a lo expuesto precedentemente se llega a la conclusión que la denuncia por la citada causal deviene en infundada".

En consecuencia, el principio del interés superior del niño al constituir una consideración primordial, sobre otras consideraciones, que permite garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos, se impone y es superior al principio *non reformatio in penis* y a cualquier otro principio procesal.

4.3.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A VIVIR EN UNA FAMILIA.

La Sentencia del Tribunal Constitucional STC-2165-2002-HC/TC del 14 de octubre de 2002, versa sobre un proceso de habeas corpus, interpuesto por Lady Rodríguez Panduro, contra el Ministerio de la Mujer y del Desarrollo Humano, para que le sea entregada la niña de 3 años de edad, que había criado como hija, y en ese momento se encontraba en un albergue infantil. La demandante había recibido a la niña a pocos días de nacida por su madre biológica, quien se la entregó para que la crie como a su hija.

En tal sentido, la demandante registró a la niña como tal. Dos años después, la madre biológica denunció a la demandante por rapto y le reclamó la entrega de la niña. No obstante, la madre biológica logró su cometido y le entregaron a su hija, tanto la madre como el padre biológico no cumplieron con sus obligaciones como padres de la niña, siendo que terminaron declarando a la niña en estado de abandono, internándola en un albergue infantil. Ante estos hechos, es que doña Lady Rodríguez interpuso el habeas corpus, y el Tribunal resolvió a su favor, en tanto se ponderó el derecho a la niña a vivir en una familia acorde al interés superior del niño.

Alex Plácido señala, respecto a este caso, Aquí, el “interés superior del niño” ha actuado como un “interés autónomo”, como el único relevante en este contexto social y normativo, de forma que debe sobreponerse a cualquier otro. Se aprecia que existe un conflicto de intereses y valorando cada uno de ellos en el respectivo contexto, se ha decidido a favor del “interés superior del niño”¹³ de las alternativas y opciones posibles en el ejercicio del derecho cuestionado (la continuación del internamiento en un albergue de menores o la entrega de la niña a la demandante, quien ha actuado en todo momento como una madre para la menor), se ha determinado dónde está el mejor beneficio o interés del menor en la situación de referencia. Opciones e interés

¹³ Cabe acotar que parece desprenderse de la cita del autor que el interés superior del niño prevalece como interés autónomo, sin embargo este no tiene un contenido específico, al contrario debe ser dotado de contenido conforme al caso en concreto. Consideramos que en este caso, el interés superior del niño era representado porque la niña satisficiera derechos tales como el vivir en una familia (la demandante tenía una maternidad social), la integridad psicológica, el derecho a un desarrollo integral, entre otros

contemplados desde la perspectiva del niño, como sujeto de derecho que vive su problema en un lugar y momento determinados. (Plácido 2006:45).

En este caso hemos podido apreciar cómo el interés superior del niño, traducido en lo que mejor le conviene a la niña para su desarrollo integral, pesa para analizar el derecho de esta a vivir en una familia, que si bien no era su madre biológica, era la única madre a la que había conocido, en tanto la demandante la crió desde su nacimiento. El derecho a vivir en una familia, implica el derecho de la niña a no ser separada de sus padres (consagrado en el artículo 9 de la Convención), salvo que la convivencia con ellos conlleve a alguna afectación a los derechos de la hija, y sean contrarios a su interés superior. En este caso, se puede apreciar porque la niña es internada en un albergue infantil, en tanto los padres biológicos no le daban los cuidados adecuados y ello afectaba sus derechos. En virtud de ello, la medida más favorable para la niña era vivir con la persona que le propino los cuidados necesarios desde nacida y a la que ella identificaba como madre.

4.4.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.

El principio del interés superior del niño, como hemos analizado en los apartados anteriores, es un principio guía que rige el ordenamiento nacional en todo lo que concierne a niños, niñas y adolescentes. Ello en virtud de que es un principio consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado ratificado por nuestro país, y que forma parte del Derecho nacional; y es un principio el cual debe coadyuvar a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. En tanto en el Estado Constitucional, prima el sometimiento de la administración pública, poderes y sociedad a la Constitución con sus derechos y principios; el interés superior del niño, cumple un rol fundamental, al ser un criterio primordial a considerar ante cualquier acto que involucre a niños y niñas.

No obstante, cabe recalcar que si bien se menciona al interés del niño como “superior”, se debe tener cautela con este superlativo, ya que en un Estado Constitucional, no existen valores absolutos que primen sobre otros; sino que siempre cabe la ponderación y la evaluación en el caso concreto para que se resguarden los derechos de los involucrados.

Si bien es cierto, los niños y niñas conforman una población vulnerable a la que hay que prestar cuidados especiales, esto no debe ser óbice para que se aplique el interés superior del niño, arbitrariamente en desmedro de otros derechos de los demás sujetos.

Plácido señala, Se han hecho algunas críticas concerniendo la utilización de este superlativo, infiriendo que “el interés superior” (the best interests) significaba que en cualquier circunstancia, el interés del niño debía primar sobre cualquier otro interés; de esta manera, se haría del niño un ser de excepción que, desde el momento en que se encontrara en interferencia con otras personas no niños u otros cuerpos sociales, tendría forzosamente siempre razón. No se puede apoyar esta posición ya que si se pone otra vez en relación el artículo 3, primer párrafo, con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ejemplo, se comprende bien que el niño no es una persona individualizada al extremo, sino que permanece como una persona miembro de su familia y miembro de la comunidad. (Plácido 2006: 33-34)

Finalmente, como hemos recalcado, este principio se debe dotar de contenido- como puede constar en la argumentación de las sentencias de la CIDH, como en otros pronunciamientos internacionales y nacionales analizando los elementos del caso concreto, las características y particularidades de los niños y niñas involucrados y el contexto al cual pertenecen, para verificar si se está cumpliendo con el principio del interés superior del niño, y en caso de conflicto entre derechos del propio niño/a o con terceros, ponderar atendiendo a lo que mejor favorezca al desarrollo integral del niño/a y justificando razonadamente el porqué de tal ponderación. Solo así se podrá superar las críticas de quienes señalan que por la vaguedad del principio del interés superior del niño en la normativa, se genera un ejercicio discrecional arbitrario por parte de las autoridades.

4.6.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO EN EL SISTEMA FILIATORIO:

El derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la identidad.

Mediante este apartado analizaremos dos de los derechos fundamentales que resultan relevantes en el sistema filiatorio peruano, cuál es su naturaleza y cómo pueden resultar afectados por normas de derecho de familia que no atienden el mandato constitucional de protección. El primero de ellos, es de suma relevancia en el Estado constitucional, en tanto sostenemos que este principio y derecho constitucional es transversal a toda la regulación legislativa, en especial en cuanto a la regulación de las relaciones familiares, como la filiación. Asimismo, será fundamental para nuestro análisis posterior, haber desarrollado el mandato de no discriminación, en tanto sobre él nos amparamos al analizar que la regulación específica sobre impugnación de la paternidad matrimonial es discriminatoria por razón de género. Por otro lado, desarrollaremos el derecho a la identidad, sus implicancias y la relevancia de atender primordialmente a este ante la creación de legislación sobre filiación, así como al aplicar la normativa en casos concretos.

En primer lugar, cabe hacer la distinción entre derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales. Mientras que los derechos humanos se refieren a los derechos de las personas reconocidos a nivel internacional mediante declaraciones y pactos internacionales sobre la materia; los derechos fundamentales aluden a estos mismos derechos pero que han sido positivizados en el ordenamiento interno, generalmente en su Constitución, y que gozan de una tutela reforzada. Por su parte, los derechos constitucionales, son aquellos derechos que han sido reconocidos por la norma suprema, la Constitución (Rubio 2010:18-19).

Para Marcial Rubio, los derechos fundamentales “son el conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. Son, así, los derechos humanos positivizados en la Constitución” (Ídem: 19). El Tribunal Constitucional, ha sostenido al respecto, en la STC 1042-2002-AA/TC, que los derechos fundamentales “constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico

objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica.”¹⁴ Esto implica que el sistema jurídico se basa sobre los derechos fundamentales y se guía por ellos, sin importar que los particulares los exijan, pues son normas comunes e imperativas para todos (Ídem: 20). En tal sentido, no solo tendrán una dimensión subjetiva en tantos derechos de particulares, sino también objetiva, como guía y base del ordenamiento.

Cabe acotar que los derechos no deben ser entendidos como catálogos cerrados, puesto que estos pueden variar en el tiempo, de acuerdo con el momento histórico, pero siguen partiendo de las exigencias de dignidad, igualdad y libertad (ídem: 21). En tal sentido, el artículo 3 de nuestra Constitución dispone una cláusula abierta de derechos, ya que establece que la enumeración de los derechos expuestos en el primer capítulo, no excluye los demás derechos que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno.

¹⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL emitida el 6 de diciembre de 2002 en el Exp-1042-2002- AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por don Miguel Cabrera León contra la Municipalidad Distrital del Rímac. Fundamento 2.2.

CAPITULO V

LA FAMILIA

5.1.- CONCEPTO DE FAMILIA.

(ARIAS SCHEREIBER- PEZET, 2002)

La Familia nace espontáneamente del propio desarrollo de la vida humana, por ser una institución tan próxima a la naturaleza según la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU. La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

La Familia es la Categoría histórica más importante y la más primitiva Comunidad Humana Organizada. Es la Comunidad Natural de padres e hijos, cédula de la sociedad y forma principal de vida social.

A.- Familia en sentido amplio

En el sentido más amplio (familia con parentesco), es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones que da lugar son las reguladas por el Derecho de Familia; sin perjuicio.

