



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



TITULO:

**“El interés superior del niño y el adolescente y el agresor en el régimen de visitas
dentro del ordenamiento jurídico peruano”**

TESIS:

PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

AUTOR:

Barch. Karely Adrianzen Tineo

ASESOR:

DR. Cesar Nelson Espinoza Guerrero

CHICLAYO-PERU

2020

Localidad donde se ha desarrollado la investigación

Región –Lambayeque, Provincia Chiclayo

Tiempo estimado que ha durado la investigación

1 año

01 de enero de 2019

Presentado por:

Autor

Bach. Karely Adrianzen

Asesor

DR. Cesar Nelson Espinoza Guerrero

Aprobado por el Jurado

Presidente

Mg. Flor de Maria Chuzon Jimenez

Secretario

Mg. Francisco Josué Castañeda Ramos

Vocal

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico

DEDICATORIA

A Dios:

Por darme la vida, y estar siempre conmigo, por ser el inspirador y darme la fuerza para continuar en este proceso de obtener uno de los anhelos más deseados para mí.

A mis Padres:

Por su apoyo incondicional, amor y confianza permitieron que logre culminar mi carrera profesional, gracias a ellos soy quien soy concluyendo mi mayor meta.

A mi Esposo:

Porque en el camino encuentras personas que iluminan tu vida, que con su apoyo alcanzas de mejor manera tus metas, a través de sus consejos, de su amor, y paciencia me ayudo a concluir esta meta.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por guiarme en mi camino y por permitirme concluir con mi objetivo.

A mis Padres, quienes son mi motor y mi mayor inspiración, que a través de su amor, paciencia, buenos valores, ayudan a trazar mi camino.

A mi Esposo, por ser el apoyo incondicional en mi vida, que con su amor y respaldo, me ayuda alcanzar mis objetivos.

Y por supuesto a mi querida Universidad y a todas la autoridades, por permitirme concluir con una etapa en mi vida, a mi jurado gracias por la paciencia, orientación y guiarme en el desarrollo de esta investigación.

ÍNDICE

Tabla de abreviaturas

Resumen

Abstrac

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

1.1.- Planteamiento del problema	166
1.2.- Formulación del problema	177
1.3.- Hipótesis.....	17
1.4.- Objetivos	18
1.5.- Marco teórico	19
1.5.1.- Antecedentes.....	19
6.1 Metodología.....	21
6.1.1.- Variable	21
7.1- Marco Metodológico:.....	22
7.1.1.- Método Empleado:	22
7.1.2- Técnica e Instrumento de Recolección de Datos.....	23

CAPITULO II: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

2.1 Antecedentes:.....	25
2.2 Teoría Jurídica:	27
2.3 Interés Superior del niño:	28
2.4 Regulación en el Ordenamiento Jurídico Peruano y la Prioridad de las políticas públicas para la infancia:	31
2.5 La relevancia del principio del interés superior del niño.....	31
2.6 Definición de la presunción pater is est:.....	32
2.7 Análisis de los derechos del niño a partir del Principio de Interés Superior del Niño .	33
2.7.1 Identidad	33
2.7.2 Filiación	344
2.7.3 Nombre	366
2.8 La presunción pater is est a partir de la Casación No. 2726-2012-DEL SANTA.....	37
2.8.1 Presentación del caso	37

2.8.2 Análisis del caso.	39
2.8.3 Modificación a los artículos 396 y 404 del Código Civil peruano.	433

CAPITULO III: VIOLENCIA FAMILIAR, EL AGRESOR Y SU RÉGIMEN DE VISITAS

3.1 Aspectos Generales.....	499
3.2 Antecedentes de la violencia	499
3.3 Delimitación Conceptual	50
3.4 El ciclo de la Violencia.....	53
3.5 Violencia familiar	55
3.5.1 Regulación en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su tratamiento Internacional	55
3.5.2 Judicialización de las Problemáticas Familiares:.....	59
3.5.3 La víctima y el agresor.....	62
3.6 Régimen de visitas para el agresor	65
3.7 Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.....	65
3.8 Derecho del menor a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material	67
3.9 Régimen de Visitas.....	69
2.9.1 ¿Tienen los agresores derecho a un régimen de visitas	70
3.10 Regulación en el Ordenamiento Jurídico Peruano y en el Derecho Comparado.....	74
3.11 Casuística.....	77
3.12 Propuesta: Puntos de Encuentro Familiar y Tratamiento Psicológico para el agresor	79

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFIA

TABLA DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CETFDCH	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COIT	Convención de la Organización Internacional de Trabajo
CONA	Código de Niños y Adolescentes
Const.	Constitución Política del Perú
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
TC	Tribunal Constitucional

RESUMEN

El hombre es un ser social, siempre ha vivido en sociedad como un hecho natural por lo cual un hombre no puede nacer fuera de la sociedad. Una vez nacido, hay que comprender la importancia que el aprendizaje de costumbres, de modos de comportarse, de relacionarse y comunicarse, tiene para todo ser humano, desde los primeros meses de vida, por lo cual el hombre necesita de la sociedad para nacer en una familia, para vivir en grupo, para desarrollarse. Ni el hombre ni la sociedad humana pueden ser comprendidos ni explicados independientemente.

Sin embargo ahora que vivimos el siglo XXI, es fácil poder percatarse que este importante núcleo de la sociedad está atravesando por tiempos difíciles como consecuencia de los graves problemas de índole social, económico, político y moral. Cabe resaltar que además de estos factores que afectan a la familia también existe una latente falta de sentimientos y actitudes que desune a sus miembros, entre los que está, por ejemplo, la falta de comunicación entre padres e hijos.

Alarmante es la situación que nuestro país atraviesa, se requiere urgentemente que haya una nueva educación en cuanto al trato familiar; la mayoría se basa en el rechazo, en la indiferencia, en la violencia y consecuentemente, esto hace que se produzca una concepción errónea en los menores que están bajo sus tutelas. Esto ocasiona “violencia” cuya intención es dañar a alguien, ya sea a la pareja, la esposa o al niño.

Estoy convencida que este es un mal social que es consecuencia, en gran medida, de los mitos que nos rodean en relación a los roles masculinos y femeninos, donde el hombre es la parte fuerte, el jefe de familia, el que “domina”; mientras que por otro lado, la mujer es la parte débil, la obediente, la sacrificada por su esposo y su familia.

Esto motiva a considerar en el primer capítulo de la presente tesis a la violencia familiar como la práctica de un conjunto de estrategias coercitivas que los sujetos activos utilizan para conseguir el control y dominio sobre su pareja. Es por eso que he decidido escoger el tema: **El interés superior del niño y el adolescente y el agresor en el régimen de visitas dentro del ordenamiento jurídico peruano** porque a lo largo de estos últimos años he podido observar que se han dado una serie de leyes y programas en pro de la

defensa de los derechos del niño y el adolescente que muy a mi pesar, considero que esto no es suficiente para cesar los continuos maltratos que se producen en contra de los niños y los adolescente.

Frente a este panorama desolador de la familia el segundo capítulo reflexiona que estas leyes y programas no aseguran el bienestar de ambos, puesto que pese de la existencia de estas leyes se observa que la violencia familiar presenta un paulatino incremento así mismo, considero que es muy importante que se conozca que la mayoría de los niños en nuestro país son víctimas de violencia familiar, esta problemática origina que crezcan con baja autoestima, con un carácter sumiso y conformista.

Frente a ello, soy de la idea que se debe separar al padre agresor del menor. No se puede tolerar la idea que jueces permitan que el menor siga viviendo bajo el mismo techo con aquel sujeto que los domina día tras día; ni que obliguen a estas víctimas a seguir manteniendo contacto cada semana con su agresor, sólo por el hecho de ser su padre.

Es ante esta situación que plantearé una solución alterna al otorgamiento del régimen de visitas ya que soy consciente que esta problemática familiar es difícil y compleja, pero creo que con la participación efectiva del Estado, sus funcionarios y servidores, la sociedad y el aporte de todos nosotros será más viable el restablecimiento de la paz en las familias.

ABSTRAC

Man is a social being, he has always lived in society as a natural fact, so a man cannot be born outside of society. Once born, it is necessary to understand the importance that the learning of customs, of ways of behaving, of relating and communicating, has for every human being, from the first months of life, for which man needs society to be born in a family, to live in a group, to develop. Neither man nor human society can be understood or explained independently.

However, now that we are living in the 21st century, it is easy to realize that this important core of society is going through difficult times as a result of serious social, economic, political and moral problems. It should be noted that in addition to these factors that affect the family there is also a latent lack of feelings and attitudes that disengage their members, among which is, for example, the lack of communication between parents and children.

Alarming is the situation that our country is going through, it is urgently required that there be a new education regarding family treatment; the majority is based on rejection, indifference, violence and consequently, this causes an erroneous conception to occur in the minors under their guardianship. This causes "violence" whose intention is to harm someone, be it the couple, the wife or the child.

I am convinced that this is a social evil that is a consequence, to a large extent, of the myths that surround us in relation to male and female roles, where man is the strong part, the head of the family, the one who "dominates"; while on the other hand, the woman is the weak part, the obedient one, the one sacrificed by her husband and her family.

This motivates to consider family violence in the first chapter of this thesis as the practice of a set of coercive strategies that active subjects use to gain control and control over their partner. That is why I have decided to choose the topic: The best interest of the child and adolescent and the aggressor in the regime of visits within the Peruvian legal system because over the last few years I have been able to observe that there have been a series of laws and programs for the defense of the rights of children and adolescents that, to my regret, I consider that this is not enough to stop the continuous abuse that occurs against children and adolescents.

In the face of this bleak panorama of the family, the second chapter reflects that these laws and programs do not ensure the well-being of both, since despite the existence of these laws, it is observed that family violence presents a gradual increase as well, I consider it very important that it is known that the majority of children in our country are victims of family violence, this problem causes them to grow with low self-esteem, with a submissive and conformist character.

Against this, I am of the idea that the aggressor father must be separated from the minor. The idea that judges allow the child to continue living under the same roof with that subject that dominates them day after day cannot be tolerated; nor that they force these victims to continue maintaining contact with their aggressor every week, just because they are their father.

It is in this situation that I will propose an alternative solution to the granting of the visits regime since I am aware that this family problem is difficult and complex, but I believe that with the effective participation of the State, its officials and servants, society and the contribution of all we will be more viable to restore peace in families.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

Es fácil poder percatarse que la familia está atravesando por tiempos difíciles como consecuencia de los graves problemas de índole social, económico, político y moral. Cabe resaltar que además de estos factores que afectan a la familia también existe una latente falta de sentimientos y actitudes que desune a sus miembros, entre los que está, por ejemplo, la falta de comunicación entre padres e hijos.

Es por eso que esta investigación busca medidas preventivas y no represivas para dar solución a todo maltrato y violencia contra los niños y adolescentes, ante lo cual no puedo evitar preguntarme si es que en realidad estamos siendo conscientes del daño que se causa a la víctima.

Estoy convencida de que en la mayoría de los creadores de violencia su intención es la de dañar a alguien, ya sea a la pareja, a la esposa, al niño o a ambos. Estoy también convencida que este es un mal social que es consecuencia, en gran medida, de los mitos que nos rodean en relación a los roles masculinos y femeninos, donde el hombre es la parte fuerte, el jefe de familia, el que “domina”; mientras que por otro lado, la mujer es la parte débil, la obediente, la sacrificada por su esposo y su familia. La violencia familiar es la práctica de un conjunto de estrategias coercitivas que los sujetos activos utilizan para conseguir el control y dominio sobre su pareja.

He decidido escoger el tema **“El interés superior del niño y el adolescente y el agresor en el régimen de visitas dentro del ordenamiento jurídico peruano”** porque a lo largo de estos últimos años he podido observar que el Estado ha dado una serie de leyes y programas en pro de la defensa de los derechos del niño y los adolescentes, muy a mi pesar considero que esto no es suficiente para cesar los continuos maltratos que se producen en contra de ellos. Considero que frente a este panorama desolador de la familia, se hace muy poco, ya que estas leyes y programas no aseguran el bienestar de ambos, puesto que pese a la existencia de estas leyes se observa que la violencia familiar presenta un paulatino incremento.

Considero que es muy importante que se conozca que es la mayoría de los niños en nuestro país quienes son víctimas de violencia familiar, esta problemática origina que crezcan con

baja autoestima, con un carácter sumiso y conformista. Frente a ello, soy de la idea que se debe separar al padre agresor del menor. No se puede tolerar la idea que jueces permitan que el menor siga viviendo bajo el mismo techo con aquel sujeto que los domina día tras día; ni que obliguen a estas víctimas a seguir manteniendo contacto cada semana con su agresor, sólo por el hecho de ser su padre. Es ante esta situación que plantearé una solución alterna al otorgamiento del régimen de visitas.

Creo que no es justo ni nada satisfactorio saber que en nuestro país el índice de maltrato infantil se presenta en su mayoría, en el ámbito familiar. Esto, en definitiva, no debe suceder. Los padres deben ser los primeros y los principales tutores y cuidadores de la integridad tanto física como psicológica del menor. El menor debe sentirse protegido, amado, y quiénes mejor que sus padres para brindar todo el apoyo y cariño que necesita cada niño en cada etapa de su vida.

El derecho del menor es un derecho autónomo, es decir, tiene un sujeto propio, que es el niño y el adolescente. Tiene un objeto propio, que es el carácter tuitivo y tiene una legislación propia, la cual se da mediante el Código de Niños y Adolescentes. Es por todo esto que considero que el respeto de estos derechos debe ser la principal tarea del Estado.

Para desarrollar este tema he dividido el trabajo en tres capítulos. En el primer capítulo, he considerado el planteamiento del problema, seguido de la justificación sus objetivos, hipótesis, variables y el marco metodológico. Así mismo en el segundo capítulo he considerado adecuado exponer y desarrollar a fondo el principio del Interés Superior del niño, principio pilar y en el que se basan todos los legisladores para poder actuar conforme a derecho.

El desarrollo del tema central es parte del capítulo tres, donde en primer lugar, me centraré en analizar los antecedentes de la violencia, para con esto poder hacer visible el por qué se llega a recurrir a esta, además trataré la delimitación conceptual de la violencia familiar así como las consecuencias que desencadena tanto en los niños como en la mujer el sufrimiento de esta problemática social. Asimismo, analizaré regulación que nuestro ordenamiento jurídico recoge sobre la violencia familiar y, por último, ahondaré en la judicialización de

las problemáticas familiares, el por qué debo permitir que el Estado se introduzca en mi esfera familiar para regular estas situaciones.

Para finalizar, plantearé recomendaciones como solución legal a esta problemática social, con el fin de que estos niños adquieran y cumplan en el futuro con las expectativas que toda nuestra sociedad tiene para ellos.

1.1.- Planteamiento del problema

La violencia familiar es un fenómeno social que se viene suscitando en nuestro país, no siendo ajeno nuestro departamento de Lambayeque. Ante este problema social claramente visible y más allá del esfuerzo, el empeño y la buena voluntad de quienes deben afrontar diariamente el drama de la niñez y la adolescencia desprotegidas, se requieren políticas públicas que permitan a las familias cuidar y educar a sus hijos. Creo que no es justo ni nada satisfactorio saber que en nuestro país el índice de maltrato infantil se presenta en su mayoría, en el ámbito familiar. Esto en definitiva no debe suceder. Los padres deben ser los primeros y los principales tutores y cuidadores de la integridad tanto física como psicológica del menor.