B.- Familia en sentido restringido (familia nuclear).

En el sentido' más restringido, la familia comprende, sólo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. Este expresado sentido de la familia asume mayor Importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección; aunque sea la más aludida en la legislación.

C.- Familia en sentido intermedio (familia compuesta).

En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este expresado sentido de familia sólo tiene importancia social, por ello la legislación no la toma en cuenta.

5.2.- PRINCIPIOS DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR.

1. Es la unión natural de hombre y la mujer
2. Es la Unión basada en el amor.
3. Es la unión digna basada en el respeto mutuo.
4. Es la Unión libre por que el ser humano dispone de la vida para ese fin.

5.3.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA

Desde la óptica de la sociología, la familia es, sin duda alguna, una institución social, pues las relaciones determinadas por la relación intersexual, la procreación y el parentesco se constituyen en un sistema integrado, en una estructura social, como base en pautas estables de la sociedad.

La función del Derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros-cónyuges, convivientes, hijos, parientes -deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cauce de las pautas socialmente institucionalizadas. Esto no significa que el Derecho debe regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar. Suele haber comportamientos basados en las costumbres, las tradiciones, que la ley no recoge y otros que deliberadamente quedan librados a la espontaneidad o a la conciencia, y que obedecen a concepciones fácticas o morales, e incluso religiosas de los miembros de la familia.

Así las cosas, carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia. No tiene asidero pretender que la familia constituye una persona jurídica, pues no existe norma de la que pueda derivarse que la familia, como tal, sea un centro de imputación de derechos y deberes. Tampoco la familia es un organismo jurídico en el cual se pueda advertir una interdependencia entre los individuos que la componen y

una dependencia a un interés superior, un poder familiar, que, a semejanza del poder estatal, trasciende en una estructura autoritaria.

Esta concepción, impregnada de contenido ideológico, ha servido y sirve a los sistemas políticos que mantienen una permanente injerencia en la vida interior de la familia y se hace de ésta un ámbito en que sus miembros -en particular, los padres- actúan como delegados del poder estatal. Igualmente, la consideración de la familia como institución es más de carácter sociológico que jurídico, por no encuadrar en el concepto de institución y más aún, no tener una definición única como tal.

5.3.- CARACTERES PECULIARES DEL DERECHO DE FAMILIA

El derecho de familia reviste caracteres peculiares que los diferencian de otras ramas del Derecho Civil. Son ellos, en especial:

- a) La influencia de las ideas morales y religiosas en la adopción de las soluciones legislativas referentes a los problemas que presentan, y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social, lo que hace que su regulación sea un problema de política legislativa.
- b) La circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes correlativos, lo que ha hecho que se los califique de derechos- deberes, o bien de poderes-funciones.
- c) El rango superior de las relaciones familiares puras u organizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas reguladoras de los efectos patrimoniales de dicha organización.
- d) La mayor restricción de la autonomía privada que en otras ramas del Derecho Civil, pues casi todas sus normas son imperativas. La imperatividad de las normas jurídicas del derecho de Familia está destinada a satisfacer el interés familiar. Al efecto, las leyes imperativas

establecen soluciones de aplicación inexorable, o bien prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas.

- e) La participación de órganos estatales en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio.

5.4.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA

Siguiendo la corriente contemporánea de introducir en las Constituciones nacionales normas referentes a la familia, en la Constitución Política del Perú se contemplan los principios que inspiran el sistema jurídico familiar peruano y que son aludidos en el artículo 233 del Código Civil, cuando establece que "la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú". Sobre esta materia, los especialistas reducen a dos categorías las normas constitucionales, a saber: normas programáticas y normas autónomas.

Las primeras son aquellas que proponen un postulado, requiriendo de una ley que lo desarrolle. Así, p. ej., el caso de la norma referida a las causas de separación y de disolución del matrimonio, contenida en el último párrafo del artículo 4 de la Constitución, que remite expresamente a una ley - el Código Civil- la regulación de las mismas. Las segundas son aquellas que pueden ser aplicadas inmediatamente, por no requerir un desarrollo legislativo. Así, p. ej., el caso del principio de igualdad de categorías de filiación (todos los hijos tienen iguales derechos y deberes junto a sus padres), establecido en el tercer párrafo del artículo 6 da la Constitución Política.

Las normas programáticas consisten en un desarrollo legislativo de acuerdo al criterio imperante en determinado momento y sustentará cualquier reforma legislativa, por no sugerir limitación o restricción ninguna en cuanto a la extensión del programa, que

queda a la apreciación del legislador. Este tipo de normas admiten su referencia en la interpretación para identificar los alcances de la disposición legal.

Las normas autónomas permiten un desarrollo legislativo dentro de su propio contenido, del cual no se puede apartar el legislador. Una reforma legislativa determinará la previa reforma constitucional en cuanto a la reforma autónoma que la propia Constitución contiene. Además, solo estas normas, que son de aplicación inmediata, autorizan interpretar el ordenamiento legal, sea prefiriéndolas, cuando la disposición legal-de menor jerarquía- se contraponga a ella; o sea integrándola, en caso de defecto o deficiencia legislativa.

5.5.- EL VÍNCULO JURÍDICO FAMILIAR Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.

Cuando se habla del vínculo jurídico familiar nos estamos refiriendo a la relación que existe entre dos personas, derivada de la unión matrimonial, de la unión de hecho, de la filiación, o del parentesco, y que existen de manera independiente y habitualmente recíproca, determinados derechos subjetivos familiares que constituyen el contenido de cada vínculo familiar, como: el derecho de alimentos, el derecho a demandar el divorcio, el derecho del marido a impugnar la paternidad; y que asumen la característica de derechos-deberes indisponibles a la autonomía privada de las personas comprendidas en estas relaciones.

En general, en los derechos subjetivos familiares tiene mayor trascendencia el aspecto personal sobre el patrimonial, sin negar que éste exista en ellos. Esta característica produce que el cumplimiento del contenido de cada vínculo jurídico familiar sea dependiente de la autonomía privada de las personas comprendidas en esas relaciones y que las consecuencias de su incumplimiento tengan connotaciones distintas al Derecho de Obligaciones. La importancia del ámbito personal ocasiona una especial consideración a la dignidad de la persona, de tal manera que la exigibilidad del cumplimiento de los derechos subjetivos familiares no puede colisionar con ella. En tal virtud, ese incumplimiento no se traducirá en procurar aquello que es debido, como

ocurre en sede del Derecho Obligacional; salvo en los casos con repercusión patrimonial, como ocurre con el derecho alimentario, p. ej. Por el contrario, el incumplimiento deberá ser apreciado en cuanto a la afectación de la dignidad de la persona y en ello radica el sustento de los casos de responsabilidad civil familiar contenidos en el Código Civil y es la base de las causales por las que se autoriza las restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos familiares, como los casos en que se extinguen los vínculos jurídicos familiares.

Atendiendo a la fuente de cada vínculo jurídico familiar se derivan los estados de familia. A toda persona le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas y por el que se le atribuye los derechos subjetivos familiares que cada uno de ellos originan. En tal sentido, el estado de familia es un atributo de la persona, que resulta inescindible de ella misma y, por tanto, inalienable, imprescriptible e irrenunciable.

5.6.- EL ROL DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO DE FAMILIA. (PLACIDO, 2003)

Establecido un vínculo jurídico familiar, inmediatamente surgen los derechos subjetivos familiares, con contenido personal y patrimonial; los que, al estar contemplados en la ley, son de naturaleza indisponible a la autonomía privada.

Que el contenido del vínculo jurídico familiar es indisponible a la autonomía privada significa que estando previsto en la ley todos los efectos que se derivan de cada estado de familia, la autonomía privada no puede modificar ni sustraer los efectos establecidos en el ordenamiento positivo.

Sin embargo, esto no importa que la autonomía privada no tenga otro rol trascendental en el Derecho de Familia que el de sólo crear actos jurídicos familiares como sostiene la doctrina clásica, por observar que la mayoría de sus normas son de orden público y que, por tal motivo, la autonomía privada está casi totalmente restringida en este campo del Derecho Civil; asumiendo, entonces, relevancia jurídica sólo al momento de la

creación de los actos jurídicos familiares, al haberse contemplado los efectos de éstos por el orden público familiar de manera indisponible.

No obstante, ello no significa que la autonomía privada no pueda regular el contenido del vínculo jurídico familiar; vale decir, determinar cómo se van a cumplir los derechos y deberes que derivan de cada estado de familia. Así, por ejemplo, el artículo 288° del Código Civil establece que los cónyuges se deben recíprocamente asistencia; cuestión que, en sentido material, se traduce en los alimentos. Empero, la ley no señala cómo se cumplirá este deber conyugal; de qué manera se atenderán las necesidades alimentarias de los cónyuges con los ingresos percibidos por ellos. Esto corresponde a la autonomía privada; lo que, de hecho, resulta imperceptible por ser una cuestión ordinaria, que es de todos los días.

Ese razonamiento no se ve perjudicado por el artículo 431° del Código Civil, según el cual los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos. Resulta evidente que esta norma no reconoce una facultad exclusiva y excluyente a favor del órgano jurisdiccional, como el único que puede regular los alimentos. Siendo así, se confirma que la autonomía privada está autorizada para regular convencionalmente los alimentos; funcionando, en forma supletoria, la regulación judicial.

Una revisión del sistema familiar peruano, nos demuestra que la autonomía privada cumple un doble rol en el derecho de familia: Primero, a nivel de la creación del vínculo jurídico familiar; segundo, y quizás lo más trascendental, a nivel del contenido de esa relación jurídica familiar, a través de la regulación de los derechos de cada estado de familia teniendo como límite para su actuación el orden público familiar.

Como se ha explicado, la participación del órgano jurisdiccional será supletoria de lo que la autonomía privada determine. Sin embargo", este no es el único papel que cumple el Juez en el campo familiar. Además, y lo que es más relevante, controlará que la actuación de la autonomía privada se realice dentro del orden público familiar.

Así, el Juez es el llamado a calificar que los convenios familiares respondan al interés familiar y, de comprobar lo contrario, resolverá lo que sea más conveniente para atender al interés protegido.

Resumiendo lo anotado, la autonomía privada en el Derecho de Familia cumple un rol, no sólo a nivel de la creación de las relaciones jurídicas familiares, sino y sobre todo a nivel de la regulación del contenido de cada una de ellas, dentro del orden público familiar; interviniendo, por lo general, el órgano jurisdiccional para suplir la imprevisión de la autonomía privada y, en última instancia, para controlar la legalidad de su actuación.

5.6.1.- La autonomía privada y los derechos indisponibles familiares.

El vínculo jurídico familiar es la relación que existe entre dos personas derivado de la unión matrimonial o extra matrimonial de la filiación o del parentesco, y en virtud del cual existen, de manera interdependiente y actualmente recíproca, determinadas facultades otorgadas para el cumplimiento de deberes, como medio de protección de intereses legítimos que contribuyen el interés familiar.

Una de las características del derecho de familia es la mayor restricción de la autonomía privada, por estar predominantemente conformado por normas inexcusables. Tal imperatividad de la norma jurídica del derecho de familia está destinada a satisfacer el interés familiar que consiste en la realización de los fines esenciales de la organización legal de familia. Por ella los vínculos jurídicos familiares tienen su contenido predeterminado por la ley y, siendo así, no se puede disponer por el arbitrio individual.

En tal sentido se sostiene a priori que el rol de la autonomía privada en el derecho de familia reside en la constitución de los vínculos jurídicos familiares regulados imperativos por la ley, cuyo contenido es prácticamente indisponible. Sin embargo y al no estar referido a la indisponibilidad de las partes, el modo de obtener la realización

de los intereses familiares, se evidencian que la autonomía privada también puede precisar cómo obtener su satisfacción.

(HINOSTROZA MINGNGUEZ, 2002)

La ley establece cuales son los derechos y deberes, -el contenido- que se derivan de los vínculos jurídicos familiares y que deben ser observados por los componentes del grupo familiar, sin importar la manera de ejecución; lo que corresponde a la autonomía privada, la cual se ve orientada por la atención del interés familiar.

Por lo tanto la autonomía privada puede disponer el modo de obtener la realización de los intereses familiares, satisfaciéndolos de hecho durante la convivencia o mediante acuerdos conciliatorios para solucionar conflictos familiares mediante los parámetros impuestos por la norma; los que establecen un marco autónomo que permite a las personas valorar por sí mismas, sin necesidad del imperium de un juez, sus requerimientos y aspiraciones para, luego alcanzar la satisfacción el interés familiar.

Sin embargo, el criterio expuesto tiene una limitación implantada en la propia organización del ordenamiento jurídico familiar. Esa restricción se presenta cuando se ejercita el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para la realización de los intereses familiares, estableciendo la ley expresamente el modo de obtenerlos a partir de la probanza de los supuestos de hecho" que autorizan el ejercicio del derecho de acción y la consecución de la respectiva sentencia. Así ocurre, p.ej., respecto de las acciones constitutivas de estado de familia (aquellas que tienden a obtener una sentencia que crea un estado de familia nuevo o extinga o modifique el existente), como son la de separación de cuerpos o de divorcio, la de adopción, la de revocación de la adopción; y de las acciones declarativas de impugnación de un estado de familia (aquellas cuya finalidad es excluir el estado, o sea, privar del estado de familia de que goza aquél a quien no le corresponde), como son la de invalidez del matrimonio, la de impugnación de la paternidad o maternidad matrimoniales, la de invalidez del reconocimiento, la de negación del reconocimiento, la de invalidez de la adopción. Para todas estas pretensiones, la ley contempla diferentes supuestos de hecho para permitir -sólo en esas circunstancias o causales el ejercicio de la respectiva pretensión; los que, por ser

acreditados en el proceso, definirán que la demanda sea declarada fundada. Dentro del proceso instaurado, la autonomía privada debe promoverlo y está destinada a ofrecer las pruebas de los supuestos de hechos (causales) invocados, que sustentan la pretensión por sí sola y siempre que no tenga por objeto favorecer el estado de familia existente, la autonomía privada de las partes no podrá originar la conclusión del proceso; sea por conciliación, por allanamiento o reconocimiento, por transacción o por desistimiento de la pretensión.

Estas eventualidades resultan improcedentes por comprender el conflicto de intereses, derechos indisponibles; debiéndose continuar con el proceso, a fin de acreditar la causal que fundamenta la pretensión, concluyendo aquél por sentencia que ampare o desampare la demanda. La indisponibilidad radica en observar que el ordenamiento jurídico dispone que, cuando se ejercita el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para obtener la realización de los intereses familiares mediante una sentencia, aquéllos sólo se consiguen invocando y probando una de las causales contempladas en la ley.

En cambio, y respecto de las acciones declarativas de reclamación de un estado de familia (las que tienen por objeto que se reconozca el estado preexistente), como son la de reclamación de la filiación matrimonial, la de reclamación de la paternidad y maternidad extramatrimoniales, la autonomía privada perfectamente puede venir a la conclusión del proceso por obrar a favor del estado de familia reclamado por la persona, en base a admitir los hechos que se le imputan en la demanda.

Ello no es procedente respecto de las acciones de reclamación de estado matrimonial y de reconocimiento de existencia de la unión de hecho, por las consecuencias trascendentales que se generan a partir de ese momento y por exigir el sistema jurídico, formalidades mayores para su acreditación. Así, para el reconocimiento de existencia de la unión de hecho se exige que la posesión de estado se acredite con un principio de prueba escrita, de conformidad con el artículo 326 del Código Civil.

En general, la autonomía privada en el derecho de familia puede regular los derechos emergentes del estado de familia dentro de los límites establecidos por las normas legales de carácter imperativo y promover el reconocimiento voluntario de la filiación. En cambio, no pueden disponer del estado de familia en sí mismo ni la capacidad civil de las personas, así como tampoco puede realizar actos respecto de los de los bienes o derechos de incapaces que requieran de autorización judicial.

5.6.2.- El estado de familia

(CORNEJO, 1999)

El estado de familia está determinado por los vínculos jurídicos familiares que no son sino los vínculos que unen a los unos con los otros y que les atribuyen determinados derechos subjetivos familiares.

El estado de familia es un atributo de la persona, que resulta inescindible de ella misma y, por tanto, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Por lo tanto siendo inherente a la persona, el estado de familia regula los siguientes caracteres:

- A) UNIVERSALIDAD:** El estado de familia es universal en el sentido de que comprende todos los vínculos jurídicos familiares.
- B) UNIDAD:** La unidad del estado de familia implica que cada persona es eje de una serie de vínculos jurídicos que lo ligan con otras personas.
- C) INDIVISIBILIDAD:** El estado de familia es indivisible de manera que no es posible ostentar erga omnes, es decir frente a todos, el estado de familia y respecto de otros u otro diferente.
- D) OPONIBILIDAD:** El estado de familia es oponible por la persona a quien corresponda contra todos, sea mediante el ejercicio de facultades inherentes a ese estado, sea mediante su invocación ante quienes pretendan desconocerlo o vulnerarlo.

- E) RECIPROCIDAD:** El estado de familia estaba integrado por vínculos entre personas que son correlativos o recíprocos; así al estado de padre le corresponde el estado de hijo.
- F) PERMANENCIA:** El estado de familia es una situación estable o permanente, su regulación por norma de orden público importa la imposibilidad de modificarlo por la libre voluntad de los interesados.
- G) MUTABILIDAD:** El estado de familia es mutable, pues pueden ser modificado en determinados casos, ya sea por el acaecimiento de ciertos hechos jurídicos por el otorgamiento de ciertos actos jurídicos familiares o por el ejercicio de ciertas pretensiones, que acogidas por los órganos jurisdiccionales, tienen tal efecto.
- H) INALIENABILIDAD:** El estado de familia no es objeto de negocio alguno, no puede ser transmitido por voluntad de su titular. Es irrenunciable.
- I) IMPRESCRIPTIBILIDAD:** El estado de familia es imprescriptible, pues no pueden ser adquiridos mediante la prescripción adquisitiva o usucapión, ni se pierde por prescripción extintiva.

5.6.3.- Título y la posesión del estado de familia.

Para ejercer los derechos subjetivos familiares relativos a determinado estado de familia debe acreditarse este mediante un respectivo título. El título de estado de familia es la prueba privilegiada de éste.

Sin embargo, este concepto tiene dos acepciones: en sentido material o sustancial, el título de estado de familia es el emplazamiento en determinado estado de familia; en el sentido formal, es el conjunto de instrumentos públicos de los cuales resulta el estado de familia de una persona, y que conforman la prueba legalmente establecida para acreditar ese estado sobre este último punto, nuestra legislación se reconoce como título de estado patrimonial la partida de matrimonio o la sentencia judicial que declara comprobada la celebración del matrimonio.

Ahora bien, quien se haya provisto del título de su estado de familia tienen la titularidad de ese estado. Pero ello es independiente la situación de hecho que al estado corresponde, que puede existir con título de Estado o sin él, del mismo modo que puede existir título de Estado sin posesión de él, como en el caso de los cónyuges que viven separados de hecho o de los hijos que no están bajo la tenencia de los padres.