El menor debe sentirse protegido, amado, y quiénes mejor que sus padres para brindar todo el apoyo y cariño que necesita cada niño en cada etapa de su vida. Ya que he mencionado la trascendencia del tema, es acertado señalar que en el presente trabajo se realizará un análisis profundo sobre las implicancias que acarrea la violencia que se da en el seno de las relaciones familiares y el tratamiento legal que se le da al régimen de visitas, régimen que reconoce nuestro ordenamiento jurídico.

El derecho del menor es un derecho autónomo, es decir tiene un sujeto propio, que es el niño y el adolescente. Tiene un objeto propio, que es el carácter tuitivo y tiene una legislación propia, la cual se da mediante el Código de Niños y Adolescentes y la ley 26260, también llamada “Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar”. Es por todo esto que considero que el respeto de estos derechos debe ser la principal tarea del Estado.

Para desarrollar este tema, he considerado adecuado exponer a fondo el principio del Interés Superior del niño, principio pilar y en el que se basan todos los legisladores para poder actuar conforme a derecho, esto permite centrarme en analizar los antecedentes de la violencia, para con esto poder hacer visible el por qué se llega a recurrir a esta. Además trataré la delimitación conceptual de la violencia familiar así como las consecuencias que desencadena tanto en los niños como en la mujer el sufrimiento de esta problemática social.

También es importante analizar la regulación que nuestro ordenamiento jurídico recoge sobre la violencia familiar, ahondando en la judicialización de la problemática familiar,

especialmente el por qué debo permitir que el Estado se introduzca en mi esfera familiar para regular estas situaciones.

1.2.- Formulación del problema

¿Es correcto o no que un juez le otorgue un régimen de visitas al padre agresor para que siga manteniendo contacto directo con su menor hijo al que ha maltratado? y ¿Cómo se garantiza legal y jurisdiccionalmente la protección y mejoramiento de las relaciones entre la víctima y agresor en violencia familiar.

1.3.- Hipótesis

La presente investigación se basa principalmente en que si bien es cierto, la regulación de la violencia psicológica en el Derecho Civil peruano es muy deficiente, puesto que no existe una valoración clara del daño a la persona, no se puede llegar a probar en forma certera la magnitud del daño, dado que el efecto se da en la esfera subjetiva de la persona. Esto hace que se desvalore los efectos dañinos de la violencia psicológica, lo cual trae como consecuencia una desprotección hacia la víctima. Sin embargo, soy de la idea que a pesar de esas deficiencias que tenga el ordenamiento peruano, es primordial que tanto la víctima como su familia se acerquen a las instituciones públicas y privadas especializadas en problemas de violencia familiar para que les puedan brindar la terapia y la orientación que le ayudarán a encontrar la mejor solución a este problema; por lo que las posibles hipótesis se hallan vertidas en que:

- Producida la agresión, el agresor no debe tener consideraciones a su favor, hasta en tanto las víctimas superen la crisis y el trauma, o consientan el retorno sin muestras de temor o necesidad alguna.
- El status vivencial del menor, se ve afectado al ser separado por parte de uno de sus progenitores como consecuencia de la Crisis de Pareja causada por la Violencia Familiar.

De tal manera, iré poco a poco estudiando y analizando cada una de las hipótesis presentadas, a fin de adherirme a una de ellas y de tal manera resolver la interrogante planteada; emitiendo una opinión propia respecto del presente proyecto de investigación, para esto debo de analizar doctrina, jurisprudencia, legislación y finalmente adoptar una postura correcta que aporte a la sociedad y comunidad jurídica en cuanto a los ***“El Interés Superior del Niño y el Agresor en el Régimen de Visitas dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano”***.

1.4.- Objetivos

2.5.1.- Objetivos Generales:

Determinar si es correcto o no que un juez le otorgue un régimen de visitas al padre agresor para que siga manteniendo contacto directo con su menor hijo al que ha maltratado y explicar cómo se garantiza legal y jurisdiccionalmente la protección y mejoramiento de las relaciones entre la víctima y agresor en violencia familiar.

2.5.2.- Objetivos Específicos:

- Determinar en qué medida el régimen de visitas por parte del agresor afecta psicológicamente en la necesidad de superar una crisis de pareja y familia a causa de la violencia familiar.
- Analizar si es correcto o no que un juez le otorgue un régimen de visitas al padre agresor para que siga manteniendo contacto directo con su menor hijo al que ha maltratado.
- Explicar cómo se garantiza legal y jurisdiccionalmente la protección y mejoramiento de las relaciones entre la víctima y el agresor en violencia familiar

1.5.- Marco teórico

1.5.1.- Antecedentes

Toda investigación requiere de esfuerzo, es por eso que para la realización de este proyecto, he recurrido a diversas fuentes bibliográficas como lincográficas. Para lo cual he visitado distas bibliotecas tanto de la ciudad (Lambayeque- Chiclayo) como de otras ciudades, así tenemos la biblioteca de Derecho de la “Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo”, “Universidad Santo Toribio de Mogrovejo”, “Universidad de Señor de Sipan”, “Universidad Particular de Chiclayo”, como también la Biblioteca de la “Universidad Privada Antenor Orrego” Trujillo. Por lo cual, estos antecedentes de estudio han sido recopilados de distintos lugares del Perú con la finalidad de “dar respuesta a mi problema planteado”.

ESPINOZA MATOS, MARIA (2000) “Violencia en la Familia en Lima y en el Callao”.

Las meditaciones acerca de un adecuado ejercicio del derecho-deber de comunicación se centran, precisa y particularmente, en las situaciones de crisis de la pareja parental. El progenitor no conviviente continúa detentando la titularidad de la responsabilidad parental, con todo lo que ello supone: la relación con el niño, participando en su educación y formación. A la vez, la comunicación forma parte del elenco de derechos subjetivos familiares, caracterizados por ser correlativos y recíprocos; son correlativos, por cuanto existen entre dos sujetos unidos por vínculos de familia. Son recíprocos porque a cada derecho corresponde un deber.

ETO CRUZ, GERARDO (1989) “Derecho de Familia en la Constitución y el Nuevo Código Civil”.

Se debería suspender el régimen de visitas de los menores respecto al progenitor agresor, salvo que éste demostrase que la comunicación es buena para los hijos, y ello expresa la abogada, debería acordarse en las medidas previas de separación, dado que:

- Los menores necesitan recuperarse psicológicamente del maltrato sufrido, lo que no será posible si no hay un distanciamiento del agresor. Por estar en periodo de desarrollo y formación de conciencia, los menores no pueden discernir la anormalidad del comportamiento violento del progenitor.

- Los patrones y valores culturales se interiorizan en el periodo de desarrollo.
- El mecanismo con que la violencia se perpetúa es en el aprendizaje de los modelos paternos y maternos, de tal forma que los niños mimetizan el comportamiento del padre y las niñas el comportamiento de la madre, afectando por ello de un modo cualitativo su comportamiento de adultos.

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS (2014) “Daño a la persona: Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano”.

El daño a la persona significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal, comprendiéndose dentro de él "hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana". Para muchos, una de las manifestaciones más graves de la violencia es aquella que se presenta en el medio familiar; puesto que es la que más daño puede causar al individuo, a la familia y a la sociedad, dado que es la que con más frecuencia actúa en nuestra vida cotidiana, constituyéndose en una parte fundamental del patrón de convivencia y cultura humanas.

CHAVEZ ASENCIO, MANUEL (2002) “Conflictos Familiares, su prevención y tratamiento”.

El contenido de “interés superior” ha de ser necesariamente abierto a fin de evitar el peligro que conlleva una enumeración cerrada de supuestos de hecho: Se correría el riesgo de dejar fuera otros que también podrían responder a dicho principio. Y es que tal es el modo de funcionar de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” que aunque se refieren “a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto”. El “interés superior” es lo que técnicamente se denomina un “concepto jurídico indeterminado” que impide la “congelación” de un contenido concreto, permitiendo, en consecuencia, su aplicación a un mayor número de situaciones.

BERMUDES TAPIA, MANUEL (2011); “La Constitucionalización del Derecho de Familia”.

El individuo aislado no existe, sino que la unidad es la familia, como sabemos, la organización familiar tiene un marcado vínculo con la Constitución, representa un elemento esencial del Estado porque éste no es sino la organización jurídica de una agrupación de familias donde se infiere su importancia. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado

YAÑEZ DE LA BORDA Y DADOR TOZZINI (2000) “Discriminación Sexual y Aplicación de la Ley”.

La violencia contra la mujer es una de las prácticas más antiguas y extendidas en todas las sociedades. Habiéndose mantenido casi imperceptible durante siglos, es recién a partir de la segunda mitad del siglo XX que, como consecuencia de la humanización de los derechos, el tema se hace público y comienza a incorporarse en las Constituciones y en los foros internacionales de discusión, explicitando estos derechos y reconociendo a las personas como sujetos de Derecho Internacional.

6.1 Metodología

6.1.1.- Variable

- **Variable Independiente:** Las medidas de protección

Indicadores:

- a) Derechos del Agresor:
- b) Convivencia del Agresor
- c) Deficiencia Tutelar.

- **Variable Dependiente:** La violencia familiar.

Indicadores:

- a) Agresión
- b) Filiación
- c) Económico.
- d) Psicológico
- e) Derechos
- f) Tutela Efectivo

7.1- Marco Metodológico:

7.1.1.- Método Empleado:

Para la realización de la presente investigación, se va a establecer una relación metodológica ubicada en el método cualitativo, ya que por medio del cual estableceremos las relaciones teórico-doctrinarias y jurisprudenciales del objeto de investigación, este método nos va a permitir ver los aspectos que van surgiendo desde el fondo de la investigación.

“La investigación cualitativa requiere un profundo entendimiento del comportamiento humano y las razones que lo gobiernan. A diferencia de la investigación cuantitativa, la investigación cualitativa busca explicar las razones de los diferentes aspectos de tal comportamiento”¹. En otras palabras, investigar el por qué y el cómo se tomó una decisión, en contraste con la investigación cuantitativa la cual busca responder preguntas como cuál, dónde, cuándo. La investigación cualitativa se basa en la toma de muestras pequeñas, esto es la observación de grupos de población reducidos, como salas de clase, etc².

“La investigación cualitativa es un método de investigación usado principalmente en las ciencias sociales que se basa en cortes metodológicos basados en principios teóricos tales como la fenomenología, hermenéutica, la interacción social empleando métodos de recolección de datos que son no cuantitativos, con el propósito de explorar las relaciones sociales y describir la realidad tal como la experimentan los correspondientes”³.

Para efectos de mi investigación efectuaré un análisis detallado para Determinar si es correcto o no que un juez le otorgue un régimen de visitas al padre agresor para que siga manteniendo contacto directo con su menor hijo al que ha maltratado y explicar cómo se garantiza legal y jurisdiccionalmente la protección y mejoramiento de las relaciones entre la víctima y agresor en violencia familiar que sustenta las variables a la luz de jurisprudencia, doctrina y legislación. En consecuencia utilizaré el análisis y la síntesis como procedimientos; y como técnicas la observación indirecta y el fichaje con ficha bibliográficas, textuales y de resumen, que permitirá recoger, organizar y

¹ CARRASCO DÍAZ. Santos. *Metodología de la Investigación Científica*, San Marcos, Lima, 2007, p. 225.

² Cfr. FLORES OCHOA. Rafael. *Hacia Una Pedagogía del Conocimiento*, Editorial Me graw Hill, Colombia. 2006, p. 123

³ CHIROQUE CHUNGA, Santiago. *Pedagogía*, Facultad de Educación San Marcos, Lima, p. 120

presentar la información extraída de las fuentes primarias.

7.1.2- Técnica e Instrumento de Recolección de Datos

• Fichaje

El fichaje es una técnica utilizada especialmente por los investigadores. Es un modo de recolectar y almacenar información. Cada ficha contiene una información que, más allá de su extensión, le da unidad y valor propio.

Tipos de fichas:

- **De resumen:** contienen el resumen de un libro completo, de un capítulo, o de un apartado de un libro.
- **De síntesis:** contienen la síntesis de un libro completo, de un capítulo, o de un apartado de un libro.
- **De citas:** contienen una afirmación textual (y no un conjunto encadenado de afirmaciones como el resumen y la síntesis).
- **Personales:** contienen una idea que se nos ha ocurrido y que queremos conservar evitando que caiga en el olvido. No lleva indicación bibliográfica.

• El Análisis Documental

“Es una forma de investigación técnica, un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación”⁴. Comprende el procesamiento analítico - sintético que, a su vez, incluye la descripción Bibliográfica y general de la fuente, la clasificación, indicación, anotación, extracción, traducción y la confección de reseñas⁵. El tratamiento documental significa extracción científico-informativa, una extracción que se propone ser un reflejo objetivo de la fuente original, pero que, soslaya los nuevos mensajes subyacentes en el documento.

⁴ CHIROQUE , Op.Cit.,p.120

⁵ Cfr. CARRASCO DÍAZ. Santos. *Metodología de la Investigación Científica*, San Marcos, Lima, 2007,p. 226

CAPITULO II

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

2.1 Antecedentes:

La aprobación en 1989 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX. El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños. El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención.

La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas. Los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general. En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de

principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de "interés superior del niño".

Es en este marco que propongo analizar la noción del "interés superior del niño", fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención. Generalmente, se cree 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 extra-jurídico.

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 consagra. En este artículo intento desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella. De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda

fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce. El objetivo principal de este artículo responde a la necesidad de aportar a la discusión hermenéutica sobre el interés superior del niño, una concepción garantista que promueva la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos.

2.2 Teoría Jurídica:

La Convención contiene "principios" -que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"- entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3). Estos principios - como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: 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 la que se atenderá será el interés superior del niño".

En conclusión, 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 un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida 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.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio", siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos"¹⁰. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

2.3 Interés Superior del niño:

Es necesario ahondar en el significado del principio del Interés Superior del Niño puesto que forma parte de las llamadas “nociones-marco”, particularmente frecuentes en el derecho de familia. El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) como un principio fundamental. Fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño⁶, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos. En esta Declaración se afirma que el principio del “interés superior” ha de ser la “consideración primordial” en la toma de decisiones relativas a todo niño.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece: “*El*

⁶ La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño es el primer texto histórico que reconoce la existencia de derechos específicos para las niñas y niños, además de la responsabilidad de las personas adultas sobre su bienestar. Sin embargo, este texto no tenía fuerza vinculante para los Estados. Fue adoptada por la Sociedad de Naciones, predecesora de la Organización de Naciones Unidas, en 1924

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 (CDN), 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”*².

Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) también reconoce este principio, al señalar que la infancia tiene *“derecho a cuidados y asistencia especiales”*. En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los *“Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”*.

Pero, ¿qué significa que todo tendrá como consideración primordial el interés superior del niño? La propia Convención de los Derechos del Niño no define qué sea dicho “interés superior”, ni delimita cuáles son los factores que lo componen. A pesar de ello, indica que *“una consideración primordial que se atenderá”* en todas las medidas que afecten a los niños, ya sean emprendidas por instituciones públicas o privadas *“será el interés superior del niño”*.

Para GARCIA DE ENTERRIA⁷, el contenido de “interés superior” ha de ser necesariamente abierto a fin de evitar el peligro que conlleva una enumeración cerrada de supuestos de hecho: Se correría el riesgo de dejar fuera otros que también podrían responder a dicho principio. Y es que tal es el modo de funcionar de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” que aunque se refieren “a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen

⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN [2011]. Curso de derecho administrativo Tomo I. Décima quinta edición. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, p.482). Es más, la necesidad de valorar cada caso en función de las circunstancias sociales permite una interpretación favorable al interés superior del niño así como posibilita la adaptación de la norma a la realidad social. El problema que se plantea es que puede haber visiones incluso contradictorias sobre qué constituya el “interés superior del niño” en cada caso. En efecto, decidir que se corresponde mejor con tal interés, a menudo resulta algo difícil al no existir una única respuesta evidente e irrefutable.

bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto”. El “interés superior” es lo que técnicamente se denomina un “concepto jurídico indeterminado” que impide la “congelación” de un contenido concreto, permitiendo, en consecuencia, su aplicación a un mayor número de situaciones.

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 éste 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.

De otra parte, conviene precisar que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso “*ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño*”.

Por lo tanto son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida. Son estos reclamos de supervivencia, desarrollo y formación, de afecto y alegría, los que demandan derechos que conviertan los requerimientos en exigencias y realidades. Para poder lograr esto se debe analizar **cada caso en concreto** puesto que no se puede encasillar esta problemática con una solución general. Cada caso es diferente y por ende, debe obtener una solución legal que concuerde y vaya en relación al interés superior del niño.

2.4 Regulación en el Ordenamiento Jurídico Peruano y la Prioridad de las políticas públicas para la infancia:

La formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo. Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros.

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos "compiten" por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para éstos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

2.5 La relevancia del principio del interés superior del niño:

En nuestra opinión, se trata de uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a como lo establecen los estándares internacionales, en particular el artículo 1° de la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante la CDN), niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Evidentemente, se pueden apreciar ciertas diferencias entre una persona de 5 años y una persona de 14 ó 15 años, tal como lo hace Saramago en su autobiografía de la infancia, razón por la cual, en la terminología moderna se habla de niño y adolescente, como dos situaciones jurídicas que, a partir de un lenguaje común, deberían recibir un tratamiento diferenciado.

Con todo en ambos casos, uno de los principios rectores en materia de derechos del niño – niños y adolescentes– es el principio del interés superior del niño. Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general. En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l’*intérêt supérieur de l’enfant*”.

Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un “principio general de derecho”, de aquéllos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

2.6 Definición de la presunción pater is est:

La presunción pater is est puede ser encontrada en nuestro Código Civil a partir del artículo 404 que menciona que “si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo se puede admitirse la acción en caso de que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”. Así mismo, el artículo 396 del Código Civil dice que “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido una sentencia favorable”. Todo lo mencionado quiere decir que, cuando un niño nace dentro de un matrimonio se presume que este es hijo del esposo (presunción de paternidad) y, en este caso, solo podrá ser reconocido después que el último mencionado lo hubiese negado.

Siguiendo lo estipulado por Hernán Corral se pueden identificar distintos caracteres: esta presunción es de carácter legal que admite prueba en contrario, pero esta debe ofrecerse dentro de los límites impuestos por la ley. Así mismo, opera por el simple ministerio de la ley, aun antes de su recepción en el Registro Civil. El fundamento que podemos encontrar en esta es que satisface una necesidad social ya que desde que el niño nace, puede contar con un padre y esto implica una protección por parte de este.

En este sentido, Rocío Vargas menciona que la presunción tiene el fin de proteger al niño y a su propia identidad antes que a la protección de la familia. Siguiendo esta vía, dice que: “El niño adquiere un papel central como sujeto de protección de la presunción pater is est. En efecto, el derecho a la identidad del hijo se encuentra garantizado mediante la aplicación de dicha presunción. El hijo de la mujer casada tendrá un vínculo paterno filial ya establecido por la ley y en consecuencia, el nombre y el contenido de la identidad que se deriva del título de estado adquirido resultan garantizados.

Por lo tanto, para materia de esta investigación entenderé a la presunción pater is est como “(...) una regla que establece legalmente quién es el padre cuando se cumplen ciertos requisitos”, es decir, es aquello que implícitamente crea una relación paterno-filial que permite, principalmente, el bienestar y la protección de la identidad del niño

2.7 Análisis de los derechos del niño a partir del Principio de Interés Superior del Niño

2.7.1 Identidad: El artículo 2 inciso 1 de la Constitución menciona que toda persona tiene derecho “a la vida, a su identidad, a su integridad moral psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. Sin embargo, a partir de lo expuesto, ¿qué significa tener derecho a la identidad?.

Desde un punto de vista psicológico, la identidad constituye “(...) un sistema de símbolos y de valores que permiten afrontar diferentes situaciones cotidianas. Opera como un filtro que ayuda a decodificarlas, a comprenderlas para que después funcione”. Otro punto de vista señala que es un “derecho humano que se expresa en la

imagen y circunstancias que determinan quién y qué es una persona. Se hace efectivo con un nombre, una identificación y una nacionalidad”. Por su lado, el Código del Niño y Adolescente menciona que este incluye “el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad”.

En este sentido, el derecho a la identidad lo tiene toda persona al nacer y este incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Esta es la prueba de la existencia del individuo como parte de una sociedad que lo caracteriza y lo diferencia de los demás. Es por ello que este derecho es muy importante pues es un requisito crucial para el ejercicio de otros derechos, así como también para que el Estado pueda proveer servicios importantes como programas sociales, de salud, etcétera

Por lo tanto, entenderemos por identidad al “conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad (...) es el complejo de datos biológicos, psíquicos y existenciales que, pese a que todos los seres humanos sean iguales, determina la ‘mismidad’, el ser ‘uno mismo’, es decir, un derecho que permite el ejercicio de otros, a partir de un conglomerado de singularidades, ya sea biológicos o psicológicos, que permite diferenciar al individuo de los demás presentes en la sociedad.

2.7.2 Filiación: la determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación cuyo fundamento natural sería la procreación. Es entonces que, la determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta. En este sentido, existen dos clases de filiación: la matrimonial y la extramatrimonial. El primero se caracteriza a partir de la unión de matrimonio entre los progenitores y, en el segundo, el padre se caracteriza por no tener un estado legal vinculante con respecto al descendiente, es decir, no existe acto jurídico matrimonial, por lo que, para establecerla, se debe reconocer al menor o se debe dar una declaración judicial.

Así mismo, Jaime Sanz-Diez menciona que la filiación es “la relación o vínculo que se establece entre una persona y sus progenitores. Inicialmente es un puro hecho biológico que basa pues, en el vínculo natural de sangre que se crea cuando una persona ha sido procreada o engendrada por otra. El derecho recoge esta relación y la regula, creando una relación jurídica entre padres e hijos”. Este menciona los efectos básicos de la filiación: El derecho a los apellidos, en relación con el tema de identidad; la patria potestad, en caso de que el hijo sea menor de edad o incapacitado; el derecho a los alimentos, que obliga al padre o la madre a velar por los hijos menores y prestar alimentos, y los derechos sucesorios, respecto al tema de herencia.

En esta misma vía, teniendo en cuenta lo expuesto por Rocío Vargas, la filiación se basa fundamentalmente pero no exclusivamente a un hecho natural. Menciona que este es un estado, pues frente al orden jurídico, el hecho natural de la procreación representa un “estado”, que genera una posición frente al orden jurídico y que, así mismo, genera una serie de derechos y obligaciones entre el procreado y procreante. Finalmente, dice que la filiación supone siempre una investidura legal ya que es el derecho el que determina el tipo de filiación, presunciones y presupuestos que sustentan cada tipo de filiación.

Siguiendo con esta idea de “estado”, Enrique Varsi menciona que la filiación implica un triple estado: el estado jurídico, el cual se encuentra asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; estado social, el cual se encuentra relacionado respecto de una a otras personas y el estado civil, el cual implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y la sociedad.

En tanto esta triplicidad se encuentre en armonía, la filiación en concordancia con el derecho a la identidad, tendrían como consecuencia un “estado de familia” efectivo. Es muy importante recalcar que, uno de los fines de la determinación de filiación es, como menciona Jaime Sanz-Diez, es el predominio de la verdad biológica. En este sentido, se busca una verdad material que permite a la persona definirse e individualizarse, en aras de evitar conflictos como paz familiar.

Por lo tanto, entenderemos por filiación como una relación existente entre dos personas donde una es descendiente de la otra, ser por un hecho natural o por un acto jurídico, que genera efectos a partir de esta.

2.7.3 Nombre: El artículo 19 del Código Civil menciona que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre y que este incluye los apellidos. Esto quiere decir que al nacer, con el fin de una identificación e individualización, debe tener un nombre que se hace efectiva a través de la inscripción del nacimiento en la Oficina de Registro de Estado Civil, y, con ello, poder ser reconocido como un ciudadano lo cual también permite la posibilidad de ser protegido por el Estado y el de ejercer otros derechos.

Así mismo, el Tribunal Constitucional refuerza esta idea mencionando que: El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás (...) permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona en una familia. Mediante el nombre se hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía, la educación, la seguridad social, el trabajo y la obtención de una partida de nacimiento, entre otros. Esto quiere decir que el nombre es una forma de identificación y que esta es indispensable para la persona ya que nos permite la pertenencia hacia un grupo social y la tutela de los diversos derechos que se poseen por parte del Estado. De la misma manera, el artículo 7 de la Convención Sobre los Derechos del niño afirma lo mencionado diciendo que “el niño [debe ser] inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.” No respetar este derecho no solo implica no ser considerado en la planificación del desarrollo social que no permitan tomar las decisiones políticas y presupuestarias, sino también que no se tenga la posibilidad de saber quién es uno realmente y de donde proviene, que lo marcará por siempre en el camino que le tocará transitar en la vida.

En conclusión, debemos entender por este como un derecho que permite la individualización e identificación de la persona en el mundo, es decir contribuye a la identidad al facultar la posibilidad de saber de dónde proviene uno, y dando la

posibilidad de proteger los derechos que el individuo posee por parte del Estado, por lo que, vulnerar este derecho sería poner un obstáculo para el libre desarrollo de la vida de la persona.

2.8 La presunción pater is est a partir de la Casación No. 2726-2012-DEL SANTA

2.8.1 Presentación del caso: Este caso presenta la situación en la que el padre biológico de una menor de edad, Nolberto Hugo Roca Maza, interpuso una demanda solicitando como pretensión principal la impugnación de reconocimiento de paternidad contra la madre legal, Eva Elvira Cárdenas Rosales, y el padre legal, Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, de la hija menor ya que esta nació dentro del matrimonio por lo cual la filiación está en función de la presunción de hijo matrimonial.

Como pretensiones accesorias se dispuso que se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro Arturo Guerrero a favor de la menor y que se declare la paternidad de la menor indicada a favor del recurrente en calidad de padre biológico, ordenándose su inscripción en la correspondiente Partida de Nacimiento. El demandado, Teodoro Arturo Guerrero, contesta la demanda señalando que el 22 de enero de 1994 contrajo matrimonio civil con la demanda Eva Elvira Cárdenas cuyo fruto de su unión conyugal nació la menor hija, el 20 de agosto de 1999 y que, dentro del plazo legal, se hizo el reconocimiento.

Se sostuvo que su hija nació durante el matrimonio y que vivieron en familia hasta el 2003, año en el que los demandantes decidieron iniciar un proceso de separación convencional y divorcio ulterior, cuyo acuerdo se dio en función de la tenencia, alimento y régimen de visitas. Así mismo, se menciona que el demandante salía a pasear con la niña los fines de semana, la llevaba a la casa donde habitaba con sus padres y hermanos y se hacía cargo de ella incluso cuando enfermaba.

En ese sentido, esta concluía que la niña fue reconocida dentro de la unión conyugal y nunca se negó la paternidad del mismo. Sin embargo, en primera instancia, el 20 de diciembre de 2009, el Juzgado Mixto de Huarmey declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad y en consecuencia,

declara inaplicable para el proceso los artículos 396 y 404 del Código Civil teniendo en cuenta el artículo 2 inciso 1 de la Constitución.

Por consiguiente declara la paternidad a Nolberto Hugo Roca Maza a favor de la niña y se ordena a la Municipalidad Provincial de Huarmey extender nueva partida de nacimiento en sustitución de la anterior. En segunda instancia, el demandado interpuso un recurso de apelación por lo que la Segunda Sala de la Corte Civil de Justicia Del Santa, revoca la sentencia apelada y reformándola la declara improcedente ya que se tiene en cuenta que la niña es hija nacida dentro del matrimonio por lo que no sería aplicable el artículo 386 del Código Civil, hijo extramatrimonial.

Así mismo, el cónyuge de la madre, en este caso el demandado, no impugnó su paternidad y que se entiende por tanto que este ha manifestado su voluntad al no hacerlo por lo que tampoco concurren los presupuestos estipulados en el artículo 376 del Código Civil respecto a la titularidad de acción de negación. Contra esta, se interpuso un recurso de casación por el demandante cuya consecuencia fue que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema la declara fundada y, por consiguiente, se ordenó que el Colegiado Superior expida una nueva resolución, aludiendo a que este debe emitir un pronunciamiento en relación al control difuso teniendo en cuenta el inciso I del artículo 2 de la Constitución, que hace referencia a la identidad, y los derechos conexos a esta, y que se debe tener en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño.

Ante esto, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emitió un nuevo pronunciamiento y la declara improcedente debido a que quien postula la demanda no es la niña, quien por medio de un representante legal podría invocar su derecho a la identidad sino el presunto padre biológico. Así mismo, se consideró que los artículos 397 y 404 del Código Civil no estaban afectando, limitando ni vulnerando algún derecho de la niña, por lo que se concluye que el demandante no tiene interés para obrar respecto a la impugnación de reconocimiento de paternidad.

Finalmente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación interpuesto por Hugo Roca Maza, casaron la resolución impugnada y, en consecuencia, declararon nula la resolución de vista expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa. Se confirmó la resolución apelada que declaraba fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad. Esto es debido ya que se tuvo en cuenta que los padres biológicos y la niña hacen vida familiar, además que el informe psicológico hecho a la niña muestra que esta se identifica con la familia mencionada anteriormente, lo que afirma su filiación. Por tanto, por medio de un control difuso, se inaplicó los artículos 396 y 404 del Código Civil, aludiendo al Principio de interés superior del niño y al artículo 2 inciso 1 de la Constitución respecto a la identidad personal.

2.8.2 Análisis del caso: Para el análisis de este caso es necesario ir paso a paso por las fases que esta sentencia ha tomado. Se menciona que se hace una demanda solicitando una impugnación de reconocimiento de paternidad contra los padres legales, cuya alusión del demandante es que es el padre biológico siendo respaldado por una muestra de ADN que mostraba la filiación existente con la niña.