Esto último se presenta cuando alguien que se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres o cuando un hombre y una mujer que dicen ser marido y mujer, se comportan públicamente como tales y viven juntos, pero no han contraído matrimonio.

La posición de estado de familia tiene la importancia práctica:

- a) Porque constituyen un hecho que la ley toma en cuenta para atribuir determinadas consecuencias jurídicas. Así es el caso de los vicios formales en la partida de matrimonio, en la cual la posición de Estado de familia subsana esas deficiencias (Art. 269° del Código Civil).
- b) Porque permite a la Ley presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de familia aparente cuando existe posesión del Estado pero no de título. Así cuando se acredite un juicio en el que permite acreditar la paternidad extramatrimonial (Art 402° inc.2 CC).

5.6.4.- El Acto Jurídico Familiar.

Ha sido frecuente considerar que, como el contenido de los vínculos jurídicos familiares escapan a la autonomía privada, la teoría general del acto jurídico es extraña al Derecho de Familia. Se juzga que los vínculos familiares, y los derechos y deberes que tales vínculos determinan, no tienen por fuente la voluntad de los sujetos, sino a la ley que, en cada caso, dispone los efectos de tales vínculos.

Se ha destacado, sin embargo, que cuando la constitución de los vínculos familiares nace de la voluntad de las personas, por ejemplo, la de los contrayentes en el matrimonio, la del progenitor que reconoce a un hijo, la de los adoptantes, etc. se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de vínculos jurídicos familiares. Que éstos, en su contenido, escapen a la regulación de los interesados, no obstante, a que la fuente del vínculo obedece a una manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir derechos familiares.

En este sentido, el vínculo jurídico que el acto jurídico tiende a establecer puede ser una relación jurídica de derecho de familia; o el derecho subjetivo cuya creación, modificación, transferencia, conservación o extinción persigue, puede ser un derecho subjetivo familiar. En tales casos cabe la denominación de acto jurídico familiar.

Este criterio permite aludir al acto jurídico familiar no como una categoría distinta sino como una especie dentro del género acto jurídico, caracterizada por la parte del Derecho Civil a la cual corresponden los vínculos jurídicos o los derechos subjetivos sobre los que versa. No hay, pues, diferencia sustancial o estructural entre acto jurídico y acto jurídico familiar.

En otras palabras, puede decirse que existe unidad sustancial entre uno y otro; desde el momento que el Derecho de Familia integra el Derecho Civil, la teoría general de los actos jurídicos comprende al acto jurídico familiar y es aplicable a éste a falta de reglas legales especiales.

Sin Embargo, es conveniente apuntar que si bien, generalmente los vínculos jurídicos familiares tienen su origen en un acto jurídico familiar, hay casos en los que aquellos están determinados por la ley que dota de efectos a determinados hechos. Así, por ejemplo, al establecerse que la maternidad matrimonial se determina por el parto de la mujer, debidamente acreditado, sin que sea menester en reconocimiento del hijo; o la muerte del cónyuge que determina el estado de viudez.

CAPITULO VI

LA TENENCIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS EN EL DERECHO COMPARADO

6.1.- GENERALIDADES.

(RODRIGUEZ REY, 2005)

El régimen de custodia compartida en la legislación internacional comenzó a dar sus pasos en los últimos años. Tanto el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos cuanto la ONU apelan a la custodia compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño.

Un estudio de Themis, Asociación de mujeres juristas, informa que Bélgica, España, Francia, Inglaterra y Gales, Italia, Suecia y la Republica Checa, como países de la Unión Europea, contemplan expresamente en su legislación la custodia compartida. A estos hay que sumarle Estados Unidos y Canadá.

Estas legislaciones de la U. E. conceden al juez la potestad para establecer el sistema, en diferentes medidas. Bélgica, por su parte, establece el sistema de residencia alterna como modelo general en el que el juez está obligado a concederlo siempre que se lo solicite uno de los padres.

Especial énfasis requiere Francia, país en que la por entonces Ministra delegada de la Familia y la Infancia Ségolène Royal, presentó el 27 de febrero de 2001 un proyecto denominado "la Reforma de la Autoridad Parental: los Nuevos Derechos de las Familias", cuyo aspecto más espectacular es la previsión legal de la custodia compartida y la convivencia de los hijos separados con ambos padres (alternancia semanal). Esta iniciativa tiene un valor innegable, ya que por primera vez un gobierno europeo reconoce abiertamente, que el régimen de alternancia en la convivencia es el más conveniente para el desarrollo del niño.

La Asamblea Nacional Francesa aprobó el 13 de Diciembre de 2001, el proyecto de ley que equipara los derechos y deberes de padres y madres. La ley estableció la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto a la guardia y custodia de los hijos tras la separación de la pareja, y otorga una autoridad compartida por ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, sea cual sea la situación de la pareja. Aunque se plantean ciertas medidas cautelares.

El proyecto de Royal de 2001 afirma que: «Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio (...) La fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana de cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño». En la propuesta se suprime el derecho de visita por entender que padre y madre tienen el derecho y el deber de mantener relaciones personales con el niño.

Asimismo, ha puesto el foco en que "falta por convencer a los jueces, mayoritariamente opuestos a ese principio de igualdad parental por razones prácticas o culturales"

El caso de España ha tenido gran repercusión. El 10 de julio de 2005 entro en vigencia la ley 15 / 2005 que modificó el Código Civil. El artículo 92 de la nueva ley sostiene que:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.
6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Asimismo, algunas legislaciones amplían las obligaciones a los padres. En Canadá los progenitores deberán presentar un certificado de asistencia a un Programa de Educación posterior a la separación como condición para reanudar el proceso de solicitud de una sentencia de responsabilidad parental".

Esta nueva legislación ha tenido repercusiones en muchos países de América Latina, sociedades que enfrentan problemáticas similares.

Se presentó y aprobó en la Cámara de Representantes de Colombia un proyecto que establecía la Custodia Compartida de los hijos menores. Lo mismo sucedió en Puerto Rico. (21/11/2011).

El debate sobre el tema abunda en las publicaciones jurídicas de Brasil y México, por ejemplo, y es tema de discusiones en el resto del continente.

Los países en los que se encuentra legislada la institución de la tenencia compartida son, entre otros:

6.1.1.- Francia.

Mediante la Ley N° 2002-305, del 4 de marzo de 2002, en que si bien no se habla de tenencia o custodia compartida, sí se prevé la posibilidad de que el juez pueda “adoptar medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres”, existiendo la posibilidad de fijarse como residencia alterna del niño el domicilio de cada uno de los padres.

6.1.2.- España

También la legisla mediante Ley N° 15-2005, del 8 de julio de 2005, que modifica el Código Civil, y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la cual admite una guarda o custodia compartida que puede ser aprobada por el juez. Italia, con la Ley de Custodia Compartida de Italia; y algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica.

6.1.3.- La Convención por los Derechos del Niño.

Fija que los Estados Parte, y el Perú lo es, respetarán el derecho del niño que esté separado de uno de sus padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, y la obligación de garantizar el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza de los hijos.