Como vimos en el avance anterior, la filiación se da a partir de una relación entre dos personas en la que una es descendiente de otra y esta relación se da por un hecho natural o por un acto jurídico. En este caso, Nolberto Hugo Roca como Elvira Cárdenas tendrían una filiación natural con la niña, mientras que Teodoro Arturo Guerrero tendría una filiación legal, a partir del artículo 404 del Código Civil, que lo desarrollaremos a continuación. Por tanto, es necesario para el desarrollo de este análisis, tener en cuenta ciertas disposiciones mencionados en el Código Civil: El artículo 404 menciona “si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”.

Además, el artículo 396 dice que “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido una sentencia favorable”. En resumen, cuando un niño nace dentro de un matrimonio se presume que este es hijo del cónyuge (presunción de paternidad) y, en este caso, solo podrá ser reconocido después que el último mencionado lo hubiese negado.

En este sentido, se podría creer que la sentencia emitida por la Corte Suprema es inconstitucional ya que se inaplicaron los artículos antes mencionados. No obstante, es necesario tener en cuenta ciertas precisiones: En teoría, lo pedido por el demandante no podría ser acatado, como lo reflejo la Corte Superior, debido a que lo que se pide es una inaplicación de los artículos expuestos anteriormente ya que lo que menciona el caso es que la niña nació dentro del matrimonio y no hubo una voluntad de renuncia por parte del demandado.

Así mismo, en el caso se hace una mención respecto a la legitimidad para obrar. Esto quiere decir que la ley autoriza al sujeto, ya sea en posición de demandado o demandante, a formular una pretensión determinada o a contradecirla o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistentes un interés en su resultado

Es por ello que se menciona que el demandante no tiene legitimidad para obrar activa pues, según la Corte Superior, debería ser la niña la que, por medio de un representante legal, reclame su derecho a la identidad, siendo este un presunto padre biológico y no teniendo potestad para alegarla. Ante esto, la Corte Suprema menciona al control difuso, definido como “(...) una facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley y ésta sobre cualquier otra norma de rango inferior”.

De igual forma, el artículo 51 de la Constitución dice que esta “(...) prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad esencial para la vigencia de toda norma del Estado”. En esta misma vía, el artículo 138 alude a la supremacía constitucional por lo que

explica que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior”.

En este sentido, es relevante mencionar a la pirámide de Kelsen, que alude a la jerarquización de las normas, en la que la Constitución prima frente a todas las existentes, por lo cual, cualquier norma que vaya en contra de ella sería inconstitucional. Por lo tanto, aplicar los artículos 396 y 404, sería ir en contra de lo expuesto por el artículo 2 inciso 1 de la Constitución pues la aplicación de las primeras no permitirían el libre desarrollo de la identidad y, por tanto, tampoco de la personalidad. Se afirma esto pues, la identidad, como se ha mencionado anteriormente, es entendido como “(...) el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es; es decir, el derecho a ser individualizado según los determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo, como nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, y demás”, por lo que, a partir de un criterio de filiación, se puede saber quién es el padre del menor, en el sentido de que permite la individualización de la persona.

Se debe tener en cuenta que las interpretaciones de los casos no se pueden dar en función de un mero imperio de la ley, es decir, aplicar de forma literal las normas sin tener en cuenta la complejidad de la situación. En consecuencia, considero que lo emitido por la Corte Suprema fue lo más favorable, dada su interpretación y la importancia que llegó a darle a la niña. Siguiendo estas líneas, es importante recalcar que en esta sentencia siempre se tuvo presente el principio del interés superior del niño ya que se toma en cuenta lo estipulado en el artículo 3 por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que menciona lo siguiente:

- 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.

- Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
- Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. Esto quiere decir que toda solución expedida, como es en este caso, debe darse en función del bienestar pleno del niño y el Estado debe asegurar esto tomando las medidas necesarias para el cumplimiento.

Por lo que nos lleva a pensar, ¿es realmente la presunción de paternidad el medio necesario para proteger la tranquilidad y felicidad del niño respecto a la identidad de este? Esto lleva a pensar que si bien la presunción paterna es esta, como se mencionó anteriormente, tiene el fin de que cuando el menor nazca exista una plena protección. No obstante, teniendo en cuenta todo lo expuesto, también vulnera el derecho a la identidad, y con esto, el derecho a la filiación, nombre y personalidad e inaplicar los artículos 404 y 396 en casos específicos puede que no llegue a ser lo más justo, dando cabida a gran cantidad de abusos. Esta presunción podría ser perjudicial para el menor si es que el supuesto padre legal no le da las comodidades necesarias por no tener una filiación biológica, lo que llevaría a maltratos y, por consiguiente, vulneraría el Principio de interés superior del niño, al no tener como principal al menor. Es por ello, que para la resolución de esta contradicción, es necesario hacer una modificación pertinente a los artículos expuestos como un medio de solución y respeto en función al Principio de Interés Superior del Niño.

2.8.3 Modificación a los artículos 396 y 404 del Código Civil peruano: Solo para hacer un breve recuento, el artículo 396, como se mencionó anteriormente, alude al hecho de que el padre es el único que puede negar la paternidad y, solo en ese momento, el padre biológico podría alegar esta. Así mismo, el artículo 404 hace alusión directamente a la presunción patrimonial, en el que se deduce que el cónyuge es el padre del menor nacido dentro del matrimonio.

Teniendo en cuenta lo mencionado, considero que las medidas empleadas son injustas y, en vez de velar por el bienestar del niño, permiten gran desprotección, vulnerando el Principio de interés superior del niño y con ello, los derechos que este protege. En este sentido, es de gran importancia exponer las modificaciones propuestas por Rocío Vargas. Atendiendo al artículo 396 propone lo siguiente: El hijo de una mujer casada puede ser reconocido como extramatrimonial, después de que se haya impugnado la paternidad matrimonial y se haya obtenido sentencia favorable. Puede accionarse de manera conjunta la acción de impugnación de paternidad matrimonial y la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal acción se lleva a cabo por el hijo o por la madre del mismo. La acción iniciada por el presunto padre biológico tendrá como consecuencia la impugnación de la paternidad matrimonial y el reconocimiento de filiación extramatrimonial.

Esto lo hace con el fin de “facilitar el acceso a la identidad basada en la verdad biológica, no solo para desvirtuar la paternidad del marido de la madre, sino fundamentalmente para garantizar el derecho a la identidad del hijo”³³. Así mismo, la autora menciona que, en tanto la esfera de derechos del hijo de mujer casada es la que se encuentra directamente afectada por tal presunción, resulta coherente que sea la madre como el hijo, los que tengan la posibilidad de refutarla.

Todo esto tiene razón de ser cuando la presunción no corresponde a la realidad. En efecto, dar la oportunidad de un reconocimiento después de la impugnación permite cumplir con el objetivo del Principio de interés superior del niño que es velar por la seguridad y bienestar de este a partir de la protección de sus derechos como sería en este caso la de la identidad y personalidad. Además, se podría proponer que, para la aplicación de este artículo modificado, se de a pedido del

juez pertinente pues, sería desproporcional respecto a la otra parte en caso de que no existiera duda alguna. Se debe dar en función del caso en concreto. Respecto al artículo 404, la autora propone la derogación, agregando que las propuestas a los artículos 40235 y 36336 son más que suficientes.

No obstante, se considera que aquellas modificaciones no son necesarias. Esto se dice ya que si bien se piensa que la presunción pater is est puede llegar a ser perjudicial, no se debe olvidar el fin por el que se creó esta regla: el bienestar del niño a partir de la protección que el padre puede proveer. En este sentido, se propone que en el artículo 404 se tenga como requisito el análisis de ADN para corroborar la paternidad, es decir, que el reconocimiento no se encuentre solo en función del acto matrimonial existente entre ambos cónyuges sino que el padre biológico, a partir de las pruebas respectivas, pueda cerciorarse de su paternidad y, caso contrario, razón para su impugnación de considerarlo pertinente.

La prueba de ADN sería entonces uno de los supuestos para el reconocimiento del niño. El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses mencionan que “un caso de paternidad es aquel en el que una persona, ya sea hombre o mujer, se le imputa la filiación como progenitor”.

Un problema evidente ante esta modificación podría ser el costo de las pruebas como también el financiamiento por parte del Estado. Sin embargo, es importante que este siempre tenga presente el fin de su existencia, recurriendo al artículo 1 de la Constitución cuya mención hace referencia a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado. Para respaldar lo mencionado, el artículo 4 de la Constitución dice que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueven el matrimonio.

Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Por consiguiente, el Estado se encuentra en la obligación de velar plenamente por la seguridad del niño, que implica así mismo el respeto al Interés Superior del Niño. Esto conlleva a una mayor participación por parte del Estado

y el promover la creación de un nuevo programa social que vele por la seguridad y pleno respecto a los derechos de los niños como también un programa que permita un financiamiento que ayuden al desenvolvimiento de la materia desarrollada. Inclusive, es de gran importancia que este programa genere oportunidades con el fin de obtención de ingresos para los padres que no tengan los recursos económicos para las pruebas de ADN.

Otro problema que podría ser percibido se encuentra relacionado con los apellidos del niño. Como es de conocimiento, al nacer, el niño o niña debe contar con una identidad, por lo cual debe hacerse en el plano administrativo a través de la RENIEC. En este sentido, de encontrarse en el proceso, ¿qué apellidos tendría el niño en la duración de la misma? Frente a ello, la modificación que se propone se encuentra íntimamente relacionada con la sentencia, es decir, en tanto aún no exista sentencia favorable el niño mantendría los apellidos que se encuentran inscritos en la RENIEC.

De acuerdo a las medidas expuestas en este artículo, se considera que estas son idóneas, necesarias y razonables de acuerdo al Test de Proporcionalidad: Se entenderá por principio de idoneidad como el análisis de “la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional”.

Debe entenderse por principio de necesidad como el análisis de la existencia de “medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad a aquellos utilizados para alcanzar el fin constitucionalmente válido. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin”.

Por último, el principio de razonabilidad es “una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”. Por tanto, las medidas son idóneas ya que son las más adecuadas para conseguir la finalidad perseguida que es la protección a la identidad y personalidad siguiendo la línea del Principio de Interés Superior del Niño; necesarias, ya que son las menos lesivas y restrictivas; y, razonables, ya que existe un mayor beneficio que costo.

Es necesario agregar que las modificaciones propuestas deben encontrarse acorde con las Garantías Procesales que velan por el Principio de Interés Superior del Niño mencionadas en la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño:

- a) El derecho del niño a expresar su propia opinión, logrando que este participe activamente y determine su interés superior.
- b) Determinación de los hechos e información, los cuales deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados.
- c) Percepción del Tiempo, en tanto se debe dar prioridad a los procedimientos que se encuentren relacionados con los niños o pueda afectarlos y ultimarlos en el menor tiempo posible
- c) Profesionales cualificados, que cumplan con las características y necesidades que permitan acercarse al niño.
- d) Representación Letrada, el cual debe ser adecuada frente a un proceso
- e) Argumentación Jurídica, en el sentido que cualquier decisión sobre el niño o la niña debe estar motivada, justificada y explicada.
- f) Mecanismos para examinar o revisar decisiones, en tanto el Estado debe establecer mecanismos que incidan en el ordenamiento jurídico para recurrir

o revisar las decisiones que afecten a los niños cuando algo parezca que no va acorde al procedimiento.

Es así como se han proporcionado algunas soluciones con el fin de hacer cumplir el Principio de interés superior del niño a partir de modificaciones a los artículos que hacen referencia a la presunción pater is est. En este acápite, lo que se ha intentado es demostrar es como una sentencia del Tribunal Constitucional apoya la idea de que la presunción pater is est no es precisamente beneficiosa en función al Principio de interés superior del niño. En este sentido, se ha desarrollado el Expediente No. 2726-2012-DEL SANTA y se ha dado la opinión respectiva de este. Es así como se propuso una solución respecto a las pruebas de ADN con el fin de resguardar los derechos conexos a la identidad y al bienestar de los niños.

CAPITULO III

VIOLENCIA FAMILIAR, EL AGRESOR Y SU RÉGIMEN DE VISITAS

3.1 Aspectos Generales:

Debo señalar que en este capítulo trataré de forma universal el tema de la Violencia Familiar. En principio, me centraré en analizar los antecedentes de la violencia, para con esto poder hacer visible el por qué se llega a recurrir a esta; además delimitare conceptual la violencia familiar así como las consecuencias que desencadena tanto en los niños como en la mujer el sufrimiento de esta problemática social.

3.2 Antecedentes de la violencia:

Haciendo un recorrido a través de la historia, en el año 200 a.c. Marco Poncio Catón decía⁸: *“El marido es el juez de su mujer, su poder no tiene límites, puede lo que quiere. Si ella ha cometido una falta, la castiga, si ha bebido vino la condena; si ha tenido comercio con otro hombre, la mata”*.

Cabe señalar que en el derecho consuetudinario –siglo XIV- se consideraba que “está bien que el hombre pegue a su mujer sin matarla y sin herirla, cuando desobedece al marido”, así mismo en la historia del Perú antiguo los cronistas describen a la mujer como alguien que vivía sumisa y pendiente del marido, ya que le servía en el hogar, trabajaba en el campo, llevaba cargas, lo acompañaba en la guerra y en otras tareas, es decir, ayudaba al hombre.

En esta línea equivocada acerca de la mujer, también tuvo acogida en nuestra legislación el Código Civil de 1852 que permitía corregir moderadamente a la esposa y el de 1936 que lo reemplazó, otorgaba mayores derechos el varón en las decisiones del hogar, este tratamiento equivocado, felizmente ha cambiado. Ahora en la actualidad las mujeres cumplen un rol cada vez más importante en nuestra sociedad en todos los sectores económicos, políticos, sociales, etc.

No podemos negar que siempre hubo una corriente de supremacía masculina, no sólo por su naturaleza física sino porque se impone a la fuerza contra la voluntad de la mujer y en nuestro

⁸ FUSTEL DE COULANGES: “*La Historia Antigua*”; Editorial Maxtor, Valladolid, 2006, pp. 113.

país este problema de la violencia familiar afecta directamente a la mujer y a la niñez ya que siempre estuvo presente pero invisible.

Todos los actos de violencia familiar quedaban en ese ámbito y nunca se hacía público. Esta violencia familiar está íntimamente vinculada a normas y patrones socioculturales y en una cultura patriarcal que subordina y discrimina a la mujer, estando presentes en determinadas familias, el “machismo” que impone su voluntad en muchos casos sin mayor consideración ni sentido común en evidente perjuicio de la mujer que es discriminada no sólo en el hogar, sino también en el ámbito laboral, social y cultural; a pesar de ello, existe una verdadera reivindicación y protagonismo de la mujer que por propios méritos ha logrado progresos en su vida personal, familiar, profesional y social.