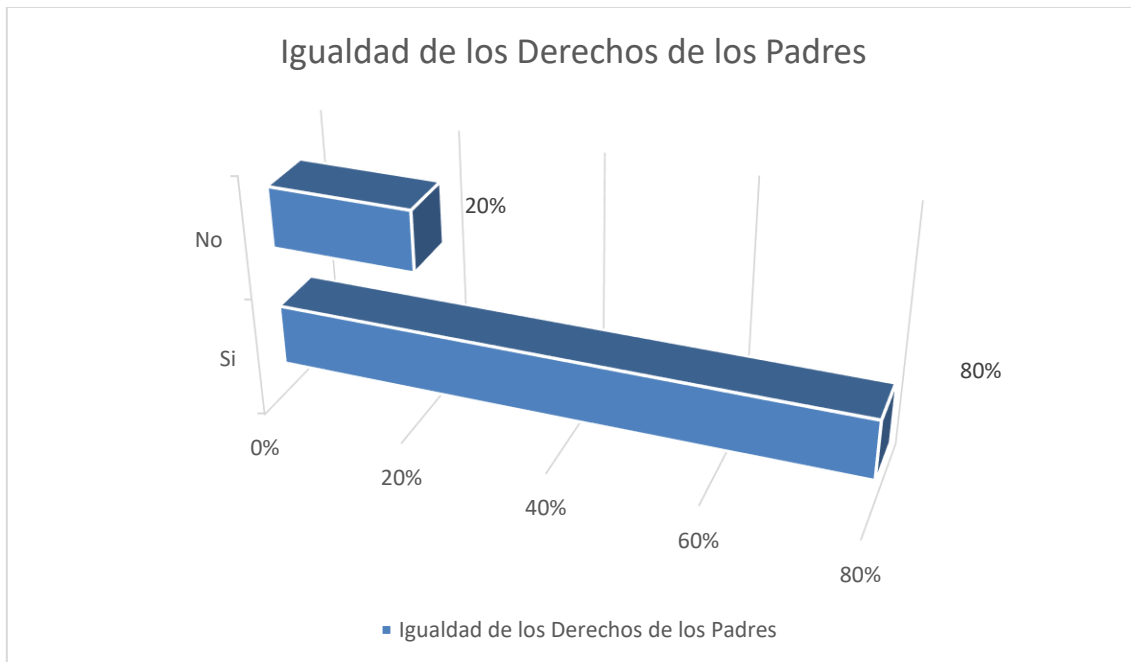
CAPITULO VI

ANALISIS DE LOS *RESULTADOS*

7.1.- RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

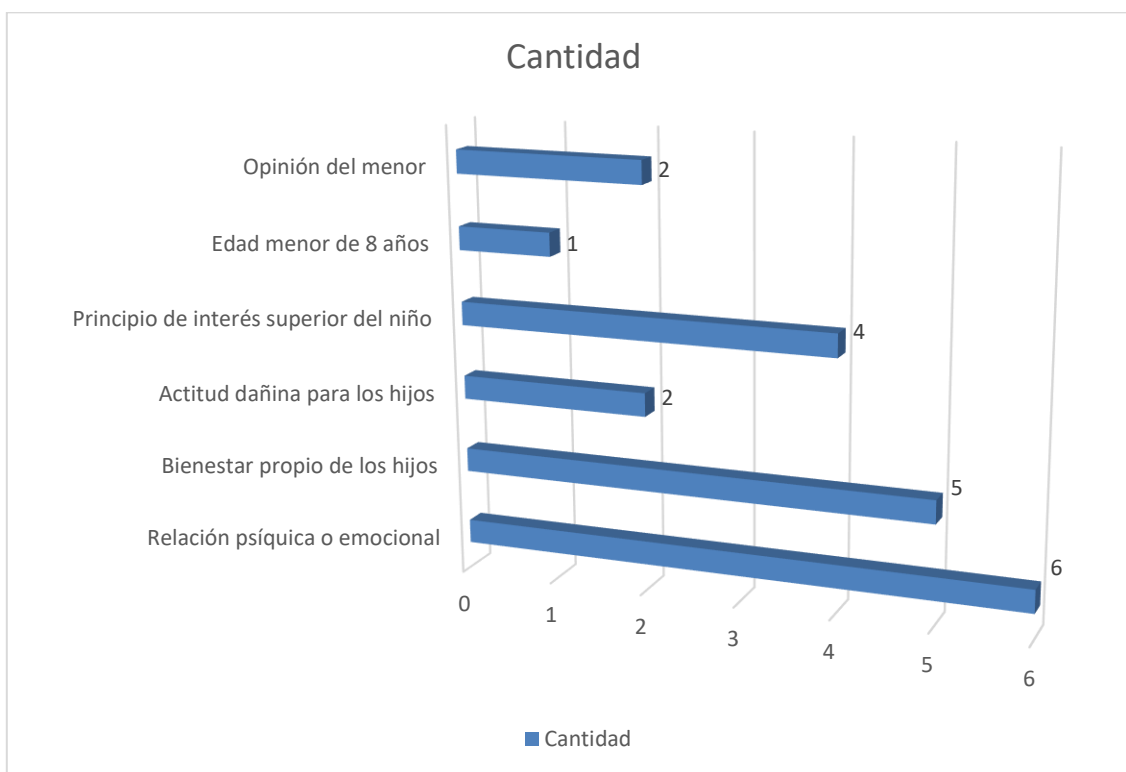
1.- De conformidad con la Ley 29269, la igualdad de los derechos de los padres en el cuidado de la custodia compartida de los hijos, existe carga procesal en su despacho: Si la respuesta es (si) indicar cantidad promedio.

Respuesta	si	08
Respuesta	No	02



2.- Cuales son los factores de usted considera que favorece a los padres a tener la tenencia compartida para emitir la sentencia.

Factores	Cantidad
Relación psíquica o emocional	6
Bienestar propio de los hijos	5
Actitud dañina para los hijos	2
Principio de interés superior del niño	4
Edad menor de 8 años	1
Opinión del menor	2



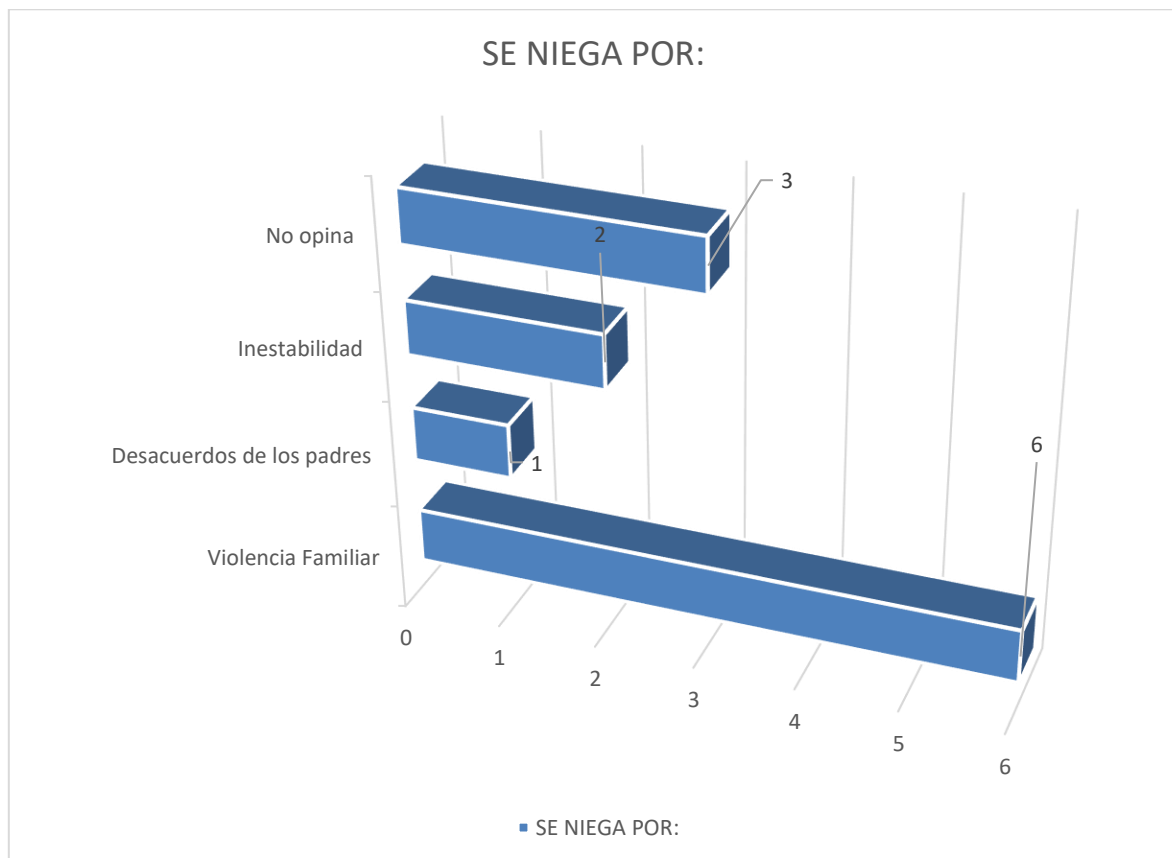
Se niega:

Violencia familiar 06

Desacuerdos 01

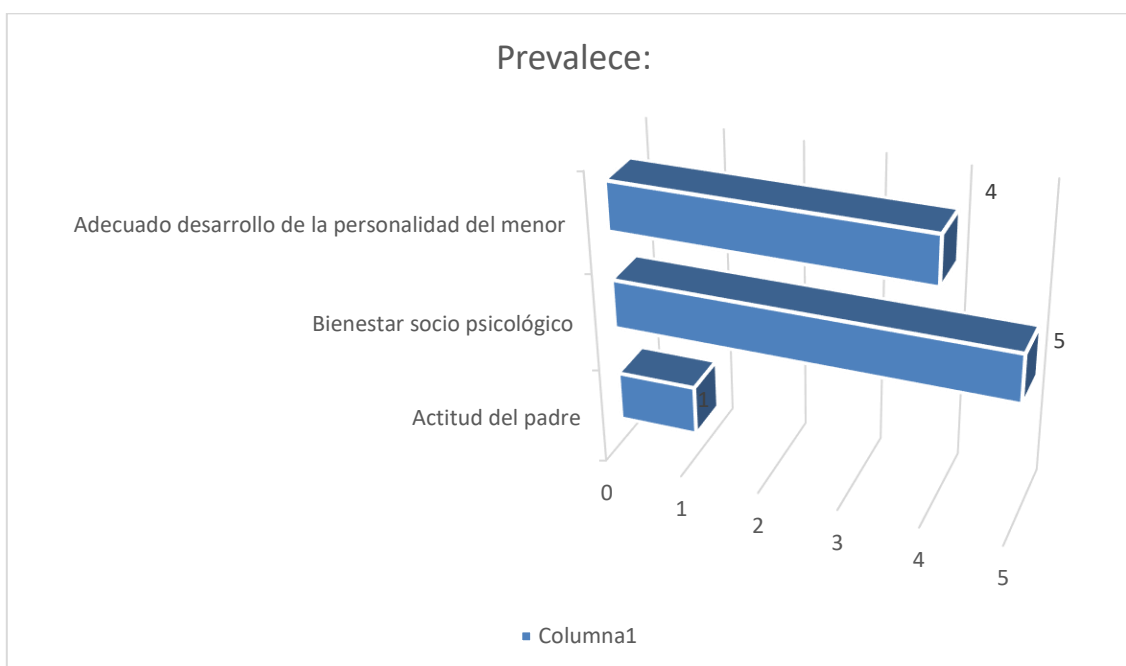
Inestabilidad 02

N.O. 03



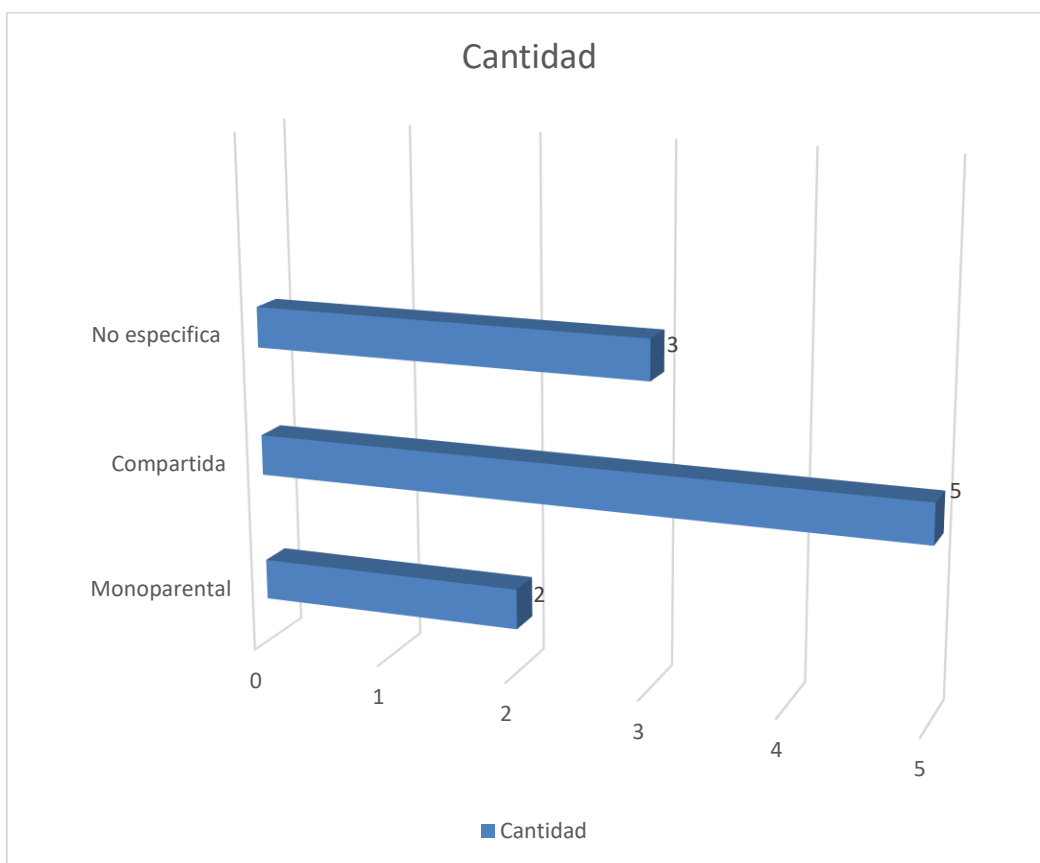
3.- De qué manera prevalece el interés superior del niño al del padre en custodia compartida.

Prevalece:	cantidad
Actitud del padre	01
Bienestar socio psicológico	05
Adecuado desarrollo de la personalidad del menor	04



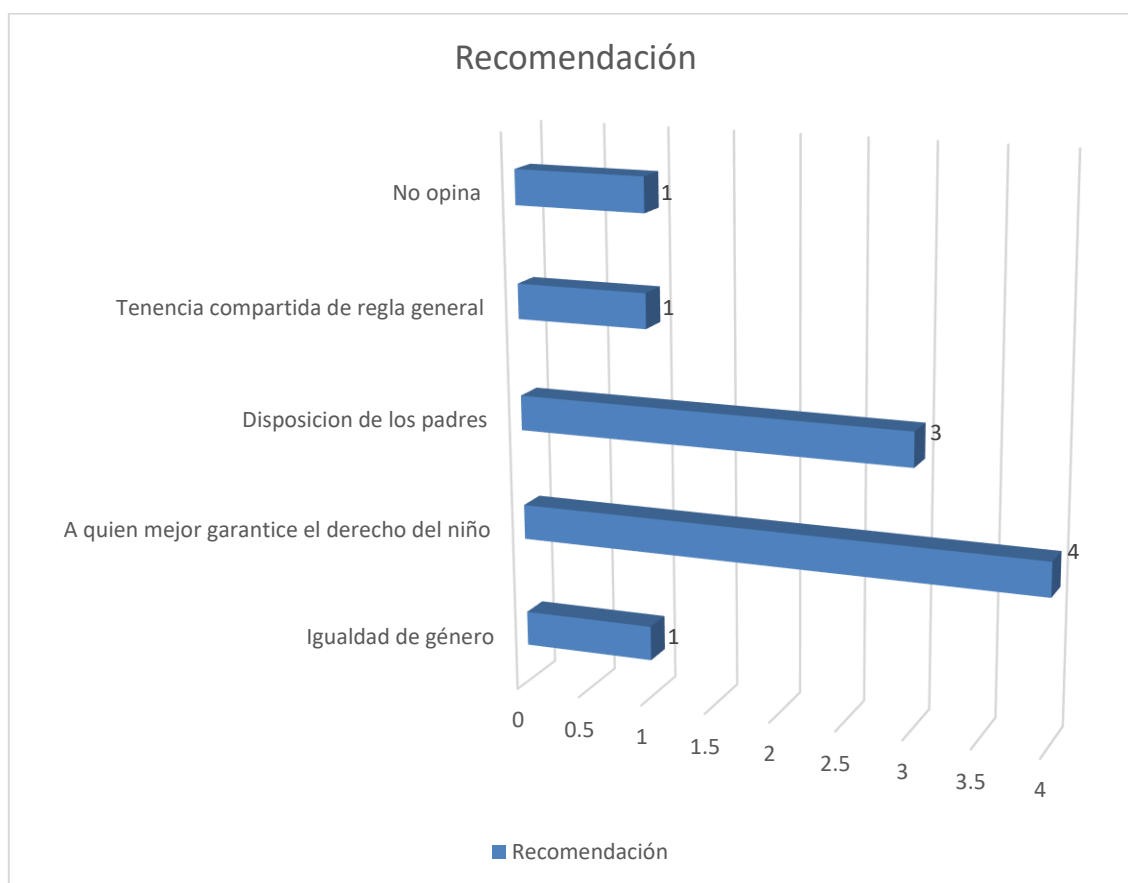
4.- En que se diferencia la custodia compartida, de la custodia monoparental; y cual de ambos benefician al niño o al adolescente.

Tipo de Tenencia	Cantidad
Monoparental	02
Compartida	05
No especifica	03



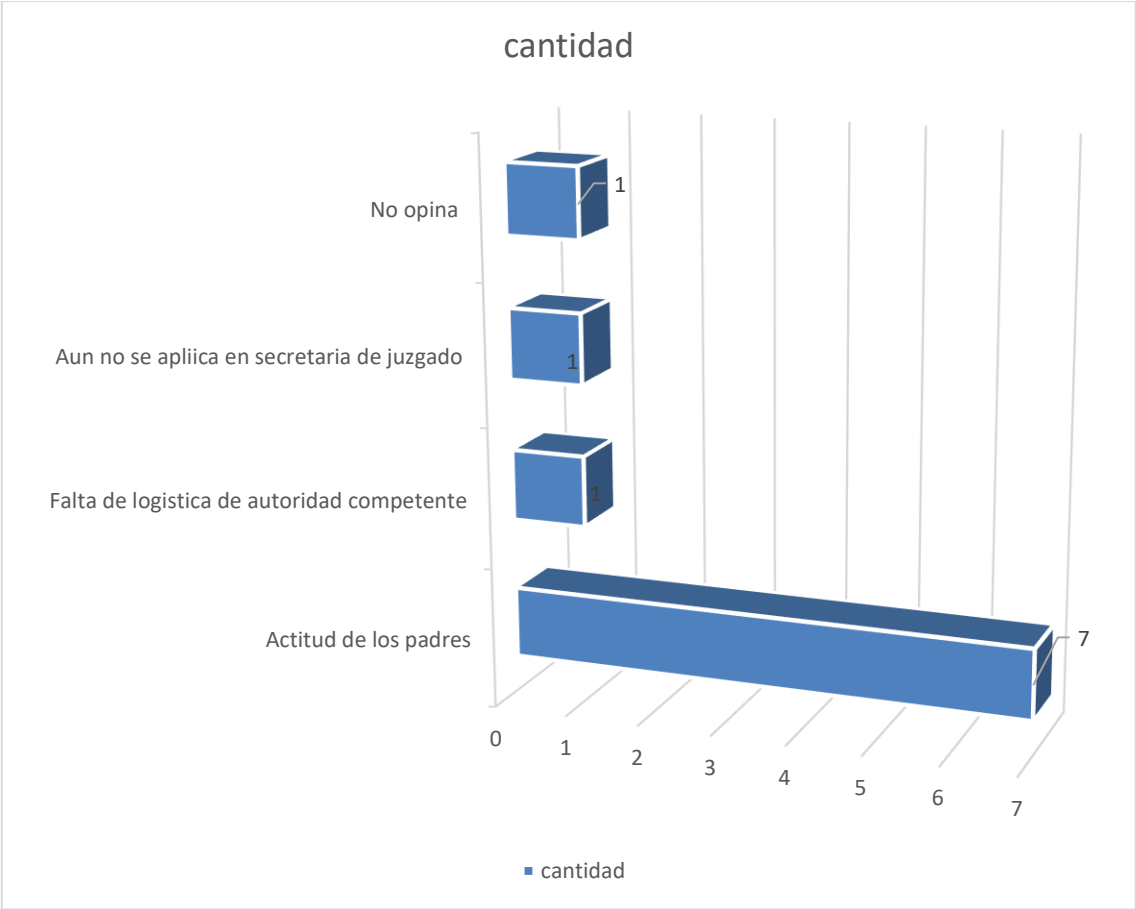
5.- Usted como autora judicial, que nos puede recomendar para que se aplique de forma positiva la Ley 29269.