Pero no sólo existe la violencia contra la mujer, sino que también existe la violencia contra los niños⁹. Algunos estudiosos consideran que la violencia contra los niños es un problema social que acarrea abuso, maltrato físico y mental, el abandono o el tratamiento negligente, la explotación y el abuso sexual afectando la salud física y mental de los niños, perjudicando su habilidad para aprender y socializar y más adelante, socavar su desarrollo como adultos funcionales y buenos progenitores, por lo tanto es la violencia contra la mujer y contra los niños que me centraré a lo largo de esta investigación, ya posee los índices más altos de incidencia.

Finalmente considero que esta violencia familiar no es un asunto privado, y es necesario llevarla a la atención del público, de los medios de comunicación ya que son muy eficaces a la hora de cuestionar actitudes que condonan la violencia y fomentar conductas y prácticas más protectoras. Pueden también ayudar a los niños y niñas a expresarse sobre la violencia¹⁰

3.3 Delimitación Conceptual:

Sabemos que la violencia familiar representa un problema general y como tal, su estudio tiene una gran relevancia social puesto que quien la sufre ve vulnerados sus derechos más

⁹ OBSERVATORIO SOBRE VIOLENCIA DOMÉSTICA; “Congreso “Violencia Doméstica”, Editorial Lerko Print S.A, Madrid-España, año 2003.

¹⁰ AGURTO PERALTA, ROBERTO; “Manual Legal de Protección frente a la Violencia Familiar y los derechos de la mujer, el niño y el adolescente”, 1 era Edición, Cajamarca-Perú, año 2007.

básicos, su integridad física y emocional, por lo tanto La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la violencia, en términos generales, como *“el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o de forma efectiva, contra uno mismo, otra persona, un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daño psicológico, trastorno del desarrollo o privaciones.”*

Asimismo, la OMS afirma que *“la violencia familiar constituye un fenómeno que atenta indiscriminadamente contra la población femenina, convirtiéndose hoy en día en la principal amenaza para su integridad física y psicológica. El elevado impacto sobre la salud de quienes la sufren ha obligado a considerar esta forma de violencia como uno de los mayores asuntos de salud pública y de la defensa de los derechos humanos”*.

A mi parecer no es posible encasillar el concepto de violencia familiar, porque son innumerables las formas como se presenta este problema familiar y social. Sin embargo, la violencia familiar es la que se produce en aquel lugar que debería ser el más seguro: esto es, el propio hogar¹¹

Según el artículo 2º la Ley 26260, la violencia doméstica se manifiesta entre cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia y finalmente, entre uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho.

La violencia familiar se produce cuando uno de los integrantes de la familia, abusando de su autoridad, su fuerza física y su poder, maltrata física, emocional o sexualmente a otro de sus miembros. Se caracteriza por la existencia de una desigualdad de poder entre sus miembros, donde el que tiene el poder lo usa en forma irracional mediante acciones u omisiones físicas, psíquicas y/o emocionales que se dan en forma crónica, permanente o periódica.

¹¹ OBSERVATORIO SOBRE VIOLENCIA DOMÉSTICA; “Congreso “Violencia Doméstica”, Editorial Lerko Print S.A, Madrid-España, año 2003, pp 56.

El Informe mundial sobre la violencia contra los niños y las niñas¹² define la violencia que se ejerce contra estos como: *“El uso deliberado de la fuerza o poder, real o en forma de amenaza que tenga o pueda tener como resultado lesiones, daño psicológico, un desarrollo deficiente, privaciones o incluso la muerte”*. Y también destaca notablemente que la violencia en el hogar es una de las peores formas de violencia que sufren los niños y las niñas teniendo graves consecuencias sobre su desarrollo.

Frente a esto, la Ley 26260 en su artículo 3° ha dispuesto una serie de acciones para frenar la violencia familiar, entre ellas tenemos la de fortalecer en todos los niveles educativos la enseñanza de valores éticos, el irrestricto respeto a la dignidad de la persona y de los derechos de la mujer, del niño, adolescente y de la familia, de conformidad con la Constitución Política del Estado y los instrumentos internacionales ratificados por el Perú. Empezar campañas de difusión, con el propósito de sensibilizar a la sociedad sobre la problemática social antes señalada, difundir los alcances de la presente Ley y condenar los actos de violencia familiar. Promover el estudio e investigación sobre las causas de violencia familiar y medidas a adoptarse para su corrección. Promover a nivel nacional, a través de los gobiernos locales, políticas, programas y servicios de prevención, atención y rehabilitación, como Defensorías de la Mujer, creación de Hogares de Refugio Temporal, servicios de consejería, grupos de ayuda mutua, Defensorías Municipales del Niño y Adolescente, servicios de rehabilitación para agresores, entre otros. Establecer las medidas necesarias a fin de implementar acciones de prevención y atención de la violencia familiar en las zonas rurales del país."

En la actualidad, en nuestro país la violencia familiar está tipificada como un delito y además es considerada como causal de divorcio y de limitación para el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos. Cabe resaltar además, que cuando algún adulto permite, acepta que un miembro de la familia agrede o sea víctima de la agresión, está haciéndose cómplice de la violencia.

¹² SÉRGIO PINHEIRO, P., "Informe sobre violencia contra los niños y las niñas", disponible en la página www.un.org/es de las Naciones Unidas, 2006, pp. 45-109.

Con esto cabe resaltar que los comportamientos violentos se conocen no sólo en la calle, sino que también se forman en el seno familiar¹³. Se tiene que entender que la familia es un ambiente en el que se transmiten prácticas culturales, donde a través de ella se inculcan hábitos, creencias y se intercambian lazos de comprensión y ayuda mutua, pero también se tiene que entender que se transmiten problemas y conflictos.

Con mucha frecuencia los niños que sufren maltrato o vienen de hogares violentos presentan un bajo rendimiento escolar y problemas de conducta. Además se tiende, como he explicado líneas arriba, a que estos niños aprendan estos actos violentos y los ven en un futuro como “normales”. Está probado que aquellos niños y niñas que vienen de hogares con problemas de violencia reproducirán estos mismos actos violentos que vieron de sus padres cuando formen sus propios hogares¹⁴.

Me pregunto ¿Qué es lo que ha originado ese despliegue de violencia familiar en los últimos años? considero, que en los últimos años si bien hay un gran aumento de denuncias interpuestas por las víctimas, esto no quiere decir que la violencia en el ámbito doméstico ha aumentado en estos años, sino que es resultado del gran despliegue de recursos sociales y ayuda o sensibilidad social ante este problema, con lo cual se logra que las mujeres se sientan más respaldadas e incluso más informadas¹⁵. Esto trae como principal consecuencia que las víctimas cambien ese “chip” ancestral de aguante y resignación por el de cuidado y manifestación de sus derechos.

3.4 El ciclo de la Violencia:

El ciclo de la violencia es lento, a veces dura muchos años y pasa por diferentes fases; primero es el insulto, el chantaje, el aislamiento de la mujer ante su familia y amigos; después

¹³ Para CAROZZO CAMPOS, la violencia familiar son “aquellas acciones u omisiones que se producen entre los componentes del núcleo familiar. Abarca desde sus manifestaciones individualizadas por los estilos propios de la familia patriarcal hasta toda la gama identificada como violencia física y psicológica”.

¹⁴ CHAVEZ ASECIO, MANUEL; “Conflictos Familiares, su prevención y tratamiento”, Universidad Extremado de Colombia, 1era Edición, Colombia, año 2002

¹⁵ Elementos como la familia, la escuela y la televisión tienen un papel y una influencia importantísima. Educar supone construir la identidad dentro de una ética y una moral, en el desarrollo de los valores básicos para la vida y la convivencia, que libre y progresivamente interiorizados les van a permitir ser más conscientes de la realidad y sobre qué construir y diseñar su proyecto de vida. Valores como el diálogo, el respeto y la tolerancia son los pilares fundamentales en los que sustentar una sociedad igualitaria y justa para todos

la humillación y finalmente “el golpe”. Después la petición de perdón del agresor a la víctima.

La víctima entra en un círculo vicioso, basado en el afecto y la dependencia hacia el agresor. La mujer siempre piensa que es la culpable, que él va a cambiar y así, la víctima empieza a perder amistades, a perder el contacto con su familia y a perder hasta el trabajo.

Ante esta situación el agresor cuanto más control tiene, más poderoso se siente; pero su poder lo asienta en el miedo. La víctima y sus hijos e hijas tienen miedo, miedo a morir, a ser golpeados, viven en un permanente estado de indefensión, las mujeres son incapaces de dar respuesta a las agresiones que están sufriendo, se culpabilizan de la situación, a que las denuncias no surtan efecto, a que la sociedad las vea mal y hasta a verse en la calle y sin recursos

No es fácil romper con todo en la vida, pero es peor y más difícil aún, cuando el sentimiento que gobierna tu vida es el miedo y el constante temor por la seguridad de tus hijos y la tuya propia. La violencia contra las mujeres tiene consecuencias inmediatas y traumáticas para las víctimas y va a condicionar el desarrollo de esas mujeres y sus hijos, pudiendo ser la causa de la perpetuación de la violencia en el seno familiar.

Se debe aprender a manifestar públicamente nuestra posición de rechazo a la violencia contra las mujeres, lo mismo que lo hacemos con otro tipo de violencia. Se debe aprender a ser solidarios con las víctimas y no con los maltratadores. Se debe asumir que tenemos la obligación de intervenir, de que es un problema social que no podemos tapar con nuestro silencio. Sin embargo, considero que hemos sido capaces de sacar la violencia doméstica o violencia hacia la mujer del ámbito privado para que hoy sea un problema de ámbito público. Las mujeres hemos tomado conciencia de que hay que seguir avanzando en lograr la verdadera igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para erradicar de una vez por toda la violencia contra las mujeres y los niños. Hoy por hoy, nuestro deber es proteger a las víctimas

3.5 Violencia familiar:

3.5.1 Regulación en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su tratamiento Internacional:

Considero que la violencia familiar en el Perú ocurre en los diferentes estratos de la sociedad, pero se puede observar por estadísticas, que de preferencia se da en los asentamientos humanos y sectores urbanos marginales. En los sectores altos de la sociedad poco o nada se conoce sobre estos hechos de violencia, lo que se piensa es que por vergüenza lo ocultan y además, para evitar los escándalos.

Es conocido que en las partes más paupérrimas de nuestro país, o en la serranía, por su pobreza y por su bajo nivel educativo, en muchos casos se desconocen los derechos de las personas, por ello generalmente se dejan ser maltratados por su pareja con la creencia que el hombre está facultado para ello¹⁶. Considero que estos sectores donde debe priorizarse una política educativa esencialmente dirigida a la mujer y a los niños, con la esperanza de poder cambiar esta negativa situación para la familia en las zonas rurales.

Es en esta situación de desventaja que se encuentra el menor, que tiene que buscarse la manera de revertirse esta anómala situación. Según el Informe sobre Población Mundial del 2000 de las Naciones Unidas nos informa que una de cada tres mujeres en todo el mundo ha padecido puntualmente o de manera sostenida una situación de maltrato sea físico o psicológico. Todavía en algunos sectores de nuestras autoridades, sobre todo en nuestra Policía Nacional del Perú, que estos hechos que ya son objeto de su competencia por ley expresa, consideran como “*problemas domésticos*”, “*que está dentro del ámbito de la intimidad familiar*”. Lo cual no es así, pues se sabe que toda agresión de cualquier naturaleza tiene efectos inmediatos que repercuten no sólo en la mujer agraviada, sino también en los hijos que presencian con desesperación e

¹⁶AGURTO PERALTA, ROBERTO; “Manual Legal de Protección frente a la Violencia Familiar y los derechos de la mujer, el niño y el adolescente”, 1 era Edición, Cajamarca-Perú, año 2007.

impotencia estos hechos que constituyen huellas indelebles en su personalidad, en su niñez y cuando son adultos.

Es frente a esta situación que el Estado debe condenar toda clase de agresión violenta que se presente y proponer medidas preventivas y efectivas, en donde participen todos los sectores públicos, para llevar a cabo la educación que oriente a lograr excluir el perjuicio social, el miedo, las represalias, evitar el aplastamiento psicológico y levantar la autoestima de la mujer¹⁷.

Por lo cual el Estado peruano tiene la obligación de velar por el respeto de los derechos humanos de todas las personas. La omisión o la falta de actuación con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia, coloca al Estado en situación de incumplimiento. El Estado debe promover los mecanismos para el ejercicio de estos derechos humanos.

Nuestra Constitución Política del Perú, establece que *“Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)”* (artículo 2, inc. 1). Además, se menciona que *“Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura a tratos inhumanos o humillantes”* (Artículo 2º, inc. 24h). Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar y sus modificatorias, define la violencia familiar como *“cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como violencia sexual”*.

El Código Penal vigente, contempla los tipos penales de lesiones graves (artículo 121) y lesiones leves (artículo 122), estos establecen determinadas agravantes para los casos de violencia familiar y además, cuando la víctima es menor de edad. Las lesiones graves son definidas como las que *“causa a otro grave daño en el cuerpo o la salud”*.

¹⁷ RAMOS RIOS, MIGUEL; “Violencia Familiar: “Medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares””, Editorial Idemsa, Lima-Perú, año 2008

En este sentido, desde la perspectiva internacional pueden destacarse las resoluciones adoptadas en el ámbito de la Unión Europea (en pro de la llamada “tolerancia cero” en esta materia) y en el de la Organización de las Naciones Unidas, asimismo las iniciativas unilateralmente puestas en práctica por varios países iberoamericanos (como Chile, Paraguay, Argentina, Puerto Rico, etc.) que han aprobado leyes específicas contra la violencia doméstica. Siendo esto así, el Estado Peruano ha ratificado instrumentos internacionales que regulan mecanismos de protección frente a la violencia. Por ejemplo, tenemos los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales abarcan un núcleo inderogable de principios basados en el respeto a la dignidad e igualdad de todo ser humano. Por otro lado, el artículo 8 establece que: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.* La Convención de Naciones Unidas de los Derechos del niño (CDN), establece cuatro principios fundamentales que deben situar u orientar todas las acciones institucionales en materia de infancia:

1. **Principio de no discriminación** (Artículo 2 de la CDN):Este principio señala que *“los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”*
2. **Principio del Interés superior del menor** (Artículo 3 de la CDN).
3. **Principio de participación**, es decir, el derecho del menor a ser escuchado (Artículo 12 de la CDN): *“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose*

debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

4. Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (Artículo 6 de la CDN).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁶ establece en el artículo 1º que *“los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (...)”*. El artículo 5.1 señala que *“toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”* y el artículo 25.1 que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”*.

Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”⁴⁷, establece en el artículo 1, que la violencia contra la mujer es *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*.

Según esta Convención que protege y defiende a la mujer contra toda agresión de donde venga, se le reconoce sus derechos que protege, los deberes de los Estados a favor de la mujer, así como se señala los mecanismos internacionales de protección.

En caso no se cumpla con esta Convención, existe un procedimiento internacional, según el cual el Estado es objeto de una previa investigación que podrá llegar a instancias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según sea el caso, la que resolverá conforme a las pruebas e informes que pueda realizar

la Comisión Interamericana a Derechos Humanos, a través de las Relatorías Especializadas que existen.

El Estado tiene el deber de brindar recursos judiciales y tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas. En dicho marco, los Estados tienen el deber de cumplir con cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos y evitar la impunidad

3.5.2 Judicialización de las Problemáticas Familiares:

A lo largo de toda esta investigación, he mencionado que en el ordenamiento peruano la violencia familiar está penada. Pero muchos se preguntarán cómo es que el Estado se puede meter en los asuntos de mi familia, si es que cada uno no tiene derecho de corregir a sus hijos según la forma o el método que cada quien crea conveniente, y es que estos pensamientos se ven reflejados en la muy coloquial frase que usan la mayoría de nuestros compatriotas: “Los trapitos sucios se deben lavar en casa”. Entonces, ¿Tiene en realidad el Estado derecho a inmiscuirse en cómo corrijo a mis niños o el trato que le doy a mi familia?

Pues sí, el Estado principalmente se ocupa de asegurarse que los niños; que son como muchos afirman, el futuro de nuestro país, reciban una educación y desarrollo integral óptimo. El Estado quiere asegurarse que ese niño está recibiendo una formación tanto física, intelectual como psicológica óptima, y es también consciente que eso no será posible sin el apoyo incondicional de su familia, específicamente sus padres, pues son los que le darán ese empujón, ese ejemplo y razón de ser, cada día mejor quien mejor que los padres para que sean los guías de esos menores, para que aconsejen y los lleven por la senda del bien.

Todo padre quiere lo mejor para su hijo, y esta idea es muy esperanzadora en estos tiempos. Pero ¿qué ocurre si en lugar de tener a un padre amoroso, comprensivo, un modelo a seguir, el menor tiene, muy por el contrario, un padre alcohólico que cada vez que llega a su casa lo golpea o lo manda a trabajar desde muy temprano hasta altas horas de la madrugada, explotándolo y humillándolo? A esta persona,

considero, no se le debe llamar padre puesto que ha convertido al menor en un rehén suyo. Entonces, ¿quién puede rescatar a ese niño de hundirse en la desgracia? Pues nadie mejor que el Estado como principal protector y garante de todos los derechos de los niños y los adolescentes. Es a través del Estado que se pueden dar medidas preventivas contra el agresor o incluso realizar pericias psicológicas a favor de las víctimas de violencia doméstica.

La familia ha sufrido un proceso de privatización y sus integrantes día a día reasumen en mayor medida su independencia para organizar y determinar el contenido de sus relaciones. La idea esencial que fluye de los pronunciamientos judiciales es que el Estado no debe inmiscuirse en esta esfera íntima del individuo, puesto que en relación con el cuidado y educación del niño, los padres son los primeros encargados de defender los intereses de sus hijos, ya que se considera que están mejor ubicados para saber qué es lo que más los beneficia. Se presume que el vínculo de filiación engendra un afecto y una responsabilidad merced a los cuales los progenitores, en su actuación, siempre buscarán el mejor interés del niño.

El mensaje es que es necesario confiar en los padres y que el Estado sólo juega un papel subsidiario en la vida familiar y en la socialización de los hijos. Es por esto que toda acción que invada esta esfera es vista como una amenaza a la diversidad social y a las libertades individuales, puesto que son los padres los principales custodios de los intereses materiales y morales del niño.

Los derechos de los padres tienen carácter instrumental y están destinados a satisfacer los intereses y derechos intrínsecos de los niños. Es por esto que cuando tales derechos corren el riesgo de ser lesionados es el Estado quien debe intervenir como garante de los derechos del niño. Incluso hoy en día, se predica que el Estado debe actuar para hacer efectivos los derechos del niño cuando detrás de un cuidado parental legítimo, se oculta un comportamiento represivo o cercenador originado en las particulares creencias o aspiraciones de los padres que debilitan o anulan el deseo o el parecer del niño.

En suma, los derechos de los padres, los cuales son extensos puesto que van desde la elección del nombre hasta las decisiones sobre la educación, hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado.

Considero que ingresar al campo jurídico, es decir, judicializar un conflicto, puede ser una opción meditada y necesaria; ya que constituye una posibilidad para solucionar las problemáticas familiares. Es así que en la mayoría de los casos, la madre como mujer violentada y víctima del conflicto, ingresa la problemática al campo judicial. El padre del niño, el sujeto activo de la problemática familiar, es llevado a la fuerza a ese espacio. El niño es invitado a un espacio y rol que no buscó¹⁸.

Existen en el Perú diversas medidas de protección que se pueden acordar para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Siendo esto así, el juez puede adoptar diversas medidas urgentes y preventivas, y entre ellas podemos destacar las siguientes:

- Excluir o expulsar del hogar al agresor: El juez podrá ordenar la exclusión del hogar, a quien resulta ser al autor de la violencia; para así evitar que el asesino o agresor siga poniendo en peligro al grupo familiar.
- Reintegrar a la víctima en el hogar: Una o más víctimas de violencia que han debido abandonar su hogar para evitar mayores riesgos que afecten o perjudiquen a su salud, vida e integridad, pueden solicitar al juez el restablecimiento a su vivienda, mediante la previa exclusión del agresor.
- Prohibición de acercarse a la víctima y de tener acceso a la vivienda, al trabajo o a la escuela: También el juez puede dar la orden de restricción de acercamiento, para impedir que el violento se acerque a la víctima, a la casa, al lugar de trabajo o la escuela de ésta.

¹⁸ MURGANTI, ANA; ¿Cómo debe protegerse a un niño en un caso de violencia familiar?; *Revista de Derecho de Familia*; 2012; p. 238-252

- Alimentos, régimen de visitas y tenencia de hijos: Como medidas provisionales hasta que se resuelva definitivamente la problemática, también el juez podrá fijar una cuota de alimentos para el grupo familiar, a cargo del abusador, pudiendo establecer la forma de contacto de éste con sus hijos, que puede ser hecha como “régimen de visitas asistido” con la presencia de alguna persona responsable que nombre el juez para garantizar la seguridad de los niños, si esto fuera necesario y establecer quién tendrá la tenencia o guarda de los hijos.
- Audiencia de conciliación: El juez oír a los miembros del grupo familiar que se encuentran en crisis, procurando mediar en el conflicto, y podrá orientar para que realicen tratamiento médico o psicológico para lograr la superación del problema.
- Derivar el caso a la justicia penal, cuando la violencia haya ocasionado daños físicos en alguno o varios miembros del grupo familiar, para que se sancione al agresor con las penalidades que prevé el Código Penal, de acuerdo al tipo de delito que haya cometido

3.5.3 La víctima y el agresor:

El hombre es un ser libre, y como tal, es un ente que valora, proyecta y crea. Es además, un ser temporal, se basa en su pasado para realizar su presente y proyectar su futuro. Está dentro de su naturaleza, el deber de “no dañar”. Sin embargo, es fácil verificar el dramatismo que ha alcanzado la violencia familiar como un fenómeno que día a día y de forma alarmante va sumando nuevas víctimas, la cual afecta el desarrollo integral de todo ser humano, configurándose de esta manera, el daño a la persona.

Según FERNANDEZ SESSAREGO¹⁹, el daño a la persona *"significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona "en cuanto tal",*

¹⁹ FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS; “Daño a la persona: Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano”, Editorial Motivensa SRL, Lima-Perú, año 2014.

comprendiéndose dentro de él "hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana"”.

Para muchos, una de las manifestaciones más graves de la violencia es aquella que se presenta en el medio familiar; puesto que es la que más daño puede causar al individuo, a la familia y a la sociedad, dado que es la que con más frecuencia actúa en nuestra vida cotidiana, constituyéndose en una parte fundamental del patrón de convivencia y cultura humanas²⁰

La UNICEF señala *“que aunque no se les ponga la mano encima, presenciar o escuchar situaciones violentas tiene efectos psicológicos negativos en los hijos”*. Aunque no sean el objeto directo de las agresiones, padecen violencia psicológica, que es una forma de maltrato infantil y que es reconocida así en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por el Estado Peruano y recogida en el artículo 19 como "violencia mental".

Lamentablemente la violencia familiar es un problema muy extendido en el Perú. Según un estudio de la Organización Mundial de la Salud, en diez países del mundo, el Perú resultó ser el más violento contra la mujer.

En la violencia familiar siempre la víctima es de preferencia, la mujer, los niños y demás miembros familiares, quienes son los que sufren daños físicos, sexuales o psicológicos. En toda relación de violencia familiar, siempre existe la víctima y el agresor. La víctima o quienes sufren la agresión o daño de diferente naturaleza se encuentran en los sectores de menor poder dentro de la jerarquía de la familia como son las mujeres y los niños.

En muchos casos la víctima posee un escaso nivel cultural, lo cual origina que no alcance a reaccionar como sí lo podría hacer una víctima de mejor cultura y nivel socioeconómico. Es por todo ello que se aconseja que los miembros familiares que presencian este ambiente de violencia y agresión en la víctima

²⁰ NOEMI CADOCHE, SARA; “Violencia Familiar”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Argentina, año 2002.

infundan aliento a fin de que se denuncie estos hechos y se termine con la agresión.

Existen muchos casos en los cuales el menor no es directamente maltratado, sino su madre, pero estos casos también son abarcados en la regulación sobre violencia familiar, puesto que vivir y ver constantemente la angustia y sufrimiento de la madre maltratada, su temor, inseguridad, tristeza, les produce a los menores una elevada inseguridad y confusión. Esa angustia se transforma en numerosos trastornos físicos, terrores nocturnos, alteraciones del sueño, cansancio, problemas alimentarios, ansiedad, estrés y depresión²¹.

Cuando la mujer es objeto de violencia, prima en muchos casos el miedo, con lo cual actúan inmovilizadas y no podrán pedir ayuda o buscar soluciones y, cuando esta situación de miedo y de maltrato es prolongada, lo único que tiene como efecto es que ésta piense en el suicidio o en el homicidio contra su agresor.

En el caso de los niños que no sólo son testigos del maltrato hacia su madre sino que, a la vez, también son víctimas de esa violencia, la pérdida del sentimiento de invulnerabilidad es, todavía, mucho más desequilibrante que para los que sólo son testigos de dicha violencia, ya que afecta un componente absolutamente necesario para el adecuado desarrollo de la personalidad del menor, como es el sentimiento de seguridad y de confianza en el mundo y en las personas que le rodean, especialmente cuando el agresor es su propio padre, figura central y de referencia para el niño²². Todo esto aunado a que la violencia ocurre dentro de su propio hogar, caracterizado éste como su lugar de refugio y protección, quedando entonces el menor al frente de sentimientos tales como la indefensión, el miedo o la preocupación sobre la posibilidad de que la experiencia traumática pueda repetirse, todo lo cual se asocia a una ansiedad que, considero, puede llegar a ser paralizante. Desafortunadamente, en el caso de la violencia familiar, la experiencia temida se repite de forma periódica y recurrentemente a lo largo de

²¹ CERVANTES, VERÓNICA; “Análisis jurídico descriptivo de la violencia familiar y el daño a la persona en el derecho civil peruano”; en *Revista IIPSI de la Facultad de Psicología UNMSM*. 2010, N° 8, p. 28-51.

²² ZAPATA FLORES, MARIANA; “Violencia intrafamiliar: El daño psicológico”; en *Revista Pacta Sunt Servanda*. 2013, N° 18, p. 48-73.

muchos años, constituyendo una amenaza continua y muchas veces percibida como incontrolable²³

3.6 Régimen de visitas para el agresor:

En este acápite desarrollaré a fondo la problemática planteada a lo largo de esta investigación. Estudiado el principio del Interés Superior del Niño, principio base en temas que incumben al menor, y, además, tras haber desarrollado el tema de violencia familiar y sus implicancias tanto presentes como futuras en la vida de la mujer y del niño, es que ahora puedo centrarme en el régimen de visitas que se le podría otorgar al padre agresor.

A grandes rasgos, puedo afirmar que el régimen de visitas es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterna filial.

Su finalidad es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor. Demás está decir que cada caso deberá ser considerado de manera independiente, pues el interés de un menor jamás será el mismo que el interés de otro menor. Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto la fijación de este régimen.

En un análisis integral, sin embargo, es preciso señalar que el primer beneficiario es el niño, antes que el padre que no lo tiene a su custodia, pues la lógica nos dice que es el menor quien necesita de los demás para desarrollarse, crecer e integrarse en la familia y en sociedad.

Existen dos modalidades de visitas: con externamiento y sin externamiento, las cuales significan poder o no salir a la calle con los hijos. También tenemos a las supervisadas o no supervisadas, esto debido a que algunas personas acceden a que el otro padre visite sólo en la casa y si salen a la calle desea estar presentes.

3.7 Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella:

El derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶², que reconoce que *“el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*, así como en su artículo 9.1, que establece

²³ FIGUERUELO BURRUEZA, ÁNGELA; “Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género”, Editorial Comares, Granada-España, año 2008

que “los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.

En contrapartida a dicho reconocimiento implícito, tengo que precisar que en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

Para el Tribunal Constitucional⁶³, “el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución”.

En buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

En este orden de ideas, resulta válido concluir que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño. Y es que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.

Hechas estas precisiones sobre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, el Tribunal Constitucional²⁴ estima oportuno enfatizar que si bien este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, *“existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general”*.

Así, en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone que el niño, con garantía del debido proceso, podrá ser separado de sus padres contra su voluntad cuando ello sea necesario para tutelar el interés superior de aquél, en los casos en que, por ejemplo, *“el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”*.

Por tanto, cualquier decisión relativa a la separación del niño de sus padres o de su familia debe ser excepcional y estar justificada por el interés superior del niño, y preferentemente será temporal, a fin de que el niño sea devuelto a sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias.

Por tanto, este derecho se vulnera cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como, por ejemplo, con su madre. Ello porque, como es obvio, el niño necesita, para su crecimiento y bienestar, del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

3.8 Derecho del menor a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material:

El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el *“niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y*

²⁴ Sentencia 01819-2009-HC

comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”.

De este modo, en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos.

De ahí que la unidad y estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres. Por ello, el cuidado y amor que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho.

Sin embargo, ello no significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto.

Y es que, cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado.

En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar *“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, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*. Al respecto, es

necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad.

3.9 Régimen de Visitas:

La Corte Suprema define el régimen de visitas como “*aquella figura jurídica que permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos.*”

Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral

El régimen de visitas tiene como naturaleza jurídica:

- El derecho de visitas como Derecho Natural
- Se afirma que el derecho de visitas es un derecho natural pues proviene de la naturaleza humana, así es entendido en jurisprudencia nacional como extranjera.
- “El Derecho de Visitas como Derecho Subjetivo”
- Se afirma que el derecho de visitas como derecho subjetivo es uno de naturaleza subjetiva pues en él se encuentran inmersos con interés y la potestad de actuar en defensa del mismo. Este derecho subjetivo de naturaleza familiar es determinado por las relaciones que surgen en virtud de la posición que un individuo ocupa en la familia.
- “El derecho de visitas como Derecho de Deber
- Se considera como un derecho de deber porque está caracterizado por no servir exclusivamente al interés del titular sino al interés del menor por lo que su ejercicio se convierte en un deber ético frente a él, asimismo la actuación del beneficiario del derecho está orientada a efectos fines que son la base de su concesión en esta caso

favorecer las relaciones humanas y la corriente afectiva ente el titular y el menor, protagonistas ambos pero más valioso el interés del menor.