Igualdad de género.	01
A quien mejor garantice el derecho del niño.	04
Disposición y voluntad de los padres.	03
No opina.	01
Tenencia compartida como regla general	01



6.- Usted como autoridad judicial, que dificultades ha encontrado para aplicar a Ley 29269, sobre custodia compartida para niños y/o adolescentes.

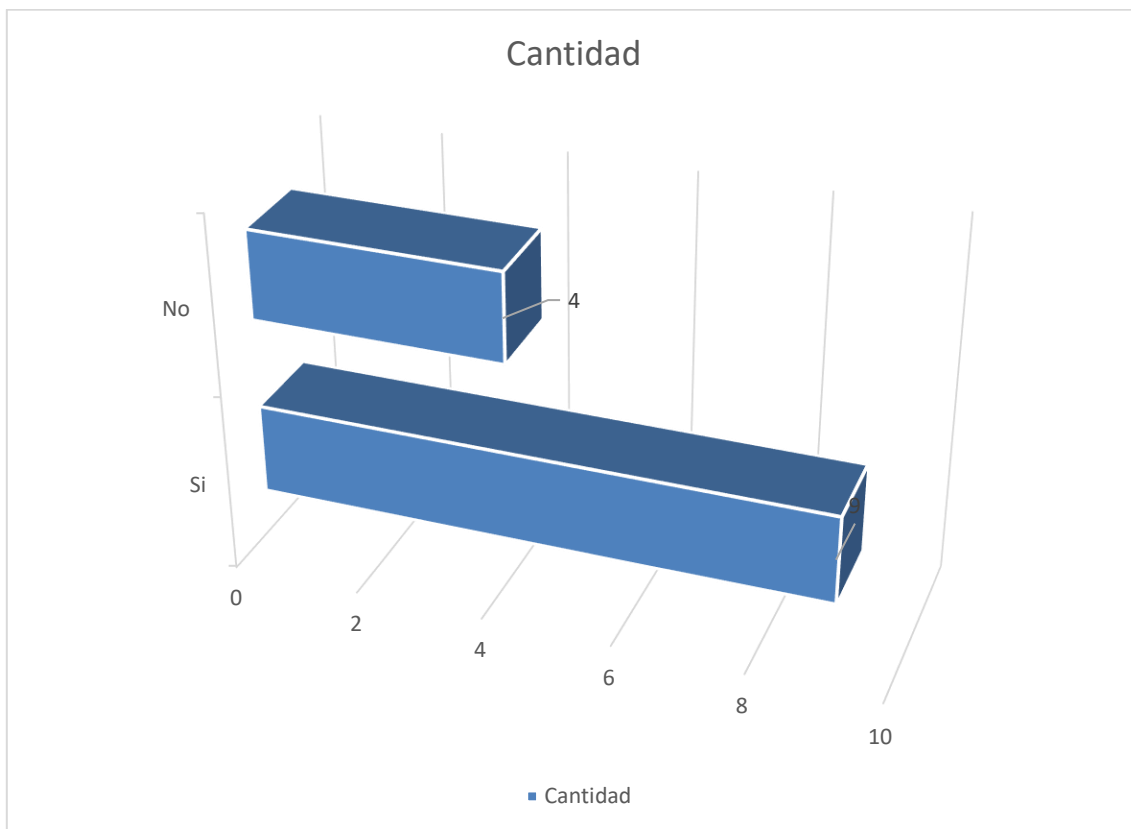
Actitud de los padres	07
Falta de logística de la autoridad competente	01
Aún no se aplica en secretaría de juzgados	01
No opina	01



7.2.- RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

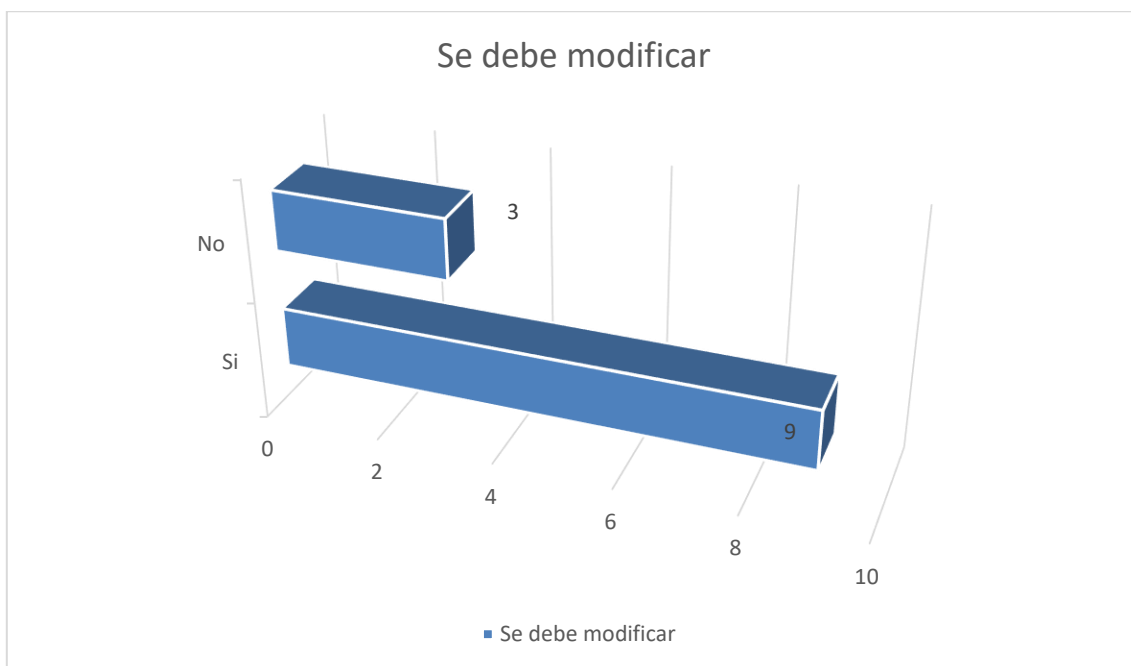
1.- Sabe Usted que en Perú no se da la igualdad de los derechos de los padres en el cuidado de la custodia compartida de los hijos:

Sabe	Cantidad
Si	9
No	4



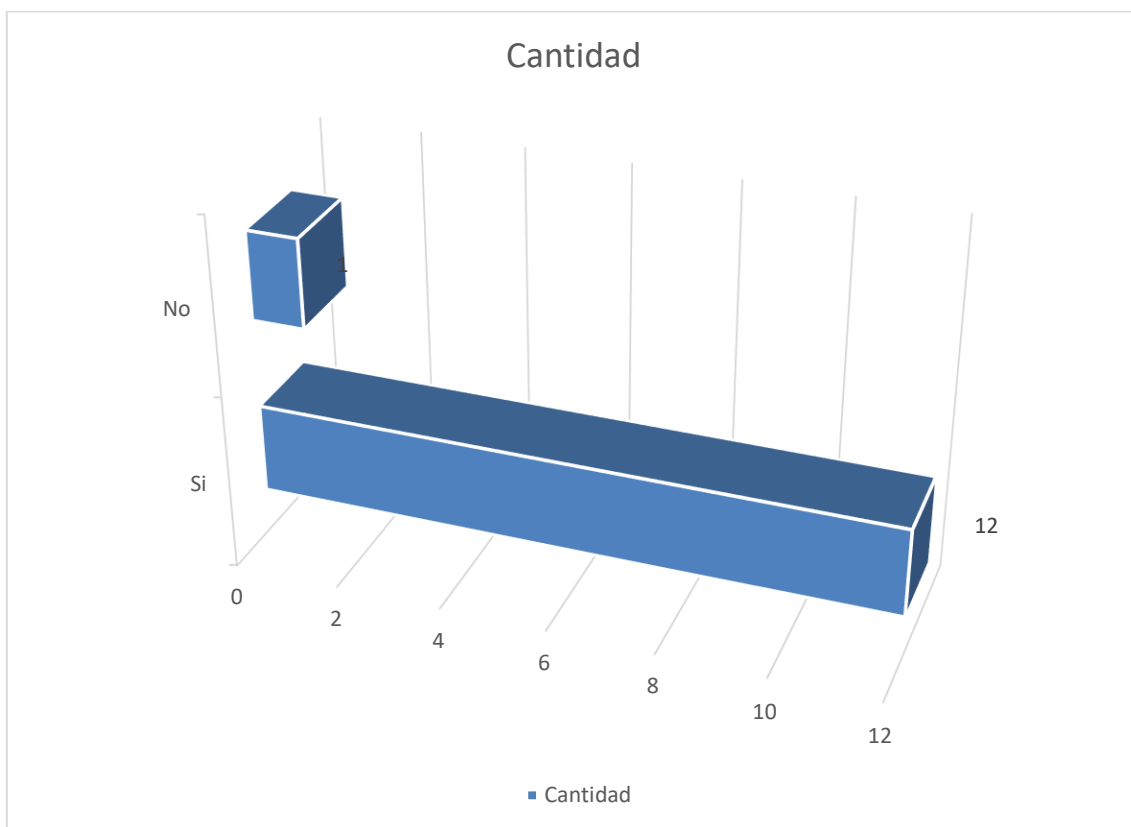
2.- ¿Considera Usted que se debe modificar la Ley de la igualdad de los derechos de los padres en custodia compartida de los hijos en nuestro país?

Se debe modificar	Cantidad
Si	09
No	03



3.- ¿Cree Usted que se debe agilizar los procesos en el caso de familia, para evitar dilaciones indebidas?