Con relación al tema del derecho de comunicación, cabe agregar que, además de las disposiciones de derecho interno, rigen en la materia los arts. 9, inc. 3, de la Convención sobre los derechos del Niño, cuyo texto es el siguiente: *“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, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

2.9.1 ¿Tienen los agresores derecho a un régimen de visitas:

La Constitución establece en su artículo 4 que: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente”*. Es por eso que el Estado tiene el deber constitucional de proteger en todo sentido al niño y al adolescente, quienes también se encuentran protegidos por la Convención Sobre los Derechos del Niño²⁵.

El Artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes⁷³ recoge el principio del Interés superior del niño y del adolescente señalando: *“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.”* Así, en base al principio de Interés Superior del Niño, todas las instituciones públicas o privadas que quieran tomar alguna decisión sobre los niños deben escoger la que mejor brinde bienestar para ellos.

El Artículo 88 del Código de Niños y Adolescentes regula el régimen de visitas y señala que: *“Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar*

²⁵ “Artículo 1º. Para efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre. 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.” Con esto, puedo afirmar, y sin temor a equivocarme, que el elemento central del régimen de visitas es el principio de interés superior del niño y del adolescente.

MARÍA VICTORIA SCHIRO afirma: *“Las meditaciones acerca de un adecuado ejercicio del derecho-deber de comunicación se centran, precisa y particularmente, en las situaciones de crisis de la pareja parental. El progenitor no conviviente continúa detentando la titularidad de la responsabilidad parental, con todo lo que ello supone: la relación con el niño, participando en su educación y formación. A la vez, la comunicación forma parte del elenco de derechos subjetivos familiares, caracterizados por ser correlativos y recíprocos; son correlativos, por cuanto existen entre dos sujetos unidos por vínculos de familia. Son recíprocos porque a cada derecho corresponde un deber.”*

Hay que considerar que nuestro Tribunal Constitucional estima oportuno enfatizar que si bien existe el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; y este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general²⁶.

Muchos afirman que la relación entre un progenitor y su hijo constituye un elemento fundamental en la vida familiar. Pero considero que en un caso de violencia familiar, donde ha existido un daño ya sea de forma directa sobre el menor o de forma indirecta cuando se ha lastimado a su madre y/o hermanos, el

²⁶ VARSÍ ROSPIGLOSI, ENRIQUE; “Jurisprudencia sobre Derecho de Familia”, Gaceta Jurídica S.A, Lima-Perú, año 2012.

derecho de visitas que tiene el progenitor para poder relacionarse con su hijo, se debe suspender.

Debo iniciar mencionando que cada caso es diferente. No se puede pretender que exista un solo criterio para juzgar y resolver los casos por violencia familiar. Es por esto que el derecho de comunicación tiene un eje central al servir de guía de todas las resoluciones judiciales que sobre tales cuestiones se dictan: la preservación del interés de los menores. Este concepto, difícil de definir por su carácter variable en función del tiempo, debe construirse considerando su interacción con el no menos importante “interés familiar” y con la recepción judicialmente evaluada de la “opinión de los menores”.

En nuestro ordenamiento jurídico se le autoriza al juez a oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio y las circunstancias lo aconsejaren, y en los casos de desacuerdos de los padres en el ejercicio de la patria potestad, es que rigen las disposiciones del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es a mi criterio, se debe suspender el régimen de visitas a los hijos cuando ya está admitida a trámite la denuncia por maltrato y que además se les debe procurar asistencia psicológica cuanto sea necesario, así como que sea prolongable la orden de protección tanto para la madre como para el menor, ya que esta continuación de trato directo con quien es su maltratador puede afectar negativamente en el desarrollo de los menores. La amenaza que representa el agresor hacia la mujer y hacia sus hijos permite que estos no puedan vivir en paz, que no puedan desarrollar sus actividades con normalidad y que les genere una afectación emocional con secuelas en su personalidad y que además, hace presumir que ello pueda desencadenar hechos más graves a los ya mencionados si dicha conducta agresiva y violenta no es detenida.

Las consecuencias que conlleva ser testigo de malos tratos durante la infancia son en la mayoría de los casos, irreparables y creo que debe evitarse el riesgo que corre un infante, al tener que pasar determinados periodos de tiempo con una persona con conducta violenta. Sin embargo, siempre es necesario analizar cada caso en

concreto ya que en ocasiones deberá suspenderse, en otras limitarse y en otras establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor, siempre y cuando se evite el contacto directo de los progenitores y, por tanto, la ocasión para las nuevas agresiones, también se deberá tener en cuenta el hecho de que el padre no utilice a los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la mujer.

MARÍA DURÁN FERRER , ante esta problemática, también propuso que se debería suspender el régimen de visitas de los menores respecto al progenitor agresor, salvo que éste demostrase que la comunicación es buena para los hijos, y ello expresa la abogada, debería acordarse en las medidas previas de separación dado que:

1. Los menores necesitan recuperarse psicológicamente del maltrato sufrido, lo que no será posible si no hay un distanciamiento del agresor.
2. Por estar en periodo de desarrollo y formación de conciencia, los menores no pueden discernir la anormalidad del comportamiento violento del progenitor.
3. Los patrones y valores culturales se interiorizan en el periodo de desarrollo. El mecanismo con que la violencia se perpetúa es en el aprendizaje de los modelos paternos y maternos, de tal forma que los niños mimetizan el comportamiento del padre y las niñas el comportamiento de la madre, afectando por ello de un modo cualitativo su comportamiento de adultos.

Es tarea de los jueces y en especial de los auxiliares, como psicólogos, que sepan diferenciar cuando quienes manifiestan su negativa a mantener comunicación con el progenitor conviviente son los propios hijos, si es que esta negativa es espontánea, inducida o justificada, y, en este último caso, si los motivos alegados se refieren a pura subjetividad, o si se conectan con hechos cuya entidad alcanza para dar respaldo a la suspensión o restricción del régimen de visitas. Tanto en los casos de obstrucción del régimen de visitas por el progenitor conviviente como los de negativa de los hijos a mantener comunicación con aquel evidencian la existencia de una grave crisis familiar, que demanda la intervención interdisciplinaria del auxilio terapéutico, con la finalidad de tomar una decisión que represente el ejercicio de la jurisdicción en las condiciones que requieren las cuestiones de familia.

Para finalizar, también es certero afirmar que se debe investigar a fondo aquellas alegaciones de maltrato que surgen sobre algún miembro de la familia y no que baste la mera alegación para sin más determinar el no establecimiento de un régimen de visitas, puesto que se debe pensar que está en juego el principio de interés superior del niño donde también abarca el derecho de mantener una relación basada en la confianza y cuidado de sus progenitores.

Cabe concluir, además, que el único límite que reconoce el derecho de los hijos a mantener adecuado contacto con ambos padres está puesto en su propio beneficio. De esta manera, sólo se han admitido como causas que habilitan a ordenar la suspensión del derecho de comunicación a aquellas gravísimas que puedan poner en peligro su seguridad o su salud física, psíquica o moral, apreciadas con un criterio restrictivo. No se han considerado como razones suficientes para ordenar la suspensión del derecho de comunicación aquellas que no reúnan esos requisitos. En cambio, se ha ordenado la suspensión de las visitas si éstas, según opinión médica, comprometen la salud del menor

3.10 Regulación en el Ordenamiento Jurídico Peruano y en el Derecho Comparado:

El ordenamiento jurídico peruano no sólo toma el principio de interés superior del niño como guía para determinar todos los aspectos referentes al menor, sino que también adopta tanto el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material como el derecho al desarrollo armónico e integral del menor.

Todos somos conscientes que el problema de la violencia doméstica ha dejado de ser un problema de ámbito privado para convertirse en uno de los problemas de ámbito social más importantes. Aunado a ello, los poderes públicos han asumido el papel que les corresponde para así lograr la culminación de todas las clases de violencia que se originan en el núcleo de las familias. Siendo esto así, a finales del año 1993 se promulgó la ley 26260, la cual marca todo el régimen que debe seguir tanto el Estado como la sociedad frente a este tipo de problema familiar.

Esta ley es complementaria al Código de Niños y Adolescentes puesto que es con la ley 26260 que se empieza a regular y a reconocer como una clase de violencia familiar los

maltratos psicológicos y físicos que se dan entre cónyuges, convivientes o personas que hayan procreado hijos en común.

En la actualidad, esta ley ha sido difundida y es más conocida como una ley que protege a las mujeres frente a la violencia familiar. Sin embargo, formalmente, esta ley protege a los dos grupos humanos más grandes afectados mayoritariamente con esta clase de violencia: Mujeres y niños⁸⁵. Esta ley tiene como objetivo principal erradicar la violencia familiar y como tal, está orientada a prevenir y sobre todo, proteger a aquellas personas que son víctimas de violencia dentro del núcleo familiar.

La ley 26260 plantea medidas de urgente atención para prevenir los casos de maltrato familiar, siendo las más importantes:

1. **Las acciones educativo-preventivas:** Las cuales tienen como principal objetivo educar a los menores desde el colegio afirmando la igualdad de género puesto que un factor importante que desencadena este tipo de violencia es la creencia de superioridad (en quien la ejerce) o inferioridad (en quien la soporta).
2. **Las acciones organizativas:** Esta ley busca que la comunidad tenga una participación activa en su objetivo de erradicación de la violencia doméstica, ya sea denunciando estos actos como previniéndolos.
3. **Instalación de servicios:** La ley 26260 ofrece la alternativa de instalar servicios especializados, como delegaciones policiales para menores, para mujeres y además, plantea que se refuercen las delegaciones policiales con especialistas para que puedan atender casos de violencia familiar refuerza la idea de la creación de hogares temporales para que sean refugio a nivel local de aquellas víctimas de violencia. Además, y mucho más importante aún, esta ley plantea que hayan programas de tratamiento para los agresores y así el problema no continúe ni se multiplique.
4. **Acciones de capacitación:** Están dirigidas a los agentes del sistema jurídico (policías, jueces, fiscales)

5. **Acciones legales:** Se procesaría todos esos casos en la vía sumarísima, para así dotar al proceso de celeridad, inmediatez. Se trata que ningún formalismo impida u Obstaculice el debido proceso.

El proceso de violencia familiar se usa como recurso para generar distancia física con el otro progenitor. Los padres ejercen violencia familiar involuntaria contra el hijo al hacerlo partícipe del conflicto de pareja, ya sea visto como un aliado, un protector o, en el peor de los casos, como un instrumento, un arma. Se produce, así, un estado de cosificación del niño⁸⁷. Frente a ello, en nuestro ordenamiento jurídico el rol del Fiscal es fundamental, ya que debe actuar de oficio, dar trámite a la denuncia de parte o atestado policial, investigar e interponer la demanda. Asimismo, deberá dictar medidas de protección, solicitar medidas cautelares⁸⁸.

El régimen de visitas generalmente comprende periodos distribuidos en la semana donde el niño se relaciona libremente con el padre con el que no convive por un tiempo suficiente para fortalecer la relación filial. Para regularlo, se considera la edad del niño, la relación preexistente con el padre que tiene derecho a las visitas, la situación familiar y personal de ambos, sus condiciones psicológicas, entre otros aspectos.

En el derecho comparado, en especial en la legislación Argentina, podemos observar que algunos proyectos legislativos establecen que “cuando hubiese niños involucrados y la mediación familiar versare sobre cuestiones que les incumban o afecten, deberán ser oídos por los mediadores familiares, sin perjuicio de las facultades propias del asesor de Menores”, agregando que para algunos supuestos “los niños y adolescentes participarán en el proceso de mediación familiar con excepción de aquellos supuestos en que su grado de madurez o circunstancias personales no lo hicieren posible.

A los fines de la suscripción de acuerdos a que se arribe, sin perjuicio de la función de asesor de Menores, la asistencia letrada de los niños y adolescentes podrá ser prestada en los términos del art. 397 del Código Civil. Las cuestiones más arduas se presentan cuando median actitudes violentas de un progenitor frente al otro, concretamente cuando el padre ejerce violencia doméstica contra la madre sin que en principio actúe violentamente contra el o los hijos. En estos casos cabe preguntarse si corresponde que el padre violento mantenga un régimen de visitas con el niño o si el solo hecho de la violencia ejercida sobre la madre

lo descalifica para mantener contactos con los hijos, por el peligro que también abuse de ellos. Un sector de la doctrina sostiene que la violencia ejercida contra la mujer no debe ser una *capitis diminutio* total contra el hombre a quien no se le puede privar de contactarse con los hijos porque el hecho de que sea mal esposo no necesariamente lo descalifica para ser padre.

3.11 Casuística:

En el plano internacional, es muy conocido el caso de Ángela Gonzáles Carreño. Ángela demandó al estado español²⁷ por el asesinato de su hija Andrea a manos de su padre durante una visita otorgada por un juez. El agresor tenía una orden de alejamiento hacia Ángela pero no hacia su hija Andrea y, a pesar de las más de 40 denuncias que Ángela interpuso por la continua violación de la orden de alejamiento el agresor nunca fue sancionado y el régimen de visitas se cumplió hasta el mismo día del asesinato de la menor.

Decidida a acabar con esa violencia, Ángela huyó de la casa familiar con su hija Andrea, que entonces tenía tres (03) años, denunció el maltrato que sufrían y solicitó la separación del agresor. El 22 de noviembre de 1999, una jueza dictó una resolución provisional de la separación, atribuyó la guardia y custodia de la menor a Ángela y estableció un régimen de visitas restringido para el agresor. Esta separación no puso fin al maltrato. Llamadas continuas de amenazas de muerte, acoso, apariciones inesperadas en su nuevo hogar o por la calle, persecuciones que llegaron en una ocasión a arrojarlas fuera de la carretera e incluso que llevaron al maltratador a agredir a Ángela delante de la policía. Asimismo el agresor utilizaba a su hija Andrea para continuar ejerciendo violencia contra Ángela. Durante las visitas, éste la interrogaba acerca de la vida sentimental de su madre y la amenazaba con no llevarla de vuelta con ella si no le contestaba. Todo esto suponía un maltrato para Andrea, quien tenía miedo de irse con el agresor los días de visita y expresaba que sólo quería verle en presencia de la trabajadora social.

Ante cada hecho de violencia, Ángela buscó protección para ella y su hija, pero las autoridades policiales y judiciales españoles fueron completamente negligentes. Entre

²⁷ http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&dc=62

diciembre de 1999 y noviembre de 2001, Ángela inició numerosos procedimientos penales y civiles -entre ellos la solicitud de medidas de alejamiento y un régimen de visitas vigilado para Andrea- para proteger su vida e integridad y la de su hija de las agresiones del maltratador. La continua violación de las órdenes de alejamiento nunca fue sancionada. Además, Ángela solicitó órdenes de protección también para su hija pero las autoridades judiciales se negaban a reconocerlas porque consideraban que tal medida entorpecía el “derecho” del agresor a un régimen de visitas con su hija, violando así el principio del interés superior de la menor. A pesar de las constantes manifestaciones de rechazo de la menor a acudir a las visitas tuteladas durante el año y medio que duraron, en mayo de 2002 el Juzgado autorizó un régimen de visitas no vigilado por Servicios Sociales. Ángela recurrió esta decisión pero su recurso fue denegado.