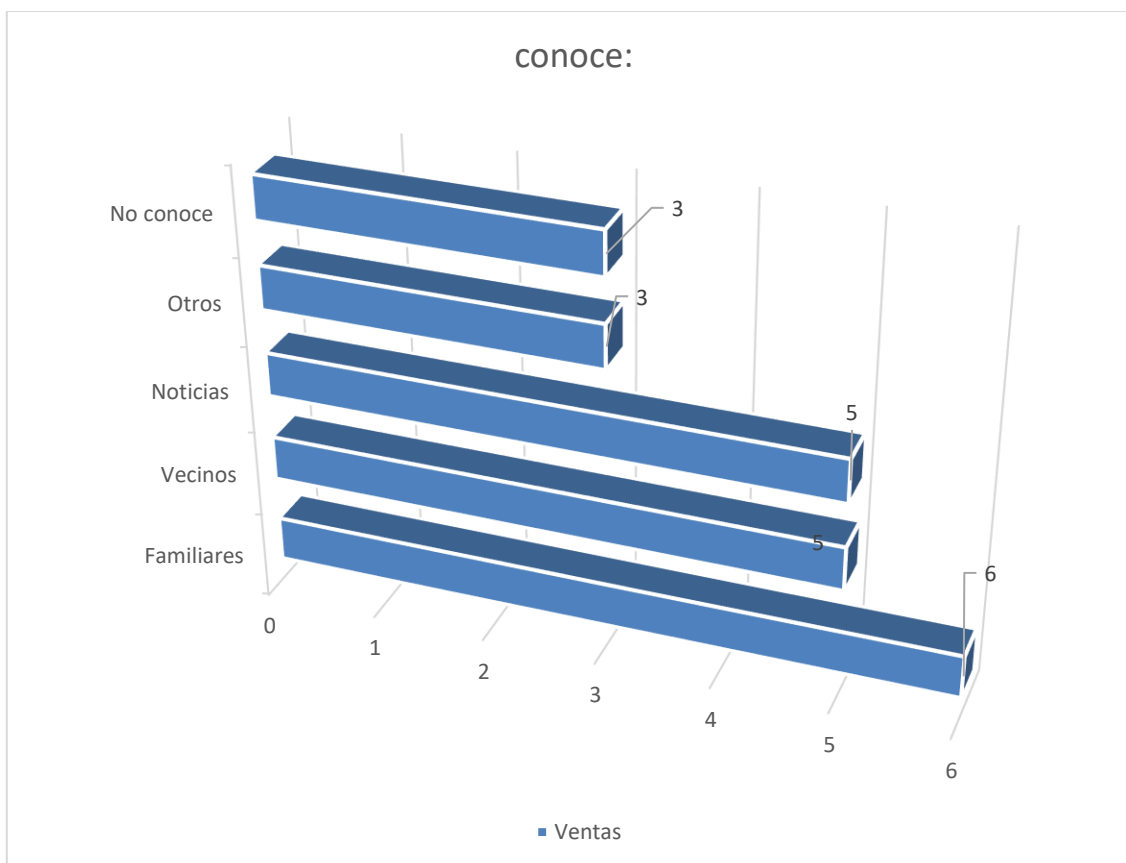
Se debe agilizar proceso	Cantidad
Si	12
No	01



4.- ¿Conoce Usted algún caso por su localidad, donde los padres se disputan la custodia de los hijos?

Si No 03

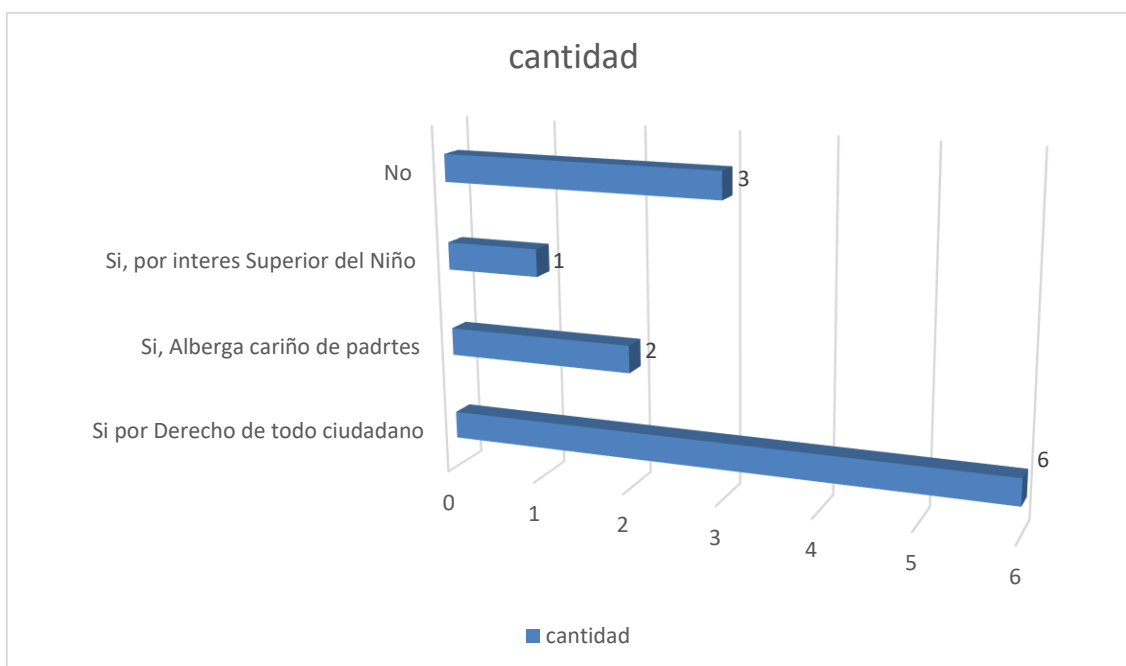
Conoce	cantidad
Familiares	06
Vecinos	05
Noticias	05
Otros	03
No conoce	03



5.- ¿Cree Usted, que es beneficioso para un niño o un adolescente que tiene a sus padres separados, tener la custodia compartida?

Si No

Es beneficioso por:	cantidad
Derecho de todo ciudadano	06
Alberga el cariño de los padres	02
Interés superior del niño	01
No, porque la responsabilidad es de ambos padres.	03



CONCLUSIONES

1. La tenencia compartida, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad paterna, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.
2. Este sistema permite conservar en ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial. Por otro, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias conyugales.
3. Dentro de las ventajas que posee el régimen de la tenencia compartida, pueden citarse las siguientes: permite la participación activa de ambos progenitores en la crianza de los hijos; la equiparación de aquellos en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza; el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno; la comunicación permanente entre los progenitores, la distribución de los gastos de manutención de los hijos; la atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación; el reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial; y un largo etcétera.

RECOMENDACIONES

1. La tenencia compartida es la mejor forma que los hijos mantengan contacto paritario con los padres, y por ende se relacionen y afiancen lazos entre sí, deben reunirse condiciones especiales para que funcione en la práctica, establecer un código de estímulos y sanciones homogéneo entre los progenitores, respecto de los hijos; realizar una relación de gastos que asumirán de manera proporcional; mantener un diálogo fluido y pacífico sobre los asuntos concernientes a aquéllos; etc.
2. Debemos mencionar que, si los progenitores no se encuentran preparados para asumir las condiciones citadas, de manera tal, que no permitan que la dinámica funcione con efectividad, consideramos que el sistema tradicional del ejercicio de la tenencia monoparental, con el establecimiento de un régimen de visitas para el progenitor que no ostente la tenencia, no deja de ser una alternativa saludable, siempre y cuando, se cumpla con dichos regímenes sin afectar los derechos de los hijos, teniendo presente, en cualquier caso, su opinión.

ANEXO

ANEXO 01 : ENCUESTA

ANEXO 02 : EXPEDIENTE

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR LLANOS, B. (2013). '*El síndrome de alienación parental aísla al hijo*'. . Lima: En: Gaceta Civil & Procesal Civil. Tomo 6, Gaceta Jurídica, p. 46.
2. ARIAS SCHEREIBER- PEZET, M. (2002). *EXEGESIS DEL CODIGO CIVIL PERUANO*. LIMA: Edicion Gaceta Juridica. Perú.
3. CILLERO BRUÑOL, M. (2012). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Lima: Gaceta Juridica Civil.
4. CORNEJO, H. (1999). *DERECHO DE FAMILIA PERUANO*. Lima: Gaceta Juridica .
5. COUTURE J, E. (1981). *FUNDAMENTO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL*. Buenos Aires: Ediciones Palma.
6. HERNÁNDEZ, F. (2000). *El interés del menor*. . Madrid: Dykinson, p. 91.
7. HINOSTROZA MINGNGUEZ, A. (2002). *PROCESOS SUMARISIMOS - DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*. Lima: Gaceta Jurídica.
8. MALLQUI REYNISO, M. (2001). *DERECHO DE FAMILIA*. Lima: editorial San Marcos.
9. PALACIOS PIMENTEL, G. (1995). *MANUAL DE DERECHO CIVIL*. Lima: Editorial Lima.

10. PLACIDO, A. V. (2003). *MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA* . LIMA: Editorial Gaceta Juridica.
11. QUISPE SALSAVILCA, D. (2002). *EL NUEVO REGIMEN FAMILIAR PERUANO*. Lima: Cultura Cuzco S.A.C.
12. RODRIGUEZ REY, T. (2005). *"CUSTODIA COMPARTIDA: Una alternativa que apuesta a la no disolución Familiar"*. Buenos Aires: American Friends Service.
13. TORRES CARRASCO, M. (2014). *Patria Potestad, Tenencia y alimentos*. Lima: Gaceta Jurica civil. pág. 143- 1158.