La mañana del 24 de abril de 2003 tuvo lugar una vista oral ante el Juzgado para definir a quién le correspondía el disfrute de la vivienda familiar que tenía en ese momento el agresor. Ese mismo día por la tarde Ángela llevó a Andrea al punto de encuentro de Servicios Sociales, pues tenía visita con el agresor. Cuando Ángela fue al Centro de Servicios Sociales a recoger a su hija, a la hora correspondiente, Andrea no estaba. Tras esperar una hora aproximadamente y hacer varias llamadas a casa del maltratador sin obtener respuesta, Ángela acudió a la Guardia Civil a denunciar los hechos y a pedir que se desplazaran a su domicilio. Cuando los agentes llegaron a la casa, descubrieron el cuerpo sin vida de Andrea y del agresor. En enero de 2004 la investigación por la muerte de la menor confirmó que ésta había sido asesinada por su padre. Al haberse suicidado el autor de los hechos, se declaró extinguida la responsabilidad penal.

En abril de 2004, Ángela inició un procedimiento administrativo reclamando responsabilidad patrimonial al Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, debido a la negligente actuación de las autoridades administrativas y judiciales que habían permitido la violencia continua que sufrieron ella y su hija, y que conllevó al asesinato de la menor.

Todos los recursos internos disponibles fueron agotados sin lograr que el Estado español reconociera que había fallado en su obligación de proteger la vida e integridad de su hija y la suya propia. Después de años de búsqueda de justicia en los tribunales en España, Ángela

González Carreño acude al Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). El informe de las Naciones Unidas hace cinco recomendaciones al Estado español:

- 1- Una "indemnización proporcional a la gravedad de lo sucedido".
- 2- Una "investigación exhaustiva e imparcial" para descubrir qué falló en el sistema que dejó a Andrea y Ángela sin protección y que no vuelvan a darse casos como este.
- 3- "Formar al poder judicial y personal administrativo en materia de violencia doméstica para luchar contra estereotipos de género".
- 4- Que se tenga en cuenta "los antecedentes de violencia machista al establecer los regímenes de custodia".
- 5- Que "se refuerce el marco legal" para responder a las situaciones de violencia doméstica.

Debo concluir que La justicia debería saber que en las relaciones personales nada es blanco o negro, que hay matices que la psicología, el trabajo social y la especialización ayudan a entender. La justicia no hace averiguaciones de quién se ocupó de los hijos antes de la separación. Yo he visto cómo un juez daba la custodia compartida a un hombre que vivía en un coche. El interés del menor debe prevalecer ante el 'indubio pro reo'. O sea, ante la duda, el menor, no el padre sobre el que hay indicios de desatención o violencia. El menor no es el menor de la causa, sino el núcleo central".

3.12 Propuesta: Puntos de Encuentro Familiar y Tratamiento Psicológico para el agresor

La violencia de la mujer y del menor es asunto de todos. La violencia familiar es un problema social, de salud pública, que viola los derechos humanos de las personas. La violencia está en nuestras casas, es ejercida mayoritariamente contra las mujeres por parte de sus parejas, cónyuges y se da por medio de golpes, amenazas, insultos y encierros.

La violencia no es natural, por tanto, no se debe aceptar. Se debe buscar ayuda de familiares y amigos y por sobre todo, se debe denunciar. La ley protege a las personas maltratadas. La

violencia familiar no debe quedar impune, pues nada la justifica. Pero, ¿qué se puede hacer para tratar que el menor no siga sufriendo esos maltratos?.

A pesar que la cuestión de la violencia doméstica y el régimen de visitas no admite soluciones únicas, hay parámetros que son indiscutibles. Entre esos principios cabe señalar que cuando media violencia doméstica hay que tener en cuenta que la relación violenta del padre con la madre es un factor de riesgo para los menores que debe ser analizado concienzudamente a la hora de fijar un régimen de visitas y de custodia del menor con el padre y en la resolución que lo determine hay que explicar claramente por qué no constituye un peligro para el niño la convivencia con un varón apegado a un patrón socio cultural violento. Además hay que descartar claramente que la forma de ejercer violencia contra la madre no constituya una violencia invisibilizada para con el hijo y sopesar adecuadamente la forma en la que se llevará a cabo el contacto con el niño para que la relación entre el padre y el hijo no que tiene validez para todos los Puntos de Encuentro Familiar. Se trata de la Carta Europea de los Puntos de Encuentro para el mantenimiento de las relaciones entre los hijos y sus padres⁹⁸. La redacción de la Carta Europea de Puntos de Encuentro se inició en la reunión que tuvo lugar en París, en el año 2001. Los puntos de encuentro familiar o también conocidos como PEF, son espacios de carácter temporal donde se garantiza el derecho de todos los menores a compartir momentos y relacionarse con sus padres y con otros miembros de la familia, con el fin de cumplir el régimen de visitas establecido por el juez. Se basa en el reconocimiento del vínculo de filiación, en el interés y el derecho del menor en ver aseguradas la instauración y la continuidad de todas las relaciones necesarias para la construcción de su identidad.

Esta se sitúa en la articulación de las dimensiones psicológica, social y jurídica constituya una forma de agravamiento del riesgo materno, sobre todo cuando existe una prohibición de acercamiento. Si bien considero que los jueces deben denegar el régimen de visitas para aquellos padres maltratadores por todos los efectos negativos, que a lo largo de esta investigación he expuesto, y que son producidos tanto en la mujer como en los menores por la violencia de la cual son víctimas. También considero que toda persona tiene derecho a equivocarse, a darse cuenta de su error y a partir de ello, a enmendarlo. Es en entonces que creo que en el Perú se deben dar los Puntos de Encuentro Familiar como una solución legal a este problema.

Desde hace 10 años se puso en funcionamiento el primer Punto de Encuentro Familiar (PEF) en España, sin embargo, este servicio ha ido adquiriendo mayor protagonismo en ese país. La demanda y necesidad de este servicio ha ido en aumento, convirtiéndose en una alternativa a la vía judicial en la reducción del conflicto familiar. No obstante, en otros países de la Unión Europea, los Punto de Encuentro Familiar se encuentran en funcionamiento desde la década de los 80. Francia, por ejemplo, es uno de los países que cuenta con un mayor desarrollo de estos servicios, puesto que ya cuenta con puntos de encuentro para el mantenimiento de las relaciones entre padres e hijos en todos sus distritos. Es más, es tan crecida la demanda y necesidad de este servicio que ya existe un documento marco creado por especialistas.

En cualquier situación, esta acción encuentra su límite en el interés superior del menor y en el respeto de su seguridad física, psíquica y moral y están dirigidos a aquellos procesos de violencia doméstica, separación y divorcio. Con lo cual, considero que es un buen método que ha traído muy buenos resultados y que puede ser aplicado también en nuestro país, puesto que es con los PEF que se intenta reducir o disminuir las tensiones que se producen en los procesos de ruptura familiar, para que así los menores no se sientan afectados y por el contrario, se vean beneficiados al procurar siempre su bienestar y desarrollo integral.

Finalmente considero que a la violencia familiar tenemos que atacarla no sólo con medidas legales, sino también con mecanismos estratégicos que permita centrar nuestra atención no sólo en las víctimas, sino también hacia quien ocasiona esa violencia, esto es, el agresor.

Ha quedado demostrado que la violencia no es algo que se transmite genéticamente, algo biológico en el hombre, sino que es algo que se aprende, se fomenta, se autoriza. No hay nada que justifique la violencia en el hogar. Siempre hay que tratar de formar nuevos hombres, más humanos

CONCLUSIONES

- La regulación de la violencia psicológica en el Derecho Civil peruano es muy deficiente, puesto que no existe una valoración clara del daño a la persona, no se puede llegar a probar en forma certera la magnitud del daño, dado que el efecto se da en la esfera subjetiva de la persona. Esto hace que se desvalore los efectos dañinos de la violencia psicológica, lo cual trae como consecuencia una desprotección hacia la víctima. Sin embargo, soy de la idea que a pesar de esas deficiencias que tenga el ordenamiento peruano, es primordial que tanto la víctima como su familia se acerquen a las instituciones públicas y privadas especializadas en problemas de violencia familiar para que les puedan brindar la terapia y la orientación que le ayudarán a encontrar la mejor solución a este problema.
- Es necesario, además, que para que se logre una mejor protección a los menores otorgándoles mayor número de medidas legislativas y el Estado disponga más recursos sociales para que se creen más juzgados y centros de atención para poder estudiar y escuchar a las víctimas de violencia doméstica, las cuales son un gran número.
- En cuanto al régimen de visitas no estoy de acuerdo con que se otorgue, ya que en mi opinión es perjudicial para el menor, incluso cuando éste sólo sufre la violencia de manera indirecta, debido a que haber visto como su padre agrede y golpea a su madre, siendo ambos sus roles de referencia, es traumático y muy dañino.
- La violencia familiar no se justifica bajo ninguna circunstancia y no es sino la expresión de cobardía y de abuso de poder.

RECOMENDACIONES

- Es imprescindible que el Estado y la sociedad contribuyan a un cambio en las actitudes y opiniones del público en general para poder progresar hacia una mayor sensibilidad social y una mayor intolerancia ante la violencia familiar. Considero que si la sociedad logra transmitir el mensaje de que todo tipo de violencia es totalmente inaceptable e intolerable, se podrá al fin, recuperar la sensibilidad ante tantos casos de violencia. Lo que se necesita es un compromiso social.
- Si bien existe el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, considero que existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general. Aunque siempre se ha de mirar y analizar el caso concreto, pues creo en la resocialización del hombre, en el perdón y en el arrepentimiento.

BIBLIOGRAFÍA

A) Libros:

- AGURTO PERALTA, ROBERTO; “Manual Legal de Protección frente a la Violencia Familiar y los derechos de la mujer, el niño y el adolescente”, 1 era Edición, Cajamarca-Perú, año 2007
- AMATO, MARIA; “La Pericia Psicológica en violencia familiar: El maltrato intrafamiliar y la psicología del hombre violento. Comunicación y lenguaje. Maltrato hacia la mujer, maltrato infantil, violencia hacia los ancianos, régimen jurídico de la violencia familiar, entrevista psicológica y criterios diagnósticos, las técnicas psicológicas y el informe pericial”, Editorial La Rocca, 1era Edición, Buenos Aires-Argentina, año 2004.
- ARANZAMENDI NINACONDOR, ZOILO LINO; “La investigación Jurídica” . Editorial 2015, Lima.
- BERMUDEZ TAPIA, MANUEL; “La Constitucionalización del Derecho de Familia”, Ediciones Caballero Bustamante S.A.C, 1era Edición, LimaPerú, año 2011.
- CAROZZO CAMPOS, JULIO; “Violencia y Conciliación en la Agenda Familiar”, Impresión Layner E.I.R.L., 1 era Edición, Lima-Perú, año 2001.
- CHAVEZ ASECIO, MANUEL; “Conflictos Familiares, su prevención y tratamiento”, Universidad Extremado de Colombia, 1era Edición, Colombia, año 2002.
- CHIAVARINI, ANA; “Desde la violencia familiar: El maltrato hacia la mujer”; Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Argentina, año 2002.
- ESPINOZA MATOS, MARIA; “Violencia en la Familia en Lima y en el Callao”, Informe de resultados de la Encuesta de Hogares sobre Violencia Familiar, Ediciones del Congreso; Edición 2000, Lima- Perú
- ETO CRUZ, GERARDO; “Derecho de Familia en la Constitución y el Nuevo Código Civil”. Marsol Perú Editores S.A., Perú, año 1989.
- GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, MARICELA; “La verdad biológica en la determinación de la filiación”, Editorial Dykinson, Madrid, año 2013.
- GROSMAN, CECILIA; “Los Derechos del Niño en la Familia: “Discurso y realidad””, Editorial Universidad, Buenos Aires- Argentina, año1998.

- GUZMAN BELZU, EDILBERTO; “Comentarios a la Ley de Protección contra la Violencia Familiar”, Ediciones Ojeda, Edición Octubre 2004, 135 Lima-Perú
- HERNÁNDEZ SAMPIERI. Y OTROS; Metodología de la Investigación. Editorial Mc graw-hill (México 2014)
- FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS; “Daño a la persona: Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano”, Editorial Motivensa SRL, Lima-Perú, año 2014.
- FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA; “Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género”, Editorial Comares, GranadaEspaña, año 2008
- MANZI DE GARCIA PUENTE, LAURA; “Violencia Familiar”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Argentina, año 2002.
- MARCOS AZVALINSKY, ALEJANDRO; “Derechos personalísimos y Violencia Familiar”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos AiresArgentina, año 2002.
- MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA DE LA NACIÓN, INSTITUTO DEMEDICINA LEGAL DEL PERÚ “DR. LEONIDASA VENDAÑO URETA”; “Guía de valoración del daño psíquico en víctimas adultas de violencia familiar, sexual, tortura y otras formas de violencia intencional”, Lima-Perú, año 2011.
- NOEMÍ CADOCHÉ, SARA; “Violencia Familiar”, Editorial RubinzalCulzoni, Buenos Aires-Argentina, año 2002.
- OBSERVATORIO SOBRE VIOLENCIA DOMÉSTICA; “Congreso” “Violencia Doméstica”, Editorial Lerko Print S.A, Madrid-España, año 2003.
- RAMOS RIOS, MIGUEL; “Violencia Familiar: “Medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares””, Editorial Idemsa, Lima-Perú, año 2008.
- ROJAS SARAPURA, WALTER; “Comentarios al Código de los niños y adolescentes y Derecho de Familia”, Editora Fecat, Lima-Perú, año 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE; “Jurisprudencia sobre Derecho de Familia”, Gaceta Jurídica S.A, Lima-Perú, año 2012

- YAÑEZ DE LA BORDA, GINA – DADOR TOZZINI, JEANNIE – CARRILLO MONTENEGRO, PATRICIA; “Discriminación Sexual y Aplicación de la ley”, Volumen I, Derecho Civil – Defensoría del Pueblo, 1 era Edición, Junio 2000 – Perú..

B) Revistas:

- CERVANTES, VERONICA. “Análisis jurídico descriptivo de la violencia familiar y el daño a la persona en el derecho civil peruano”; en Revista IIPSI de la Facultad de Psicología UNMSM. 2010, N° 8, p. 28-51.
- MURGANTI, ANA. “¿Cómo debe protegerse a un niño en un caso de violencia familiar?”; en Revista de Derecho de Familiar. 2012, N° 15, p. 238-252.
- SCHIRO, MARÍA. “La responsabilidad por daño intrafamiliar frente a la vulneración del derecho a la preservación de las relaciones familiares”; en Revista de Derecho de Familia. 2013, N° 61, p. 31- 48.
- ZAIKOSKI BISCAY, DANIELA. “Violencia Familiar y régimen de visitas asistido: El campo jurídico y los límites de la judicialización”; en Revista de Derecho de Familia. 2013, N° 38, p. 70-97.
- ZAPATA FLORES, MARIANA; “Violencia intrafamiliar: El daño psicológico”; en Revista Pacta Sunt Servanda. 2013, N° 18, p. 48- 73